

A.I. Nº - 170623.0070/11-5  
AUTUADO - ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA.  
AUTUANTE - SUELI SANTOS BARRETO  
ORIGEM - INFRAZ VAREJO  
INTERNET - 08/08/2012

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF Nº 0171-03/12**

**EMENTA:** ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Infração reconhecida. 2. DECLARAÇÃO DE VENDAS PELO CONTRIBUINTE EM VALORES INFERIORES ÀS INFORMAÇÕES FORNECIDAS POR INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO. A declaração de vendas pelo sujeito passivo em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, vez que indica que o contribuinte efetuou pagamentos com recursos não registrados decorrentes de operações anteriores realizadas e também não registradas. Infração não elidida. Indeferido pedido de diligência. Rejeitadas as argüições de nulidade ao lançamento fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O auto de infração, lavrado em 21/12/2011, exige ICMS no valor de R\$25.579,90, em razão das seguintes irregularidades:

1. deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidas da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de outubro de 2008, junho e julho de 2009, janeiro e setembro de 2010, no valor de R\$9.730,91, acrescido da multa de 60%;
2. omissão de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao que foi fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito - dezembro de 2008, janeiro a março, maio, junho e novembro de 2010, no valor de R\$ 15.848,99, acrescido da multa de 70% e 100%.

O autuado impugnou o lançamento fiscal (fls.116/127), mediante advogado. Requer sejam enviadas as notificações/intimações acerca do presente feito para seu escritório na rua Edístio Pondé, nº 353, Edf. Empresarial Tancredo Neves, Conj. 903, Costa Azul, Salvador/Bahia, insurgindo-se contra a presunção legal, por entender não ser fato gerador do ICMS.

Afirma que no que tange à infração 01, reconhece o valor cobrado, inclusive realizou parcelamento do débito e está cumprindo regularmente com esta obrigação, mantendo as parcelas pagas rigorosamente em dia.

Quanto à infração 02, diz que não merece prosperar, uma vez que o suposto levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito/débito feita pela autoridade autuante não corresponde com a realidade dos fatos, razão pela qual busca a empresa demonstrar aos Julgadores a verdade material.

Destaca que todo o imposto discriminado pelo fiscal como devido, foi corretamente escriturado como “saída” e pago, não havendo razão para a referida lavratura. Afirma que houve um equívoco por parte do fiscal autuante, já que a empresa atuou de maneira correta, não existindo motivo para ser cobrado o referido imposto, muito menos acrescido de multa exorbitante de 70% e 100%.

Diz 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.

Sustenta que a infração que lhe foi imputada no caso em tela, baseou-se em meras presunções para apontar suposto crédito tributário, quando afirma ter apurado, por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao supostamente fornecido pela instituição financeira.

Afirma que esse procedimento contraria o princípio da tipicidade fechada e da segurança jurídica. Isso porque, esta presunção pauta-se na expropriação de direito do contribuinte, qual seja, o direito à propriedade. Como a presunção da Fazenda Pública é meramente relativa, traz a empresa elementos probantes, capazes de elidir o argumento fazendário, que no caso em tela busca unicamente fim arrecadatório, sem sequer analisar de fato toda a vida contábil e fiscal da empresa.

Requer seja realizada diligência contábil/fiscal, através da ASTEC, a fim de demonstrar a inexistência de débito, corroborando os argumentos aqui esposados.

Ressalta que um dos pontos basilares do estado democrático de direito é a não utilização de tributo com efeito confiscatório, e no presente caso, tal verdade não foi observada pela ação fiscalizadora, que se utilizou 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.

Ressalta 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. Diz ser obrigatória para a Administração a observância dos princípios norteadores, sejam eles da administração pública, sejam princípios constitucionais tributários, e no caso em objeto, a ação fiscalizadora já desrespeitou o princípio constante no art. 150, inciso IV, da Constituição Federal. Cita doutrina.

Argumenta 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 auto de infração impugnado, 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. Cita jurisprudência.

Entende ter demonstrado 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 ser impertinente a alegação da Autuante de que a apreciação deste CONSEF sobre a multa aplicada se trata de controle de constitucionalidade, ao contrário, a multa é, além de inconstitucional, 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.

Requer sejam acolhidas as preliminares elencadas, reconhecendo e decretando a nulidade do auto de infração guerreado, entretanto, em razão do nosso ordenamento jurídico acolher o princípio da eventualidade, tece considerações do mérito.

Requer se julgue o presente auto de infração de ICMS totalmente improcedente, tudo consoante os argumentos colocados na peça de defesa.

Assevera que na remota e eventual hipótese de ser julgado procedente o presente Auto, que os Julgadores se dignem a reduzir a multa com efeito confiscatório aplicada, reduzindo-a para 30%, conforme vem sendo aplicado pelos Tribunais Superiores.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 137/138, descrevendo as infrações. Diz que a empresa reconheceu a infração 01, e contestou a infração 02, alegando que o imposto discriminado pelo preposto fiscal como devido, foi corretamente escriturado como “saída” e pago, não havendo razão para a referida lavratura.

Afirma que o Autuado pontua seguidamente aspectos da legislação, mas não apresenta novos valores para contestação. Os argumentos especificados pela defesa não tomam como referência a documentação apresentada. Diz que na verdade lhe causou estranheza, particularmente o questionamento da multa aplicada, também prevista na legislação.

Destaca que os demonstrativos com apuração dos resultados foram devidamente entregues ao contribuinte para conferência (pág. 23 e seguintes), e os resultados foram confirmados pela empresa através de seus demonstrativos (pág. 29 a 37), especificando as vendas e as respectivas formas de pagamentos.

Sustenta que as informações oriundas dos documentos fiscais de saídas não são coincidentes com aquelas fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito. Salienta que essas diferenças só ocorreram em alguns meses, o que confirma o resultado apurado.

Conclui que o processo está revestido de todas as formalidades essenciais, e que todas as alegações da defesa foram consideradas, portanto, salvo melhor juízo o Auto de Infração em questão, deva ser julgado procedente.

Consta do PAF, fls.141/143, extrato do SICRED com pagamento parcial do auto de infração.

## VOTO

Este Auto de Infração trata da exigência de ICMS referente à falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidas da Federação e destinadas a uso e consumo do estabelecimento, infração 01 e omissão de saída de mercadoria tributadas apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito/débito, infração 02.

O autuado confessa o débito em sua defesa, no tocante à infração 01. Considero dessa forma subsistente este item.

Quanto à infração 02, trata-se de presunção de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, decorrente de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, a menos que ele prove a improcedência da presunção, conforme autoriza o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96.

O impugnante entendeu que os artigos regulamentares ditos infringidos, bem como aquele da lei aplicado em relação à multa, não se coadunavam com a autuação, pois não existiu fato gerador do imposto, portanto, o auto seria nulo. Este argumento é válido apenas se a presunção legal não for provada, não se configurando nulidade e sim improcedência da autuação.

Os elementos acostados aos autos são suficientes para formação do convencimento por parte desta julgadora, para decisão da lide. Indefiro, portanto, o pedido de diligência, com fulcro no art. 147, II, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Ademais, o defendantee não comprovou a necessidade de realização de diligência, e se trata de fato vinculado à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estão na posse do autuado, cuja prova poderia ter sido acostada aos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao defendantee, mediante recibo, não foi apresentada qualquer prova que suscitasse dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pela autuante, e por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado, em sua impugnação.

No mérito, para a apuração do imposto a autuante confrontou os valores fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito e instituições financeiras com aqueles apresentados pela Redução Z do ECF e notas fiscais do contribuinte, conforme planilha comparativa elaborada e apensada aos autos (fls.24/40).

A autuante na Informação Fiscal, fls. 137/138, afirma que os demonstrativos com apuração dos resultados foram devidamente entregues ao contribuinte para conferência (pág. 23 e seguintes), e os resultados foram confirmados através de demonstrativos elaborados pela própria empresa (pág. 29 a 37), especificando as vendas e as respectivas formas de pagamento. Portanto, é o próprio autuado quem especifica o meio de pagamento realizado em suas operações.

O autuado em nenhum momento aponta equívocos referentes aos cálculos realizados no levantamento fiscal. Limita-se a negar o cometimento da infração e alegar a constitucionalidade da lei e a confiscatoriedade da multa aplicada.

Observo que a presunção legal que autoriza a omissão de vendas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto foi incluída na legislação tributária do Estado através da Lei nº 8.542, de 27/12/2002, publicado no DOE de 28 e 29/12/2002, que alterou o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96. E no Regulamento esta disposição legal foi acrescentada pela Alteração nº 38 – Decreto nº 8.413, de 30/12/2002, publicado no DOE de 31/12/2002.

Ademais, sendo o contribuinte possuidor dos possíveis elementos probatórios das alegações defensivas, não os trazendo aos autos, também o entendo incurso nas disposições do art. 142 do regulamento citado que abaixo reproduzo.

*Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.*

Quanto ao pedido de dispensa da multa, o pleito defensivo não pode ser acatado por falta de previsão legal, uma vez que a dispensa de multa por descumprimento de obrigação principal – como é o caso em apreciação – é da competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, nos termos do art. 159 do RPAF/99.

Quanto à alegação de confiscatoriedade da multa decorrente da autuação, a mesma possui previsão legal e sua aplicação é consequência do autuado ter omitido saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto apurado por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e/ou débito, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual aplicado, de acordo com o art. 42, inciso IV, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Relativamente à solicitação de que as intimações sobre o presente feito sejam realizadas ao seu procurador, exclusivamente no prédio de sua sede, localizado à Rua Edístio Pondé, nº 353, Edf. Empresarial Tancredo Neves, Conj. 903, Costa Azul, Salvador/Bahia, ressalto que nada obsta o atendimento de seu pleito e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa enviar as Intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço

apontado. Observo, contudo, que o não atendimento desta solicitação não caracteriza nulidade das referidas Intimações, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

Por tudo exposto, considerando que a presunção legal deve ser desconstituída pelo autuado e que não foram trazidas provas materiais para a desconstituição do tributo ora em discussão, considero caracterizada esta infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor pago.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **170623.0070/11-5**, lavrado contra **ÁGUA DO MAR CONFECÇÕES ESPORTIVAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$25.579,90**, acrescido da multa de 60% sobre R\$9.730,91, prevista no art. 42, inciso II, “f” e 70% e 100% sobre R\$15.848,99, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor pago.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de julho de 2012.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO- JULGADOR