

A. I. N.^º - 269610.0005/00-8
AUTUADO - JOANA AMORIM FERREIRA.
AUTUANTE - GILSON GILENO DE SÁ OLIVEIRA
ORIGEM - INFRAZ ITABERABA
INTERNET - 25,06.2009

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N^º 0153-02/09

EMENTA: ICMS. 1. LIVRO CAIXA. MICROEMPRESA. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração subsistente. Mantida a multa. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Infração subsistente. 3. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO ECF. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àqueles informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. O contribuinte não elide imputação. Não acolhidas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 29/09/2008, foram imputadas ao sujeito passivo as infrações que seguem:

Infração 1 – Microempresa e Empresas de Pequeno Porte com Receita Bruta Ajustada superior a R\$30.000,00(Trinta mil reais) não escriturou o Livro Caixa. Multa no valor de R\$2.300,00;

Infração 2 – declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais através da DME(Declaração do Movimento Econômico e Micro Empresa). Multa no valor de R\$ 280,00;

Infração 3 – omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. ICMS no valor de R\$ 10.575,50, com multa de 70%.

O autuado apresenta defesa, às fls. 20 a 27, alegando que o Código Tributário Nacional, em seus artigos 108, inciso I e art. 196, obrigam a lavratura do Auto de Infração no local da verificação da infração, o que não ocorreu.

Assegura que o Sr. Flávio Bastos Ferreira, não é representante da empresa e nem tem poderes para tomar ciência de auto de infração contra a autuada., igualmente, não responde pela gerência

e/ou administração da empresa. Quem tem tais poderes de preposição e representação legal/formal perante o Estado da Bahia é sua titular a empresária Joana Amorim Ferreira.

Considera nulo, portanto, o Auto de Infração, face à deficiência nas intimações, notificações e ciência do lançamento de ofício, considerando que a representante da autuada Sra. JOANA AMORIM FERREIRA, não deu ciência do presente auto de infração.

Discorre sobre o princípio da legalidade para demonstrar a nulidade da imputação, face ao fato de que o autuante se ampara em atos normativos de natureza regulamentar.

Assegura que sua inscrição estadual foi baixada, mediante processo de baixa, publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia em 31/10/2007, conforme Edital nº 41/2007. O período fiscalizado de 01/01/2003 a 31/10/2007 foi homologado pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Argumenta que atenta contra a segurança jurídica o levantamento fiscal sem justo motivo; a apuração de imposto após o pagamento do devido em auto de infração com idêntico período fiscalizado em virtude da homologação dos lançamentos pela Fazenda Pública Estadual, cabendo a nulidade do Auto de Infração.

Considera que não procede a infração 01 por falta de intimação do autuado para apresentar livro caixa e por se tratar de dupla autuação e penalidade sobre mesmo período fiscalizado.

Quanto à infração 02, afirma que no período fiscalizado que gerou o Auto de Infração nº 269610.0003/08-0 de 27/06/2008, O.S. nº 507031/08, o preposto fiscal considerou as DME com as informações corretas, então, nada justifica agora a apuração da referida infração.

Argumenta que não tem certeza se houve ou não a entrega das DME para o preposto fiscal apurar o imposto do período constante do auto de infração, em discussão lavrado agora em 29/09/2008, O.S. nº 511988/08. Isto posto, não procede a infração por declaração incorreta.

Quanto à infração 03, afirma que o período de 01/01/2003 a 31/10/2007, já foi fiscalizado e foi apurado imposto por omissão de saídas, como faz prova o Auto de Infração nº 269610.0003/08-0, anexo. Isto posto, não procede a infração por omissão de saídas apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito.

Conclui que, desse modo, ante os argumentos sustentados e as provas realizadas, o Auto de Infração deve ser declarado nulo de pleno direito, ou eventualmente, no mérito, ser julgado improcedente.

Protesta, ainda, pela produção de todas as provas admitidas, notadamente documental e pericial, inclusive eventuais esclarecimentos que se fizerem necessários à fiscalização.

Requer, de outro lado, que lhe seja garantido o direito de sustentar oralmente as razões da defesa, em data oportuna e após a devida intimação de seu representante e advogado.

O autuante, às fls. 53 a 64, apresenta a informação fiscal, afirmando que improcede o argumento da contribuinte de que não houve qualquer impedimento ou motivo relevante para que o procedimento normal e usual da fiscalização se processasse em local diverso. Entende que o procedimento normal, usual e único do auditor fiscal para lavratura do Auto de Infração, na fiscalização de estabelecimentos, é através do sistema informatizado específico apenas disponível na repartição fazendária, circunstância que caracteriza "impedimento" e "motivo relevante" para a não lavratura em local diverso, a exemplo do estabelecimento do contribuinte.

Ressalta, ainda, que a contribuinte não mais exercia as suas atividades empresariais no local em que funcionava, sendo sucedido no mesmo local por outro estabelecimento que desenvolve as mesmas atividades empresariais e pertence ao mesmo grupo familiar.

Aduz que não merece apoio a alegação da contribuinte de que constitui quebra do contraditório a não lavratura do auto de infração no estabelecimento do contribuinte, assim como a lavratura do auto de infração sem prévio pedido de explicações ou esclarecimentos de eventuais falhas ou irregularidades.

Argumenta que vige o princípio de que não se declara nulidade quando do ato impugnado não redunda prejuízo para quem pede esta declaração. A teor do art. 38 do RPAF/BA.

Assegura que no auto de infração, anteriormente lavrado pelo fisco, contra a contribuinte (AI 269610.0003/00-5), esta deu por regular ciência e validade, providenciou o pagamento sem contestação, o representante desta, Sr. Flávio Bastos Ferreira, informado como sendo filho ou parente próximo da titular e representante desta, assinou todos os documentos por esta, como se depreende da anexa cópia integral dos autos daquele PAF, sob o argumento de que ela morava em outra cidade e que era difícil de ser encontrada. A mesma pessoa, Sr. Flávio Bastos Ferreira, assinou os documentos pertinentes no presente caso.

Aduz que o comparecimento espontâneo da contribuinte para defender-se não só supre a sua ciência do início da fiscalização (RPAF, art. 26, inciso IV), como ainda supre a sua ciência da autuação.

Assegura que, a teor do art. 18 do RPAF, não se alega nulidade sem prejuízo. O comparecimento espontâneo da contribuinte para defender-se não só supre a sua ciência do início da fiscalização (RPAF, art. 26, inciso IV), como ainda supre a sua ciência da autuação.

Consigna que a leitura do teor integral da defesa permite aos julgadores aferir e julgar a inexistência do cerceamento do direito de defesa, sob o argumento da não ciência, já que o contribuinte se pronunciou extensa e profundamente em cada ponto nela deduzido, em nada alterando o fato de ter tomado ciência diretamente ou através de seu representante e parente, ou após a autuação.

Reproduz o disposto no § 4º, art. 4º da Lei 7014/96, bem como a sua regulamentação, por ato normativo para confirmar a fundamentação da exigência concernente a infração 03.

Sobre a fundamentação para as infrações 01 e 02, traz o art. 40 da lei 7.014/96.

Quanto às arguições de baixa da inscrição da empresa, alega que não há extinção de obrigação tributária por baixa da empresa (CTN, art. 156) e, também, o fisco não declarou à contribuinte que houvera homologado os exercícios fiscalizados.

Assim, entende que não há razão para o contribuinte alegar extinção da obrigação tributária pela ocorrência de fiscalização, modalidade de extinção esta não prevista entre as capituladas no art. 156 do CTN.

Não atenta contra a segurança jurídica o levantamento fiscal sem justo motivo, após o pagamento de auto de infração referente a idêntico período fiscalizado (01/01/2003 a 31/10/2007). Ao contrário do que alega o contribuinte, houve justo motivo: a consideração de novos elementos consistentes em informações oriundas de receitas com cartões de crédito, caracterizando obrigação tributária não paga pelo contribuinte. Por outro lado, é segura juridicamente a cobrança de obrigação tributária não paga, durante o prazo decadencial.

Infração 01 - Falta de escrituração de Livro Caixa:

Relata ter a empresa alegado que não foi intimada para apresentar livro Caixa. Diz que a empresa foi fiscalizada no mesmo período de 01/01/2003 a 31/10/2007, tendo sido recolhido o imposto apurado, tratando-se de dupla autuação e de dupla penalidade sobre o mesmo período fiscalizado. Afirma que a autuada declarou (fl. 09 dos autos) que não tinha escrito o Livro Caixa. Como lembrado acima, o processo administrativo fiscal pauta-se pelo princípio do informalismo. Destaca que a autuada reconheceu e pagou o Auto de Infração anterior, que tanto citou na defesa, que teve ciência em todos os atos e fornecimento de documentos através de seu parente Flávio Bastos Ferreira e do seu assistente Florismundo Moreira da Silva Filho (conforme cópia integral anexa do Auto de Infração anterior).

Alude que, nesta situação processual, inverte-se o ônus da prova, cabendo à contribuinte informar e provar como Flávio Bastos Ferreira e Florismundo Moreira da Silva Filho tiveram acesso aos seus documentos, porque eles estavam ocupando o local onde a empresa funcionava e porque e como eles fizeram chegar às suas mãos os documentos que lhe possibilitaram ter ciência e pagar o Auto de Infração anterior e preparar a defesa para o presente Auto de Infração.

Argui que, por outro lado, não prospera a alegação de "dupla autuação e de dupla penalidade sobre o mesmo período fiscalizado", já que, conforme anexa cópia integral do AI anterior, esta infração não foi imputada no AI anterior.

Infração 02 - Declaração incorreta através de DME:

Alinha o autuante que, sobre esta infração, a empresa autuada afirma que não foi intimada para apresentar DME. Estampa-se inépcia no presente argumento defensivo, pois não se questiona não apresentação de DME, mas sim apresentação de DME com informações incorretas.

Infração 03 - Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento de cartão de crédito:

Consigna, quanto à alegação de que o impugnante não foi intimado para apresentação de livros e documentos fiscais para apurar a suposta omissão de saídas referente a cartão de crédito; que o período de 01/01/2003 a 31/10/2007 já foi fiscalizado e foi apurado imposto por omissão de saídas; e que, além disto, seria necessário que a fiscalização apresentasse os documentos emitidos pelas empresas administradoras de cartão de crédito a fim de se constatar a veracidade das informações prestadas.

O autuante argumenta que o auto de infração, lavrado anteriormente, trata de infrações relativas aos exercícios de 2003, 2004 e 2005. Já a infração 03, do presente auto de infração, se refere aos exercícios de 2006 e 2007.

Assegura que, ao contrário do que alega a contribuinte, foi considerada, na elaboração do demonstrativo de omissões (fl. 08 do PAF), a documentação de saída da contribuinte, conforme sumarização constante nas DME's declaradas pela própria contribuinte (fls. 10 a 13).

Aponta que a informação transmitida pelas empresas administradoras de cartão de crédito, por via eletrônica, encontra-se sumarizada nos relatórios de fls. 14 e 15. A autuada limitou-se a fazer impugnação genérica dos valores, sem apresentar qualquer informação contraditória.

VOTO

O Auto de Infração em lide, ora impugnado, imputa ao sujeito passivo 03 infrações, conforme seguem resumidamente reproduzidas: 1 – Microempresa e Empresas de Pequeno Porte com

Receita Bruta Ajustada superior a R\$ 30.000,00 (Trinta mil reais) não escriturou o Livro Caixa; Infração 2 – declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais através da DME(Declaração do Movimento Econômico e Micro Empresa); Infração 3 – omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Compete, liminarmente, analisar as arguições de nulidade. Verifico que não cabe procedência a alegação de que o autuado não foi intimado e que o senhor Flávio Bastos Ferreira não está habilitado para receber intimações ou ciência. Essa conclusão se ampara no fato de, em primeiro lugar, o mesmo constar como Responsável no cadastro do autuado, conforme documento no INC – Informações do Contribuinte, desde 09/10/2006, à fl. 7 do autos; segundo porque o mesmo assina como responsável, conforme consta da intimação, à fl. 05, mesmo documento que o Sr. Florismundo Moreira da Silva Filho, assina recebendo os livros e documentos arrecadados pelo autuante, este último, inclusive, assina outro Auto de Infração nº 269610.0003/08-0, devidamente pago, lavrado pelo mesmo Auditor Fiscal, que é o autuante do presente lançamento. Dessa forma, considero efetivadas as intimações e ciência, por eles assinadas, atendendo ao disposto no art. 109 do RPAF/BA, uma vez, inclusive, surtiu todos os seus efeitos, com a apresentação tempestiva da defesa, rebatendo as infrações imputadas.

Ficam rejeitadas as demais nulidades argüidas pelo autuado, visto que a descrição clara dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável, observando a inexistência de óbice legal para a indicação dos dispositivos regulamentares infringidos, vistos que os mesmos estão amparados em Leis Estaduais, especialmente a 7014/96. Observo, contudo, que o autuante em sua informação fiscal, que o autuado tomou ciência, alinha os dispositivos legais a que alude o impugnante. Não houve falta de motivação, vez que foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática, restando clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa; foram obedecidos os prazos previstos legalmente. Assim, observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal.

Em consonância com o autuante, considero que as arguições de baixa da inscrição da empresa não resultam na extinção de obrigação tributária, conforme disposto no art. 156 do CTN e dispositivos correlatos do RPAF/BA, bem como o fisco não declarou ao contribuinte ter homologado os exercícios fiscalizados.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência e perícia, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas.

Em relação ao mérito da Infração 01, que trata de multa por falta de escrituração de livro caixa, quanto às alegações de duplicidade de exigências, consigno que, além do Auto de Infração anteriormente (A nº 269610.0003/08-0) tratar de multa por falta de escrituração de livro de inventário no exercício de 2003, infração 03, a infração atual, de número 01, atribui multa por falta de escrituração do livro caixa, nos exercícios de 2003, 2004, 2005, 2006 e 2007. Assim, não há o que se falar em dupla cobrança, nem mesmo em relação às demais infrações do auto anterior, pois são relativas à obrigação principal, que não decorre da falta de escrituração do aludido livro. Considero, assim, subsistente a infração 01.

A multa, imputada na infração 02, decorre da apresentação de declaração incorreta efetuada através de DME. Rebatidas as argüições de nulidade, não traz o autuado elementos, que elidam a imputação de descumprimento da obrigação acessória, acima indicada, visto que a defesa concentra-se em elidir outra, que não esta, ou seja, argumenta a entrega da declaração, não atacando as incorreções das informações prestadas, esta sim, alvo da presente sanção. A infração 02, contudo, foram aplicadas duas multas relativas ao exercício de 2006 e 2007, referente à omissão de dados na DME. Ocorre que a apresentação desta declaração se dá anualmente, razão pela qual fica modificada a data da ocorrência para 31/12/2006 e 31/12/2007.

A infração 03, traz a imputação de omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento de cartão de crédito.

Cabe inicialmente lembrar que, no presente caso, estamos diante de uma presunção legal prevista no inciso IV art. 334 do Código de Processo Civil. As presunções podem ser absolutas, que não admitem prova contrária ou as relativas, consideradas verdadeiras até prova em contrário. O fato presumido é tido como verdadeiro até que a ele se opuser a prova em contrário.

Estamos, portanto, na infração sob análise, tratando de uma presunção legal relativa, prevista pelo § 4º do art. 4º da Lei 7014/96, “*o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos de 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*” (grifo nosso).

Verifico, quanto à infração 03, ficar evidenciado, através da planilha, à fl. 08, que o autuante lançou valores informados pelas administradoras ao fisco estadual, com base no relatório anual TEF, deduziu, desses valores os totais das saídas informadas nas DMEs, encontrou as diferenças, aplicou 17% e concedeu o crédito presumido de 8%, apurando os valores devidos.

De plano, destaco que as saídas declaradas na DME, que o autuante deduziu em sua totalidade, certamente contempla saídas que não ocorreram através do meio de pagamento cartão de crédito/débito. Resta, portanto, manter a exigência, recomendando à Autoridade Fazendária de origem do contribuinte, contudo, um novo procedimento fiscal para a apuração e exigência do crédito tributário resultante da indevida exclusão de tais saídas.

O pedido para que a fiscalização apresente os documentos emitidos pelas administradoras de cartão de crédito, a fim de constatar a veracidade das informações prestadas, tem natureza meramente protelatória, vez que os documentos solicitados são de conhecimento comum das duas partes: o fisco através das informações que recebe das empresas de cartão de crédito e a autuada através de seus próprios controles e dos relatórios que recebeu, também, das administradoras de cartão de crédito, já dispondo a autuada dos mesmos documentos, cuja exibição está solicitando.

Observo que, afastada a possibilidade de estarem incorretos os valores informados pelas administradoras, pois os mesmo foram, também, informados ao autuante e este não trouxe aos autos elementos que os desqualifiquem, resta observar que o autuante considerou, inadvertidamente, todas as saídas do impugnante como sendo através de cartões de crédito, o que torna a exigência do crédito tributário, na pior das hipóteses, menor do que efetivamente deveria ter sido. Razões pelas quais, foi recomendada outra ação fiscal para apurar as exclusões indevidas ocorridas no presente lançamento de ofício, exigindo, se for o caso, novo crédito tributário.

Certo é que a autuada não impugnou especificamente nenhum dos valores constantes nos demonstrativos ou elidiu, com as argüições trazidas aos autos, a imputação, restando a subsistência da infração 03.

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 269610.0005/00-8, lavrado contra **JOANA AMORIM FERREIRA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.575,50**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei 7014/96, além de multas por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$2.580,00**, previstas no inciso XV, alínea “i” e inciso XIII, alínea “c” da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de junho de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR