

PROCESSO - A. I. Nº 115236.0032/04-9
RECORRENTE - DINNI CALÇADOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0161-05/05
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 25/02/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0008-12/10

EMENTA: ICMS. 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 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. Corrigidos os arquivos do lançamento mediante diligência fiscal. Reduzido o débito. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão de Primeira Instância. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a referida Decisão proferida pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF n.º 0161-05/05, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

O presente lançamento de ofício exige ICMS no valor de R\$57.938,45, acrescido da multa de 70%, em decorrência 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 que foi fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Após apresentação de peça impugnatória por parte do autuado, informação fiscal pelo autuante e realização de diligência por parte da ASTEC (Parecer n. 0166/2005), proferiu a 5a. Junta de Julgamento Fiscal o seu *decisum* pela procedência parcial do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

"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. Este fato consta descrito no Auto de Infração e nos levantamentos fiscais realizados (fls. 5/8). Em seguida, calculou o imposto aplicando a alíquota de 17%.

*Sendo a acusação uma presunção legal *jurus tantum*, ou seja, admite prova em contrário, o autuado apresentou razões de defesa que, a princípio, poderiam ser pertinentes, quais sejam:*

1. é uma loja que comercializa com calçados e que a partir de 2003 esta me da substituição tributária;

2. que as vendas de suas filiais de nº 4, 5, 6, 9, 10, 11, 14 e 15 foram, nos meses de janeiro a maio de 2003, erroneamente computadas pelo cartão de crédito Hipercard como se fossem vendas realizadas pela matriz (o autuado), ou seja, as concentrou em um único CNPJ. Para comprovar o que alegou trouxe aos autos inúmeros documentos, inclusive cópia de carta da citada administradora (fl. 23) acusando o erro.

Diante destes argumentos, os autos foram baixados em diligência à fiscal estranho ao feito lotado na ASTEC/CONSEF deste Colegiado. Da sua pesquisa e das peças processuais, meu posicionamento a respeito da matéria em lide é a seguinte:

1. aqui não se discute se o autuado tem relações comerciais com outras administradoras de cartão de crédito além da Hipercard. Nos autos esta situação está expressa, não havendo questionamento, por parte do sujeito passivo, quanto aos valores informados pelas demais administradoras.

2. Embora o autuado tenha, a princípio, externado que a concentração de suas operações (matriz e filiais) com a administradora Hipercard tenham sido realizadas de maneira centralizada em todo o exercício de 2003, ele próprio, em seguida, demonstrou que esta situação somente aconteceu até maio de 2003 e assim se posicionou. Portanto, o motivo da lide sobre esta questão somente se prende aos meses de janeiro, fevereiro, março, abril e maio de 2003. Os demais meses não foram contestados. Para se ter segurança da situação, fiscal estranho ao feito foi chamado à lide. Ele não pode determinar com segurança se os documentos acostados aos autos pelo impugnante poderiam ser tomados para desconstituir a acusação, uma vez que embora apresentados com base nos números dos terminais (50016576, 51004706 e 51004710), não existia possibilidade de identificar quais as efetivas vendas realizadas por cartão de crédito/débito pelo estabelecimento autuado, pois estes boletos, com a identificação do endereço da empresa, poderiam ser, apenas, uma parte daqueles emitidos. Buscou novas informações e constatou que a centralização realizada pelo Hipercard de todas as vendas através do CNPJ do autuado tinha sido feita a pedido do próprio impugnante que, depois, solicitou esta descentralização. Não era possível informar até 19/5/2003 as vendas por matriz e filial.

Nesta situação, fica patente que, se até 19/5/2003 as vendas por cartão de crédito estavam centralizadas no CNPJ do autuado, este fato foi de sua total responsabilidade. Neste momento não havendo como separá-las, não posso dar amparo ao argumento de defesa.

3. O autuado, afirmou, ainda, que ocasionalmente, por falha humana, pode ter registrado, no seu ECF, valores pagos através de cartão de crédito como vendas à vista. Este fato deveria estar acompanhado de prova para ser aceito.

4. Quanto ao argumento de que comercializa, em sua totalidade e desde março de 2003, por ser este o seu ramo de negócio, mercadoria enquadrada no regime da substituição tributária, era fato de deveria ser considerado, uma vez que se fosse constatado que a maioria das mercadorias comercializadas pelo contribuinte se constituíam em “mercadorias outras”, a auditoria fiscal para apurar omissão de saídas por presunção é um método inadequado, pois a presunção legal tem por finalidade de lançar imposto incidente sobre saídas de mercadoria. Foi solicitado à ASTEC deste Colegiado que fosse apurado o percentual de vendas de mercadorias tributadas em relação às não tributadas comercializadas pela empresa autuado e no período objeto da autuação. O diligente fiscal concluiu que os percentuais de vendas de mercadorias tributáveis foram da ordem de 18% e de 82% para aquelas enquadradas no regime da substituição tributária. Nesta situação, como a diligência fiscal provou que parte considerável do faturamento da empresa não se constitui em mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, não posso dar sustentação ao argumento defensivo. E, para embasar esta posição transcrevo parte do voto do nobre relator da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, Ciro Roberto Seifert no Acórdão nº 0279-11/03 e que embasa minha Decisão.

[...]

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 um volume considerável.

Por tudo exposto, voto pela procedência da autuação para exigir o ICMS no

Inconformado com a Decisão recorrida, interpõe o autuado Recurso Voluntário, através do qual repisa todos os argumentos expendidos em sua peça defensiva. Acrescenta que a informação verbal feita pela funcionária da HIPERCARD colide frontalmente com o documento que colaciona em anexo, através do qual o recorrente lista separadamente seus estabelecimentos por código e por CNPJ. Diz que apesar da Decisão recorrida ter reconhecido que 82% das vendas realizadas pelo recorrente, como comprovado através do Parecer ASTEC são de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, insistiu na cobrança do imposto, o que resulta em falgrante *bis in idem*. Invocou o Acórdão nº 0108-1/04, da lavrada 1ª Câmara de Julgamento Fiscal para suscitar a nulidade da autuação, bem como outras Decisões do CONSEF. Ao final, requereu o provimento do Recurso Voluntário, a fim de que seja julgado nulo ou improcedente o Auto de Infração, ou, no máximo, procedente em parte, abatendo-se o percentual correspondente a 82% das vendas com fase de tributação encerrada.

Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS pelo conhecimento e provimento do Recurso Voluntário, visto que não pode prevalecer uma autuação em que a cobrança do imposto se arrima em base de cálculo de valor duvidoso, tendo em vista que os valores informados pela HIPERCARD não refletem a realidade.

Despacho proferido pelo procurador assistente ratificando o Parecer anteriormente emitido, ressaltando apenas o fato de que deve ser declarada a nulidade do lançamento de ofício.

Na assentada do julgamento, esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal converteu o processo em diligência à ASTEC, do CONSEF, para que fosse aplicado o princípio da proporcionalidade.

Diligência realizada pela ASTEC, tendo resultado no Parecer ASTEC n. 051/2007, o qual reduziu o débito para o valor indicado na Planilha de fl. 1132.

Intimados autuante e autuado acerca da diligência realizada, apenas este último se manifestou, reiterando o pedido de reforma da Decisão recorrida para que seja julgado nulo ou improcedente o Auto de Infração, ou, no máximo, procedente em parte, estendendo a tributação sobre a base de cálculo de 18% aos meses de junho a dezembro de 2003.

Parecer exarado pela Douta PGE/PROFIS opinando no sentido de que o PAF fosse novamente convertido em diligência, a fim de que fosse calculada a proporcionalidade referente aos meses de junho a dezembro de 2003.

Incluído o PAF em pauta suplementar, esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal converteu novamente o feito em diligência à ASTEC, a fim de que fosse apurada a proporcionalidade concernente aos meses de junho a dezembro de 2003.

Novo Parecer proferido pela ASTEC, de n. 82/2009, através do qual, após aplicar a proporcionalidade em relação a todo o Auto de Infração, conclui apurando ICMS no valor total de R\$ 1.861,85.

Intimados autuante e autuado acerca do resultado da diligência, apenas este último se manifestou concordando com os valores apresentados à fl. 1149, *"eis que atendidas as reclamações defensivas, solicitando ao CONSEF que determine a imediata expedição de DAE para o correspondente pagamento"*.

A ilustre representante da PGE/PROFIS emite Parecer conclusivo através do qual comunga com o resultado da diligência realizada pela ASTEC, opinando, desta forma, pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, a fim de que seja julgado procedente em parte o Auto de Infração nos valores apurados na aludida prova técnica.

VOTO

Merece reparos a Decisão recorrida.

Isso porque restou comprovado, através das provas acostadas aos

mesmo vende 82% de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária.

Por tal razão, esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal converteu o PAF em diligência à ASTEC, a fim de que fosse apurada a proporcionalidade, com espeque na Instrução Normativa n. 56/07, o que foi feito, tendo sido apurado imposto a pagar no valor de R\$ 1.861,85, conforme demonstrativo de fl. 1149, abaixo transcrito.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
D. Ocorrência	D. Vencimento	Alíq. (%)	Base de Cálculo	Multa (%)	Valor do ICMS
01/01/2003	09/02/2003	17	365,59	70	62,15
01/02/2003	09/03/2003	17	37,59	70	6,39
01/03/2003	09/04/2003	17	941,82	70	160,11
01/04/2003	09/05/2003	17	1.106,35	70	188,08
01/06/2003	09/07/2003	17	3.196,47	70	543,40
01/07/2003	09/08/2003	17	1.186,12	70	201,64
01/08/2003	09/09/2003	17	1.342,72	70	228,26
01/09/2003	09/10/2003	17	796,41	70	135,39
01/10/2003	09/11/2003	17	715,88	70	121,70
01/11/2003	09/12/2003	17	371,59	70	63,17
01/12/2003	09/01/2004	17	891,53	70	151,56
TOTAL			10.952,07		1.861,85

Acato o referido demonstrativo e o resultado das provas técnicas realizadas nos fôlios processuais, ao tempo em que saliento que o próprio recorrente, de forma expressa, também acatou o resultado das diligências, reconhecendo o débito apurado.

Destarte, com espeque nas diligências realizadas pela ASTEC, bem como no Parecer exarado pela Douta PGE/PROFIS, voto no sentido de PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário para julgar procedente em parte o Auto de Infração no valor de R\$ 1.861,85.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 115236.0032/04-9, lavrado contra **DINNI CALÇADOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.861,85**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de fevereiro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS