

PROCESSO - A. I. Nº 206903.0050/06-3
RECORRENTE - GRAT'S COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA. (GRAT'S CALÇADOS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0003-01/09
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 10/09/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0258-11/10

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO TEF. As declarações de vendas efetuadas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Apurada, através de diligência ASTEC, a proporcionalidade entre mercadorias tributáveis e não tributáveis. Infração parcialmente caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Processo foi encaminhado a esta CJF, na forma de Recurso Voluntário, para exame da Decisão exarada pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, na sede do Acórdão nº 0003-01/09, que julgou Procedente o Auto de Infração epigrafado, o qual reclama a cobrança de ICMS, no valor de R\$51.514,46, com multa de 70%, resultante da imputação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior àquele fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de fevereiro a junho de 2006.

O autuado apresentou, através de advogado, impugnação (fls. 26 a 34), arguindo, preliminarmente, nulidade, por falta de recebimento do relatório TEF individualizado por operações, bem como por ser o roteiro utilizado incompatível com o contribuinte, visto que opera, em quase sua totalidade, com mercadorias isentas, não tributadas ou sujeitas ao pagamento antecipado do ICMS, porquanto calçados encontram-se sujeitos à substituição tributária.

No mérito, asseverou ser a autuação improcedente, na medida em que não vende sem emissão de documentação fiscal e, ainda que inexistentes os respectivos cupons ou notas, não haveria base legal para a cobrança do ICMS.

Para amparar suas alegações, anexou aos autos cópias dos LRAICMS e reduções “Z”, asseverando corresponder a cerca de 98% das mercadorias comercializadas no período fiscalizado (sapatos).

Por sua vez, o autuante, na sua informação (fls. 151 a 153), em relação à arguição de nulidade por falta de fornecimento das informações prestadas pelas administradoras, disse ser a assertiva incabível, já que consta, à fl. 05, recibo de arquivos eletrônicos.

Contestou os argumentos do autuado de que não havia segurança de que quase todas as vendas eram calçados, afirmando que as dil Reduções Z e as informações fornecidas pelas administradoras c

presumem saída de mercadorias sem os respectivos cupons fiscais e, sem tais documentos, impossível identificar quais as mercadorias são passíveis de antecipação, existindo uma quantidade muito grande de mercadorias nesta situação. Após a informação fiscal, o autuado, às fls. 374 a 379, voltou a se manifestar, ratificando os termos iniciais da defesa e juntando os Acórdãos CJF nº 0429-11/06 e CJF nº 0120-11/07, ambos da 1ª CJF, bem como Parecer da PGE/PROFIS, reconhecendo a impossibilidade de cobrança do ICMS fundada na presunção de omissão de receita sobre vendas sujeitas ao regime de substituição.

A 1ª JJF deliberou que o processo fosse encaminhado à ASTEC-CONSEF V (fls. 959 e 960), para que Auditor Fiscal diligente verificasse a existência, nas informações da administradora, de vendas a outro estabelecimento que não o autuado, bem como apurasse a proporcionalidade das saídas tributáveis pelo ICMS, em relação às não tributáveis ou já tributadas pelo Regime de Substituição Tributária.

A diligência foi atendida, conforme documentos de fls. 962 a 966, sendo o autuado intimado a apresentar demonstrativos e documentos fiscais para cumprimento da diligência fiscal (fl. 967).

Inatendidas todas as solicitações de documentos constantes na intimação do diligente, a sua conclusão foi no sentido que, após consulta na DMA do autuado (fls. 1018/1022), obtidas através do INC- Informações do Contribuinte, as proporcionalidades de mercadorias tributadas eram as seguintes: fevereiro/06 de 2,57%; março/06 de 3,26%; abril/06 de 2,68%; maio/06 de 2,49% e junho/06 de 2,48%, donde ajustou a exigência tributária para R\$ 1.323,30.

O autuado, devidamente cientificado, volta a se manifestar (fls. 1029 a 1030), ratificando os termos de sua defesa, assim como dando razão a ASTEC quanto às dificuldades enfrentadas para a apresentação dos elementos solicitados na diligência, pois, segundo ele, eram centenas ou milhares de pequenos documentos e fitas de ECF.

Aduziu que, tendo em vista a economia processual e o esforço da ASTEC, poderia abdicar da juntada dos aludidos documentos, aceitando o valor do débito apontado no comentado Parecer (R\$1.323,20), isso se o CONSEF decidisse acatar a redução em razão da proporção das mercadorias tributadas e substituídas, conforme apuração realizada através das DMAs.

Assim, declarou expressamente o acatamento do valor apontado pela ASTEC no Parecer 141/2008, ficando a confissão deste quantitativo adstrita à aceitação, pelo CONSEF, dos percentuais de mercadorias substituídas apurados pela ASTEC, alcançando-se o fim colimado na demanda.

A Junta de Julgamento Fiscal, de plano, rejeitou as nulidades arguidas, direta ou indiretamente, uma vez que a descrição dos fatos e sua capitulação legal eram condizentes com a realidade e com o direito aplicável, além de obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que obteve as peças necessárias à sua defesa, especialmente o relatório TEF por operações, conforme comprovam os recibos de fls. 05, 36 e 155 dos autos, bem como obedecidos os prazos previstos legalmente, nesse passo, encontrando-se o PAF revestido de todas as formalidades legais, inexistindo violação nem mesmo mitigação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal.

No mérito, a JJF considerou tratar o caso analisado de uma presunção legal prevista no inciso IV, do art. 334, do Código de Processo Civil e § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7014/96 (presunção relativa, considerada verdadeira até prova em contrário).

Ao analisar a defesa do autuado disse a JJF ser a tese do contribuinte a de que as supostas divergências entre as informações das administradoras e reduções “Z” tiveram lugar na aglutinação, em um único estabelecimento, de vendas de estabelecimentos diversos, provavelmente das lojas 01/autuada (matriz), 02 - CNPJ nº 13.441.837/0002-07 loja 03 - CNPJ nº 13.441.837/0003-80 e loja 04 - CNPJ nº 13.441.837/0005-41, ou da suas vendas e suas respectivas parcelas (pagamentos parcelados).

Mesmo o autuado não trazendo aos autos provas concretas de tal ocorrência, foi determinada diligência para a apuração dos fatos, tendo a diligente relatado e comprovado que intimou o autuado a apresentar os cupons fiscais e os respectivos boletos de cartões de créditos e débito para que se pudesse constatar as ocorrências sustentadas na defesa, não tendo ele apresentando, apesar de constantes telefonemas sem retorno, os aludidos documentos no prazo de 48 horas ou mesmo nos 60 dias posteriores à intimação, resumindo-se a defesa ao argumento de que levou documentos ao protocolo do CONSEF, sem que o mesmo os tivesse recebido, inexistindo qualquer prova da aludida tentativa, além do que poderia ter entregue os documentos à diligente.

Acrescentou a JJF que a defesa reconheceu não dispor dos documentos solicitados quando deu razão à ASTEC em relação às dificuldades enfrentadas para a apresentação dos elementos pedidos na diligência, destacando que talvez se apresentasse mais oneroso para a empresa aplicar maiores esforços na juntada de tamanha quantidade de documentos do que acolher os valores que a diligente informou, diante da impossibilidade de levantar a natureza tributária das mercadorias para apurar a proporcionalidade.

Destacaram os Julgadores de 1^a Instância que os outros estabelecimentos da mesma empresa, que o impugnante alega ter emitido boletos fiscais computados como do autuado, têm idêntica atividade, qual seja, “Comércio Varejista de Calçados”, aí incluindo sapatos, bolsas e outros itens, estabelecimentos esses existentes no mesmo Shopping, sendo razoável crer que efetuavam vendas dos mesmos produtos e aos mesmos preços, implicando a necessidade do diligente apurar tais ocorrências através da conferência da data, valor e horários dos boletos emitidos, relativos às operações constantes do Relatório TEF, o que não se tornou possível, pela falta de entrega dos documentos, apesar do dilatado prazo concedido (mais de 60 dias).

Daí, a JJF não acolheu os argumentos defensivos do impugnante por se apresentarem incapazes de elidir a presunção de omissão de saídas constante da presente infração, inclusive não tendo o autuado trazido ao feito provas de que constavam do relatório TEF valores correspondentes a cheque eletrônicos (Tecban) ou mesmo os cupons fiscais correspondentes.

De outra parte, para analisar o aspecto levantado pelo impugnante de que a eventual falta de emissão de documento fiscal não ensejaria novo fato gerador, pois cerca de 98% das mercadorias comercializadas não seriam mais tributadas nas saídas, foi designada diligência visando apurar tal proporcionalidade, tendo a diligente solicitado cupons fiscais, notas fiscais de entradas e leitura Z do período fiscalizado, fevereiro a junho de 2006, bem como demonstrativo indicando as notas fiscais de entradas tributadas e com substituição tributária, com os respectivos percentuais, ou seja, das tributadas e não tributadas, além dos DAEs referentes aos recolhimentos do ICMS atinentes à substituição tributária, dados e documentos fiscais que lhe fornecessem os elementos necessários para conferência dos percentuais de mercadorias tributadas e não tributadas comercializadas pelo autuado. Porém, o autuado, apesar de entregar uma planilha indicando o primeiro cupom fiscal emitido no dia e o último, com o total dos valores das mercadorias tributadas e das não tributadas nas saídas, não apresentou os documentos, notas fiscais e cupons fiscais, que comprovariam a natureza tributária de tais mercadorias.

Assim, sem conhecer a natureza tributária das mercadorias constantes dos cupons fiscais indicados na planilha do autuado e sob o argumento de que não poderia fazer tal conferência, a diligente informou que, após consulta na DMA do autuado, obtidas através do INC- Informações do Contribuinte, obtivera as proporcionalidades de mercadorias tributadas que discriminou, ajustando a exigência tributária para R\$1.323,30.

Por conseguinte, não obstante o ônus da prova ser do autuado, não foram oferecidos os elementos necessários, ou seja, os documentos fiscais para a conferência dos percentuais de mercadorias tributáveis e não tributáveis pelo autuado, objetivando a aplicação da proporcionalidade, razão pela qual impossível o acolhimento dc
Ressaltou a JJF que nem mesmo as notas fiscais de entradas foram

indicar, ainda que precariamente, a veracidade das informações relativas à proporcionalidade das saídas de mercadorias contidas na DMA.

As Decisões desse CONSEF, trazidas aos autos, referentes à nulidade por inadequação do procedimento, não se aplicam à hipótese dos autos, em razão dos contribuintes alvos dos aludidos decisórios realizarem operações apenas com mercadorias isentas e não mais tributadas.

Por fim, decidiu a JJF ser impossível a aplicação da proporcionalidade, conforme dispõe a Instrução Normativa nº 56/2007, a qual traz como condição para tanto, a prova pelo contribuinte, por meio de dados e informações das operações mercantis que costumeiramente realiza, o que não ocorreu no caso presente, restando a manutenção do Auto de Infração em seus valores originalmente exigidos.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs, tempestivamente, Recurso Voluntário (fls. 1049 a 1060), aduzindo a nulidade da Decisão recorrida, por supressão de instância, sustentando que a JJF não enfrentou direta e claramente a questão prejudicial posta na defesa, pertinente ao método de apuração, o qual seria inaplicável ao contribuinte que comercializa, quase integralmente, mercadorias fora da cadeia de tributação.

Argumentou que a JJF afastou as preliminares de forma genérica (fl. 5 do acórdão recorrido), reportando-se ao fundamento esposado no item 2 da defesa, porém, omitindo-se em relação aquello descrito no item 3, prejudicando assim o direito constitucionalmente garantido (art. 5º, LV, da Constituição Federal).

Ratificou a preliminar de nulidade da autuação, por insegurança na determinação da infração, com fulcro no disposto no art. 18, II e IV, letra “a”, do RPAF/99, considerando que o roteiro utilizado na ação fiscal é incompatível aos contribuintes que trabalham, quase que exclusivamente (97%), com mercadorias sujeitas ao pagamento no regime de substituição tributária, com pagamento antecipado do ICMS (calçados), conforme constatado em diligência efetuada pela ASTEC.

Transcreveu o item 2 da IN 56/2007, que trata da aplicação de roteiros fiscais relativos às presunções referidas no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, citando, em seguida, decisões desse CONSEF, tratando da nulidade por inadequação de roteiro de fiscalização, em virtude das operações dos estabelecimentos autuados serem, em sua totalidade, com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

No mérito, arguiu a procedência em parte da autuação, declinando, na oportunidade, por falta de condições materiais, de contestar o valor de R\$1.323,30, apurado pela ASTEC, conforme Parecer nº 141/2008.

Asseverou sustentar o mérito do Recurso o fundamento da “proporcionalidade” das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, cujo levantamento, a cargo do próprio Fisco, foi desprezado pela Egrégia Junta, repetindo a tese defensiva de que as divergências de valores entre as “reduções Z” e os “TEF’S” existiam parcialmente, contudo a falta de emissão de documentação fiscal de venda não ensejaria novo fato gerador do ICMS, relativamente aos percentuais apresentados pela ASTEC, pois, como já suscitado na preliminar, as mercadorias comercializadas sem os respectivos documentos fiscais, em quase sua totalidade, foram objetos de pagamento antecipado do imposto, nas aquisições, eis que sujeitas ao regime de substituição tributária.

Destacou que a autuação, como efetivada, implica em “*bis in idem*”, ou seja, em dupla incidência do imposto sobre o mesmo fato gerador, o que é vedado por Lei, transcrevendo, sobre a matéria, diversas ementas de decisões do CONSEF, como amparo à sua tese recursal.

Ressaltou, ainda, que a JJF abandonou o trabalho da competente ASTEC, sob a alegação de que o autuado não apresentou os elementos solicitados.

Embora admitisse não ter apresentado a documentação hábil para de vendas de estabelecimentos diversos, sustentou a dificuldade q

documentos, quer para “casar” boletos com cupons ou NF, até mesmo por serem as vendas realizadas com pagamentos parte em espécie ou cheque e parte em cartões, o que impossibilita a conferência, preferindo abdicar dessa argumentação, solicitando, expressamente, que fossem considerados apenas os percentuais de mercadorias substituídas, apurados através das DMAs e do LRAICMS, pela ASTEC.

Reforçou o recorrente o argumento da idoneidade das DMAs e do LRAICMS como meios de prova do índice de proporcionalidade, já que “*gozam de presunção de legalidade e de fidelidade e refletem a movimentação dos diversos tipos de mercadorias e operações*”.

Asseverou que, com o declarado propósito de “*agregar mais elementos de convicção ao julgador*”, postulava a juntada de notas fiscais de aquisição de mercadorias sujeitas à substituição tributária, referentes aos meses autuados, afastando, assim, a “*argumentação da JJF de que nem mesmo uma amostragem teria sido feita*”.

Concluiu, requerendo que fosse julgado nulo o Auto de Infração, por força das preliminares, ou procedente em parte, ficando a condenação limitada ao valor de R\$1.323,00 (mil, trezentos e vinte e três reais).

Remetidos os autos à PGE/PROFIS, foi lavrado o Parecer de fls. 1251 a 1256, sugerindo que os autos fossem baixados em diligência, objetivando se apurar os dados para, se fosse o caso, aplicar-se a proporcionalidade, refazendo-se o demonstrativo de débito.

Analizado o processo em pauta suplementar da sessão de 08/03/2010, esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, após exame das peças que constituem o feito, considerando ser a atividade comercial predominante do contribuinte a comercialização de calçados e, ainda, que os elementos constantes do PAF são suficientes para o seu julgamento, deliberou, por unanimidade, a desnecessidade da realização da diligência, retornando o PAF à PGE/PROFIS, visando à emissão de Parecer conclusivo.

Assim, a ilustre representante da Procuradoria, em seu Parecer de fls. 1260/1261, opinou pelo Provimento do Recurso Voluntário, por entender que, embora indeferida a realização da diligência solicitada, aquela realizada pela ASTEC era válida, ainda que não acatada pela 1ª Instância, sob o argumento de que o autuado não teria apresentado os documentos solicitados, posto que utilizara os dados obtidos em documentos do próprio fisco, de informações reais fornecidas pela empresa, em relação à qualidade das operações que realizava e ao quanto de ICMS pago por essas operações que estão ao regime de substituição tributária, acatando, portanto, a conclusão da diligência de fls. 963/964, do que resultava o valor de ICMS, a ser cobrado no Auto de Infração, de R\$1.323,30.

VOTO

Analizado o presente PAF, verifico que o Recurso Voluntário hostiliza a Decisão de piso, a qual julgou procedente o Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS decorrente da presunção legal de ocorrência de operações de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito/débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, conforme prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542/02, ressalvado ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

De plano, apreciando o pedido de nulidade da Decisão de 1º grau, por supressão de instância, sob a alegação de não ter a JJF enfrentado a questão prejudicial posta no item 3 da peça defensiva, referente à inaplicabilidade do roteiro de apuração, entendo não assistir razão ao recorrente, na medida em que, como se constata às fls. 1041 do PAF, e 7 do Acórdão 0003-01/09 a IIE se manifestou nos seguintes termos: “*As decisões desse CONSEF, trazem a nulidade por inadequação do procedimento, em razão dos contrários à legislação federal*”.

Created with

decisões realizarem operações apenas com mercadorias isentas e não mais tributadas, não foram demonstrados no presente processo.”

Outrossim, necessário destacar que, no caso concreto, é impertinente a preliminar de nulidade sob a alegação de inadequação do roteiro de fiscalização, visto que o próprio recorrente admite não trabalhar exclusivamente com mercadorias com a fase de tributação encerrada, cabendo a exigência do ICMS, por presunção proporcional, às mercadorias submetidas ao regime normal de tributação, consoante entendimento atual deste Conselho de Fazenda.

Meritoriamente, a irresignação asseverou ser a autuação procedente em parte, sustentando que, por falta de condições materiais, acatava o resultado da diligência realizada pela ASTEC, conforme Parecer 141/2008, fls. 962 a 966, o qual concluiu pela redução do lançamento, aplicando-se a proporcionalidade das operações de saídas, obtida através das DMAs do sujeito passivo, informadas pelo INC- Informações do Contribuinte, documentos produzidos pelo próprio Fisco.

Do estudo minucioso do presente PAF, após análise das peças e documentos constantes da proceduralidade, principalmente do Parecer da ASTEC, onde se encontra bem delineado o fulcro da questão e, apesar de o contribuinte não ter apresentado os documentos fiscais à diligente, as reduções “Z” anexadas com a peça defensiva (fls. 39 a 122) confirmam ser os percentuais de mercadorias tributadas comercializadas pelo autuado compatíveis com aquele outros apurados na diligência, através das DMAs.

Nesse contexto, sobejam motivos para comungar do entendimento emanado pela PGE/PROFIS (Opinativo de fls. 1260/1261), restando incontestavelmente demonstrado o fato de que a proporcionalidade das operações autuadas, em consonância com a Instrução Normativa nº 56/07, resulta na imputação ao contribuinte de ICMS devido no valor de R\$1.323,30.

De todo o exposto, evitando delongas desnecessárias, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida, adequando a exigência fiscal proporcionalmente às saídas de mercadorias tributadas no período, reduzindo o lançamento fiscal para o valor total de R\$1.323,30, conforme demonstrativos de fls. 965/966.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206903.0050/06-3, lavrado contra **GRAT'S COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA. (GRAT'S CALÇADOS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.323,30**, 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, 10 de agosto de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ABUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS