

A. I. N.<sup>º</sup> - 277830.0105/07-1  
AUTUADO - FERREIRA GARCIA RESTAURANTE E BAR LTDA.  
AUTUANTE - GERALDO SAPHIRA ANDRADE  
ORIGEM - INFRAZ VAREJO  
INTERNET - 13.07.2009

**2<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N<sup>º</sup> 0201-02/09**

**EMENTA:** ICMS. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. 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 tributáveis sem pagamento do imposto devido. Rejeitadas as argüições de nulidade. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 28/06/2007, foi imputado ao autuado a omissão de saída de mercadoria tributada por meio de levantamento de venda com pagamento através de cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito/débito. ICMS no valor de R\$ 61.652,74, multa de 70%.

O autuado apresenta defesa, às fls. 21 a 36, afirmando que o autuante não efetuou a dedução contemplada no art. 8º da lei estadual nº 7.357 de 04 de novembro de 1998, indicada para as microempresas e empresas de pequeno porte como um incentivo à geração de empregos.

Argui vício formal diante da impossibilidade de se obter informações mediante solicitação direta das administradoras de cartão de crédito, através da quebra de sigilo bancário, considerando inconstitucional a Lei Complementar nº 105/2001.

Considera indevida a aplicação da alíquota de 17% (dezessete por cento), uma vez que está sujeita à alíquota de 3% (três por cento), por estar submetida ao Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia

Argumenta ser confiscatória a multa de 70% (setenta por cento) sobre o valor do imposto trazendo julgamentos do STF, bem como considerações de doutrinadores como Sacha Calmon Navarro Coelho e Yoshiaki Ichihara.

Requer a exclusão da multa no importe de 70% (setenta por cento) mercê de seu evidente caráter confiscatório.

Isto posto, pugna o contribuinte que seja colhida a presente defesa a fim de anular totalmente o auto de infração, haja vista maculado na origem, pois resultado de uma indevida e inconstitucional quebra de sigilo bancário da autuada, passando a enumerar de forma sucinta suas argüições:

*"I) A INVALIDAÇÃO do auto de infração tombado sob o 277830.0105/07-1, eis que aplicada indevidamente a alíquota de 17% (dezessete por cento), quando, em verdade, deveria ser aplicada a alíquota de 3% (três por cento), por força de estar a contribuinte submetida ao regime SimBahia, conforme explicado alhures;*

*II) A INVALIDAÇÃO do auto de infração tombado sob o nº 277830.0105/0771 a fim de que seja determinada a dedução de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do tributo*

*devido em cada período de apuração, prevista no art. 8º da lei estadual nº 7.357/1998, em função da admissão e manutenção de mais de 15 empregados.*

*III) A INVALIDAÇÃO do auto de infração tombado sob o nº 277830.0105/0771 a fim de que seja determinada a exclusão da base de cálculo dos valores respeitantes a ingressos de shows realizados nas dependências da autuada, já devidamente tributados através do ISSQN, de competência do Município de Salvador, conforme demonstram os documentos anexos;*

*IV) A INVALIDAÇÃO do auto de infração tombado sob o nº 277830.0105/0771 a fim de que seja determinada a exclusão da multa no patamar de 70% (setenta por cento) sobre o valor dos tributos não recolhidos, aplicada com base no art. 42, inciso III, da lei estadual nº 7.014/96, eis que de caráter nitidamente confiscatório; “*

Protesta, por derradeiro, pela produção de prova por todos os meios admitidos no processo administrativo, em especial a juntada dos documentos que acompanham a presente defesa, em fotocópias não autenticadas, razão pela qual, de logo, pugna pela concessão de prazo para a conferência com os originais, acaso restem impugnadas quanto à forma e quanto ao conteúdo. Reserva-se o direito de juntar outros documentos em contraprova.

O autuante, à fl. 212, apresente a informação fiscal, consignando que as informações das vendas com cartões de crédito e de débito, questionadas pela empresa autuada, são fornecidas pelas administradoras desses cartões, com base legal no convênio nacional ECF-01/01 e decreto BA-7636/99, art.3º, mediante autorização dos contribuintes de ICMS, conforme demonstrado nas "observações" das fls.14 15. Portanto, não se trata de violação de sigilo bancário, como alegado.

Esclarece que as alíquotas reduzidas praticadas sob o regime do Simbahia, se aplicam para recolhimentos espontâneos - sem ocorrência de infrações detectadas em ações fiscais. Quando constatadas referidas infrações, a legislação determina (a própria empresa cita o dispositivo legal na fl.27) o contribuinte fica submetido à alíquota interna, especificamente no período fiscalizado. Na situação presente, a autuação considerou o crédito presumido de 8%, exatamente em função de a empresa estar inscrita no regime do Simbahia, em período anterior à vigência do "simples nacional".

Consigna que a alegação de direito à dedução do ICMS como incentivo fiscal pela manutenção de empregados carece de fundamento, pela mesma razão exposta acima, ou seja, tal incentivo somente se aplica aos recolhimentos espontâneos, como constam nas cópias de DAEs ora anexados (fls. 213 a 215).

Afirma que, em relação à alegação de receitas originadas de eventos artísticos, a autuada apresentou diversas cópias de recolhimentos de taxas e emolumentos em favor da Prefeitura de Salvador (fls.109 a 210) não tendo, contudo, apresentado as devidas comprovações de emissão de documentos fiscais pertinentes, nem de lançamentos no livro fiscal exigido pela legislação do município.

#### VOTO

Foi imputado ao autuado, através do presente Auto de Infração, a omissão de saída de mercadoria tributada por meio de levantamento de venda com pagamento através de cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito/débito. O autuado impugna o lançamento, instaurando, assim, no presente processo administrativo-fiscal.

Verifico que, em relação à arguição de vício formal por se obter informações mediante solicitação direta das administradoras de cartão de crédito, considerada, pelo autuado, quebra de sigilo bancário, tal procedimento se encontra previsto com amparo legal no convênio nacional ECF-01/01, bem como no art. 35 da Lei nº 7.014/96, conforme transcrito abaixo para um melhor entendimento, o que afasta a pretensa ilegalidade do procedimento, já que a

inconstitucionalidade não é apreciada nessa esfera de julgamento. Acrescento, ainda, que tal disposição encontra-se regulamentada no art. 824-W, do RICMS/97.

*“Art. 35-A. As administradoras de cartão de crédito ou de débito deverão informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto através de seus sistemas de crédito, débito ou similares.*

*Parágrafo único. O regulamento disporá sobre prazo e forma de apresentação das informações.”*

As demais arguições de nulidade têm como base elementos materiais que dizem respeito ao mérito em debate. Assim, ficam rejeitadas tais arguições, na medida em que não serão acolhidas, como adiante alinhado, as razões meritórias defendidas pelo autuado.

O Auto de Infração está amparado no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, “*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).

Estamos diante de uma presunção legal prevista no inciso IV art. 334 do Código de Processo Civil. As presunções se dividem em absolutas, que não admitem prova contrária ou as relativas, consideradas verdadeiras até prova em contrário. Assim, estamos, na infração sob análise, diante de uma presunção legal relativa, prevista pelo §4º do art. 4º da Lei 7014/96, cabendo ao impugnante o ônus da prova, trazendo aos autos os elementos necessários que se oponham aos fatos presumidos.

No que diz respeito à reclamação, quanto ao tratamento adotado pelo autuante no cálculo do imposto, observo que não assiste razão à defesa, pois apesar de estar enquadrado no SIMBAHIA, ante a constatação da omissão de saídas de mercadorias relativas à infração apontada, o imposto deve ser calculado pelos mesmos critérios estabelecidos para os contribuintes inscritos no regime normal, conforme previsão do artigo 408-S, do RICM/97, com a aplicação da alíquota de 17%, conforme alteração introduzida pelo Decreto 7.886/00, com efeitos a partir de 30/12/00, com a concessão do crédito fiscal calculado à alíquota 8% sobre a receita omitida, nos termos do § 1º, do art. 408-S do RICMS/BA, alterado pelo Decreto nº 8.413/02, conforme fez o autuante e determinam as normas subsumidas no RICMS/97:

*“Art. 408-S. Quando se constatar qualquer das situações previstas nos arts. 408-L, 408-M, 408-P e 408-R, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento.*

*§ 1º Ocorrendo a hipótese prevista neste artigo, para o cálculo do imposto a recolher, deverá ser utilizado crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais.”*

*“Art. 408-L. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) a empresa:*

*V - que incorrer na prática de infrações de natureza grave de que tratam os incisos III, IV e as alíneas "a" e "c" do inciso V do artigo 915, a critério do Inspetor Fazendário*

**“Art. 915”.** Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

**“Art. 408-S”.** Quando se constatar qualquer das situações previstas nos arts. 408-L, 408-M, 408-P e 408-R, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento.

**§ 1º** Ocorrendo a hipótese prevista neste artigo, para o cálculo do imposto a recolher, deverá ser utilizado crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais.”

**“Art. 408-L”.** Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) a empresa:

**V -** que incorrer na prática de infrações de natureza grave de que tratam os incisos III, IV e as alíneas “a” e “c” do inciso V do artigo 915, a critério do Inspetor Fazendário

**“Art. 915”.** Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

**III -** 70% 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;”)

**IV -** 100% do valor do imposto:

- a)** quando a operação ou prestação estiverem sendo realizadas sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea;
- b)** quando a mercadoria ou bem forem encontrados em qualquer estabelecimento sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea;
- c)** quando a mercadoria for entregue ou o serviço for prestado a destinatário ou usuário diverso do indicado no documento fiscal;
- d)** quando o mesmo documento fiscal acobertar, mais de uma vez, operação ou prestação;
- e)** quando houver emissão de documento fiscal com numeração ou seriação em duplicidade;
- f)** quando for consignada quantia diversa do valor da operação ou prestação no documento fiscal;
- g)** quando houver rasura, adulteração ou falsificação nos documentos e livros fiscais ou contábeis;
- h)** quando não houver a emissão de documento fiscal ou for emitido documento fiscal inidôneo;

*i) quando o valor do imposto a recolher for fixado através de arbitramento, inclusive em estabelecimento não inscrito, exceto na hipótese de sinistro no estabelecimento, caso em que se aplica a multa prevista no inciso II;*

Não cabe, em consequência do acima exposto, para a apuração do imposto devido, a dedução de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do tributo devido em cada período de apuração, prevista no art. 8º da lei estadual nº 7.357/1998, em função da admissão e manutenção de mais de 15 empregado.

Quanto à alegação de receitas originadas de eventos artísticos, o autuado apresentou diversas cópias de recolhimentos de taxas em favor da Prefeitura de Salvador (fls.109 a 210) não tendo, contudo, apresentado as devidas comprovações de emissão de documentos fiscais pertinentes ou mesmo livro fiscal exigido pela legislação do Município. Assim, não demonstra que as vedas através de cartões de créditos/débitos informados pelas administradoras se referem às prestações de serviços cujo imposto é de competência municipal.

Quanto à multa imposta, o inciso V, do art. 97, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), determina que a Lei pode fixar a combinação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos ou para outras infrações nela definidas. Aplicou o autuante a multas prevista no inciso III do art. 42 da Lei nº 7.014/96, no percentual de 70%, em ajustada combinação com o descumprimento da obrigação principal descrita no presente Auto de Infração.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7º edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissivo que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

É importante lembrar, também, que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a constitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

Isso posto, voto pela **PROCÊDENCIA** 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 277830.0105/07-1, lavrado contra **FERREIRA GARCIA RESTAURANTE E BAR LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$61.652,74**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III,” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de julho de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA