

PROCESSO - A. I. Nº 206881.0003/04-0
RECORRENTE - SIGMA RELÓGIOS E CALCULADORAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0519-04/04
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 19/04/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0111-12/05

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA COM OMISSÃO DE INFORMAÇÕES. MULTA. Os contribuintes do ICMS autorizados ao uso de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados para Emissão de Documentos Fiscais e/ou Escrituração de Livros Fiscais (SEPD) deverão entregar, ao Fisco, quando intimado, os arquivos magnéticos com registro fiscal (por item de mercadoria) dos documentos emitidos por qualquer meio, contendo a totalidade das operações de entradas, de saída e das prestações efetuadas. A falta de um dos registros, no caso o registro 74, caracteriza a falta da entrega na forma prevista em regulamento. Infração caracterizada. Acolhido o pedido de redução da multa, face a entrega do registro de inventário em outro suporte físico. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL. 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 àqueles informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto. Provado que o levantamento baseou-se em informação equivocada da administradora de cartão de crédito. Acolhida preliminar de nulidade. Item nulo. Recurso **PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente Julgamento de Recurso Voluntário em que se discute a Decisão constante do Acórdão JJF nº 0519-04/04, tendo em vista o Auto de Infração indicado no preâmbulo, lavrado em 30/09/04, para exigir ICMS no valor de R\$25.300,49 acrescido das multas de 60% e 70%, além da multa de R\$14.285,52, por descumprimento de obrigação acessória, tendo sido apontadas as seguintes irregularidades:

1. *“Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas”* – R\$6.728,42;
2. *“Deixou de fornecer arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas, ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram a sua leitura”* – multa no valor de R\$14.285,52;
3. *“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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito” – R\$18.572,07.

O autuado, por seu advogado, Dr. FERNANDO MARQUES, ingressara com impugnação às fls. 225 a 231, concordando com o valor exigido na infração 1, mas aduzira as seguintes alegações em relação às demais acusações fiscais:

Em relação à infração 2, analisa a evolução da redação do art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, para afirmar que com a redação atual só seria exigível a multa caso a empresa tivesse deixado de fornecer ao fisco os arquivos magnéticos. Esclarecera que os referidos arquivos foram fornecidos faltando apenas o Registro 74, cujos dados a empresa possui no Livro Registro de Inventário, livro que fora exibido à fiscalização, sem prejuízo para a ação fiscal e que, no máximo, poderia ser exigida multa fixa pela falta de exibição de dados ao fisco. Transcreve duas ementas de Acórdãos do CONSEF que versam sobre falta de atendimento à intimação para apresentação de arquivos magnéticos, nos quais a multa exigida foi reduzida com base no §7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Quanto à acusação constante do item 3, dissera o autuado que não pode haver venda por cartões de débito ou crédito sem registro no ECF, sob pena de não existir o crédito correspondente em conta pela administradora e afirma que a diferença apurada pela autuante está concentrada na administradora de cartões REDECARD, que prestara informações erradas à SEFAZ, ao englobar vendas correspondentes a outro estabelecimento da empresa situado no mesmo centro logístico. O autuado afirma que prestou ao fisco informação de acordo com os totalizadores diários das vendas do estabelecimento via REDECARD, e que a administradora de cartões alocara para mais de uma loja maquinas com numeração igual.

O autuado solicitara à administradora a correta informação sobre as vendas do estabelecimento, afirmando que tão logo estivessem disponíveis seriam juntadas ao processo.

Transcreveu a ementa do Acórdão CJF nº 0108-11/04, que julgou nulo um Auto de Infração, onde as operações realizadas por três estabelecimentos foram totalizadas em um único CNPJ e, ao final, protestando pela posterior juntada de novos documentos, pedira que a infração 2 fosse julgada procedente em parte, com imposição de multa reduzida para o valor de R\$700,00 e que a infração 3 fosse julgada nula ou improcedente.

A autuante prestara informação fiscal às fls. 316 a 323, ratificando por inteiro a autuação. Em relação ao item 2 da autuação, dissera que o contribuinte apresentara o arquivo em padrão diferente do previsto na legislação e que os julgamentos do CONSEF citados pelo autuado se referem à falta de entrega dos arquivos, quando intimado o autuado.

Em seu voto o relator do processo em primeira instância - Dr. LUÍS ROBERTO SOUZA GOUVÊA rejeitara preliminarmente a nulidade suscitada considerando que o Auto de Infração se encontra revestido de suas formalidade legais e nele não se observa erro ou vício, dentre os indicados no art. 18 do RPAF/99, capaz de implicar em sua nulidade e, louvando-se em voto do ilustre Conselheiro Dr. CIRO SEIFERT no Acórdão CJF nº 0028-11/04, mantivera a multa de 1% do valor das saídas objeto do item 2 da autuação.

No que concerne à infração 3 que acusa o autuado de omissão de saídas, presumidas em face de divergências entre a escrita e informações fornecidas por administradoras de cartões de crédito, o D. relator manteve a autuação, afirmando que os Relatórios de Informações TEF - Diário do período fiscalizado, que serviram de base à autuação, referem-se na sua totalidade às administradoras AMEX, HIPERCARD, VISANET e TECBAN, ressaltando que se fossem acrescidas as vendas por outra administradora as omissões seriam maiores.

Em sua peça recursal de fls. 345 a 353 o autuado, ora recorrente, de início, renova o pedido de que, sob pena de nulidade, toda intimação alusiva ao feito lhe seja dirigida, no endereço que

indica. O representante legal da empresa no presente processo afirma que contou o prazo para apresentação do Recurso Voluntário que ora se examina, a partir da data da intimação, que teria tido início no dia 03/01/05 e final em 12/01/2005.

Ainda em preliminar, o recorrente insiste na tese de nulidade da Decisão recorrida em relação ao item 3 porque a Junta se baseou nos documentos de fls. 35 a 170, documentos que não foram fornecidos ao contribuinte para o exercício do contraditório e da ampla defesa. Também alega nulidade da Decisão porque a Junta teria se baseado em informação equivocada de que *“a administradora questionada pelo sujeito passivo não fez parte do levantamento elaborado pelo autuante”* o que seria objeto de demonstração pelo autuado no prazo de dez dias, que pediu para a juntada, citando exemplos.

No mérito o recorrente alega que diversas vendas atribuídas a outras administradoras de cartão de crédito em verdade seriam da REDECARD, citando diversos exemplos, para o que pede prazo de dez dias para sua comprovação.

O recorrente aborda outro ponto alegando que a informação da administradora, base para exigência do item 3 da autuação, apresenta valores superiores aos valores reais, em especial em relação à superposição de valores de vendas de dois estabelecimentos situados no mesmo Shopping, conforme já explicara na defesa, o que ratifica.

No que concerne ao item 2 da autuação o recorrente reitera as alegações defensivas e se louva no voto em separado exarado pela Dra. MÔNICA ROTERS em relação à mesma matéria, voto que o recorrente afirma agasalhar a pretensão defensiva de que a aplicação da multa deveria levar em consideração a repercussão para a ação fiscal.

O representante do recorrente alega que as razões defensivas não teriam sido adequadamente analisadas, o que teria sido declarado pelo presidente da mesa e volta a insistir na tese de que a lei nova, Lei nº 9.159/04 seria mais gravosa e referencia fatos que mereceriam interpretação mais favorável, para ao final pedir a redução da multa para R\$700,00, dizendo que a Lei nº 8.534/02 não poderia ser aplicada porque não teria tido lugar o NÃO FORNECIMENTO da informação e sim teria havido falta de exibição à agente fiscal.

Por fim, o recorrente pede novamente revisão fiscal por agente estranho ao feito para provar que as informações da administradora estariam erradas, pede o acatamento da preliminar para que seja declarada a nulidade da Decisão, ou que, no mérito seja declarada a improcedência do item 02 e a improcedência ou a nulidade do item 3.

Submetido o processo à PGE/PROFIS, o procurador JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR se posicionou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, enfrentando uma a uma as alegações do recorrente, inclusive quanto às alegações de nulidade e quanto às alegações de mérito, opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Em 25 de fevereiro o recorrente juntou documentos para demonstrar que a administradora errara nas informações ao FISCO.

VOTO (Vencido quanto ao item 2)

Acolho a preliminar de nulidade da Decisão em relação ao item 3 da autuação, porque a Junta de Julgamento Fiscal se baseou na informação de que *“a administradora questionada pelo sujeito passivo não fez parte do levantamento elaborado pelo autuante”* porque a autuada anexa documentos com o timbre da REDECARD referentes a cupons fiscais incluídos no levantamento fiscal, enquanto a decisão afirma que os levantamentos não incluíram aquela administradora de cartões de crédito, o que revela incerteza na acusação fiscal.

Ultrapassada a nulidade, acolho a alegação de improcedência do item 3. Efetivamente, os documentos acostados às fls. 372 e 373, cotejados com os demonstrativos de fls. 25 e 35, revelam

que nestes demonstrativos estão incluídos documentos relativos a vendas pela REDECARD, o que conflita com a informação fiscal prestada às fls. 316 a 323, especificamente na fl. 322 onde consta, no final do terceiro parágrafo do item 2 do item III DA CONTESTAÇÃO que os demonstrativos de fls. 35 a 170 se referem exclusivamente a administradoras de cartões diversas da REDECARD.

Quanto ao item 2, acolho o pedido do sujeito passivo e reduzo a multa para R\$700,00 (setecentos reais) por ter omitido o registro 74, tendo em vista, inclusive, que a empresa não parece ter pretendido sonegar a informação, prestada por outro meio. Observo que o voto do Dr. Ciro Seifert, em que se louvou o relator do processo na Primeira Instância, não se refere a entrega de arquivos magnéticos com falta do registro 74. Além disso, observo que o autuante não especificara os meses em que o contribuinte deveria ter apresentado o registro especificado, pois tal registro só precisa ser apresentado nos meses em que for realizado o inventário, o que geralmente só ocorre uma vez por ano, e no mês seguinte.

Ante o exposto voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao item 2)

Peço *venia* para discordar do Sr. relator com referência à redução da multa aplicada no item 2 do Auto de Infração. Analisando a questão entendo ser cabível a redução da multa, mas em valor distinto ao proposto pelo Sr. relator.

No caso em discussão foi exigida multa por descumprimento de obrigação acessória porque o contribuinte apresentou seus arquivos magnéticos sem o Registro 74 (dados do Registro de Inventário), apesar de ter sido intimado por 3 (três) vezes para fazê-lo corretamente.

Adoto, na solução desta lide, a mesma linha de pensamento externada pela julgadora da 1ª Instância, a Sra. Mônica Maria Roters, que se manifestou neste processo através da elaboração de voto em separado. Além dos argumentos da citada julgadora trago em acréscimo outras razões que justificam a redução da multa para valor distinto ao apresentado no voto vencido. Passo a expô-las.

A entrega de arquivos magnéticos com omissão de registros, fato que motivou a exigência da multa neste Auto de Infração, é situação distinta da entrega dos arquivos em padrão diferente, conforme foi consignado pelo autuante na peça de lançamento. A expressão “padrão” significa, modelo oficial, protótipo, arquétipo, gabarito. Inexiste nos autos demonstração de que os arquivos que foram entregues pelo sujeito passivo tenham deixado de atender o “modelo” previsto na norma tributária, até por que foram recepcionados pelo fisco que os utilizou para fiscalizar a empresa. Os arquivos foram apresentados de acordo com o “modelo” previsto na norma, mas com omissão de registro das mercadorias inventariadas.

No caso vertente há ainda que se observar que a omissão do registro 74 não se constituiu impedimento à aplicação dos roteiros normais de auditoria fiscal, pois o contribuinte entregou o livro Registro de Inventário (meio físico) ao agente do fisco. Conclusão: a multa aplicada pela fiscalização, sobre o montante das saídas mensais não tem sustentação, considerando que a omissão dos registros não se relacionava às entradas e saídas de mercadorias do período fiscalizado.

Entretanto, o contribuinte, é obrigado entregar os arquivos magnéticos, com a totalidade dos registros, quando regularmente intimado pelo fisco, de acordo com o previsto na norma regulamentar (art. 708-B, do RICMS/97). No presente processo, o sujeito passivo, mesmo após sucessivas intimações não sanou a irregularidade existente, em flagrante infração ao art. 708-B, do RICMS/97, já citado. A multa correta a ser aplicada para o caso em comento é a prevista no inciso XX, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, que contém o seguinte comando:

“Art 42 – Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

.....
*XX – àquele que, dentro do prazo de 48 (quarenta e oito) horas, deixar de prestar esclarecimento, **ou informação**, de exhibir livro ou documento, arquivo magnético ou similar, ou de mostrar bem móvel ou imóvel, inclusive mercadoria, ou seu estabelecimento a funcionário fiscal, quando por este regularmente solicitado:*

- a) R\$90,00 (noventa reais), pelo não atendimento do primeiro pedido;*
- b) R\$180,00 (cento e oitenta reais), pelo não atendimento da intimação que lhe foi feita posteriormente;*
- c) R\$370,00 (trezentos e setenta reais), pelo não atendimento de cada uma das intimações subseqüentes”.*

Fica evidente que a infração do contribuinte se enquadra na alínea “c” do dispositivo acima transcrito, pois após 3 intimações não sanou a irregularidade constante dos arquivos entregues à fiscalização.

Assim, ante o exposto, o meu voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do item 2 do lançamento para retificar a multa aplicada no Auto de Infração, modificando a Decisão de 1ª Instância, pois o Recurso Voluntário deve ser PROVIDO em relação ao mencionado item, de forma que a exigência fiscal passa a ser a prevista no art. 42, inc. XX, alínea “c”, da Lei nº 7.014/96, devendo o contribuinte ser intimado a recolher a importância de R\$370,00.

VOTO EM SEPARADO (Quanto ao item 3)

Com relação ao item 3 da autuação a minha discordância em relação ao voto do Sr. relator é total. Passo a expor razões da nossa divergência.

O relator do processo, ao proferir seu voto, acolheu a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente sob o argumento de que a acusação fiscal revelava incerteza. Logo em seguida, apreciou o mérito e julgou improcedente o Auto de Infração, fundamentado no fato de que os documentos acostados pelo recorrente conflitavam com os demonstrativos produzidos na ação fiscal. Vou expor a minha discordância em relação ao voto do Sr. relator considerando, de início, apenas aspectos de ordem processual.

Se o lançamento é nulo o ato administrativo pode ser retificado ou refeito a salvo das falhas. Se o Auto de Infração é improcedente, a Decisão torna-se definitiva na esfera administrativa, pois ao examinar o mérito, ou seja, as questões de ordem substancial ou a pretensão das partes, o julgador declara se houve ou não descumprimento de obrigação tributária, dizendo, em suma, a quem cabe o direito. A declaração de improcedência implica em dizer que a exigência tributária é desprovida de motivos, sejam eles de ordem fática ou de ordem jurídica. São distintos, portanto, os efeitos das Decisões.

Na declaração de nulidade o Acórdão tem efeito terminativo de determinada relação processual, mas nada impede que a fiscalização efetue novo lançamento sem os vícios do anterior, formando-se, em consequência, uma nova relação processual.

Na declaração de improcedência a Decisão é definitiva, ou final, pois o julgador decide a relação de direito substancial posta em juízo. A improcedência significa dizer que o contribuinte não deve tributo em relação aos fatos e fundamentos jurídicos que motivaram ou serviram de suporte ao Auto de Infração. E neste caso, só há possibilidade de revisão do julgamento de 2ª Instância, através do exercício de controle da legalidade, a cargo da Procuradoria Estadual, de acordo com os ritos e meios de impugnação ou rescisão das Decisões das Câmaras do CONSEF, previstos no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/99).

Reside nos efeitos distintos acima arrolados a contradição da Decisão do Sr. relator, Consº José

Hilton. Declaração a um só tempo de nulidade e de improcedência do lançamento fiscal. Uma mesma Decisão não pode gerar efeitos conflitantes e distintos. Se o Auto de Infração é Nulo, por incerteza da acusação, não há como se examinar o mérito. No entanto, se o ato de lançamento se encontra a salvo de falhas de ordem processual ou procedimental, pode o julgador ingressar nas questões de mérito e proferir Decisão declarando a quem cabe o direito. Declarada a improcedência do lançamento, firma-se a certeza da inexigibilidade do crédito tributário acarretando a extinção do mesmo, nos termos do art. 156, inc. IX, do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

“Art. 156 – Extinguem o crédito tributário:

.....

IX – a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na porbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória”.

Entendo, *data maxima venia*, que o voto do sr. relator apresenta vício de ordem processual insanável, pois o mesmo apresenta soluções totalmente incompatíveis a esta lide fiscal.

Ultrapassada a questão de ordem processual acima abordada, passo ao exame dos pontos discutidos pelo contribuinte em seu Recurso Voluntário.

Ao contestar o item 3 da autuação o recorrente suscitou as seguintes preliminares de nulidade:

- 1º que a Decisão da Junta baseou-se em elementos não fornecidos ao contribuinte para o regular exercício do contraditório e da ampla defesa, em especial os demonstrativos acostados às fls. 35 a 170 do PAF;
- 2º que a Decisão recorrida considerou informações de administradora de cartão de crédito que não integram o levantamento elaborado pelo autuante, afirmando que as vendas realizadas através da REDECARD foram computadas com vendas de outros cartões.

No mérito, argumentou que o levantamento levou em consideração dados da Administradora REDECARD, situação que fortalece a tese da nulidade. Cita exemplos numéricos, mencionando que o levantamento fiscal engloba vendas que não foram realizadas através das Administradoras de Cartão de Crédito computadas no procedimento fiscal do autuante.

Em nova intervenção no processo, em complemento às razões recursais originalmente apresentadas, o recorrente, por seu advogado, junta novos documentos e argumenta que a autuação envolveu vendas através da REDECARD, administradora que não compõe os demonstrativos do Auto de Infração. Afirmou ainda que a empresa utilizava uma só maquineta, da citada Administradora, que operava para dois estabelecimentos diversos, circunstância que gerou as diferenças apontadas no Auto de Infração e que as receitas geradas foram tributadas na apuração do imposto do outro estabelecimento.

Ao analisar as questões de mérito acima apresentadas, verifiquei que o levantamento fiscal objeto deste julgamento envolveu a comparação entre os valores acumulados no Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) do autuado e os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito. Foi demonstrado, na peça de lançamento, que os valores acumulados nos ECFs são inferiores ao informados pelas administradoras de cartão de crédito, razão pela qual foi lavrado o Auto de Infração, transferindo-se ao contribuinte o ônus probatório quanto à diferença apurada, nos termos do art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96. O contribuinte ao formular a sua defesa na 1ª Instância de julgamento, declarou, no item 10 da peça defensiva, que o valor autuado estava concentrado, conforme apuração da empresa, na Administradora de Cartões de Crédito REDECARD, inexistindo qualquer diferença em relação aos demais cartões de crédito com os quais a empresa operava. Requereu, inclusive, revisão fiscal, visando comprovar que o Auto de Infração tinha origem em informação erroneamente prestada pela administradora REDECARD. Argumentou, ainda, que as diferenças apuradas envolviam valores de vendas de outro

estabelecimento que funcionava no mesmo Shopping onde se localizava o estabelecimento autuado.

Deduzo, a partir das questões acima narradas, que toda a defesa do contribuinte, na 1ª Instância de julgamento, concentrou-se em questões de mérito, havendo declaração expressa de que em relação às demais administradoras não havia qualquer diferença, segundo apuração da própria empresa. Estabelecida a lide neste limites foi proferida a Decisão da Junta de Julgamento.

O contribuinte, ao interpor Recurso Voluntário, traz à discussão duas questões de ordem processual, concentradas nas preliminares de nulidade. São questões preclusas, pois superadas pela defesa de mérito articulada na instância originária de julgamento. Não se pode deduzir prejuízo ao exercício de direito de defesa se a Decisão se ateve ao limites da contestação. A preclusão neste caso é de ordem temporal e lógica. Temporal porque não suscitados os supostos vícios que impediram o exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório na instância originária de julgamento. Houve também preclusão lógica, porque oferecida a defesa de mérito, com a afirmativa de inexistência de diferenças tributáveis em relação às demais administradoras de cartão de crédito, resultou evidenciado que essas informações foram analisadas pelo contribuinte. O sujeito passivo as possuía, pois a mesmas são originárias das empresas com as quais o autuado mantém contrato de prestação de serviços de cartão de crédito.

Ao alegar o contribuinte - na defesa apresentada a JJF - que efetuou a revisão das informações prestadas pelas demais Administradoras com as quais trabalhava, se pode deduzir que todos os elementos que serviram de suporte ao ato administrativo de lançamento foram analisados pelo recorrente não se podendo acolher, nesta fase recursal, a existência de vício do procedimento, impeditivo do exercício contraditório. Neste caso, inexistente nulidade, se não restar demonstrado o prejuízo processual para a parte que a alega. O prejuízo processual não se presume, deve ser demonstrado, de forma a evidenciar a impossibilidade da articulação de defesa de mérito. Aplica-se aqui o princípio da eventualidade, pois caberia ao contribuinte alegar o suposto vício nas fases anteriores do processo. Neste caso, a defesa e as alegações que lhe dão suporte evidenciam que o contribuinte exerceu plenamente o seu direito de defesa.

Devo ainda destacar que os demonstrativos em que se fundamenta a exigência tributária foram entregues ao contribuinte tendo o mesmo firmado recibo, conforme consta às fls. 31, 72 e 105 do processo. Foi também, anexado aos autos, declaração firmada pelo contribuinte, à fl. 171, onde consta a totalização das vendas através de cartão de crédito em relação ao estabelecimento autuado. Restou, portanto, demonstrado que as provas que serviram de suporte à autuação e de lastro à Decisão de 1ª Instância foram entregues ao sujeito passivo, tendo o mesmo articulado sua defesa. Em consequência, não há neste procedimento administrativo, os vícios processuais apontados pelo sujeito passivo.

Assim, com base na fundamentação acima, afasto as preliminares de nulidades suscitadas pelo recorrente.

Ingressando nas questões de mérito, acompanho o entendimento externado pelo julgador “*a quo*”. Todo o levantamento fiscal tem por suporte as informações prestadas por 4 (quatro) Administradoras de Cartão de Crédito: AMEX, HIPERCARD, VISANET e TECBAN. Os valores das administradoras acima arroladas foram confrontados com as informações existentes nos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte. Apurou-se diferença tributável, favorável ao fisco, se estabelecendo a presunção prevista no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96. O ônus probatório foi transferido ao contribuinte. Ao defender-se o sujeito passivo afirmou a inexistência de diferenças em relação às quatro administradoras acima mencionadas, alegando que o valor autuado se referia a informações incorretas prestadas pela empresa REDECARD.

Todavia, as informações da Administradora REDECARD não integraram o levantamento fiscal. Se acaso fossem as mesmas acrescidas aos relatórios de informações TEF (vendas através de cartão de crédito), a consequência seria o aumento das omissões detectadas na ação fiscal. Basta

entender a questão como uma conta corrente no formato débito/crédito. Nos demonstrativos gerados pela fiscal autuante foram deduzidas, de forma indevida, as vendas pagas através de cartões da REDECARD. Este procedimento, ao invés de ter gerado prejuízo ao recorrente, surtiu efeito justamente contrário, ou seja, o beneficiou, pois foram deduzidos os cupons fiscais vinculados a vendas via REDECARD, do débito que tem origem nas operações de vendas informadas pelos cartões AMEX, HIPERCARD, VISANET e TECBAN.

Assim, resta evidenciado que as nulidades suscitadas pelo contribuinte não têm sustentação nos fatos e provas juntados ao processo. Todas as alegações defensivas relacionadas com a Administradora REDECARD não têm pertinência com os elementos que serviram de suporte para a exigência fiscal.

Entendo que deve a autoridade fazendária competente, diante do equívoco cometido pela agente fiscal, renovar o procedimento administrativo, exclusivamente em relação a parcela do débito que foi indevidamente subtraída, pertinente aos valores da Administradora REDECARD. A inclusão desses valores no levantamento fiscal implicou na redução indevida do imposto lançado no Auto de Infração.

Com a fundamentação acima, afasto as nulidades suscitadas pelo recorrente e no mérito voto pela PROCEDÊNCIA total do item 3 do Auto de Infração, pois é devido o ICMS lançado pela fiscalização.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206881.0003/04-0, lavrado contra **SIGMA RELÓGIOS E CALCULADORAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.728,42**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, mais a multa no valor de **R\$370,00**, prevista no art. 42, XX, “c”, da citada lei.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao item 2): Conselheiros Nelson Antonio Daiha Filho, José Carlos Barros Rodeiro, Fauze Midlej e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO (Vencido quanto ao item 2): Conselheiros Álvaro Barreto Vieira e José Hilton de Souza Cruz.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao item 3): Conselheiros José Hilton de Souza Cruz, José Carlos Barros Rodeiro, Nelson Antonio Daiha Filho, Álvaro Barreto Vieira e Fauze Midlej.

VOTO EM SEPARADO (Quanto ao item 3): Conselheiro Tolstoi Seara Nolasco.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de março de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/VOTO VENCEDOR (Quanto ao item 2) e EM SEPARADO
(Quanto ao item 3)

JOSÉ HILTON DE SOUZA CRUZ – RELATOR/VOTO (Vencido quanto ao item 2)

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS