

PROCESSO	- A. I. N° 380214.0015/07-1
RECORRENTE	- BESTMICRO COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS DE INFORMÁTICA LTDA. (BESTMICRO INFORMÁTICA)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF n° 0209-04/08
ORIGEM	- INFRAZ ITABUNA
INTERNET	- 05/06/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0143-12/09

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 arguidas pelo recorrente, assim como a preliminar suscitada de ofício pelo relator. Decisão por maioria. Vencido o voto do relator. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a referida Decisão proferida pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF n.º 0209-04/08, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

O presente lançamento de ofício foi lavrado para exigir 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.

Em sua peça defensiva de fls. 72/78, o autuado inicialmente discorreu sobre a infração e suscitou a nulidade da autuação, sob os 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 restringiu o seu direito de defesa.

Aduziu que o Auto de Infração não atendeu aos requisitos formais previstos nos artigos 28 e 39 do RPAF/BA, que transcreveu às fls. 73/76. Alegou 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. Transcreveu texto de autoria dos professores Marcello Caetano, Lúcia Valle Figueiredo e invocou, a seu favor, o princípio da legalidade previsto no art. 5º, II da Constituição Federal (CF 88), por entender que deveria ser trazido ao processo todos os elementos que possibilitassem esclarecer a verdade dos fatos.

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

Com relação à multa aplicada, afirmou que o valor de R\$15.867,14 configurava confisco, transcrevendo 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, requereu o cancelamento do Auto de Infração, por entender ser questão de justiça.

O autuante, na informação fiscal prestada às fls. 106/107, esclareceu 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. Salientou que a ausência de assinatura na segunda via dos documentos entregues ao autuado possibilitaram o exercício de defesa e não constitui vício insanável, o que entende ser sanado a qualquer momento.

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

Propôs que a Coordenação de Cobrança intimasse o autuado para receber cópia dos documentos acostados ao processo na informação fiscal, devendo ser concedido o prazo previsto no RPAF/BA para que o mesmo pudesse exercer o seu direito de defesa. Concluiu ratificando os termos do Auto de Infração e pediu a sua procedência.

A Inspetoria 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 e prazo de dez dias para manifestação.

O autuado se manifestou 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.

Reiterou os argumentos formulados anteriormente de que o Auto de Infração foi elaborado sem preencher os requisitos formais, transcrevendo os artigos 28, § 3º e 39 do RPAF/99 e disse 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. Alegou que a intimação não sana a nulidade pretendida, por afronta ao princípio da legalidade. Transcreveu novamente o posicionamento da professora Lúcia Valle Figueiredo, salientando que a administração pública não pode suprimir direitos e desconstituir situações sem que ouça preliminarmente o administrado.

Concluiu 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 requereu 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.

A 4ª JJF, considerando que o Relatório Diário de Operações – TEF, foi entregue ao autuado após a apresentação da defesa, decidiu encaminhar o processo à Inspetoria Fazendária de origem para que intimasse o contribuinte para tomar conhecimento da reabertura do prazo de defesa (30 dias).

A Inspetoria 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

Através do Acórdão JJF nº 0209-04/08, decidiu a 4ª Junta de Julgamento pela procedência do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

“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 transscrito, 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.”

Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância, interpõe o autuado Recurso Voluntário (fls. 188/193), através do qual repisa, literal e textualmente, a sua manifestação já acostada aos autos às fls. 156 a 163. Ao final, reitera o pedido de “cancelamento do Auto de Infração”.

A ilustre representante da PGE/PROFIS emite Parecer conclusivo a respeito da matéria, asseverando que “o documento de fl. 169, juntamente com o AR de fl. 170, indicam que o contribuinte teve o seu prazo de defesa reaberto, após o recebimento dos demonstrativos constantes dos autos, especialmente o Relatório TEF diário, por iniciativa da Primeira Instância, numa demonstração inequívoca do cuidado com o exercício do direito de defesa”. Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO (Vencido Quanto à Preliminar Suscitada de Ofício – Mês de Agosto de 2003)

Inicialmente apreciarei as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo em suas peças atravessadas nos fólios processuais e reiteradas em sua peça recursal.

No que se refere à preliminar de nulidade sob o argumento de que o Auto de Infração não foi assinado pelo autuante, verifico que o próprio autuado acostou à sua peça defensiva a cópia do

Auto de Infração, idêntica àquela constante às fls. 1 e 2, devidamente assinada, à luz do quanto inserto no art. 28, VIII do RPAF/BA, inclusive no que pertine à Ordem de Serviço (fl. 7) e o Termo de Início de Fiscalização (fl. 6). Logo, entendo que o Auto de Infração obedeceu aos ditames do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, tendo o recorrente tomado conhecimento daquilo que fora acusado, podendo, desta forma, exercer o contraditório e ampla defesa.

Quanto às preliminares de nulidade invocadas pelo recorrente sob o entendimento de que o mesmo não teve acesso a informações, que não instruíram o processo, o que acarretou em dificuldades no exercício do contraditório e da ampla defesa, bem como que a base de cálculo foi arbitrada, com base em presunção, o que também restringiu o seu direito de defesa, verifico que ambas, de igual forma, não merecem prosperar.

Isso porque, após a apresentação da defesa, através de diligência realizada em primeira instância, foi entregue cópia do Relatório TEF, documento que revela, individualmente, todas as operações informadas pelas empresas administradoras de cartão de crédito, concernentes ao estabelecimento autuado no período fiscalizado.

Entendo que o aludido procedimento possibilitou ao impugnante cotejar os dados fornecidos pelas empresas administradoras de cartão de crédito, os quais deram suporte à base de cálculo constituída na autuação, com os documentos fiscais correspondentes emitidos por ele, possibilitando esclarecer a verdade dos fatos e, eventualmente, provar a improcedência da presunção, exercendo o direito ao contraditório. Assim, entendo que não há que se cogitar em qualquer cerceamento ao seu direito de defesa, ao tempo em que reitero o quanto já decidido pelo *a quo*, no sentido de que após a juntada do Relatório aos fólios processuais, foi “*reaberto o prazo de defesa e o contribuinte não se manifestou no prazo legal*”.

Todavia, ainda em sede de preliminar, insta-me invocar, *ex officio*, a nulidade do mês de agosto de 2003 que integra o presente Auto de Infração.

Isso porque até o mês de janeiro de 2004 não estava o recorrente obrigado a indicar, no seu ECF, a modalidade de venda realizada, notadamente porque o § 7º foi acrescentado ao art. 238, do RICMS/97, pela Alteração n.º 51, através do Decreto n.º 8882, de 20/01/04, DOE de 21/01/04, razão pela qual somente a partir daquela data é que se tornaria possível exigir do contribuinte que o mesmo indicasse no Cupom Fiscal o meio ou forma de pagamento adotado na operação ou prestação.

Esse, inclusive, é o entendimento constante dos Acórdãos nºs 0184-11/05, da lavra do Conselheiro Ciro Roberto Seifert, e 0196-12/05, da nossa lavra, os quais se aplicam inteiramente ao presente caso.

Por tal razão, voto pela NULIDADE da autuação em relação ao mês de agosto de 2003.

Quanto aos demais períodos que integram a autuação, inexistem reparos a fazer na Decisão recorrida.

No tocante aos demonstrativos juntados pela fiscalização às fls. 3, 16, 19, 22 e 25, comungo com a Decisão de *primo* grau, ao asseverar 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*”.

Desta forma, entregue, como já dito, o Relatório TEF ao recorrente, quedou-se o mesmo inerte em comprovar a improcedência da presunção.

Por fim, de referência à alegação defensiva de que a multa aplicada se caracteriza como confisco, entendo que a mesma está devidamente prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, sendo, portanto, legal.

Destarte, em face de tudo quanto acima exposto, voto no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, a fim de afastar da autuação o mês de agosto de 2003,

reduzindo, desta forma, o valor da condenação para o montante de R\$22.624,47, homologando os valores efetivamente recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Quanto à Preliminar Suscitada de Ofício – Mês de Agosto de 2003)

No que tange à preliminar de nulidade suscitada de ofício, relativamente ao mês de agosto de 2003, divirjo do posicionamento defendido pelo ilustre relator, pois considero que não há razão para essa nulidade, conforme passo a demonstrar.

Sustenta o ilustre relator que até o mês de janeiro de 2004 o recorrente não estava obrigado a indicar no ECF a modalidade da venda realizada, já que o § 7º somente foi acrescentado ao art. 238 do RICMS-BA/97 em 21/01/04.

Efetivamente, o disposto no § 7º do art. 238 do RICMS-BA/97 só entrou em vigor a partir de 21/01/04, porém, desde 01/01/03, por força do disposto no art. 824-E do RICMS-BA/97, a legislação tributária estadual já previa a obrigatoriedade de os contribuintes usuários de ECF indicarem, no documento fiscal, o meio de pagamento adotado na operação ou prestação realizada. Ressalto que os Acórdãos nºs 0184-11/05 e 0196-12/05 não podem ser considerados como precedentes válidos, pois contradizem a legislação tributária estadual e não refletem o atual entendimento deste CONSEF sobre a matéria. Além do mais, essa obrigatoriedade já era prevista desde a edição do Convênio ECF 01/98.

Dessa forma, não há razão para a nulidade do lançamento quanto ao mês de agosto de 2004.

Quanto aos demais pontos do voto proferido pelo ilustre relator, acompanho o seu posicionamento sem qualquer ressalva.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, uma vez que a Decisão recorrida não carece de correção alguma.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 380214.0015/07-1, lavrado contra **BESTMICRO COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS DE INFORMÁTICA LTDA. (BESTMICRO INFORMÁTICA)**, devendo ser intimado o recorrente 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 homologados os valores recolhidos.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros: Álvaro Barreto Vieira, Carlos Fábio Cabral Ferreira e Tolstoi Seara Nolasco.
VOTO VENCIDO - Conselheiros: Nelson Antonio Daiha Filho, Márcio Medeiros Bastos e Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de maio de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR/VOTO VENCIDO

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS