

A. I. Nº - 233048.0034/07-0
AUTUADO - PIER 5 BAR E RESTAURANTE LTDA.
AUTUANTE - KARIME MANSUR MACHADO
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 20.06.2008

**2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0152-02/08**

EMENTA: ICMS. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES RESULTANDO EM DIFERENÇA NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Embora o estabelecimento estivesse inscrito no SIMBAHIA, porém, por ter incorrido na situação prevista no inciso V do artigo 408-L do RICMS/97, o débito foi calculado pelo regime normal com a concessão do crédito presumido de 8% sobre a receita omitida. Presunção legal não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 13/08/2007, para exigência de ICMS no valor de R\$20.050,47, sob acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou de débito através de equipamento Emissor de Cupom Fiscal em valores inferiores aos valores fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, nos meses de janeiro de 2006 a junho de 2007, conforme demonstrativos e documentos às fls. 06 a 205.

O autuado através de seu representante legal, em sua defesa administrativa às fls. 212 a 218, após transcrever o fato que ensejou a autuação, arguiu cerceamento do seu direito de defesa com base na alegação de que falta clareza na descrição da infração, bem como no cálculo da exigência fiscal, por entender que não condiz com a sua condição de microempresa II, inscrita no SimBahia, que recolhe o imposto com base no inciso II, do artigo 386-A, do RICMS/97, que transcreveu.

Aduz que, em detrimento ao citado dispositivo regulamentar, o preposto fiscal valeu-se dos montantes fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito, e aplicou a alíquota de 17% prevista para os contribuintes inscritos na condição “normal”, inclusive sem considerar os créditos fiscais contidos nas notas fiscais de entrada de mercadorias para a comercialização.

Além disso, ressalta que por se encontrar inscrito na condição de microempresa II, e dispensado de escrituração fiscal, a multa a ser aplicada é aquela tipificada no art. 42, inciso I, Item “b”, da Lei nº 7.014/96, qual seja, de 50%.

Diz que a forma correta de calcular o tributo é: de 01/2006 até 06/2006 = 18 meses: 18 x R\$ 55,00 = R\$ 990,00 acrescido da multa e juros conforme a lei.

Invocou o artigo 150, IV, da CF/88 para argumentar que a multa de 70% tem caráter confiscatório e vai de encontro aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por fim, requer a nulidade da autuação, por entender que foi adotado método de cálculo sem amparo legal, e no mérito, que seja feita a correção do cálculo do débito na forma acima demonstrada.

Na informação fiscal à fl. 223, a autuante aduz que o autuado não apresentou nada que possa modificar a autuação, tendo esclarecido que à fl. 06 dos autos encontra-se acostada uma declaração do próprio autuado, onde foi demonstrado o montante de suas vendas com cartões de crédito no período objeto da autuação, valores esses, que diz ter aceito integralmente para a apuração do débito lançado no Auto de Infração.

Na fase de instrução foi observado que apesar de constarem no processo os Relatórios TEF diários, por operação, não existia nenhum documento acerca da entrega de tais documentos ao autuado, uma vez que a intimação à fl. 209 não especifica se os documentos que foram juntados a ela. Por conta disso, em 01/11/2007 (fl. 226), o processo foi baixado em diligência à Infaz de origem para que, mediante nova intimação, fosse reaberto o prazo de defesa por 30 (trinta) dias e entregues os seguintes documentos: 1. Planilha Comparativa de Vendas por meio de Cartão de Crédito/Débito – fls. 08 e 09; 2. Relatório de Informações TEF – Anual – fls. 10 e 11; 3. Relatório Diário Operações TEF – fls. 14 a 205; e 4; e cópia do despacho de diligência à fl. 226.

Conforme intimação expedida pela Infaz de origem, foi reaberto o prazo de defesa por (30) trinta dias, sendo entregues os documentos especificados no despacho de diligência à fl. 226, conforme documentos às fls. 231 a 233.

Através do Processo nº 049314/2008-2, o autuado se manifestou reiterando *ipsis litteris* sua defesa anterior, trazendo a baila mais uma vez que o cálculo do tributo não condiz com a sua condição de microempresa II, inscrita no SimBahia, que recolhe o imposto com base no inciso II, do artigo 386-A, do RICMS/97, destacando que a forma correta de calcular o tributo é: de 01/2006 até 06/2006 = 18 meses: $18 \times R\$55,00 = R\$990,00$ acrescido da multa e juros conforme a lei, e que as cópias dos relatórios de informação TEF, padecem de autenticidade o que compromete à sua validade como instrumento de averiguação.

Sobre a multa aplicada, diz que como microempresa está dispensado de escrituração comercial, não sendo devido a aplicação da multa prevista no artigo 42, inciso III, da Lei nº 7.0914/96.

Teceu comentários sobre o princípio da não confiscatoriedade da multa fiscal, dizendo que o STF vem reduzindo as multas aplicadas pelo Fisco, e salientou que não é o fato da multa estar prevista em lei que dispensa a análise da validade do dispositivo. Citou lições de renomados professores de direito tributário sobre a tese de que o princípio do não confisco abrange as multas tributárias, e o entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADIN MC 1.075-DF promovida pela Federação Nacional do Comércio sobre esta questão.

Por fim, requer a nulidade da autuação, por entender que o cálculo do tributo padece de requisitos legais, ou caso contrário, propugna pela correção do cálculo do tributo, bem como da multa aplicada em função de seu efeito confiscatório.

Na informação fiscal à fl. 253, a autuante esclareceu que o auto de infração foi lavrado tendo em vista a diferença entre os valores declarados pelo contribuinte, conforme folha 6 do processo e os valores enviados pelas administradoras de cartões de crédito, conforme folhas 08 e 09. Manteve sua ação fiscal, por considerar que a defesa do contribuinte nada acrescenta que possa modificar os valores autuados.

VOTO

A infração descrita no Auto de Infração diz respeito a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito/débito em valores menores do que as vendas informadas pelas Administradoras de Cartões de Créditos.

O débito da infração encontra-se devidamente especificado na “Planilha Comparativa de Vendas por Meio de Cartão de Crédito/Débito, referente ao período de janeiro de 2006 e junho de 2007 (doc.fl. 08), na qual, foram considerados em cada coluna, o período mensal, os valores mensais

das vendas com cartão de crédito/débito constantes da Redução Z; as vendas com cartão de crédito informadas pelas administradoras; a diferença apurada representativa da base de cálculo do imposto; o imposto devido calculado à alíquota de 17%; a dedução do crédito de 8% dada a condição de empresa de pequeno porte do estabelecimento enquadrada no SimBahia; e finalmente, o ICMS devido.

De acordo com § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, *in verbis*: “O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Pelo que se vê, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal. Portanto, o ônus da prova para esta ocorrência é do contribuinte.

Em outros processos que tratam de exigência fiscal apurada com base em informações das administradoras de cartões de crédito/débito, para que o contribuinte possa se defender da acusação fiscal, tem sido observado se foram fornecidos ao contribuinte os “Relatório Diário Operações TEF”, pois, é através dos TEFS diários que o contribuinte pode elidir a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, fazendo o cotejo entre o que consta nos aludidos relatórios TEF e o que foi registrado no equipamento ECF e nas notas fiscais, de modo a detectar valores porventura incluídos indevidamente no levantamento fiscal.

Neste processo, conforme Protocolo à fl. 12, consta que os aludidos TEF diários do período fiscalizado, foram entregue ao autuado, inclusive a planilha comparativa de apuração do débito através do CD ROM.

Analizando a alegação defensiva de que foi adotado método de cálculo sem amparo legal, observo que não assiste razão ao autuado, eis que, embora o estabelecimento estivesse inscrito no SimBahia, porém, por ter incorrido na situação prevista no inciso V do artigo 408-L do RICMS/97, a exigência fiscal foi calculada pelo regime normal com a concessão do crédito presumido de 8% sobre a receita omitida.

Assim, para que fosse elidida de modo válido a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, o autuado deveria fazer o cotejamento entre o que consta nos “Relatório de Informações TEF – Diário”, com os valores correspondentes às vendas constantes no ECF, inclusive, se fosse o caso, nas notas fiscais, de modo a comprovar que os valores informados pelas operadoras efetivamente foram lançados em sua escrita fiscal, haja vista que nos citados TEF’s diários estão especificadas as vendas diárias, por operações, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administradora de cartão, separadamente. Nestas circunstâncias, concluo que o sujeito passivo não elidiu a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, subsistindo integralmente a exigência fiscal.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 233048.0034/07-0, lavrado contra **PIER 5**

BAR E RESTAURANTE LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$20.050,47**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, III, da Lei n.^º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de junho de 2008.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR