

**A. I. N°** - 380214.0015/07-1  
**AUTUADO** - BESTMICRO COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS DE INFORMÁTICA LTDA.  
**AUTUANTE** - CARLOS ALBERTO BARBOSA DOS SANTOS  
**ORIGEM** - INFAZ ITABUNA  
**INTERNET** - 04.08.08

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0209-04/08

**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 comprovada a improcedência da presunção. Infração não elidida. Rejeitadas as nulidades suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 21/09/07 para exigir o ICMS, no valor de R\$22.667,54, 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.

O autuado na defesa apresentada (fls. 72 a 78), por meio de advogado legalmente constituído, inicialmente discorre sobre a infração e suscita a nulidade da autuação sob argumentos de que:

- a) o preposto fiscal não assinou o Auto de Infração e os documentos que integram o processo;
- b) o autuante teve acesso a informações, que não instruíram o processo, o que acarretou dificuldade do exercício do contraditório e da ampla defesa;
- c) a base de cálculo foi arbitrada, com base em presunção, o que também restringe o seu direito de defesa.

Aduz que o Auto de Infração não atende aos requisitos formais previstos nos artigos 28 e 39 do RPAF/BA, que transcreveu às fls. 73/76. Alega que durante o procedimento fiscal se colocou à disposição da fiscalização para prestar qualquer esclarecimento que se fizesse necessário, mas não teve nenhuma chance de exercer o seu direito de defesa no processo. Transcreve texto de autoria dos professores Marcello Caetano, Lúcia Valle Figueiredo e invoca a seu favor, o princípio da legalidade previsto no art. 5º, II da Constituição Federal (CF 88), por entender que se traga ao processo todos os elementos que possibilitem esclarecer a verdade dos fatos.

Requer o direito de apresentar todas as provas e documentos que possam constituir sua defesa, protesta por todos os meios de prova admitidos em direito e pela apresentação dos documentos não-autenticados juntados aos autos.

Com relação à multa aplicada, afirma que o valor de R\$15.867,14 configura confisco, transcreve trechos do professor Vittorio Cassone e Douglas Yamashita, no sentido de que as penalidades confiscatórias devem ser declaradas inconstitucionais, nos termos do art. 150, IV da CF 88, afrontando o princípio da capacidade contributiva. Por fim requer o cancelamento do Auto de Infração, por entender ser questão de justiça.

O autuante, na informação fiscal prestada às fls. 106/107, esclarece que em relação à nulidade pretendida, a primeira via do Auto de Infração juntada ao processo foi devidamente assinada

junto com todos os anexos, conforme recibo passado no momento que deu ciência da autuação. Salienta que a ausência de assinatura na segunda via dos documentos entregues ao autuado possibilitam o exercício de defesa e não constitui vício insanável, o que entende ser sanado a qualquer momento.

Com relação à multa aplicada, afirma que a mesma é prevista na legislação vigente.

Propõe que a Coordenação de Cobrança intime o autuado para receber cópia dos documentos ora acostados ao processo e conceda o prazo previsto no RPAF/BA para que o mesmo possa exercer o seu direito de defesa. Conclui ratificando os termos do Auto de Infração e pede a sua procedência.

A Inspeção Fazendária juntou ao processo cópia de três intimações (fls. 147, 149 e 152), para que o contribuinte tomasse conhecimento da informação fiscal, tendo concedido cópia do Relatório Diário por Operações TEF relativo ao contribuinte e período fiscalizado, tendo sido concedido prazo de dez dias para manifestar-se, caso quisesse.

O autuado manifestou-se às fls. 156 a 163, lembrando inicialmente que conforme dito por Juarez Freitas e Temístocles Cavalcanti, os órgãos públicos na salvaguarda dos seus interesses devem desempenhar suas atividades com observância irrestrita da legalidade, com base nos princípios da proporcionalidade e eficiência.

Reitera os argumentos formulados anteriormente que o Auto de Infração foi elaborado sem preencher os requisitos formais, transcreve os artigos 28, § 3º e 39 do RPAF/99 e diz que não procede a alegação do autuante de que documentos foram disponibilizados mediante intimação por problemas no sistema e que a base de cálculo foi estimada, sem que os documentos fossem entregues ao autuado. Alega que a intimação não sana a nulidade pretendida, por afronta ao princípio da legalidade. Transcreve novamente o posicionamento da professora Lúcia Valle Figueiredo, salientando que a administração pública não pode suprimir direitos, desconstituir situações sem que ouça preliminarmente o administrado.

Conclui dizendo que se faz necessário que o autuante ofereça ao autuado as condições que possibilitem trazer ao processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade e requer o cancelamento do Auto de Infração.

A Secretaria do CONSEF juntou às fls. 165/166, detalhe de pagamento constante no Sistema de Gestão do Crédito Tributário, o qual indica ter o recorrente efetuado pagamento no dia 23/10/07, do montante de R\$53,47 relativo ao principal e dos acréscimos moratórios e da multa aplicada.

Esta JJF considerando que o Relatório Diário de Operações – TEF, foi entregue ao autuado após a apresentação da defesa, decidiu encaminhar o processo à Inspeção Fazendária de origem para que intimasse o contribuinte para tomar conhecimento da reabertura do prazo de defesa (30 dias).

A Inspeção Fazendária intimou o autuado por meio dos Correios, mediante Aviso de Recebimento (AR), conforme documentos juntados às fls. 169/170, reabrindo o prazo de defesa, não tendo o impugnante se manifestado no prazo legal que lhe foi concedido.

## **VOTO**

O autuado suscitou a nulidade da autuação sob os argumentos de que o preposto fiscal não assinou o Auto de Infração; não teve acesso a informações, que não instruíram o processo o que acarretou em dificuldades no exercício do contraditório e da ampla defesa e que a base de cálculo foi arbitrada, com base em presunção, o que também restringe o seu direito de defesa.

Com relação à não assinatura pelo autuante, verifico que o autuado juntou com a defesa às fls. 84 e 85, cópia do Auto de Infração, idêntica a constante das fls. 1 e 2, que se encontra devidamente assinada em conformidade com o disposto no art. 28, VIII do RPAF/BA, inclusive da Ordem de Serviço (fl. 7) e Termo de Início de Fiscalização (fl. 6). Dessa forma, restou comprovado que a lavratura do Auto de Infração obedeceu aos ditames do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal e o recorrente tomou conhecimento do que foi acusado, podendo exercer o contraditório.

Relativamente ao argumento de que não teve acesso às informações que instruíram o processo e que a base de cálculo foi arbitrada, em diligência determinada pelo CONSEF, após a apresentação da defesa, foi entregue cópia do Relatório TEF, mediante diligência fiscal, o qual indica individualmente todas as operações informadas pelas empresas administradoras de cartão de crédito, relativa ao estabelecimento autuado e período fiscalizado. Este procedimento possibilitou ao impugnante confrontar os dados fornecidos pelas empresas administradoras de cartão de crédito, que deram suporte à base de cálculo constituída na autuação, com os documentos fiscais correspondentes emitidos por ele, possibilitando esclarecer a verdade dos fatos e provar a improcedência da presunção, ou seja, exercer o contraditório. Logo, concluo que não houve cerceamento ao seu direito de defesa. Ressalto que, tendo o mencionado Relatório sido juntado em data posterior a da apresentação da impugnação inicial, na diligência fiscal, foi reaberto o prazo de defesa e o contribuinte não se manifestou no prazo legal.

No mérito, o Auto de Infração exige o ICMS a título de presunção em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito.

O impugnante na sua defesa não adentrou ao mérito da autuação.

Observo que o art. 2º, § 3º, IV do RICMS/97 (art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96), estabelece:

Art. 2º

...  
§ 3º 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.

Na situação presente, os demonstrativos juntados pela fiscalização às fls. 3, 16, 19, 22 e 25, indicam que o montante de vendas realizadas por meio de cartão de crédito informado pelas empresas administradoras de cartão de crédito, relativo ao estabelecimento autuado, foi inferior ao registrado na Redução Z do equipamento ECF do contribuinte, o que conduz à presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, restando caracterizada a infração. Tendo sido entregue o Relatório TEF ao recorrente, foi facultado ao mesmo comprovar a improcedência da presunção, conforme dispositivo regulamentar acima transcrito, o que não ocorreu no prazo legal que foi concedido. Dessa forma, fica mantida integralmente a exigência fiscal.

Com relação ao argumento de que a multa aplicada configura confisco, observo que a mesma é prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, portanto é legal.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores recolhidos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **380214.0015/07-1**, lavrado contra **BESTMICRO COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS DE INFORMÁTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$22.667,54**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de julho de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR