

A. I. N° - 147074.0008/10-4
AUTUADO - TRINCO PRESENTES E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO CARLOS SALES ICÓ SOUTO
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 17/06/2011

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0127-03/11

EMENTA: ICMS. **1.** CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS PELO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Fato demonstrado nos autos. A declaração de vendas, pelo contribuinte, em valores inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões 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 n° 7.014/96, com a redação dada pela Lei n° 8.542/02). Indeferido o pedido de perícia. Mantido o lançamento. **2.** DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. Não acatada a alegação de caso fortuito ou força maior. Mantida a multa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22.12.10, diz respeito aos seguintes fatos:

1. omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Consta na descrição do fato que, por não terem sido apresentadas as reduções “Z” e as Notas Fiscais, apesar das intimações nesse sentido, foram considerados na autuação os valores das saídas informados na DME [Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte], excetuando-se as transferências. ICMS lançado: R\$ 8.995,97. Multa de 70%;
2. falta de apresentação de documentos ao fisco, em atendimento a quatro intimações emitidas nesse sentido, sendo aplicada multa de R\$ 1.380,00.

O contribuinte defendeu-se (fls. 84/93) alegando que, conforme se observa no corpo do Auto de Infração, a autuação ocorreu apenas e tão-somente em razão de não ter apresentado os documentos exigidos pela fiscalização. Diz que nunca se recusou a prestar informações e documentos exigidos, somente não o fazendo neste caso por um absoluto impedimento, haja vista que os documentos relativos a períodos passados não são arquivados em suas dependências, confiando a sua guarda a uma empresa especializada na guarda e arquivo de documentos, a qual também lhe presta assessoria empresarial, a Metrofile Arquivos de Salvador, CNPJ n° 07.005.125/0001-53, e, ao ser intimado para apresentar os documentos ao fisco, buscou obter a documentação junto à referida empresa contratada, começando então uma verdadeira batalha com tal empresa, com a qual trocou vários “e-mails”, visando à obtenção dos documentos,

tornando-se depois necessária a utilização de outros meios legais de coerção, chegando a notificar extrajudicialmente a Metrofile, mas, nem assim, teve acesso aos documentos exigidos, uma vez que a detentora dos documentos condicionou a sua apresentação ao pagamento de taxas e multas contratuais. Por essas razões, alega que se tornou impossível atender às intimações feitas pelo fisco, por culpa da empresa detentora da documentação, ocorrendo um clássico caso de caso fortuito ou de força maior. Discorre acerca da teoria jurídica das figuras do caso fortuito ou de força maior, consideradas excludentes de responsabilidade, e que se configuram quando uma determinada ação gera consequências ou efeitos imprevisíveis, impossíveis de evitar ou impedir. Assinala que o requisito objetivo da força maior ou do caso fortuito configura-se na inevitabilidade do acontecimento, e o subjetivo, na ausência de culpa na produção do evento. Alega que no caso em tela tentou de todas as formas, mas não teve como evitar a não apresentação dos documentos, tendo em vista que não estava em posse deles, e a não apresentação se deu por culpa exclusiva da empresa Metrofile Arquivos de Salvador, e sendo assim resta configurada a ocorrência do caso fortuito ou força maior, e consequentemente, a ausência de responsabilidade da empresa autuada.

Considera fictícias as infrações apontadas no procedimento fiscal. Sustenta que no caso do item 1º do Auto não se configurou a omissão de saída de mercadoria tributável, haja vista que os documentos relativos ao período de janeiro a dezembro de 2007 estão em conformidade com os valores fornecidos pela instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Alega que os valores de saída informados na DME de 2007, que foram considerados na autuação, estão incompletos, ao contrário daqueles constantes na documentação arquivada, em posse da Empresa Metrofile Arquivos de Salvador. Aduz que, quando a documentação lhe for apresentada, o que deverá ocorrer quando da perícia, restará comprovada a total compatibilidade entre o que foi apurado pelo fisco e a documentação contábil da empresa. Quanto à 2ª infração, alega que ela deixa de existir em razão do fenômeno da força maior, já explicitado, que exclui a responsabilidade da autuada.

Passa em seguida a tratar da multa lançada no Auto. Salienta que um dos pontos basilares do Estado Democrático de Direito é a não utilização de tributo com efeito confiscatório. Argumenta que no presente caso isso não foi observado, uma vez que foi aplicada ao valor do “imposto de renda” supostamente devido uma multa no percentual de 50% [sic]. Adverte que não se venha a argumentar que multa é multa e tributo é tributo, e que tal princípio seria inaplicável ao presente caso, uma vez que a função da multa não é confiscar o patrimônio dos contribuintes, e sim apená-los pelo não cumprimento de obrigação tributária, principal ou acessória. Pontua que a administração é obrigada a observar os princípios norteadores da administração pública e os princípios constitucionais tributários, e no caso em tela a ação fiscalizadora teria desrespeitado o princípio constante no art. 150, IV, da Constituição. Aduz que é corolário do princípio da vedação de tributo com efeito confiscatório a imposição de multa com idêntico efeito, uma vez que os princípios estabelecem uma meta, um padrão, e no caso específico do princípio constitucional da vedação de confisco o padrão estabelecido deste princípio é o impedimento à absorção, total ou parcial, da propriedade particular pelo Estado, desde quando o poder de tributar deve ser compatível com o de conservar e não com o de destruir. Prossegue argumentando que, se é vedada a instituição de tributo confiscatório, a multa tributária confiscatória também é inconstitucional, porque o Estado se utiliza da multa não com o intuito de inibir o descumprimento da obrigação tributária, seja acessória ou principal, e sim com o fim de absorver a propriedade particular, desrespeitando, com isso, outros dois princípios norteadores da administração pública, o princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade. A seu ver não é razoável e muito menos proporcional uma multa como a que foi aplicada no lançamento do crédito fiscal objeto da presente lide, no percentual de 50% [sic] sobre o valor do principal, por constituir verdadeiro confisco, atentatório à idéia de justiça, tornando-se inconstitucional a multa imposta. Cita jurisprudência.

Requer a realização de perícia, alegando que os documentos exigidos pelo fiscal somente serão apresentados no decorrer deste processo e no momento de sua apresentação haverá necessidade de uma confrontação entre o que consta no Auto de Infração e a realidade que os documentos retratam.

Pede que seja deferido o pedido de perícia e, no mérito, que o Auto de Infração seja julgado improcedente. Pede ainda que, caso o Auto de Infração venha a ser julgado total ou parcialmente procedente, seja a multa reduzida ao percentual considerado constitucional pelo STJ, de 30%. Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidas, reiterando o pedido de perícia por fiscal estranho ao feito. Juntou documentos.

O fiscal autuante prestou informação observando que de acordo com os elementos às fls. 5/9 o contribuinte foi intimado quatro vezes para apresentar as reduções “Z” e as Notas Fiscais emitidas no exercício de 2007, porém não atendeu às intimações, alegando que os documentos se encontravam em poder de uma empresa de guarda de documentos. Quanto ao isso, o fiscal pondera que a responsabilidade pela guarda e apresentação da documentação é do próprio contribuinte. Informa que, como não foram apresentados os documentos solicitados, considerou os valores das saídas declarados pelo próprio contribuinte na DME de 2007 para elaborar a planilha comparativa de vendas por meio de cartão à fl. 11, bem como o demonstrativo da proporcionalidade para tributação à fl. 15. Considera meramente protelatória a alegação da defesa de que os valores de saídas informados na DME de 2007 estariam incompletos, sem apresentar elementos comprobatórios que demonstrem quais são as supostas incorreções da DME. Indaga como o contribuinte pode fazer tal afirmação se não tem a posse da documentação.

Quanto à multa do item 2º, o fiscal considera que a notificação extrajudicial cuja cópia foi anexada pela defesa não isenta o autuado da multa pelo descumprimento da obrigação acessória.

Opina pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Este Auto de Infração comporta dois lançamentos, os quais guardam estreita correlação: como o contribuinte não atendeu às intimações para apresentação de documentos, o fiscal aplicou a multa de R\$ 1.380,00 (item 2º do Auto) e procedeu ao lançamento de ICMS no valor de R\$ 8.995,97 a título de divergência entre os valores das vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito informados por instituição financeira e administradora de cartão de crédito e os valores das operações de saídas informados pelo contribuinte na DME, mais multa de 70% (item 1º).

O autuado alega a ocorrência de caso fortuito ou força maior, porque os documentos se encontrariam em poder de uma empresa supostamente especializada na guarda e arquivo de documentos, a qual não terá atendido à sua solicitação para entrega dos documentos que lhe teriam sido confiados para guarda, condicionando a sua apresentação ao pagamento de taxas e multas contratuais. Para provar isso, juntou cópias de “e-mails” e de uma notificação extrajudicial.

Não existe neste caso a mais leve sombra de caso fortuito ou força maior. Primeiro porque não foi provado que os documentos se encontrassem em poder de terceiro, havendo apenas uma declaração unilateral num instrumento de notificação extrajudicial. Segundo, porque o contribuinte não pode contrapor ao Estado os efeitos de supostas relações contratuais por ele pactuadas com terceiros.

Embora geralmente essas duas figuras – caso fortuito e força maior – sejam quase sempre citadas uma ao lado da outra, como se fossem termos sinônimos, cumpre notar que não se trata de institutos equivalentes.

A questão é que o redator do art. 393 do Código Civil não se preocupou em fazer a distinção entre o caso fortuito e a força maior, atribuindo a ambos a mesma consequência jurídica, qual seja, a exclusão da responsabilidade civil pelos prejuízos que resultarem desses eventos. Note-se que, em princípio, tais figuras se destinam à exclusão da chamada “responsabilidade civil”, e não de responsabilidade tributária. É que existem certos fatos que podem influenciar os acontecimentos da vida e que por isso extinguem o nexo causal indispensável para que surja a obrigação de reparar o dano experimentado pela vítima. Dentre esses fatos avultam o “caso fortuito” e a “força maior”, que constituem o que o código denomina de “fato necessário”, cujos efeitos não se possa evitar ou impedir (Código Civil, art. 393, parágrafo único).

Caso fortuito é um fato imprevisível e, por isso, inevitável, ao passo que força maior é aquele fato que pode até ser previsível, porém é inevitável, como, por exemplo, os fenômenos da natureza, tais como tempestades, furacões, terremotos, inundações. Ora, nem uma coisa nem outra se configura no caso em exame.

Aliás, o próprio fato de o autuado ter entregue os documentos para guarda em poder de terceiro – o que não foi provado – já configura outra infração, haja vista que, nos termos do art. 145 do RICMS, os livros e documentos fiscais e contábeis só podem ser retirados do estabelecimento quando houver autorização do fisco, ou para serem levados à repartição fiscal para guarda por parte de profissional contabilista que para esse fim estiver expressamente indicado no formulário de inscrição cadastral.

No caso em exame, segundo alega a defesa, os documentos teriam sido entregues a uma empresa especializada na guarda e arquivo de documentos, a qual também lhe prestaria “assessoria empresarial”. Isso constitui mais uma infração, portanto, e por isso mesmo em nada contribui para relevançar sua conduta irregular.

Foi requerida a realização de perícia por fiscal estranho ao feito. Considero, porém, desnecessária a realização de perícia. A perícia é um mecanismo de que se pode lançar mão em caso de necessidade de esclarecimentos técnicos específicos de profissional de determinada área do conhecimento humano. Para se decidir se há ou não necessidade de perícia, deve o requerente indicar as razões pelas quais considera ser necessária tal providência. Não basta simplesmente requerer. É necessário fundamentar o requerimento. Neste caso, se o contribuinte não apresenta os documentos, o que é que o perito vai examinar? O autuado alega que, quando a documentação lhe for apresentada, o que deverá ocorrer ao ser realizada a perícia, restará comprovada a total compatibilidade entre o que foi apurado pelo fisco e a documentação contábil da empresa. Ora, como é que o contribuinte pode afirmar que a documentação será apresentada quando da realização da perícia? Indefiro o requerimento.

Quanto ao mérito, cumpre observar que de acordo com o instrumento à fl. 81 o contribuinte recebeu cópia de todos os elementos que instruem a autuação. Dentre os elementos que recebeu destaco os Relatórios Diários de Operações TEF. Esses relatórios especificam todos os registros das operações informadas pelas administradoras de cartões eletrônicos relativamente ao período objeto do levantamento fiscal, contendo as informações detalhadas das transferências eletrônicas de fundos diárias, com especificação das vendas feitas através de cartões de débito e crédito, relativamente a cada administradora, separadamente, operação por operação. A finalidade do detalhamento dos aludidos relatórios é no sentido de que o contribuinte possa efetuar a conferência da natureza de cada operação no que concerne ao modo de pagamento de cada uma, podendo fazer o cotejo entre o que consta nos relatórios TEF e o que foi registrado no equipamento emissor de cupons fiscais (ECF) e nas Notas Fiscais, de modo a detectar valores porventura incluídos indevidamente no levantamento fiscal.

Por conseguinte, em face dos elementos que lhe foram entregues, o contribuinte dispôs de elementos para verificar se houve algum erro nas informações prestadas pelas administradoras de cartões. Como não apontou erros nesse sentido, concluo que o levantamento fiscal está correto.

A declaração de vendas, pelo contribuinte, em valores inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões 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).

Mantenho o lançamento do item 1º do Auto de Infração.

No tocante à 2ª infração, a defesa alega que deixou de atender às intimações em virtude de “força maior”, aspecto já superado nas razões iniciais deste voto. Mantenho igualmente a multa do 2º item.

Quanto à alegação de que a multa de 60% teria natureza confiscatória, deve-se ponderar que não é adequado discutir no âmbito administrativo a constitucionalidade do direito posto.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **147074.0008/10-4**, lavrado contra **TRINCO PRESENTES E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 8.995,97**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 1.380,00**, prevista no inciso XX do art. 42 da supracitada lei, mais os acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 1º de junho de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR