

A. I. Nº - 152240.0025/15-7
AUTUADO - COMERCIAL DE ALIMENTOS CARRO CHEIO LTDA - ME
AUTUANTE - ROBERTO FERNANDES GONÇALVES
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 06/06/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0101-03/16

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. RECOLHIMENTO A MENOS. O impugnante não apontou qualquer erro material nos demonstrativos de apuração do débito. Defesa faz alegações genéricas e sem lastro em provas. Infração subsistente. 2. 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. Infração não elidida. Indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22/07/2015, exige ICMS no valor de R\$52.816,52 e acusa o autuado do cometimento das seguintes infrações:

Infração 01 - **17.02.01**. Recolhimento a menos de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2014, sendo lançado imposto no valor de R\$49.060,26, com multa de 75%. Demonstrativo de apuração às fls. 14 a 43;

Infração 02 - **17.03.016**. 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 cartões - Sem dolo, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2014, sendo lançado ICMS no valor de R\$3.756,26, com multa de 75%. Demonstrativo de apuração às fls. 14 a 43.

Consta na “Descrição dos Fatos” que “...A partir da fiscalização do Simples Nacional no período de janeiro de 2012, 2013 a dezembro de 2014, foi feito o levantamento e elaborado o demonstrativo com base na documentação fiscal apresentada pelo contribuinte; Nos dados contidos no extrato do Simples Nacional e declaração anual do Simples Nacional, assim como, nas informações do sistema SEFAZ/INC/TEF - TRANSFERÊNCIA ELETRÔNICA DE FUNDOS, informações essas fornecidas pelas administradoras dos cartões crédito/débito. Obtendo-se a receita total, feita a segregação da receita proveniente de mercadorias da substituição tributária para encontrar a base cálculo de cobrança do imposto devido através do sistema AUDIG - (AUDITORIA DIGITAL) da SEFAZ e, por conseguintes apurar o ICMS, conforme descritas a seguir.”

O impugnante, por meio de advogado com procuração à fl. 133, apresenta defesa fls. 122 a 132, na qual, depois de reproduzir o teor das infrações, articula os argumentos seguintes.

Inicialmente requer que as notificações/intimações acerca do presente feito sejam enviadas para seu escritório, na Rua Edístio Pondé, nº 353, Ed. Empresarial Tancredo Neves, conj. 903, Costa Azul, Salvador, Bahia.

Afirma que a lavratura do auto impugnado foi descabida, uma vez que a autuação foi fruto de um equívoco do fiscal autuante, tendo em vista que não incorreu em infração e que está sendo imputado débito que não lhe cabe.

Menciona que sempre buscou honrar com seus compromissos, principalmente e especialmente os de natureza tributária, razão pela qual descabe os argumentos perpetrados. Continua assinalando que sua única intenção é manter sua regularidade fiscal e cumprir com seus deveres, tudo na melhor forma da lei. Arremata salientando que, o débito de valor histórico, não deve e não pode prosperar tendo em vista que não ocorreu tal fato.

Declara que juntará ao presente processo administrativo fiscal, demonstrativo que explanará que a quantia apurada pelo fiscal autuante, não corresponde à realidade dos fatos, eis que a apuração foi feita de forma totalmente equivocada.

Registra ter restado evidente que, ao proceder a lavratura do auto de infração o fiscal autuante aplicou todo o rigor e frieza da lei, sem considerar que a lei deve ser interpretada de forma a não causar desnecessário agravo ao contribuinte.

Esclarece que com a lavratura do Auto de Infração ocorrera uma excessiva oneração em total desrespeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Prossegue destacando que não se levou em conta possui todos os livros fiscais e contábeis escriturados, desrespeitando, assim, o princípio da equidade.

Observa que a legislação tributária determina que, ao se efetuar autuação fiscal, deve-se analisar todos os documentos do estabelecimento a ser autuado, para que se chegue a uma conclusão concreta, sem dúvidas ou obscuridades, o que não ocorreu no caso concreto, conforme será comprovado no demonstrativo que acostará aos autos.

Registra que aparentemente houve um equívoco por parte do fiscal autuante, já que, conforme demonstrado, atuou de maneira correta, não existindo motivo para ser cobrado o referido imposto, muito menos acrescido de multa exorbitante de 60% e 70%.

Explica que no Direito Tributário, as presunções só devem ser aplicadas como *ultima ratio*, quando não houver outra forma de apurar o imposto supostamente devido, uma vez que a presunção pode afetar a legalidade da obrigação principal, de maneira que, a presunção está no campo da possibilidade, e não da certeza.

Aduz que foi o que ocorreu no caso em tela, já que a autoridade autuante simplesmente baseou-se em meras presunções para apontar suposto crédito tributário, quando afirma ter apurado, por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao supostamente fornecido pela instituição financeira.

Lembra que no Direito Tributário não se pode basear em meros indícios ou suposições para se chegar a eventual valor a ser recolhido aos cofres públicos, pois contraria o princípio da tipicidade fechada e da segurança jurídica.

Menciona que, no auto em tela, o preposto fiscal em diversas ocasiões faz menção à presunção. Pondera que sendo a mesma relativa, pretende demonstrar claramente que não merece prosperar os fundamentos fazendários. Continua destacando que, como a presunção da Fazenda Pública é meramente relativa, trará elementos probantes, capazes de elidir o argumento fazendário, que no caso em tela, buscou o único fim arrecadatório, sem sequer analisar de fato, toda a vida contábil e fiscal de seu estabelecimento.

Requer a realização de diligência contábil/fiscal, através da ASTEC, a fim de demonstrar a inexistência de débito, corroborando a todos os argumentos expendidos.

Declara que um dos pontos basilares do Estado Democrático de Direito é a não utilização de tributo com efeito confiscatório. Prossegue assinalando que no presente caso, entretanto, tal verdade não foi observada pela ação fiscalizadora, que utilizou-se da multa com efeito confiscatório, aplicando multa de 70% e 100% sobre o valor do suposto tributo devido, o que caracteriza, inequivocamente o efeito confiscatório.

Resume o posicionamento do STF reproduzindo excerto, da lavra do Relator Ministro Ilmar Galvão, na ADI 551/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 24.10.2002, DJ 14.02.2003, p.58.

Explica que a função da multa não é confiscar o patrimônio do contribuinte, e sim apená-lo pelo não cumprimento de obrigação tributária, o que não foi o caso. Ressalta que a identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária.

Lembra ser obrigatório para a Administração a observância dos princípios norteadores, sejam eles da administração pública, sejam princípios constitucionais tributários, e no caso, sem objeto a ação fiscalizada, já desrespeitou o princípio constante no art. 150, inciso IV, da Constituição Federal.

Revela que a doutrina, conhecedora da importância dos princípios, traça inúmeros e pertinentes comentários sobre este tema e, nesse sentido reproduz trechos de ensinamentos dos juristas, Sacha Calmon Navarro Coelho e Bernardo Ribeiro de Moraes.

Diz ser corolário da vedação de tributo com efeito confiscatório a limitação da instituição de multa com idêntico efeito, uma vez que, como visto, os princípios estabelecem uma meta, um padrão, e no caso específico do princípio constitucional da vedação ao confisco o padrão estabelecido, isto é, a proposição básica 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.

Aduz que, sendo vedada a instituição de tributo confiscatório, a multa tributária confiscatória é do mesmo modo ilegal, e isto porque o Estado utiliza-se da mesma não com o intuito de inibir o inadimplemento da obrigação tributária, e sim com o intuito de absorver a propriedade particular, desrespeitando, com isso, outros dois princípios norteadores da administração pública: o princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade.

Enfatiza não ser razoável nem proporcional uma multa como a do presente Auto de Infração, cujo valor é consideravelmente superior ao que deveria ser arbitrado, constituindo, assim, verdadeiro confisco, atentatório à idéia de justiça, o que torna, por conseguinte, ilegal a multa imposta pela ação fiscalizadora.

Traz a colação ementas de julgados de Tribunais Superiores invocando a jurisprudência pátria, em relação às multas confiscatórias, com o intuito de demonstrar que o nosso ordenamento jurídico não suporta a aplicação de multas como a utilizada no caso em tela, multa confiscatória com o claro intuito de absorver integralmente todo o patrimônio da empresa autuada, rompendo, por conseguinte, com os princípios norteadores do Direito Tributário e da Administração Pública.

Registra que a multa de 70% e 100%, mais os juros são suficientes para desestabilizar qualquer grande empresa, principalmente as empresas de pequeno e médio porte, ferindo assim o princípio constitucional da livre iniciativa, cânone constitucional que garante o livre desempenho das atividades, contribuindo para o crescimento e fortalecimento da economia.

Afirma que a multa, além de inconstitucional, é ilegal, pois esbarra em inúmeros comandos legislativos que vedam o enriquecimento ilícito (ou sem causa), já que, a partir do momento em que a administração fazendária aplica multa desta monta, está enriquecendo ilicitamente.

Frisa restar demonstrado que o nosso ordenamento jurídico não suporta a aplicação de multas como a utilizada no caso em tela, restando claro que, ao aplicar tal multa confiscatória, estará o

Fisco Estadual rompendo com os princípios norteadores do Direito Tributário e da Administração Pública.

Arremata requerendo a improcedência do Auto de Infração.

Pugna, na hipótese de ser julgado procedente o presente Auto de Infração, pela redução da multa com efeito confiscatório aplicada, reduzindo-a para 30%, conforme vem sendo aplicado pelos Tribunais Superiores.

Protesta pela produção de todos os meios de provas no direito admitidas, e em especial, requer a juntada posterior de toda a documentação apta a provar eficazmente o quanto aduzido, de modo a demonstrar o equívoco da autoridade autuante.

Requer também, a realização de diligência contábil/fiscal, através ASTEC - Assessoria Técnica do CONSEF.

O autuante presta informação, fls. 146 e 147, depois de transcrever os dois itens do Auto de Infração e sintetizar as alegações da defesa, articula as seguintes ponderações.

Destaca que a primeira razão de defesa está relacionada à infração de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, apurada por presunção legal, conforme disposto no §4º do art. 4º da Lei 7.014/96, cuja previsão contém ressalva quanto á prova em contrário, alegada pelo autuado.

Observa que nesse sentido, o autuado solicita diligência contábil/fiscal para demonstrar a inexistência de débitos. Destaca que o impugnante, não aponta nenhum erro material que fundamente o seu pedido, ficando evidenciado, apenas, o objetivo de obter novo prazo de defesa.

Informa, quanto ao levantamento fiscal, que estabeleceu o cruzamento entre as informações registradas na memória da fita detalhe dos ECFs apresentadas pelo Contribuinte e as informações enviadas pelas Administradoras de Cartões através do sistema TEF para verificar a emissão regular do documento fiscal nas vendas realizadas com pagamento em cartão.

Revela o confronto evidenciado nos autos através do programa AUDIG, de modo que, cada venda em cartão informada pela Administradora foi vinculada ao correspondente cupom fiscal, por data e valor. Explica que nesse procedimento constatou que existência de saídas de mercadorias sem emissão do cupom fiscal.

Ressalta que a presunção de omissão de saídas tributadas verificada nas operações de vendas com pagamento em cartão, somente poderá ser desconstituída com a apresentação do documento fiscal emitido na data e valor correspondente ao da venda informada pela Administradora de Cartões. Prossegue assinalando que o defendente não apresentou qualquer documento comprobatório, não impugnou qualquer valor apurado, nem levantou situações que justificassem o pedido de diligência solicitado na inicial.

Lembra que, o art. 147, inciso I, alínea “b”, do RPAF-BA/99, prevê o indeferimento de diligência que for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos.

Declara que a segunda razão de defesa apresentada pelo autuado diz respeito à penalidade, afirmando ter sido aplicada multa com efeito confiscatório num percentual de 70% e de 100% e que, diante da possibilidade de ser julgado procedente o presente Auto de Infração, pede redução da multa para 30%.

Explica que a multa aplicada na autuação tem sua imposição prevista no art. 35 da LC 123/06 que indica a legislação do imposto de renda para a aplicação da penalidade - Lei Federal nº 9.430/96, art.44, inciso I.

Conclui mantendo a autuação.

VOTO

Inicialmente, constato, depois de compulsar os elementos que compõem os autos, que o presente Auto de Infração está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário apurado e a natureza das infrações imputadas. Constatado que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Verifico também que não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

O impugnante requer a realização de diligência contábil/fiscal para demonstrar a existência de débito sem fundamentar e sem indicar objetivamente os aspectos a serem dirimidos. Rejeito o pedido de diligência, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF-BA/99, o qual estabelece que deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção, os elementos contidos nos autos.

No mérito, o presente Auto de Infração cuida de duas infrações a legislação do ICMS. A infração 01 trata do recolhimento a menos de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2014; e a infração 02 a omissão de saídas de mercadorias tributáveis presumida 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 Cartões.

Ao examinar as peças que compõem e alicerçam a acusação fiscal atinente aos dois itens da autuação, constato que autuado foi devidamente intimado para apresentação dos documentos fiscais que serviram de lastro para a apuração do débito exigido, fl. 12, a ele foram entregues os arquivos magnéticos contendo o relatório TEF, fl. 45, bem como, cópia do demonstrativo de débito e planilhas do AUDIG, fl. 11. Portanto, resta evidenciado nos autos a plena disponibilização ao defendente de todos os elementos que deram origem aos valores apurados.

Verifico também que as duas infrações, objeto da autuação, afiguram-se respaldadas nos artigos 21, inciso I, art. 18, inciso I e no art. 26 da Lei Complementar 123/06 c/c §4º, do art. 4º da Lei 7.014/96.

Em sede de defesa, o sujeito passivo articula alegações genéricas sem apontar de forma objetiva qualquer aspecto específico e contundente capaz de elidir a acusação fiscal consubstanciada nos dois itens da autuação.

Sem indicar de forma inequívoca asseverou também o defendente que a autuação é fruto de um equívoco da fiscalização. Sem carrear aos autos até o presente momento qualquer elemento elucidativo, assegurou que juntaria aos autos demonstrativo para comprovar que o valor apurado nos autos não corresponde à realidade dos fatos.

Quanto à alegação de que o autuante na apuração do débito não considerou seus livros fiscais e contábeis, não devem prosperar, haja vista que resta patente nos autos que a apuração foi respaldada nos livros fiscais, nas notas fiscais, relação de equipamento de cupom fiscal, Redução “Z”, Arquivo Binário MFD-ECF, DASN e Extrato do Simples Nacional - PGDAS, todos por ele próprio fornecidos.

Também é infundada a alegação da defesa de que a autuação foi baseada em “meia presunção relativa”, uma vez que a omissão de saída apurada na infração 02 trata de presunção legal expressamente preconizada pelo inciso VII, do §4º, do art. 4º da Lei 7.014/96. Portanto, não há que

se falar em meia presunção. No entanto, caberia ao autuado provar a improcedência da presunção, o que não ocorreria nos presentes autos.

Logo, conforme se extrai da discriminação pormenorizada estampada nos demonstrativos emitidos pelos Anexos do sistema AUDIG, fls. 14 a 43, resta patente o cometimento pelo autuado das irregularidades objeto da autuação.

Assim, nos termos acima expendidos, resta integralmente subsistentes as infrações 01 e 02.

Quanto à alegação de que as multas aplicadas seriam inconstitucionais e confiscatórias saliento que as mesmas encontram-se tipificadas no art. 35 da LC nº 123/06, c/c o art. 44, I e §1º, da Lei nº 9.430/96 especificados nos autos. Esta instância de julgamento não possui atribuição (competência) para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, a teor dos artigos 158 e 159, RPAF-BA/99, nem para apreciar inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria objeto da contenda consoante expressa previsão no inciso I, do art. 167, RPAF-BA/99.

No que concerne ao pleito do impugnante para que as notificações/intimações acerca do presente feito sejam enviadas para o escritório de seu advogado na Rua Edístio Pondé, nº 353, Ed. Empresarial Tancredo Neves, conj. 903, Costa Azul, Salvador, Bahia, recomendo à secretaria deste Conselho que as intimações sejam feitas na forma requerida. No entanto, observo que não implicará vício algum se as intimações forem feitas diretamente ao próprio sujeito passivo, atendidas as regras do art. 108 do RPAF-BA/99.

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 152240.0025/15-7**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS CARRO CHEIO LTDA - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$52.816,52**, acrescido da multa de 75% prevista no art. 35 da LC nº 123/06, c/c o art. 44, I e §1º, da Lei nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de maio de 2016.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA