

PROCESSO - A. I. Nº 206878.0009/08-8
RECORRENTE - CARMINHA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. (TRAMPOLIM)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0058-01/09
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 09/07/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0190-12/09

EMENTA: ICMS. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Infração subsistente. Vedado a este foro administrativo, diante das determinações do art. 167 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), a apreciação de inconstitucionalidade das normas tributárias deste Estado. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JF nº 0058-01/09) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2008, para exigir do sujeito passivo ICMS, em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento efetuado através de cartão de crédito ou de débito em valor inferior àquele fornecido por instituições financeiras e administradoras dos referidos cartões, nos meses de agosto a dezembro de 2006, janeiro a março e maio de 2007, exigindo imposto no valor de R\$32.268,62, acrescido da multa de 70%. Consta no campo “Descrição dos Fatos” que foram apuradas divergências entre as vendas realizadas através de cartões de débito/crédito, registradas nas reduções “Z” e os valores fornecidos pelas administradoras dos cartões.

Após análise das peças processuais, a 1ª JF decidiu pela procedência da autuação com base nos seguintes argumentos:

1. *a infração imputada ao sujeito passivo tem previsão objetiva no RICMS/97, estando o fato gerador devidamente apontado, o que lhe dá fundamentação legal, tendo em vista, ademais, que o Auto de Infração contempla as disposições previstas no RICMS/BA, aprovado pelo Dec. nº. 6.284/97, que por sua vez regulamenta a Lei nº. 7.014/96, que trata sobre esse imposto no Estado da Bahia. Que o art. 4º, § 4º da Lei nº. 7.014/96, transcrito, dar respaldo a autuação.*
2. Que nos termos do art. 824-B, *caput*, do RICMS/97, os contribuintes que realizarem vendas de mercadorias ou prestarem serviços a não contribuintes do ICMS devem utilizar equipamento emissor de cupom fiscal para documentar tais operações ou prestações, situação do autuado. Além do mais, o art. 238 da norma regulamentar, nos seus incisos, alíneas e parágrafos, indica os procedimentos que devem ser observados pelo contribuinte usuário de ECF, inclusive, quando emite Nota Fiscal de Venda a Consumidor, série D-1 e Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, por solicitação dos clientes, conforme transcreveu e comentou.
3. Ao analisar a denúncia espontânea, base do argumento de defesa, houve a constatação que os

demonstrativos de apuração da diferença do ICMS devido pelo contribuinte, se referiram ao tributo devido na condição de empresa de pequeno porte (de janeiro de 2006 a março de 2007) e pelo seu enquadramento como empresa normal (de abril a junho de 2007), não tendo nenhuma vinculação com os débitos apurados através da presente ação fiscal. Foi, de igual forma, constatado que em relação ao mês de maio de 2007, quando o contribuinte se encontrava sujeito ao regime normal de apuração, não cabia a concessão do crédito presumido de 8%, conforme efetivado pelo autuante. Considerando, no entanto, que os montantes porventura devidos somente podem ser exigidos através de nova autuação, com base no disposto no art. 156 do RPAF/99, represento à autoridade competente para que determine a realização de novo procedimento fiscal, visando apurar se existem valores efetivamente devidos em relação ao mês de maio de 2007.

A empresa, após ciência da Decisão prolatada pela 1ª Instância deste CONSEF, apresentou Recurso visando a sua reforma (fls. 184/193). Indicando que sua manifestação era tempestiva, disse que mesmo sendo cumpridora de suas obrigações fiscais, foi surpreendida pela lavratura do Auto de Infração e que, embora tenha demonstrando o equívoco da manutenção da multa, em vista da denúncia espontânea realizada, a JJF julgou procedente o Auto de Infração. Em vista desta situação, disse, não lhe cabia alternativa senão apresentar o presente Recurso Voluntário.

Entendeu que a razão expressa pela JJF para desconsiderar a denúncia espontânea realizada (informação de código divergente no momento da declaração) era equivocada, deixando de excluir a multa de 70% sobre o valor apurado, em total dissonância com a legislação vigente. Registrou que esta denúncia espontânea havia sido reconhecida tanto pelo autuante como pela JJF.

Ressalta ser dever se privilegiar o conteúdo à forma, pois o mais justo. Entende não ser razoável que o contribuinte se antecipe a procedimento fiscal, na pretensão de corrigir equívoco de recolhimento, e, por causa de simples divergência de código, não ser considerada a sua boa-fé. Afora não ter havido qualquer prejuízo à administração em decorrência da divergência de código, perfeitamente detectável, caso fosse aberto procedimento administrativo à época e que em caso de haver uma denúncia espontânea, realizada anteriormente ao “procedimento fiscal voluntário”, não há que se falar em multa.

Observou, em seguida, que os atos vinculados devem externar a coerência entre sua motivação e o fim a que se destina. Em assim sendo, não identificava nexo de causalidade entre a penalidade aplicada e os fatos, o que tornava a autuação passível de nulidade, haja vista lhe faltar um dos requisitos essenciais, ou seja, a motivação. Afora que ressaltava a sua boa-fé em solicitar parcelamento do débito em questão.

Após tais colocações, observou que caso este CONSEF não entendesse não afastar a multa, entendia que seu percentual deveria ser revisto.

Com tais colocações passou a discorrer sobre a natureza jurídica da multa, entendida como ilegal. Disse que ela já havia sido objeto de diversos estudos doutrinários, visando a aferição de sua natureza, com correntes distintas de interpretação. Que uns sustentavam a sua natureza indenizatória, outros identificavam sua natureza como de caráter penal. Com o aprimoramento desta discussão, a jurisprudência consolidou seu caráter penal pelo descumprimento da obrigação tributária, uma vez que indenizatórios são a correção monetária e os juros de mora. Neste sentido colacionou comentário do jurista Sacha Calmon Navarro Coelho e Ruy Barbosa Nogueira.

Passou, em seguida, a discorrer sobre a multa no ordenamento jurídico nacional. Entende que o estado tem competência para instituí-la, como o fez através da Lei nº 7.014/96. Entretanto, a Constituição Federal não permitiu aos entes tributantes (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) se afastar dos princípios estabelecidos no texto constitucional, dados como garantia aos contribuintes. Porém, na maioria dos Estados, em especial em relação ao ICMS, é comum a aplicação de multas que extrapolam os limites constitucionais do não confisco.

Passou a discorrer a respeito da multa confiscatória e da vedação ao confisco por tributos. Disse que a multa atribuída ao presente caso, além de absolutamente indevida, tem caráter de abuso do poder fiscal, posto que manifestamente confiscatória, atingindo valor absurdo superior, inclusive, ao próprio imposto reclamado e ferindo de morte o art. 150, IV da Constituição Federal.

Observou que o confisco *não pode ser examinado a partir de cada tributo, mas da universalidade de toda carga tributária incidente sobre um único contribuinte. Deste modo, o total do valor dos tributos incidentes sobre o contribuinte, não podem, segundo o princípio do não confisco, representar carga crescente e de inexplicável intromissão no patrimônio ou na renda do contribuinte, impedindo-o de viver e se desenvolver.* Trouxe doutrina a respeito da matéria. Afirmou que existe exceção na Lei nº 7.014/96, vedada pelo art. 150, IV, da Constituição Federal, pois o contribuinte *ao ser privado de dispor do seu patrimônio por ato arbitrário, unilateral e por autoridade administrativa, e sendo esta superior a obrigação tributária não cumprida resta por se confiscar parcela do patrimônio.* Observa que o sentido da multa não é de impossibilitar o desenvolvimento das atividades comerciais, que é o próprio objeto de uma empresa, e de permitir o enriquecimento ilícito do Estado. Neste sentido transcreveu julgados do STF para afirmar que restava demonstrado que o próprio STF considera a aplicação de “*mera multa*” a margem de 70% como confiscatória e impossibilitadora de sua exigência.

Diante de todo o exposto, requereu a reforma da Decisão para afastar a imputação de penalidade de multa e seus acessórios, em vista da denúncia espontânea, ou, alternativamente, a sua substancial redução.

Em seu Parecer (fls.200/201) a PGE/PROFIS opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto, pois o recorrente não trouxe aos autos novas provas capazes de elidir a infração. Quanto à referida denúncia espontânea, observou que a que o autuante, em sua informação fiscal, afirma já a ter considerada, contudo e ainda assim, havia diferenças de valores. Ressalta, em seguida, que esta denúncia havia sido realizada com código de infração diverso ao ora autuado.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, conforme previsto no art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão de 1ª Instância deste Colegiado.

O recorrente traz, novamente, o mesmo argumento exposto na sua inicial, ou seja, que não foi considerada a denúncia espontânea realizada em 7/1/2008 e que se referia às omissões motivadoras da presente autuação. Apenas tinha sido efetuada com código de infração errado (03.07.02 e 03.01.01 ou invés de 05.08.01). Este argumento foi rechaçado pela 2ª JF, tendo em vista que os valores apurados através da denúncia se referiram ao tributo devido na condição de empresa de pequeno porte (de janeiro de 2006 a março de 2007) e pelo seu enquadramento como empresa normal (de abril a junho de 2007), não tendo nenhuma vinculação com os débitos apurados através da presente ação fiscal.

Embora comungue com a Decisão de 1ª Instância, diante da análise das peças processuais a fundamentação do meu voto tem outra direção. O autuante, em sua informação fiscal, afirmou que esta denúncia espontânea quando da apuração do débito tributário ora em combate já havia sido considerada. O JF não observou tal situação. Afora que, ao analisar os demonstrativos e documentos juntados pelo fisco quando da lavratura do Auto de Infração, à fl. 12 dos autos consta a Denúncia Espontânea nº 60000.0050/08-6 realizada em 7/1/2008. No demonstrativo (fls. 15/16) para apuração do imposto, todos os valores consignados nessa denúncia foram abatidos. Em assim sendo, o argumento do recorrente não tem qualquer fundamento.

Isto posto, o Auto de Infração trata da exigência do ICMS pela presunção de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, tendo em vista declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações das instituições financeiras e administradoras

de cartões de crédito, conforme autoriza o art. 4, § 4º, da Lei nº 7.014/96. Esta é uma das poucas situações em que a lei inverte o ônus da prova, ou seja, cabe ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. Afora que o enquadramento de uma empresa no regime simplificado de apuração do imposto não a exclui de ser submetida aos procedimentos legais de fiscalização, para averiguação, ou mesmo homologação, dos lançamentos realizados.

O autuante realizou comparativo entre a leitura diária das reduções Z dos ECF existentes no estabelecimento autuado quanto às vendas efetuadas e as informações das administradoras de cartões de crédito. Abateu os valores denunciados através da Denúncia Espontânea nº 60000.0050/08-6. Constatou que aqueles valores acusados no ECF, no período fiscalizado, foram a menos do que os informados pelas administradoras. Cobrou o imposto sobre a diferença encontrada, dando o crédito de 8% já que o autuado era, à época, empresa enquadrada no SimBahia. A infração resta caracterizada já que o recorrente não trouxe qualquer prova para elidi-la.

No mais, o Recurso se voltou, essencialmente, para requerer a dispensa ou a redução da multa aplicada sob o argumento de sua inconstitucionalidade por afrontar o princípio do não confisco. Este é argumento que a este foro administrativo é vedada manifestação, conforme comando do art. 167, inciso I, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99). No mais, a legislação posta (Lei nº 7.014/96) determina:

“Art. 41. Pelas infrações à legislação do ICMS serão aplicadas as seguintes penalidades, isoladas ou cumulativamente:

I - multa;

II -

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

III - 70% (setenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em razão da falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, apurando-se a prática de atos fraudulentos, tais como suprimento de caixa de origem não comprovada, saldo credor de caixa, passivo fictício ou inexistente, entradas ou pagamentos não contabilizados, ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque;

Diante do que se expôs, meu voto é pela manutenção da Decisão recorrida e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto.

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 206878.0009/08-8, lavrado contra **CARMINHA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. (TRAMPOLIM)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$32.268,62**, 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, 30 de junho de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ANA CAROLINA ISABELLA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS