

PROCESSO - A. I. Nº 117227.0903/08-8
RECORRENTE - S.ALMEIDA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. (TRAMPOLIM)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0411-04/10
ORIGEM - INFAS VALEJO
INTERNET - 27/12/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0416-12/11

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO TEF. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas 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. Não acatados os pedidos de cancelamento ou redução da multa por falta de previsão legal. Infração caracterizada. Rejeitadas as nulidades suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29.09.08, para cobrar ICMS, no valor de R\$25.932,32, acrescido da multa de 70%, em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apuradas 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.

Houve apresentação de defesa (fls 21 a 37), informação fiscal (fl 59 a 61).

Após concluída a instrução, a 4ª JJF, julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe, conforme o seguinte voto, *in verbis*:

(...)

Na defesa apresentada o autuado argumentou que o autuante não fez verificações nos livros fiscais e contábeis e que o imposto foi exigido por meio de presunção sem que houvesse comprovação da omissão de saída de mercadorias.

Observo que o art. 2º, § 3º, IV do RICMS/97 (art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96), estabelece que “Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar: ...VI - valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito”.

Verifico que o autuante elaborou a planilha às fls. 6 e 10, nas quais totalizou os valores mensais de vendas informadas pelas empresas administradoras de cartão de crédito, com base no Relatório Diário de Operações TEF cuja cópia foi juntada gravada em CD à fl. 16 e confrontou com o total mensal registrado na Redução Z, tendo apurado diferença entre os valores informados e os registrados na Redução Z. Em seguida, aplicou a alíquota de 17% e concedeu o crédito presumido de 8% previsto do art. 408-L, V do RICMS/BA. Todos os demonstrativos e Relatório TEF foram entregues ao autuado conforme documento acostado às fls. 18 e 19.

Portanto, restou caracterizada que foi aplicado o roteiro adequado de auditoria e ocorreu o cometimento da infração, tendo sido exigido o imposto com base em presunção legal (art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96) sendo facultado ao impugnante provar a improcedência da presunção. Caberia ao autuado elaborar demonstrativo próprio identificando de forma individualizada cada operação de recebimento por meio de cartão de crédito

constante do Relatório de Operações Diário TEF e juntar cópias dos documentos fiscais correspondentes, de modo que restasse comprovado que as operações de vendas realizadas por meio de cartão de crédito tivessem sido oferecidas à tributação do ICMS, fato que não ocorreu.

Quanto ao pedido de cancelamento ou redução de multa aplicada, observo que em se tratando de multa decorrente de obrigação principal, a competência para apreciação é da Câmara Superior do CONSEF nos termos do art. 159, § 1º e art. 169, § 1º do RPAF/BA, motivo pelo qual não acato. Quanto à alegação de que houve Denúncia Espontânea dos valores ora exigidos, verifico que nas fls. 45/52 foram juntados extratos SIGAT relativos aos parcelamentos 170.089 e 276.081. Verifico que no sistema INC consta que o primeiro se refere à exigência de ICMS normal e EPP e o segundo refere-se a parcelamento do AI 207158.0078/07-8 que não têm qualquer relação com o AI em questão por se tratar de exigência de ICMS relativo à omissão de saída de mercadorias a título de presunção (art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96) apurada pela diferença de receitas informadas pelas empresas administradora de cartão de crédito e as registradas na redução “z” do ECF.

Também não foi juntado ao processo qualquer prova de que os valores exigidos tenham sido objeto de “denúncia espontânea” como afirmado na defesa para justificar o cancelamento de multa.

No que tange ao argumento de que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, observo que a multa aplicada de 70% é prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, portanto é legal. Além disso, conforme indicado no Anexo do Demonstrativo do Débito (fl. 3), se atendidas as condições estabelecidas no art. 45-A do mencionado diploma legal, a multa aplicada poderá ter redução de até 100%. De certa forma, a depender da atitude tomada pelo estabelecimento autuado perante a infração que lhe é imputada, pode não haver ônus da multa aplicada, ou ônus menor do que o percentual de 70% grafado no Auto de Infração. Com relação à alegação de que a multa de caráter confiscatório é inconstitucional, ressalto que de acordo com o artigo 167, inciso I, do RPAF/BA (Dec. 7.629/99), não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Por tudo que foi exposto a infração deve ser mantida na sua totalidade.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado com a Decisão, o autuado interpõe Recurso Voluntário tempestivo, às fls. 94 a 104, repisando, quase integralmente, os argumentos apresentados em manifestações anteriores.

Propala que a Decisão da JJF corrobora a temerária imputação de penalidade por presunção. Diz que várias hipóteses podem descaracterizar a presunção de omissão saídas, tais quais: equívoco de informações das administradoras de cartão, devolução de mercadorias, defeito ou desistência da compra pelo consumidor, dentre outras.

Fala que, para ter certeza do crédito tributário, o autuante deveria “proceder com todos os meios dispostos ao seu poder de fiscalizar, sob pena de não conferir certeza ao valor reclamado”, sendo que, não tendo feito isso, entende que “o agente fiscal impediu a certeza e a liquidez do valor, requisitos indispensáveis à exigibilidade do crédito tributário”.

Cita o art. 5º, LV da CF, o qual transcreve, para dizer que houve ofensa ao direito de defesa.

Passa a discorrer sobre a multa e sua natureza jurídica. Diz que jurisprudência entende que a multa tem caráter penal, e a correção monetária e os juros de mora têm caráter indenizatório. Cita Sacha Calmon Navarro Coelho. Colaciona entendimentos sobre a multa em nosso ordenamento.

Aduz que a multa atribuída, além de absolutamente indevida, assume o caráter de abuso do poder fiscal, posto que manifestamente confiscatória, atingindo valor absurdo. Diz que o princípio do art. 150, IV da CF foi ferido de morte e que o confisco deve ser examinado sobre toda a carga tributária incidente. Traz à colação excelente doutrina de José Eduardo Soares de Melo, Hugo de Brito Machado e Américo Lourenço M. Lacombe sobre o princípio do não-confisco.

Alega que através da exação instituída pela Lei nº 7.014/96 afronta tal princípio, pois priva parcela do seu patrimônio, mediante ato arbitrário, unilateral, que impede o desenvolvimento de suas atividades. Traz decisões do STF sobre o tema. Conclui expondo novamente a sua tese sobre a multa confiscatória e a necessidade de íntima ligação entre a penalidade e o fato gerador.

Por fim, pede pela improcedência da autuação fiscal e, alternativamente, o afastamento da multa aplicada ou sua substancial redução.

Ao exarar o Parecer de fl. 118 a 120, a ilustre representante da PGE/PROFIS, a procuradora Maria José Coelho Lins de A. Sento-Sé, opina pelo conhecimento e não acolhimento do Recurso Voluntário, por entender que não estão presentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão recorrido.

Afirma que pela análise dos autos, a imputação fiscal está absolutamente clara, devidamente tipificada e alicerçada na legislação tributária e o lançamento atende todos os requisitos do art. 39 do RPAF.

Ressalta que a questão da constitucionalidade não pode ser apreciada pelo CONSEF, nos termos do art. 167, I do RPAF. Indica que a multa aplicada no presente PAF está contemplada na Lei nº 7.014/96 e que o princípio constitucional do não-confisco abrange tão somente os tributos e não as multas, dado o caráter educativo e sancionador das mesmas.

Quanto ao cerne da questão, indica que o parágrafo 4º, artigo 4º da Lei 7.014/96 autoriza a presunção de omissão de saída de mercadorias tributáveis, sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova de improcedência de presunção.

Entende que o trabalho do Autuante está lastreado em roteiro de fiscalização correto e que o Recorrente não juntou nenhuma prova capaz de elidir ou justificar as diferenças apuradas.

VOTO

Da análise dos autos e da Decisão recorrida, entendo não merecer reparos o Julgado de Primeira Instância, quando concluiu pela procedência do lançamento de ofício ora em apreciação, por estar em consonância com a legislação aplicável à matéria.

Preliminarmente, afasto a alegação de ataque ao princípio da ampla defesa, pois vislumbro observados todos os requisitos elencados nos art. 39 do RPAF, como também respeitados todos os mandamentos do art. 18 do mesmo regulamento. Ademais, noto que a base de cálculo da infração foi devidamente demonstrada (fls 3 a 15), e que foram entregues ao recorrente os respectivos demonstrativos e relatórios TEF (fl. 18) que embasam o Auto de Infração em lide.

Quanto à alegação de afronta a Constituição Federal, por suposto ataque ao princípio do não confisco, não me manifesto em respeito ao art. 167, I, do RPAF que determina não ser competência deste CONSEF a declaração ou não de constitucionalidade.

Já em relação à alegação de ilegalidade da multa aplicada, vejo que esta afirmação não se sustenta, pois a multa de 70%, aplicada no presente PAF, estava prevista no art. 42, III da Lei 7.014/96, consubstanciada na legislação válida, pertinente e prevista à época dos fatos.

No mérito, a infração imputada ao sujeito passivo, refere-se à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada pela diferença entre o somatório dos cupons fiscais emitidos pelo autuado e o valor informado pelas operadoras de cartões de crédito e de débito, presunção amparada nos termos do o art. 2º, § 3º, IV do RICMS/97 correspondente ao art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96.

A lei exige que nas saídas de mercadorias haja a comprovação da emissão do correspondente documento fiscal, não podendo os valores informados pelo contribuinte à SEFAZ, a título de vendas realizadas com cartão de crédito e/ou débito, serem inferiores àqueles informados pelas administradoras de cartões de créditos.

Ora, por se tratar de crédito tributário aplicado por presunção legal, caberia ao recorrente o ônus de provar que, para cada venda de mercadoria paga com cartão foi emitido o respectivo documento fiscal, o que efetivamente não ocorreu.

Quanto ao pedido de afastamento da multa, corroboro com a posição da JJF e invoco o mandamento insculpido nos art. 159, §1º c/c o art. 169, §1º, ambos do RPAF/BA e 42, §8º da lei 7.014/96.

Destarte, com espeque no Parecer emitido pela Douta PGE-PROFIS, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a 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 117227.0903/08-8, lavrado contra **S.ALMEIDA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. (TRAMPOLIM)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$25.932,32**, 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, 05 de dezembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS