

A. I. Nº - 120018.0009/05-0
AUTUADO - COLEZZIONE COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA.
AUTUANTE - AIDIL ISABEL DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 19/04/2006

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N.º0111-05/06

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. 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. Rejeitadas as arguições de nulidade ao lançamento fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração, lavrado em 30/6/2005, exige ICMS no valor de R\$51.520,83, acrescido da multa de 70%, em decorrência da omissão de saída de mercadorias tributáveis 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.

O autuado impugnou o lançamento fiscal (fls. 26/32), através de advogado, inicialmente observando as determinações do o art. 238 § 7º, do RICMS/97, que, disse, ser *jurus tantum*.

Em seguida afirmou que se a autuante constatou que as vendas registradas nas Reduções Z não suportavam os valores “informados” pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito, deveria ter examinado sua escrita contábil objetivando incluir todas as vendas efetivamente realizadas, já que os livros contábeis depõem em favor do contribuinte. Ressaltou de que se o ônus da prova, quanto à acusação em lide, cabia ao contribuinte, de igual forma cabe à fiscalização provar a acusação. Neste sentido, trazendo citações de Acórdãos proferidos por este Colegiado, observou que a contabilidade da empresa foi desconsiderada e privilegiadas informações de terceiros que estão sujeitas às mais diversas variáveis.

Como aspecto que considerou relevante, informou que a autuante não levou em consideração o seu ramo de atividade comercial, ou seja, calçados. Desta forma, conforme demonstrou, 80% em média de suas vendas são mercadorias (calçados) enquadradas no regime da substituição tributária, não podendo mais sofrer qualquer ônus, para não haver dupla tributação. Neste sentido, observou que a acusação se restringiu á presunção de saídas de mercadorias e não de entradas.

Transcrevendo trecho do Acórdão nº 0184-11/05 deste Colegiado, observou que o Decreto nº 8.882/04, que procedeu a Alteração nº 51 no RICMS somente passou a vigorar a partir de 21/1/2004. Desta forma, no período anterior a esta data não havia base legal para se exigir que houvesse

registrada, no seu encerramento, a forma de pagamento das vendas realizadas através dos ECF. Portanto e em sendo assim, a ação fiscal, no período de janeiro de 2003 até janeiro de 2004 era nula.

E, se tudo que foi exposto não bastasse, registrou que todos os cálculos para apuração do imposto foram realizados como se a empresa estivesse enquadrada no SimBahia, fato que não espelha a realidade. Entendeu que o procedimento era de nulidade da ação fiscal.

Requeru a nulidade, total ou parcial, da autuação ou a sua improcedência.

A autuante contra argumentou as razões de defesa (fls. 196/197) dizendo:

1. o privilégio dado á informações de terceiros consta determinado no art. 4, § 4º, da Lei nº 7.014/96. Desta forma, não se há que falar em análise da contabilidade da empresa;
2. entendeu que o autuado confundiu substituição tributária com isenção ou não-incidência. Observou de que o fato da substituição tributária encerrar a fase de tributação, não significava que havia decaído o direito da Fazenda Pública de averiguar se as operações comerciais realizadas seguiram as determinações legais.
3. observou que o § 4º do art. 824-E, do RICMS somente foi acrescentado como alternativa às determinações do seu caput e parágrafos.
4. concordando com o defendente de que a empresa, por estar enquadrada no regime normal de apuração do imposto, não tinha direito ao crédito de 8%, informou que havia lavrado o Auto de Infração nº 120018.0001/06-8, de acordo com a Ordem de Serviço nº 527597/05, objetivando exigir a diferença não cobrada nesta autuação em lide.

Por fim, informando de que foi entregue ao autuado os arquivos contendo as informações enviadas á Secretaria de Fazenda pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito, pugnou pela manutenção do Auto de Infração.

Chamado para tomar conhecimento da informação fiscal (fls. 199/200), o contribuinte manifestou-se (fls. 203/205), discordando da autuante quanto aos seus argumentos em relação à não consulta da contabilidade da empresa, bem como, sobre a inadequação do roteiro de auditoria aplicado tendo em vista seu ramo de atividade comercial. Quanto ao fato de que não se poderia cobrar, na forma feita, o imposto por presunção já o que o § 4º do art. 824-E, do RICMS somente foi acrescido ao referido regulamento em 2004, entendeu que os argumentos da autuante aparentemente o reconhecia.

E, a respeito da fiscal de ter reconhecido seu equívoco quanto ao regime de apuração do imposto da empresa, disse ser fato novo que seguramente refletiu no levantamento realizado, pois roteiros distintos de fiscalização. Desta forma, nula era a ação fiscal. Trouxe decisão deste Colegiado para consubstanciar sua alegação.

Novamente requereu a nulidade ou a improcedência do lançamento fiscal.

A autuante manifestou-se (fl. 209) ratificando o procedimento fiscal já que o novo Auto de infração lavrado apenas objetivava a exigência do imposto que neste não havia sido cobrado.

VOTO

A acusação do presente Auto de Infração trata da 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. 4, § 4º, da Lei nº 7.014/96, no exercício de 2003.

Para a apuração do imposto o autuante confrontou os valores fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito e instituições financeiras com aqueles apresentados pela Redução Z do ECF do contribuinte, bem como, com as notas fiscais de saídas emitidas, conforme planilhas comparativas elaboradas e apensadas aos autos (fls. 8/10). Em seguida, calculou o imposto aplicando a alíquota de 17%, dando um crédito presumido de 8% sobre a diferença do imposto apurado.

Sendo a acusação uma presunção legal *jurus tantum*, ou seja, admite prova em contrário, o autuado apresentou como razão de defesa, que levaria o Auto de Infração á nulidade, ser uma loja que comercializa com calçados. Em sendo assim, 80% de suas vendas médias são desta mercadoria, enquadrada no regime da substituição tributária. Por isto a auditoria aplicada era método inadequado para exigência do imposto, pois com ela estava havendo *bis in idem*.

Este seria argumento pertinente, que poderia determinar diligência para averiguação, se o próprio defendente não houvesse indicado qual o real percentual de suas operações comerciais com “mercadorias outras”, uma vez que a auditoria fiscal para apurar omissão de saídas por presunção poderia ser, de fato, um método inadequado, pois a presunção legal tem por finalidade de lançar imposto incidente sobre saídas de mercadoria tributáveis. Mas como ele próprio o fez, através inclusive de planilhas que anexou aos autos (fls. 39/42) indicando a média de 80%, ficou provado que parte considerável do faturamento da empresa não se constitui em mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária. Desta forma, não posso dar sustentação ao argumento defensivo, diante da posição já firmada por este Colegiado em inúmeras decisões, como exemplo no Acórdão nº 0279-11/03, que transcrevo parte.

[...]

Já me manifestei em casos semelhantes, conforme Acórdãos nº 2170-12/01, da 2ª CJF, e 0139-21/02, da Câmara Superior, e concluí que, sendo o faturamento do contribuinte, comprovadamente, decorrente de saídas de mercadorias isentas, não tributadas ou com o imposto pago por substituição ou antecipação tributária, o levantamento de caixa, para apurar omissão de saída por presunção, neste caso, é um método de auditoria totalmente inadequado, porque a presunção legal tem a finalidade de lançar imposto incidente na saída das mercadorias, e, em razão do encerramento da fase de tributação ou ausência de imposto a recolher, isto não é possível, pois implicaria em bitributação ou tributação indevida, e fui mais longe, não haveria nem como se falar em utilizar uma possível proporcionalidade, visto que o lançamento de ofício para exigência de tributo deve ser preciso, e proporcionalidade implica em estimativa, o que geraria incerteza no montante do débito.

Ocorre que o recorrente não logrou êxito em demonstrar, numericamente, que o seu faturamento é composto de saídas de mercadorias isentas, não tributadas ou com o imposto pago por substituição ou antecipação tributária, pois os demonstrativos existentes nos autos que poderiam atestar este faturamento (fls. 34, 35, 85 e 86) apontam o sentido contrário, qual seja, a existência, em estoque, de mercadorias sujeitas à tributação em volume considerável.

O impugnante ainda se insubordinou contra a auditoria aplicada, pois a mesma desconsiderou os livros contábeis e privilegiou informações de terceiros. Trouxe á lide decisões deste CONSEF para embasar sua argumentação. Esta é matéria que decorre de determinações da própria Lei nº 7.014/96. A auditoria aplicada não necessita de averiguações na contabilidade do impugnante. No caso, o ônus da prova a ele cabe. Se pela contabilidade ou mesmo através de documentos fosse comprovado que não houve a diferenças apurada, o sujeito passivo deveria ter trazido á lide. Apenas observo que a autuante considerou não somente as reduções Z, mas e de igual forma, todas as notas fiscais emitidas. E, quanto o Acórdão deste Colegiado apresentado ele não dar sustentação como paradigma á presente lide já que naquela auditoria ficou constado que os valores apresentados nas reduções Z do ECF e os valores auferidos com prestação de serviços

suportavam os valores apresentados pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito.

Também foi requerida a nulidade da ação fiscal tendo em vista que a autuante ao apurar o imposto devido, inadvertidamente concedeu crédito fiscal de 8% como se a empresa autuado estivesse enquadrada no SimBahia. O defendente acusou tal erro quando de sua primeira manifestação, o que foi aceito pela autuante, que lavrou outro Auto de Infração exigindo a diferença. Na sua nova manifestação, o impugnante entendeu que existiu fato novo que repercutiu no lançamento impugnado. Além do mais, entendeu que os roteiros de auditoria deveriam ser diversos para as empresas naquele regime enquadradas e naquelas que apura o imposto no pelo regime normal. Entendo equivocada a posição da defesa. Primeiro não existiu qualquer fato novo, pois deste o início os créditos estavam consignados. Em segundo este erro foi indicado de pronto pela defesa. Terceiro, conforme norma legal não se decreta a nulidade de um lançamento fiscal se o erro possa ser sanado. Ele apenas, e neste momento, exige ICMS a menos, pois em se tratando de empresa subordinada ao regime normal de apuração do imposto tais créditos não podem ser concedidos, porém o roteiro de auditoria é o mesmo. E, quanto à lavratura de outro Auto de Infração, neste momento ele não interfere na decisão do presente. Se houve algum erro na sua lavratura é decisão a ser considerada quando do seu julgamento.

Foi ainda contestada a exigência tributária referente ao período compreendido entre janeiro de 2003 a janeiro de 2004, pois o Decreto nº 8.882/04, que procedeu a Alteração nº 51 no RICMS somente passou a vigorar a partir de 21/1/2004. Concorro com o defendente de que o referido decreto somente foi editado nesta data. No entanto o embasamento legal consta determinado deste 1/1/2003 no art. 4, § 4º, da Lei nº 7.014/96 e deste 25/9/2001 na norma regulamentar, quando foi acrescentado ao Decreto Estadual nº 7.636, de 21/7/1999 o art. 3-A (Decreto nº 8.038, de 24/9/2001, efeitos a partir de 25/9/2001), Este artigo sofreu modificação em 26/6/2002 através do Decreto Estadual nº 8.276. O Decreto Estadual nº 7.636 foi revogado em 21/1/2004 pelo Decreto Estadual nº 8.882/04, que o substituiu.

A determinação do art. 3-A era a seguinte:

Art. 3º-A Em substituição ao tratamento tributário previsto no art. 822 do RICMS/BA, poderá o contribuinte optar por autorizar as administradoras de cartões de crédito ou de débito com que transacionem a informar discriminadamente à Secretaria da Fazenda o valor do faturamento do estabelecimento usuário do equipamento correspondente às operações e prestações com pagamento efetuado com os referidos cartões.

Embora o art. 822, do RICMS tenha sido revogado pela Alteração nº 38 em 31/12/2001 (Decreto nº 8.413, de 30/12/2002 – DOE de 31/12/2002), o Decreto nº 7.636 continuou com sua vigência até 21/1/2004.

Em sendo assim, não se pode falar de que não existe base legal para a exigência em comendo. E, por isto é que o autuado autorizou às administradoras de cartão de crédito e/ou débito a fornecer à Secretaria da Fazenda as suas transações comerciais nestas modalidades. No mais, o Acórdão deste Colegiado citado pelo impugnante foi decisão isolada e já superada por outras. Assim, não posso dar sustentação à tese de nulidade defendida pelo sujeito passivo.

Por tudo exposto e não sendo trazidas provas materiais para a desconstituição do tributo ora em discussão, voto pela procedência da autuação para exigir o ICMS no valor de R\$51.520,83.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **1200018.0009/05-0**, lavrado contra **COLEZZIONE COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o

pagamento do imposto no valor de **R\$51.520,83**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de abril de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE/RELATORA

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR