

A. I. Nº - 233048.0007/08-1  
AUTUADO - LLS COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE CONFECÇÕES LTDA.  
AUTUANTE - KARIME MANSUR MACHADO  
ORIGEM - INFAS VAREJO  
INTERNET - 23.08.10

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0238-04/10

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIO FORMAL DO PROCEDIMENTO. AUSÊNCIA DA PROVA MATERIAL DA CERTEZA DA INFRAÇÃO. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Os simples valores de vendas através de cartões de crédito e/ou débito, informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, sem o devido cotejamento com as vendas através do equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), em relação à mesma modalidade, não autoriza a presunção legal, prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96. Falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração. De ofício, declarada a nulidade do lançamento. Auto de Infração NULO. Decisão não unânime.

#### RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 20/02/2008, exige ICMS no valor de R\$20.265,46, acrescido da multa de 70%, em razão da omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito no exercício de 2006.

No campo “Descrição dos Fatos” foi consignada que:

*“Em data, hora e local acima indicados, encerramos a fiscalização da empresa supracitada, em cumprimento a O.S. acima discriminada. A empresa não mais se encontra no local e foram intimados os sócios MICHELLE BASTOS VIEIRA, ELISÂNGELA ALVES BARBOZA e o endereço que se encontrava vazio, através de AR. Retornaram os AR pois não foram encontrados os contribuintes. Após análise nas vendas enviadas pelas administradoras de cartões de crédito do contribuinte e não tendo o mesmo apresentado qualquer documento fiscal, enceramos a fiscalização apurando omissão de saídas no período de janeiro de 2006 a setembro de 2006, apuradas através dos documentos enviados pelas administradoras dos cartões de crédito.” (sic).*

O autuado, às fls. 67 a 77 dos autos, apresenta impugnação ao lançamento do crédito tributário por não concordar com a multa absurda e confiscatória imposta no percentual de 70% sobre o ICMS, ora exigido. Aduziu que a Constituição Federal veda expressamente a utilização de tributos com efeito de confisco, protegendo o contribuinte da rotineira fome arrecadatória do Fisco. Sustenta que, para o caso em tela, o contribuinte não incorreu em qualquer irregularidade que ensejasse em atribuir um valor tão absurdo e pesado a título de multa e que o procedimento fiscalizatório, acima referido, ainda que verdadeiro, não caracteriza, qualquer infração fiscal que autorizasse arbitrar multa neste valor desproporcional. Cita doutrina e jurisprudência.

Salientou que seria louvável que sua gradação fosse efetuada conforme a natureza e a importância da infração, e não indistintamente imposta por autoridades fazendárias que se regulam exclusivamente num percentual sobre o montante do imposto, muitas vezes, como se deu no caso concreto, imputando valores extrapolantes ao bom senso inerente.

sustenta o apelante que a equidade recomenda a exclusão do abuso do direito revelado pela aplicação de multas vultosas, porque estas representam, indubitavelmente, sanção confiscatória. Por fim, requer que a multa de 70% seja reduzida para 10% do valor da autuação.

A autuante, em sua informação fiscal à fl. 86 dos autos, ressalta que em sua defesa o contribuinte refere-se unicamente à multa de 70%, à qual o mesmo se refere como sendo abusiva, excessiva e confiscatória. Assim, tendo em vista tratar-se de multa prevista legalmente, manteve o Auto de Infração em todos os seus termos.

## VOTO

Inicialmente devemos consignar que cabe ao julgador, ao analisar um processo, em preliminar debruçar-se sob o mesmo do ponto de vista formal, somente adentrando no mérito se verificado que não há nenhum óbice daquela natureza que fulmine de pronto o referido processo por nulidade.

Preliminarmente, ao verificar se o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas, ou seja, se enseja em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, constato que o processo apresenta vício insanável na consecução do levantamento fiscal, o qual foi realizado em desconformidade com a previsão legal insculpida no art. 4º, § 4º, da Lei nº. 7.014/96, de forma a ensejar insegurança no cometimento da infração apontada.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS decorrente da presunção legal de ocorrência de operações de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito/débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, conforme prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº. 7.014/96, alterada pela Lei nº. 8.542/02, ressalvado ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

O aludido dispositivo legal, também reproduzido no art. 2º, § 3º, do RICMS/BA, estipula que:

*“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*

*§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.”*

Por outro lado, a legislação impõe ao contribuinte, usuário de equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), efetuar o controle das vendas por modalidade para que fosse possível confrontar os dados fornecidos pelas administradoras de cartões, consoante determina o art. 238, § 7º, do RICMS, conforme abaixo transscrito:

*“Art. 238. O contribuinte obrigado a utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) emitirá o Cupom Fiscal...*

*§ 7º Deverá ser indicado no Cupom Fiscal o meio de pagamento adotado na operação ou prestação.”*

Assim, da interpretação dos textos legais acima, se conclui que a legislação específica prevê ocorrido o fato gerador do ICMS quando os valores de vendas, em tal modalidade, forem inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, ensejando a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis pela constatação de diferença entre o valor total de vendas sob a modalidade de pagamento com cartão de crédito/débito, constante na Redução “Z” do ECF, e os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito.

Tal conclusão é lógica, pois não se podem fazer comparações en-

pagamentos, uma vez que não se devem comparar as diversas modalidades de vendas, realizadas: em espécie, em cheque, em ticket, etc., com uma única modalidade de pagamento, isto é em cartão de crédito ou de débito fornecida pelas instituições e administradoras, uma vez que só devemos comparar coisas iguais, logo é cristalino que “os valores de vendas” a que a legislação se refere são relativos às vendas com cartão de crédito ou de débito, os quais serão confrontados com “os valores de vendas” de igual espécie, ou seja, os informados pelas financeiras.

No entanto, no caso concreto, ora sob análise, o preposto fiscal, na ausência da escrita do contribuinte, simplesmente considerou como devido o imposto incidente sobre a receita informada pelas instituições financeira e administradoras de cartões de crédito, desconsiderando, sem qualquer comprovação, eventuais vendas realizadas pelo sujeito passivo e porventura oferecidas à tributação à época dos fatos geradores de 2006, simplesmente porque a “*empresa não mais se encontra no local*” quando da ação fiscal desenvolvida em 2008, conforme se pode constatar à fl. 6 dos autos e do texto consignado no campo “Descrição dos Fatos”, a seguir:

*“Em data, hora e local acima indicados, encerramos a fiscalização da empresa supracitada, em cumprimento a O.S. acima discriminada. A empresa não mais se encontra no local e foram intimados os sócios MICHELLE BASTOS VIEIRA, ELISÂNGELA ALVES BARBOZA e o endereço que se encontrava vazio, através de AR. Retornaram os AR pois não foram encontrados os contribuintes. Após análise nas vendas enviadas pelas administradoras de cartões de crédito do contribuinte e não tendo o mesmo apresentado qualquer documento fiscal, encerramos a fiscalização apurando omissão de saídas no período de janeiro de 2006 a setembro de 2006, apuradas através dos documentos enviados pelas administradoras dos cartões de crédito.” (sic).*

O fato é que da maneira que foi procedido o levantamento fiscal, sem cotejar as vendas realizadas pelo contribuinte com as informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, conforme determina o aludido dispositivo legal, se realiza uma presunção da presunção legal, a qual não há qualquer respaldo da lei, o que gera uma insegurança jurídica.

Logo, estou convencido da necessidade da renovação da ação fiscal, em obediência aos ditames legais, por estar convencido de que restou, *in casu*, comprovada a ocorrência de vício insanável, diante da ausência da formalidade essencial acima mencionada, disso resultando a nulidade do lançamento de ofício, em estrita consonância com o artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, o qual prevê tal medida quando o lançamento não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Assim, nos termos do art. 20 do RPAF/99, de ofício, voto pela nulidade do Auto de Infração e, nos termos do art. 21 do RPAF, recomendo a repetição da ação fiscal, a salvo da aludida falha.

Do exposto, voto o Auto de Infração NULO.

## VOTO DISCORDANTE

Conforme relatado pelo nobre Relator trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS decorrente da presunção legal de ocorrência de operações de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito/débito prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº. 7.014/96, ressalvado ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

A autuante juntou ao processo o demonstrativo de débito à fl. 5, tomando como base o valor total de R\$225.171,75 constante do Relatório Diário por Operações TEF informado pelas empresas administradoras de cartão de crédito (fls. 12 a 17), relativo ao contribuinte, cujas cópias foram entregues ao estabelecimento autuado.

Na defesa apresentada (fls. 67/77), o autuado não apresentou qualquer prova para tentar elidir o imposto exigido por meio de presunção legal, nem questionou o ~~retorno da auditoria aplicada na~~ apuração do débito. Limitou-se apenas a questionar que a multa

exigido é demasiadamente elevada ensejando “atribuir um valor tão absurdo e pesado a título de multa” ... qualquer infração “que autorizasse arbitrar multa neste valor desproporcional” (fl. 68). Em seguida discorre sobre a doutrina relativa a multas, juros excessivos, efeito confiscatório e por fim pediu que a multa fosse reduzida a 10% do valor da autuação.

Pelo exposto, entendo que o valor informado pelas empresas administradoras de cartão de crédito constitui prova da realização de operações sujeita a tributação e o contribuinte não trouxe ao processo qualquer prova capaz de elidir a presunção legal. Por isso, discordo do posicionamento do nobre Relator da declaração da nulidade declarada de ofício, mesmo porque, o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas assegurando o direito de defesa do contribuinte, e entendo que deveria apreciar o mérito da questão.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **233048.0007/08-1**, lavrado contra **LLS COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE CONFECÇÕES LTDA.**, recomendo à autoridade competente a repetição da ação fiscal, a salvo da aludida falha.

Sala de Sessões do CONSEF, 17 de agosto de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/VOTO DISCORDANTE

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – RELATOR

PAULO DANILo REIS LOPES - JULGADOR