

PROCESSO - A. I. Nº 118973.0084/05-5
RECORRENTE - TRINCO PRESENTES E SERVIÇOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0166-04/06
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 17/11/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0393-12/06

EMENTA: ICMS. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS DECLARADAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da JJF que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe o contribuinte através de advogado legalmente habilitado. O lançamento de ofício lavrado em 18/07/2005, exige ICMS totalizando o valor de R\$17.731,85, 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.

Em sua Decisão a JJF acompanhando o voto da Sra. relatora aprecia as preliminares de nulidade suscitada pelo sujeito passivo e concluiu inicialmente que *“não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de atos normativos, a teor do art. 167, I do RPAF/99”*, e que a multa aplicada é legal e está disciplinada na Lei 7.014/96, art. 42, inciso III.

Em seguida negou o segundo pedido de diligência efetuado pelo sujeito passivo, diante da constatação de que os elementos constantes dos autos eram suficientes para a formação do seu convencimento. E acrescentou: *“ademais as alegações da empresa não estão documentadas, não tendo fundamento que justifique a necessidade de nova diligência, mesmo porque o autuado expressamente reconheceu como devido o ICMS retificado pelo diligente.”* Em seguida rejeitou o pedido de nulidade em decorrência de a empresa não ter sido cientificada sobre a informação fiscal, *“haja vista que não foram aduzidos fatos novos nem anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos, hipóteses em que o órgão preparador deveria dar ciência ao sujeito passivo, conforme previsto no § 7º do art. 127 do RPAF/99.”* E aduziu ainda que *“quanto ao fato de a intimação acerca do resultado da diligência não ter sido encaminhada ao escritório do advogado, mas sim para a empresa, constato que nenhum prejuízo trouxe haja vista que no tempo hábil o autuado pode manifestar-se quanto ao seu resultado”* entendeu também que é aplicável o disposto no art. 18, § 2º do RPAF/99: *“Não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa se o ato praticado de forma diversa houver atingido a sua finalidade”*.

Quanto ao mérito argumenta que *“Consoante o disposto no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, “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”.

Acompanhou o “*resultado da diligencia, manifestado através do Parecer ASTEC nº 003/2006, de fls. 452 a 459, no qual auditor fiscal estranho ao feito, efetuou o ajuste face as notas fiscais juntadas pelo autuado, conforme nova planilha comparativa de vendas por cartões de crédito, e o ICMS devido passou a ser de R\$17.266,17*”.

Ressaltou “*que o diligente relacionou em planilhas anexas, as notas fiscais de prestação de serviço que não foram consideradas na ação fiscal e deduziu seus valores do valor autuado. Quanto às demais notas fiscais de prestação de serviços, juntadas pelo contribuinte, constatou que já tinham sido relacionadas pelo autuante, fls 22 a 41, e foram deduzidas no lançamento inicial, conforme explicado na informação fiscal de fl. 445.*”

E concluiu: “*Desta forma, como a infração apurada está disciplinada no inciso III do art. 915 do RICMS/97, já que se trata de infração decorrente de realização de roteiro de Auditoria em relação às vendas realizadas através de Cartão de Crédito/Débito, entendo que foi correta a adoção da metodologia para apuração do imposto devido, inclusive, foi observado o percentual de 8% previsto em lei, a título de crédito fiscal, na determinação do valor do imposto a recolher (Lei nº 8.534/02, de 13/12/02, que alterou o art. 19 da Lei nº 7.357/98).*” Elaborou um novo demonstrativo e votou pela Procedência em Parte do Auto de Infração.

O patrono da empresa apresenta as suas razões com o objetivo de que seja revista a Decisão da JJF. Preliminarmente diz ter havido ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório por não ter sido intimado a se manifestar acerca das informações fiscais apresentadas pelo autuante.

No mérito aduz em seu favor que “*a infração apurada, que teria apurado omissão de saída de mercadorias no período compreendido entre 01.04.2004 a 01.12.2004 através de Auditoria Sumaria de Cartão de Crédito, se mostra confusa, apresentando dados conflitantes e mesmo irreais. Acrescenta que as alegadas omissões ocorridas em novembro de 2004 simplesmente não podem subsistir por não existira leitura Z já que máquina ECF estava quebrada e o recorrente ter emitido notas fiscais de Venda e após abater o credito de 8% recolheu a diferença*”. Afirma que os dados fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito são totalmente distintos dos efetivamente informados pelo recorrente às operadoras. Diz que o cruzamento de dados comprovaria esta desconformidade. Diz que o fiscal só considerou o período no qual “*alegadamente existiria uma diferença favorável ao fisco passível de autuação desconsiderando outros períodos cuja correta consideração iria beneficiar ao contribuinte autuado*”. Insiste no argumento que se houve omissão foi das administradoras. Pede uma nova diligência da ASTEC. A seguir comenta a respeito da inaplicabilidade de multa confiscatória e redução de ofício pelos Tribunais. Cita e transcreve decisões do STF a respeito do assunto. Pede por fim que seja julgado procedente o presente Recurso Voluntário e que seja considerado totalmente Improcedente o presente lançamento.

A PGE PROFIS emite Parecer enunciativo onde após breve relatório opina: não há nulidade. A ausência de manifestação acerca da informação fiscal em nada prejudicou a defesa. Recorda que houve inclusive uma diligência pelo órgão técnico do CONSEF. Conclui que o “*o autuado não apresentou documentos suficientes que pudesse afastar a integralidade de tal presunção, sendo que a indicação, no Recurso, das notas fiscais de venda ao consumidor, ainda que de forma discriminada, não se apresenta como meio para tanto!*” Acrescenta que no que concerne a discussão sobre a aplicação da multa e a sua possível inconstitucionalidade não cabe ao órgão julgador examinar. Opina finalmente pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O tema objeto de apreciação neste Recurso Voluntário já foi reiteradamente decidido por esta Câmara de Julgamento Fiscal e nos parece que desta vez não será diferente.

O patrono da empresa apresenta em preliminar o argumento de que teria havido ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório, por não ter sido intimado a se manifestar acerca das informações fiscais apresentadas pelo autuante. Isto de fato ocorreu. Porém, em nenhum dispositivo legal ou regulamentar há esta obrigatoriedade. E mais que isso, o fato como bem colocou a Sra. procuradora em nada, absolutamente em nada prejudicou a apresentação da defesa.

No mérito aduz em seu favor que a infração apurada se mostra confusa, apresentando dados conflitantes e mesmo irreais. Isto também não é verdade. Não foi deixado de considerar o fato do contribuinte ter emitido notas fiscais de venda e recolhido “a diferença”. Os dados fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito foram devidamente analisados em duas oportunidades são totalmente distintos dos efetivamente informados pelo recorrente às operadoras e feito os devidos ajustes. Não há necessidade de novas diligências. Os valores encontrados correspondem a possível evasão do ICMS.

A discussão sobre o caráter confiscatório da penalidade é um tema que foge, neste caso, a nossa alçada.

Em conclusão, estamos com o Parecer da Douta PGE/PROFIS, também entendemos que o recorrente não apresentou documentos suficientes que pudesse afastar a presunção, pois a simples indicação das notas fiscais de venda ao consumidor, não é suficiente para tanto.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM o membro da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **118973.0084/05-5**, lavrado contra **TRINCO PRESENTES E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.266,17**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de setembro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS