


1000371-686129/10


	<b>GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO</b> <b>SECRETARIA DA FAZENDA</b> <b>DELEGACIA TRIBUTÁRIA DE JULGAMENTO DE SÃO PAULO</b> <b>UNIDADE DE JULGAMENTO DE GUARULHOS</b>			Folha nº 1111 JR
	<i>Laura Aparecida Rodrigues de Souza</i> <i>Julgador Tributário</i> <i>RG. 8.676.904-2</i>			
<b>Do</b>	<b>Número</b>	<b>Ano</b>	<b>AIIM</b>	<b>Rubrica</b>
Processo	1000371-686129	2010	3.139.273-8	
<b>Partes</b>	J F TAVARES CONFECÇÕES – ME. ✓ Secretaria da Fazenda			
<b>Julgador</b>	Laura Aparecida Rodrigues de Souza			
<b>Valor de Face</b>	39.737,924 UFESPs ✓	<b>Apartado</b>	Não (X) Sim ( )	
<b>-ICMS- Falta de pagamento do imposto, apurado por meio de levantamento fiscal, com base em informações fornecidas pelas empresas administradoras de cartões de crédito e/ou débito. PROCEDENTE. ✓</b>				

### RELATÓRIO



1. ✓ Em 22/09/2010, o Contribuinte acima qualificado foi autuado por ter cometido a(s) seguinte(s) infração(ões):

1.1- Deixou de pagar o ICMS no montante de R\$ 278.414,00 (Duzentos e setenta e oito mil, quatrocentos e quatorze reais), nos períodos de apuração das competências de Janeiro a Dezembro de 2009, valor este apurado por meio de levantamento fiscal realizado com fundamento no artigo 509 do RICMS/2000 (aprovado pelo Decreto nº 45.490/00), conforme DEMONSTRATIVOS constantes nos Anexos A, II-A, III-A e V-A. O movimento real tributável, foi apurado com base nas informações fornecidas pelas empresas administradoras de cartões de crédito e/ou débito, de acordo com disposto no inciso X do artigo 75 da Lei 6374/89 (acrescentando pelo artigo 2º da Lei nº 12.294/06), no inciso X do artigo 494 do RICMS/00 e na Portaria CAT-87/2006. A apuração das diferenças mensais de levantamento foi feita conforme descrito no Relatório Circunstanciado em anexo, e, sobre estes valores, foi calculado o ICMS à alíquota de 18% (dezoito por cento).


2. ✓ Notificação em 22.09.2010, (fls.02 e 04), através de Joseilton Figueiredo Tavares, que figura como titular ou sócio da empresa, apresentou defesa de fls. 57 a 80, onde identifica-se, 117 a 126, onde identifica-se, e em tópico DOS FATOS, informa ter como atividade a industrialização e comércio de confecções de roupas em geral, sujeita ao recolhimento do ICMS, por ocasião da saída de mercadorias, fundamentando-se na Constituição Federal, na LC 87/96, na Lei 6374/89 e no RICMS/00. Menciona o princípio da não- cumulatividade, o direito ao crédito, tendo ocorrido que apenas com base em informações fornecidas por empresas administradoras de cartões de crédito e débito, ou seja, através de prova emprestada, o agente autuante lavrou auto de infração para exigência do tributo, levando em consideração tão somente no arbitramento do eventual tributo ICMS não declarado e recolhido valores obtidos através do encontro dos valores integrais correspondentes ao faturamento de venda (obtido através de prova emprestada), assim como o encontro de créditos de ICMS decorrente das operações de vendas contabilizadas e declaradas, não considerando para o arbitramento do imposto devido os créditos de ICMS decorrentes das compras efetuadas pela Impugnante. (provas materiais), apesar de ter sob seu poder os livros fiscais com os lançamentos das compras realizadas de empresas fornecedoras da Impugnante, bem como as notas fiscais de compra apresentadas parcialmente apresentadas, pois, infelizmente, houve extravio de algumas

	<b>GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO</b> <b>SECRETARIA DA FAZENDA</b> <b>DELEGACIA TRIBUTÁRIA DE JULGAMENTO DE SÃO PAULO</b> <b>UNIDADE DE JULGAMENTO DE GUARULHOS</b>			Folha nº 145 JR
	Diretoria de Julgamento Tributário Julgador Tributário RG. 8.676.904-2			
<b>Do</b>	<b>Número</b>	<b>Ano</b>	<b>AIM</b>	<b>Rubrica</b>
Processo	1000371-686129	2010	3.139.273-8	

delas em virtude de roubo havido na residência do sócio da Impugnante (doc. probatório apresentado à fiscalização oportunamente). Transcreve a acusação, acrescentando que as acusações fiscais não possuem condições de subsistir, vez que eivadas de nulidades e sustentadas em premissas absolutamente equivocadas por parte da fiscalização. EM PRELIMINARES, tópico DA NULIDADE DO LANÇAMENTO, repete as informações anteriores, relativas à provas consideradas emprestadas, a não consideração relativa ao crédito tomado e extravio de notas fiscais em virtude de roubo havido na residência do sócio, que foi previamente relatado e provado ao agente Autuante. Conclui que somente pode ser exigido o tributo ICMS, caso atendidos os preceitos legais e constitucionais da não-cumulatividade do imposto, sendo nulo o ato de imposição da exigência e conseqüente multa incidente, reportando-se e transcrevendo a doutrina, informando que o guerreado Auto de Infração é nulo de pleno direito, eivando inclusive de vício por descumprimento de ordem constitucional, eivando inclusive de vício por descumprimento de ordem constitucional, cujo procedimento de apuração é de supremo rigor ser atendido para fins de aferição do tributo em questão, assim como os reflexos encargos moratórios à título de juros e multa. Em tópico, DA IMPOSSIBILIDADE DE GLOSA DE CRÉDITOS DE ICMS DECORRENTES DAS OPERAÇÕES DE COMPRAS, assevera que a presunção da fiscalização está eivada de nulidade, pois não levou em conta elementos concretos disponíveis para aferir a verdade material relativa ao ICMS devido nas operações mercantis realizadas pela Impugnante, com repetição a menção de créditos cobrados em operações anteriores, com respeito ao princípio da não-cumulatividade. Não podendo a fiscalização glosar tais créditos, reportando-se ao art. 155 da CF, que transcreve, bem como jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, acrescentando estar demonstrada a impossibilidade à infração ao princípio da não-cumulatividade e da segurança jurídica previstos na Constituição Federal, os quais, evidentemente foram desrespeitados no Auto de Infração em debate ao não considerar os créditos de ICMS decorrentes das operações de compra realizadas pela Impugnante. Em tópico, IMPOSSIBILIDADE DE AUTUAÇÃO COM BASE SOMENTE NA PROVA EMPRESTADA PELAS ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES EM DETRIMENTO DAS OPERAÇÕES DE VENDAS, menciona que a exigência de tributos, assim como a imposição de penalidades, por força do princípio da legalidade, depende da ocorrência concreta, no mundo dos fatos, de eventos (fatos ou situações) que se subsumam integralmente às respectivas hipóteses de incidência- de tributos e de infrações- descritas pelas normas jurídicas. Daí porque se impõe a averiguação exaustiva e imparcial desses eventos, para a verificação de sua efetiva subsunção à descrição normativa correspondente, sendo vedada a atuação por meio apenas da apreciação subjetiva no exercício de fiscalização (verificação do cumprimento das obrigações tributárias e/ou aplicação de penalidades por seu descumprimento), concluindo pela subordinação do processo administrativo tributário ao princípio da tipicidade cerrada e da verdade material, reportando-se ao princípio da verdade real ou material, e sublinha como corolário a irrestrita aplicação dos princípios constitucionais da motivação legal e fática e da ampla defesa e do contraditório, reportando-se à Constituição Federal, mencionando a utilização de provas emprestadas obtidas para presumir que o faturamento por si só é base para se ter como rendimentos omitidos pela Impugnante, mesmo nos casos de existência de demais provas materiais para apuração real do *quantum debeatur*, lavrando o presente auto de infração

	<b>GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO</b> <b>SECRETARIA DA FAZENDA</b> <b>DELEGACIA TRIBUTÁRIA DE JULGAMENTO DE SÃO PAULO</b> <b>UNIDADE DE JULGAMENTO DE GUARULHOS</b>			Folha nº 126
				
<b>Do</b>	<b>Número</b>	<b>Ano</b>	<b>AIIM</b>	<b>Rubrica</b>
Processo	1000371-686129	2010	3.139.273-8	<i>base acrescida de tributos de São Paulo</i> <i>Julgador Tributário</i> <i>1000371-686.904-2</i>

especialmente a partir de meras provas emprestadas. Transcreve Geraldo Ataliba, bem como a jurisprudência do Conselho de Contribuintes, com transcrição de ementa, com a conclusão que além da flagrante nulidade do auto de infração apontada, que não é passível de ser revista, posto que não se trata de ato anulável por ser um ato nulo de pleno direito, propondo que seja visto questões que envolvem o procedimento de apuração do ICMS que tem sido muito debatido no Poder Judiciário, o qual se posiciona quanto à ilegalidade e inconstitucionalidade do procedimento adotado pelo ente fiscalista. Em tópico, DA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO ICMS, expõe que a autuação é ilíquida e incerta, pois além do ato insanável, este tomou por base de cálculo a inclusão do próprio valor do imposto em obediência ao artigo 33 da Lei Estadual nº 6374/89, que transcreve, e que a definição da base de cálculo acrescida do valor do imposto corresponde a uma bi-tributação, já que a alíquota incide sobre o próprio valor do imposto e não apenas em sua base de cálculo, e que assim, a Impugnante pagará duas vezes pelo mesmo tributo; e que assim, dois tributos pela ocorrência de um único fato gerador, que atinge frontalmente a capacidade contributiva de todo e qualquer contribuinte do ICMS, no caso concreto, a Impugnante. Que a base de cálculo, deve ter exata relação com o fato gerador, vez que sobre esta é que incidirá a alíquota do imposto, o que não ocorreu no presente caso. Que um tributo para existir e para ser cobrado, depende, se não for de competência residual da União, de expressa previsão constitucional para fazê-lo e, ao instituir tributo, o faz determinando a sua existência e competência conforme o seu fato gerador, que não inclui a cobrança de tributo, mas sim a circulação de mercadoria no caso do tributo ICMS. Que assim, o cálculo do ICMS na forma exposta não respeita mais uma vez o princípio da não-cumulatividade, pois se mesmo descontado do valor do imposto a ser pago na operação seguinte, que foi pago na operação anterior, inclui-se o valor correspondente à base de cálculo do imposto da próxima operação, tem-se que o princípio da não-cumulatividade não está sendo respeitada, mas sim transversalmente burlada. Que da simples análise do que até o momento foi exposto, tem-se, portanto, que não há no ICMS, devido à necessária obediência ao princípio da não-cumulatividade, oportunidade para a incidência de imposto sobre imposto, por transparecer cristalinamente a ilegalidade e inconstitucionalidade de tal procedimento. Que no que se refere à questão de que encargo financeiro do tributo ICMS teria sido assumido pelo consumidor, tal argumentação também não fundamentaria o procedimento de apuração da base de cálculo do tributo ICMS, pois o consumidor não é o responsável tributário, mas sim o industrial varejista e atacadista que não transferem ao consumidor o tributo, haja vista que o produto final de uma empresa, absorve todos os seus custos, incluindo tributos, encargos trabalhistas e lucros. Em tópico, DO DISPOSTO NO ARTIGO 3º DO DECRETO-LEI Nº 406/68, que transcreve, acrescentando que em face da contrariedade, o contribuinte pagará duas vezes pelo mesmo tributo; assim, dois tributos pela ocorrência de um único fato gerador, pois na forma pretendida pela fiscalização, à base de cálculo do imposto resta acrescido o valor do próprio imposto, atingindo frontalmente a capacidade contributiva de todos e qualquer contribuinte do ICMS, no caso concreto, a Impugnante, e que a definição da base de cálculo acrescida do valor do imposto corresponde a uma bi-tributação, já que a alíquota incide sobre o próprio valor do imposto e não apenas em sua base de cálculo, que deve ter exata relação com o fato gerador, uma vez que sobre esta é que incidirá a alíquota do imposto, o que não ocorreu no presente caso, com transcrição de recurso especial, e que assim o cálculo do ICMS na forma


	<b>GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO</b> <b>SECRETARIA DA FAZENDA</b> <b>DELEGACIA TRIBUTÁRIA DE JULGAMENTO DE SÃO PAULO</b> <b>UNIDADE DE JULGAMENTO DE GUARULHOS</b>			Folha nº 127
				<i>de</i>
<b>Do</b>	<b>Número</b>	<b>Ano</b>	<b>AIIIM</b>	<b>Rubrica</b>
Processo	1000371-686129	2010	3.139.273-8	

considerada legal pelo agente Autuante, não respeita o princípio da não-cumulatividade, preconizado no artigo 3º do Decreto-Lei nº 406/68, pois se mesmo descontado do valor do imposto a ser pago na operação seguinte, que foi pago na operação anterior, incluindo-se o valor correspondente à base de cálculo do imposto da próxima operação, tem-se que tal princípio resta totalmente burlado. Em tópico, DA AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 155, II E 34, § 9º DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, divaga sobre a circulação de mercadorias, menciona José Souto Maior Borges, e que na hipótese do tributo ICMS não há como agastar a premissa de que a base de cálculo do imposto possui todos os seus contornos lastreados nos valores das operações, ou seja, das mercadorias que se encontram no processo circulatório econômico e não sobre o valor do próprio imposto, divagando sobre a base de cálculo do ICMS, com transcrição do artigo 34, § 9º das Disposições Transitórias, da Constituição Federal, não havendo previsão constitucional autorizadora ao legislador infra-constitucional para agregar-se ao valor da operação mercantil o valor do imposto sobre ela incidente. Aborda o que considera inconstitucionalidade do artigo 33 da Lei 6374/89 que determinou a inclusão do imposto em sua própria base de cálculo, lei esta na qual se baseou o agente Autuante ao lavrar o auto de infração. Transcreve acórdão proferido pelo Tribunal nos autos do Recurso de Apelação 408.124, acrescentando ter cristalidamente demonstrado a inconstitucionalidade do artigo 33 da Lei 6374/89. Ao final, conclui que de todo o exposto, tem-se cristalidamente demonstrada a nulidade do auto de infração em virtude da desconsideração das legítimas operações mercantis de compra da Impugnante para apuração dos créditos de ICMS, principalmente porque relativas a créditos cobrados em operações anteriores, em respeito ao princípio da não-cumulatividade, não podendo a fiscalização do Estado de São Paulo glosar tais créditos, isso porque além de não ser competente para tanto, se trata de tributo devido ao Estado de origem, viola flagrantemente o artigo 155, § 2º, I da Constituição Federal, bem como diante do procedimento de apuração da base de cálculo do tributo, pois incluso em sua própria base de cálculo. Requer, anulação do lançamento e a imposição de multa, haja vista somente a utilização de prova emprestada pelas empresas administradoras de cartões de crédito e/ou débito para a apuração do ICMS com base no faturamento das vendas em detrimento da consideração das legítimas operações mercantis de compra da Impugnante para apuração dos créditos do ICMS a serem confrontados com os débitos do mesmo tributo, principalmente porque relativas a créditos cobrados em operações anteriores, em respeito ao princípio da não-cumulatividade; e ainda que seja anulado o lançamento e a imposição da multa também diante do procedimento de apuração da base de cálculo do tributo, pois incluso o tributo em sua própria base de cálculo. Protesta pela juntada dos documentos fiscais que se encontram sob o poder do agente Autuante, bem como de novos documentos, realização de perícia nos livros fiscais da Impugnante e por oportuna sustentação oral.

3. ✓ Consta manifestação fiscal às fls.139 a 141.



Esse é o relatório.

DECISÃO

	<b>GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO</b> <b>SECRETARIA DA FAZENDA</b> <b>DELEGACIA TRIBUTÁRIA DE JULGAMENTO DE SÃO PAULO</b> <b>UNIDADE DE JULGAMENTO DE GUARULHOS</b>			Folha nº 418
				<i>RG. 8.027.04-2</i>
<b>Do</b>	<b>Número</b>	<b>Ano</b>	<b>AIIM</b>	<b>Rubrica</b>
Processo	1000371-686129	2010	3.139.273-8	

4. / A análise dos autos nos mostra uma acusação nos seguintes termos: "Deixou de pagar o ICMS no montante de R\$ 278.414,00 (Duzentos e setenta e oito mil, quatrocentos e quatorze reais), nos períodos de apuração das competências de Janeiro a Dezembro de 2009, valor este apurado por meio de levantamento fiscal realizado com fundamento no artigo 509 do RICMS/2000 (aprovado pelo Decreto nº 45.490/00), conforme DEMONSTRATIVOS constantes nos Anexos A, II-A, III-A e V-A. O movimento real tributável, foi apurado com base nas informações fornecidas pelas empresas administradoras de cartões de crédito e/ou débito, de acordo com disposto no inciso X do artigo 75 da Lei 6374/89 (acrescentando pelo artigo 2º da Lei nº 12.294/06), no inciso X do artigo 494 do RICMS/00 e na Portaria CAT-87/2006. A apuração das diferenças mensais de levantamento foi feita conforme descrito no Relatório Circunstanciado em anexo, e, sobre estes valores, foi calculado o ICMS à alíquota de 18% (dezoito por cento)". (g.n.). Nota-se a repetição por parte do representante da Autuada, no sentido da tomada do crédito, seja como sendo um direito a tomada desse crédito (fls.58); seja como glosa (fls.62), todavia o crédito não foi, e nem será negado, pois é um direito do Contribuinte, devendo a tomada desse crédito se dar de acordo com o tempo e a possibilidades previstos na legislação correspondente. A distorção que ocorreu, quem deu causa foi o Contribuinte, pois houve a movimentação informada pelas empresas de cartão de débito e /ou crédito, sem que houvesse as correspondentes notas fiscais de SAÍDA. As distorções materiais, contábeis, financeiras e tributárias ocorreram por conta da não emissão, ou da emissão distorcida em termos de valores em relação aos valores recebidos. Repetiu várias vezes sobre seu direito de crédito, que como dito acima, não foi negado, e não esclareceu e nem provou em relação aos valores informados, quais podem corresponder a transação cancelada; transação envolvendo outro tipo de recebimento que não oriundo de sua atividade descrita no "campo 16- Confeccão de peças do vestuário, exceto roupas íntimas e as confeccionadas sob medida" do AIIM de fls.02; ou ainda notas fiscais correspondentes a essa movimentação financeira. O princípio da não-cumulatividade que a Autuada entende que o Fisco não respeitou, foi ferido pela própria Autuada, pois podendo tomar os créditos que a legislação prevê, não compensou esses valores na emissão de notas fiscais de saídas, conforme se observa em função dos documentos de faturamento trazidos. Em vários momentos refere-se a esses documentos como prova emprestada, (item 5 fls.58; item 6 de fls.59; item 9 fls.60; tópico de fls.65; item 25 de fls.66 e 67); o que nos leva a interrogar se essa chamada prova emprestada pode ser invalidada por não serem dados ou movimento financeiro do Contribuinte Autuado? Se não for do Contribuinte, deixou de utilizar eficazmente sua defesa em 1ª Instância, pois era a primeira chance de mostrar o que não corresponde à sua empresa. Se a autuada considera essa apreciação como subjetiva, (item 20 de fls.65), o que seria objetiva? Cabe à empresa explicar distorções na saída; juntar as notas fiscais de saída ou provar que os valores trazidos não lhe dizem respeito, não podendo transferir essa atividade a terceiros, ou seja, nem ao Fisco e nem ao Órgão Julgador. Consta ainda apresentação parcial de notas fiscais de entrada, em função de extravio por roubo havido na residência do sócio (item 6 fls.59; item 9 de fls.60), o que nos leva a questionar o que essas notas fiscais faziam fora da empresa? E se havia a u t o r i z a ç ã o p a r a i s s o ?

5. / No tópico 24 de fls.66, constam informações que dão a entender o

	<b>GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO</b> <b>SECRETARIA DA FAZENDA</b> <b>DELEGACIA TRIBUTÁRIA DE JULGAMENTO DE SÃO PAULO</b> <b>UNIDADE DE JULGAMENTO DE GUARULHOS</b>			Folha nº 149
				
<b>Do</b>	<b>Número</b>	<b>Ano</b>	<b>AIIM</b>	<b>Rubrica</b>
Processo	1000371-686129	2010	3.139.273-8	

cerceamento de defesa, ou a impossibilidade no contraditório, entretanto esses direitos não lhe foram negados, à medida que todos os documentos lhe foram entregues, e lhe foi possibilitado a informação que invalidasse a autuação, mas essa invalidação não ocorreu, ficando a defesa a apresentar argumentos como se a Fiscalização lhe tivesse negado direitos, que nesse caso, não é verdade, cabendo esclarecimentos ou provas sobre as transações financeiras trazidas, pois essas transações mostram ao menos em primeiro plano um movimento financeiro em saídas, maior ao que efetivamente foi registrado. A partir do tópico 29 de fls.68, a Autuada divaga sobre a base de cálculo do tributo ICMS, culminando no tópico 35 de fls.69, que leva a considerar o artigo 33 da Lei 6374/89, ilegal e inconstitucional, informação ratificada no item 51 de fls.74, e no item 53 de fls.78. Se o artigo 33 está contido na Lei 6374/89, não há que se falar em ilegalidade, e quanto a inconstitucionalidade, deixamos de nos pronunciar por tratar-se de competência do STF. Acrescentamos ainda, que a autuação como foi elaborada, carece a Autuada de conceder muitas explicações e esclarecimentos sobre a divergência nas saídas, com valores fundamentos em provas, ainda que ela considere essas provas emprestadas. No tópico 38 de fls.70, ao discutir o disposto no artigo 3º do Decreto Lei 406/68, informa: "...pois a forma pretendida pela Fiscalização, à base de cálculo do imposto resta acrescido o valor do próprio imposto, atingindo frontalmente a capacidade contributiva de todo e qualquer contribuinte do ICMS, no caso concreto, a Impugnante". Primeiramente entendemos que o Fisco apenas respeitou a legislação, cobrando aquilo que a lei prevê, e da forma como a lei prevê, e se essa lei merece correções, ou se mostra imperfeita, estará tratando de inconstitucionalidade, que não é nossa competência, como foi dito anteriormente. A forma feita, SMJ, esta de acordo com as previsões fazendárias.

6. Por tudo que dos autos consta, julgo PROCEDENTE o auto lavrado, por infração ao disposto nos artigos 58 e 87, do RICMS/00, aprovado pelo Decreto 45.490/00, e RATIFICO a multa no valor de R\$ 284.895,00 (Duzentos e oitenta e quatro mil, oitocentos e noventa e cinco reais), com base no artigo 527, Inc. I, alínea "a", c/c §§ 1º e 10, do RICMS (Dec. 45.490/00), sem prejuízo do recolhimento do imposto no valor original de R\$ 278.414,00 (Duzentos e setenta e oito mil, quatrocentos e quatorze reais), e demais agravantes daí decorrentes.

7. Ressalte-se que desta decisão poderá o autuado interpor RECURSO ORDINÁRIO ao E. Tribunal de Impostos e Taxas, nos termos do artigo 112, do Decreto n.º 54.486, de 26 de Junho de 2009.

8. Guarulhos, 14 de Janeiro de 2011.

LAURA AP. RODRIGUES DE SOUZA.  
 Julgador Tributário da UJPD-13/DTJ-1

Encaminhe-se

Guarulhos, 14 de Janeiro de 2011.