

A. I. Nº - 079269.2924/07-4
AUTUADO - ROMEU ANTUNES PARREIRAS
AUTUANTE - JOSE DA ROCHA FALCAO
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 17. 11. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0349-01/09

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NOS PRAZOS REGULAMENTARES. Autuado comprova através de elementos hábeis que o imposto exigido na autuação fora objeto de denúncia espontânea antes do início da ação fiscal. Autuante acata o argumento defensivo. Infração insubsistente. **2.** CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas, pelo contribuinte, em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02). A apuração do imposto foi feita em consonância com a regra do art. 19 da Lei nº 7.357/98, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02, que manda abater do valor devido o crédito presumido de 8%, no caso de contribuinte do SimBahia. Infração não elidida. Rejeitada a nulidade argüida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 18/12/2008, exige ICMS no valor de R\$ 31.304,30, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

1. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), nos meses de dezembro de 2003 e janeiro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$920,00, acrescido da multa de 50%;
2. Falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saída de mercadorias tributadas apurada por meio do 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, nos meses de janeiro a dezembro de 2006, janeiro a dezembro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 30.384,30, acrescido da multa 70%.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 47 a 54, sustentando que a infração 01 é improcedente, haja vista que realizara denúncia espontânea junto ao Fisco dos valores exigidos nesta infração, conforme documentos que anexa aos autos.

Reportando-se a infração 02, diz estar devidamente enquadrada no SimBahia, na condição de empresa de pequeno porte, sendo o imposto calculado com a aplicação da alíquota determinada em função da receita bruta global acumulada desde o início do ano, se for o caso, até o mês de referência.

Prosseguindo alega que a autuação desconsiderou o enquadramento da empresa no SimBahia e a conseqüente inclusão de todas as receitas nas Declarações do Movimento Financeiro de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte – DME's com o devido recolhimento, inclusive de receitas obtidas mediante pagamento com cartão de crédito.

Sustenta que a infração 02 não ocorreu tendo em vista que todas as saídas de mercadorias pagas com o cartão de crédito foram devidamente lançadas nas respectivas DME's e tributadas de acordo o regime SimBahia, sendo exigido débito já quitado através do sistema simplificado.

Ressalta que não há qualquer menção no Auto de Infração acerca de eventual comprovação de que tenha prestado declarações inexatas ou falsas, havendo dolo, fraude ou simulação, que pudesse acarretar a sua exclusão do regime SimBahia.

Acrescenta que em razão disso, improcede a conduta do autuante, ao exigir o imposto com os critérios de apuração pelo regime normal, levando a efeito exigência indevida de imposto já pago.

Assevera que inexistente previsão legal de obrigatoriedade de apuração e de declaração de saídas referentes a compras com cartão de crédito apartadas da DME exigida pelo regime. Diz que se o contribuinte não é obrigado a discriminar as receitas e saídas de mercadoria relativas a compras com cartão de crédito, há que se convir que o procedimento de inclusão das referidas operações na DME, com a tributação simplificada, é perfeitamente cabível e permitido, não havendo razão para se presumir que tenha havido a alegada omissão de saída de mercadorias, que fundamenta o Auto de Infração impugnado.

Sustenta que o Auto de Infração deve ser anulado, dentre outras razões, por desconsiderar o enquadramento da empresa no regime SimBahia, e conseqüentemente, pelo fato de a tributação referente ao período de 2004 a 2007 ter sido efetivada regularmente sobre todas as operações referentes à compras com cartão de crédito e receitas junto às empresas administradoras de cartão de crédito VISANET, AMEX, REDECARD e HIPERCARD, devidamente incluídas nas respectivas DME's.

Continuando, argúi a nulidade do lançamento, por não haver indicação do critério adotado no arbitramento da base de cálculo, bem como pela discrepância entre o arbitramento e realidade fática.

Alega que o lançamento impugnado considerou como base de cálculo do imposto os encargos nas vendas a prazo (correção monetária), os quais não integram a base de cálculo, conforme o art. 39, do RICMS, verificando-se a nulidade, pois considerou a cobrança de encargos financeiros pelas administradoras de cartão de crédito, fazendo integrar a base de cálculo. Assevera que esse entendimento possui arrimo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, reproduzindo trecho do AGRESP – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – 460260, Processo n. 200201045120, PRIMEIRA TURMA DO STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – Relator JOSÉ DELGADO.

Afirma que não foi apresentada nenhuma justificativa, qualitativa ou quantitativa, para o percentual adotado no arbitramento, o que afronta o direito do contribuinte ao contraditório e à ampla defesa, previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Sustenta que o Auto de Infração é nulo, tendo em vista que não apresenta elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração cometida, conforme disposto no artigo 48, inciso IV, do Decreto 2473/79.

Ressalta que a presunção de que ocorreu saída de mercadoria, em virtude de informações de administradoras de cartão de crédito, não autoriza a consideração de base de cálculo arbitrada sem a mínima razoabilidade, em valores exorbitantes. Afirma que o Auto de Infração também é nulo por não indicar que a suposta omissão de saída de mercadorias foi constatada por presunção.

Aduz que o Fisco violou o art. 142 do CTN, o qual reproduz, alegando a existência de erro crasso no levantamento de base de cálculo do tributo, através de declaração de administradora de cartão de crédito, com conteúdo totalmente errôneo, que não corresponde à realidade da circulação de mercadorias que realizou, mormente porque foram consideradas operações de crédito como fato gerador e encargos como base de cálculo.

Destaca que não existe regulamentação legal para apuração de fato gerador e crédito tributário por arbitramento de base de cálculo, o que também gera nulidade do lançamento combatido.

Salienta que o lançamento é defeituoso e eivado de nulidade por desrespeitar os requisitos e pressupostos legais que ditam o critério de validade a ser observado. Aduz que cabia a própria administração anular o lançamento, em decorrência de ilegitimidade, do vício, o que não foi realizado.

Invoca a Constituição Federal no seu art. 5º, inciso XXXV e LV para sustentar que qualquer lesão de direito praticada por autoridade lançadora poderá ser anulado por iniciativa do sujeito passivo, quer na esfera administrativa, quer na esfera judicial, diante do preceito contido no art. 145 do CNT, o qual transcreve.

Diz que o Estado, no seu ato de autuar, considerou a autuação como uma presunção, confundindo o Auto de Infração com ato determinador de um direito definitivo, violando os artigos 97 e seguintes do CTN, que na verdade, é simplesmente a explicitação do princípio constitucional da legalidade tributária.

Afirma que o lançamento atacado é defeituoso, não guardando consonância com a realidade fática os dias fixados como data da ocorrência do fato gerador e data de vencimento, caracterizando ausência de informações no Auto de Infração, quanto à forma de apuração do fato gerador, da base de cálculo e do arbitramento da base de cálculo.

Rechaça a multa imposta, pelo seu caráter confiscatório e abusivo violando a Constituição Federal.

Conclui argüindo a nulidade do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal a fl. 81, na qual diz que ficou comprovado que o contribuinte declarou o débito referente a infração 01, através da denúncia espontânea – PAF nº 6000003482084.

No que concerne a infração 02, contesta as alegações defensivas afirmando que a DME de 2006, documento anexo, fl. 10, totaliza as saídas em R\$ 117.335,59 e o Relatório de Informações – TEF – Anual, operações em 2006, à fl. 25, aponta o valor de R\$ 159.997,86. Quanto à DME 2007, (fl. 28), declara como saídas o valor de R\$ 113.910,38 e o Relatório de Informações – TEF – Anual, operações ocorridas em 2007, (fl. 42), informa o valor de R\$ 177.605,54, restando comprovado que não se trata de suposição, como afirma a defesa, quando se constata que foram prestadas declarações inexatas ou falsas.

Finaliza mantendo parcialmente a autuação.

À fl. 82, consta despacho da Assistente do Conselho, encaminhando o processo à INFAZ FEIRA DE SANTANA, a fim de que o autuante junte ao PAF o relatório Diário Operações TEF, ou comprovante nos autos da entrega em meio magnético, bem como de que seja entregue ao autuado mediante

recibo, o Relatório Diário de Operações TEF, reabrindo o prazo de defesa de 30(trinta) dias, para manifestação, querendo, procedendo ao confronto dos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito com o lançado no ECF. Após, produzir nova informação fiscal.

Consta à fl.425, declaração do autuado confirmando o recebimento dos Relatórios Diários de Operações TEF, bem como ciência da reabertura do prazo de defesa de 30 dias, contudo, este não se manifestou.

O autuante se pronunciou à fl. 426, registrando que foram anexados os Relatórios Diários Operações TEF, documentos de folhas 01 a 165 e 01 a 177 referentes, respectivamente, aos períodos de 01-01-06 a 31-12-06 e 01-01-07 a 31-12-07.

VOTO

A princípio, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em total observância às disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF/99, especialmente, o seu artigo 39, estando os fatos descritos com clareza e precisão, possibilitando o exercício do direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte, inexistindo qualquer vício que o inquine de nulidade, conforme argüido pelo impugnante.

Observo que argüição defensiva referente à infração 02, de se tratar de arbitramento da base de cálculo se apresenta equivocada, haja vista que o levantamento realizado pelo autuante, comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas como cartão de crédito/débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão contida no artigo 4º, §4º da Lei 7.014/96, abaixo reproduzido.

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

§ 4º 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”.

Portanto, a exigência fiscal não diz respeito a arbitramento da base de cálculo, conforme suscitado pelo autuado.

Constato que a apuração do imposto realizada pelo autuante adotou acertadamente o critério normal de apuração, em consonância com a regra do art. 19 da Lei nº 7.357/98 com a redação dada pela Lei nº 8.534/02, que manda abater do valor devido o crédito presumido de 8%.

Certamente, tratando-se de infração de natureza grave o imposto é calculado pelo critério normal de apuração e não pelo Regime Simplificado de Apuração-SimBahia, conforme aduzido pelo impugnante.

Vale registrar que a exigência fiscal não diz respeito à “*correção monetária*”, conforme alegado pelo autuado, mas sim, aos valores de vendas realizadas mediante cartão, informados pelas administradoras e/ou instituição financeira, em valor superior ao informado pelo contribuinte.

Não acolho, portanto, as nulidades argüidas.

No mérito, verifico no tocante à infração 01 que o impugnante elide a acusação fiscal ao comprovar que efetuara denúncia espontânea do débito exigido na autuação, em momento anterior ao início da ação fiscal. Relevante registrar que o próprio autuante acata as alegações defensivas. Infração insubsistente.

No que concerne à infração 02, conforme dito acima, o levantamento realizado pela autuante, comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas como cartão de crédito/débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito.

Constato que o autuante apurou o imposto devido utilizando os valores informados pelas administradoras e/ou instituição financeira, inclusive, concedendo o crédito de 8% por se tratar o autuado de contribuinte optante pelo regime SimBahia.

Observo que apesar de ter recebido os Relatórios Diários TEF por operações individualizadas, inclusive com a reabertura do prazo de defesa de 30(trinta) dias, para que confrontasse os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito com o lançado no ECF, o autuado não trouxe aos autos qualquer elemento de prova hábil para elidir a autuação, mantendo-se silente.

É certo que alegação defensiva de que todas as saídas de mercadorias pagas com o cartão de crédito foram devidamente lançadas nas respectivas DME's, deveria estar acompanhada dos elementos necessários que permitissem confirmar a sua alegação, não podendo prevalecer apenas a simples negativa do cometimento da infração, aliás consoante exige o próprio Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

No que diz respeito à arguição de que a multa imposta, pelo seu caráter confiscatório e abusivo viola a Constituição Federal, verifico que esta foi corretamente apontada, estando prevista na Lei 7.014/96.

Quanto à sua inconstitucionalidade, cumpre observar que não se inclui na competência deste órgão julgador a sua apreciação, conforme o artigo 167 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Diante do exposto, considero integralmente subsistente a infração 02.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **079269.2924/07-4**, lavrado contra **ROMEU ANTUNES PARREIRAS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de imposto no valor de **R\$30.384,30**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, III, da Lei n. 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de outubro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR