

PROCESSO - A. I. N° 233048.0034/07-0
RECORRENTE - PIER 5 BAR E RESTAURANTE LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2^a JJF n° 0152-02/08
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 13/04/2009

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0051-12/09

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. Não acolhidas as alegações recursais quanto à ilegalidade da multa aplicada em conjunto com a exigência do tributo. Mantida a Decisão da JJF. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 2^a Junta de Julgamento Fiscal que declarou a procedência do lançamento de Ofício formalizado através do Auto de Infração que contém a 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 inseridos às fls. 06 a 205.

O autuado através de seu representante legal, apresentou defesa administrativa às fls. 212 a 218, e o órgão julgador de 1º grau, em deliberação unânime, decidiu a lide exarando o voto a seguir transscrito:

“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 n° 7.014/96, alterada pela Lei n° 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.

Intimado da Decisão acima, o contribuinte, no prazo de lei, ingressou com Recurso Voluntário, apresentando argumentos de ordem fática e questões jurídicas a seguir expostas.

Inicialmente ressaltou que por estar dispensada de escrituração comercial é inaplicável a multa prevista no art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96. Em seguida, aduziu que o acórdão recorrido não pode e não merece prosperar, pois eivado de inúmeros vícios e irregularidades, torna-o insubsistente.

No mérito, discorreu que o Auto de Infração ora enfocado acusa o recorrente de ter omitido saída de mercadorias tributadas apuradas por meio de levantamento de vendas com pagamento de cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Afirmou que ação fiscal instaurada que originou o lançamento, não realizou um completo trabalho de fiscalização, posto que, de forma superficial e precipitada, teria optado a autoridade fiscal em lançar mão de critérios subjetivos e arbitrários ao invés de exame direto da documentação fiscal e contábil do autuado.

Quanto às penalidades imputadas no Auto de Infração argumentou que as mesmas são desproporcionais e confiscatórias, carecendo inclusive de amparo legal, uma vez que o recorrente não se encontrava obrigada por lei a fazer escrituração, afirmando ser necessária uma revisão da indigitada ação fiscal. Fundamentou seu pedido no princípio do devido processo legal, pressuposto indispensável para a legalidade do ato administrativo do Fisco, citando também a aplicação, ao caso em exame, do art. 145, do RPAF. Afirmou que o advento da Lei nº 9.298/96 limitou a multa por inadimplemento no Brasil, passando para o máximo de 2%, dado a nova realidade econômica atualmente reinante no país. Disse ainda ser ilegal haver a exigência cumulativa de atualização monetária e juros de mora, configurando autêntico “*bis in idem*”. Ressaltou que a pretensão de imposição de multas na ordem de mais 100% do valor da obrigação, como pretende o Fisco, no caso “**sub examine**”, onera sobre maneira o contribuinte, não encontrando guarida na atualidade nacional, além de configurar-se em patente ENRIQUECIMENTO

SEM CAUSA por parte da Fazenda Pública Estadual e CONFISCO, vedado em nosso Direito Tributário Constitucional.

Citou trechos de textos de autoria do tributarista SACHA CALMON e do Prof. Orlando de Pilla Filho, objetivando sustentar sua pretensão de anulação da multa aplicada no lançamento, sob a alegação da prática de confisco.

Argumentou que o STF vem reduzindo multas desproporcionais aplicadas pelo Fisco, não sendo suficiente a previsão da multa em lei, fato que não dispensa a análise da validade do dispositivo. Neste sentido, entende que cobrança de qualquer multa acima de 2% é improcedente, por conflitar com as disposições da Lei Federal acima citada, que teria revogado todos os diplomas normativos em sentido contrário.

Concluiu seu arrazoado, dizendo que os vícios de que padecem o Auto de Infração são insanáveis, comprometendo sua exigibilidade, face as flagrantes ilegalidades formais e materiais apresentadas. Formulou pedido de anulação ou improcedência do lançamento. Caso não acolhidas postulou a redução da multa para o percentual de 2%.

A Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS), em Parecer da lavra do Dr. João Sampaio Rego Neto, discorreu que o Auto de Infração foi lavrado nos termos do que prescreve o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, que cuida da tipificação de algumas presunções legais. No caso em exame, a presunção aplicada se refere às declarações de vendas efetuadas pelo contribuinte em valores inferiores aos informados pelas administradoras de cartões, que autorizam concluir que houve a saída de mercadorias tributadas sem emissão de documentos fiscais, ressalva a possibilidade de prova da improcedência a cargo do autuado. Feito um descritivo da operacionalidade da ação fiscal desenvolvida junto ao contribuinte, o Parecerista da PGE/PROFIS declarou que o recorrente voltou o foco das suas argumentações para questões de cunho jurídico, relativas à aplicação confiscatória, desproporcional e abusiva das multas, bem como a incidência cumulativa de multa, acréscimos moratórios e correção monetária. Ressaltou em seguida entender que o princípio do não confisco, conforme prevê a Constituição, se aplicar tão-somente aos tributos, havendo dificuldades de ordem econômica e jurídica em se precisar o que seja confisco em matéria tributária. Disse ainda que a PGE-PROFIS tem se manifestado em diversos Pareceres que a sede apropriada para a discussão dessas questões é o Poder Judiciário. Ao finalizar, opinou pelo Não Provimento do Recurso Administrativo manejado pelo atuado e a consequente manutenção da Decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

VOTO

Cinge-se basicamente o Recurso Voluntário interposto pelo autuado à discussão da validade da multa lançada em conjunto com o imposto. Sustenta o autuado que o montante da penalidade ofende o princípio do não-confisco, inserido no texto constitucional, além de conflitar com as disposições da Lei Federal nº 9.298/96, que limitou a multa por inadimplemento no Brasil para o máximo de 2%.

Valho-me, na apreciação desta demanda, do Parecer da Procuradoria Estadual, que se encontra anexado aos autos, no qual é registrado que a imposição das penalidades impostas no lançamento em lide têm origem em normas expressas da legislação, contidas no art. 42 da Lei do ICMS (Lei nº 7.014/96), não podendo as instâncias administrativas, por força do que dispõe o art. 167, I, do RPAF, afastar a aplicação das mesmas, sob a alegação da sua incompatibilidade com o texto da Constituição ou com os princípios dela decorrentes. A discussão trazida pelo contribuinte, visando o afastamento da lei estadual só poderá encontrar acolhida nas instâncias judiciais de julgamento, visto que é defeso ao órgão administrativo deixar de aplicar qualquer dispositivo de lei. Ressalto, ainda, que a mesma lei que estabeleceu o percentual de multa de 70% contestado pelo recorrente, também previu a sua redução, caso o contribuinte resolva efetuar o pagamento do débito, variando esta redução em função do momento da quitação, conforme consta no Demonstrativo de Débito do Auto de Infração (fl. 05), em atendimento às disposições da legislação do ICMS, em especial o art. 45 da Lei nº 7.014/96. Logo, os pedidos de exclusão ou de

redução da penalidade ao montante máximo de 2%, não podem ser acolhidos nas instâncias administrativas de julgamento, havendo na lei tributária estadual, entretanto, previsão de reduções significativas que variam de 80% a 15%.

No mérito, o sujeito passivo nada trouxe ao processo no sentido de afastar ou elidir a acusação que lhe foi imputada. Em contrapartida, o lançamento de ofício se encontra ancorado em farta documentação, apontando que o sujeito passivo efetuou operações de vendas, através de cartões de crédito ou débito, sem a correspondente emissão de documentos fiscais. Este fato restou evidenciado a partir do confronto efetuado pelo fisco entre os valores acumulados no equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) do autuado em comparação com as informações fornecidas pelas operadoras de cartão, ficando demonstrado nos autos, a partir dos TEFs diários, que as vendas através de cartão superaram os valores registrados. Não havendo prova em contrário demonstrando que aquelas receitas não se referiam a operações não sujeitas à incidência do imposto, prevê a legislação do ICMS, mais especificadamente o art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto.

Diante do exposto, considerando que o contribuinte não elidiu a acusação que lhe foi atribuída, através da produção de provas documentais, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter inalterada a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 233048.0034/07-0, lavrado contra PIER 5 BAR E RESTAURANTE LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$20.050,47, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS