

A. I. N º - 206925.0057/04-0
AUTUADO - SUPERLENTE COMÉRCIO DE LENTES E ÓCULOS LTDA.
AUTUANTE - JOÃO CARLOS RIBEIRO FILHO
ORIGEM - INFAC BONOCÔ
INTERNET - 21/12/2004

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0504-01/04

EMENTA. ICMS. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. VENDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de vendas 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 vendas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Refeitos os cálculos, reduzindo o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Rejeitada a preliminar argüida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/09/2004, imputa ao autuado a infração de ter omitido saídas de mercadorias tributadas, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, relativo ao período de janeiro a setembro de 2003, exigindo ICMS no valor de R\$ 32.407,70.

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 11 a 22), na qual afirmou que o estabelecimento fiscalizado está desonerado de pagamento do ICMS com base nos arts. 353 e 356 do RICMS/97, os quais transcreveu, salvo se comprovada a entrada de mercadoria no estabelecimento sem o pagamento do imposto. Salientou que, apesar de intimado para a apresentação de livros e documentos fiscais, os mesmos não foram retirados pelo autuante e que é filial, recebendo mercadoria em transferência da matriz, a qual recolhe o ICMS por antecipação dos produtos óticos que adquire em outros Estados.

Alegou que a autuação não observou a realidade fática das operações mercantis realizadas pelo autuado, pois realizado em desacordo com o previsto no art. 8º da Lei n° 7.014/96, não estando sujeita à tributação a suposta omissão de saída levantada, já que está exigindo imposto já pago que, se prevalecer, vai se configurar em bi-tributação. Disse que, ao afirmar na descrição dos fatos que a mercadoria é tributada, ficou clara a ausência de causa de ação da imputação e que não foi juntado ao processo o documento que comprova os valores informados pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito.

No mérito, aduziu que o Auto de Infração manifesta flagrante impropriedade ao exigir pagamento de quantia indevida e questionou a tipificação da suposta infração por inadequação e pela não comprovação da infringência por parte do imputado. Afirmou que a presunção foi elidida pelo fato de comercializar com mercadorias com o imposto pago antecipadamente, conforme o livro Registro de Entradas, do qual anexou cópia, e disse que as diferenças apuradas não refletem a realidade das vendas efetuadas no período fiscalizado, elaborando demonstrativo das vendas no exercício no valor total de R\$ 1.733.631,17, sendo R\$ 1.316.808,13 relativo a vendas

com cupom fiscal de mercadorias com tributação antecipada, R\$ 377.570,79 relativo a vendas com cupom fiscal de mercadorias com imposto a pagar, R\$ 7.624,00 relativo a vendas com nota fiscal de mercadorias com tributação antecipada, R\$ 5.856,50 relativo a vendas com nota fiscal de mercadorias com imposto a pagar, e R\$ 25.771,75 relativo a vendas de serviços.

Alegou que a totalidade das vendas em todos os meses do período fiscalizado supera em muito as vendas informadas pelas administradoras de cartão de crédito e que o levantamento fiscal apresenta diferenças para mais e para menos nos meses em que foi efetuado, em face da mercadoria vendida – óculos – ocorrer por encomenda, por ser produzida mediante receituário médico, prestável exclusivamente à pessoa indicada na receita, ocorrendo a emissão do comprovante de pagamento pelo cartão em um mês e a emissão do documento fiscal no mês seguinte.

Afirmou que, em situação idêntica, o fisco estadual em Feira de Santana optou pela cobrança de multa fixa, sendo esta considerada indevida em decisão de mérito do CONSEF – Acórdão JJF 0393-01/04. Requeru que o Auto de Infração seja julgado nulo ou, se vencida a preliminar, improcedente.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 158 a 164), afirmou que o autuado comercializa também mercadorias tributadas normalmente, bastando ser examinado o livro Registro de Apuração que o autuado anexou ao processo (fls. 126 a 138), além da constatação do recolhimento mensal de ICMS sob o código de receita 0759 – ICMS REGIME NORMAL COMÉRCIO, e que o fato do autuado transacionar com grande volume de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária não significa que o ICMS incidente nas suas operações foi efetivamente recolhido aos cofres públicos.

Disse que o significado da palavra “presunção” indica dedução, conclusão, consequência, que se extrai de um determinado fato conhecido, para admitir como certa, verdadeira e provada a existência de um fato desconhecido ou duvidoso, não tendo o autuado comprovado absolutamente nada que torne improcedente a presunção.

Alegou que não tem relevância a informação de que os livros e documentos fiscais não foram retirados, pois os dados necessários ao levantamento fiscal foram analisados “in loco” e na repartição fazendária, mediante arrecadação dos documentos, e que a descrição da infração “omissão de saída de mercadoria tributada” é padrão do SEAI, não sendo passível de alteração, sendo o termo “mercadoria tributável”, sem dúvida, mais adequado.

Assegurou que o documento comprobatório dos valores informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de créditos está presente no processo (fl. 06) e que os valores estão informados na planilha (fl. 05). Asseverou que a defesa apresentou flagrante contradição quando afirmou que apenas comercializa mercadorias com o imposto pago antecipadamente e elaborou demonstrativo de vendas constando os itens “VENDAS C/ CUPOM FISCAL IMPOSTO A PAGAR” e “VENDAS C/ NF ICMS A PAGAR” nos valores anuais de, respectivamente, R\$ 377.570,79 e R\$ 5.856,50 (fls. 19 e 30), confirmada pela farta documentação anexada pela própria defesa, composta de cópias dos livros REM, RSM e RAICMS (fl. 31 e seguintes). Consignou que o referido demonstrativo não serve para nada, pois as vendas são discriminadas quanto ao tipo de documento fiscal emitido e a natureza da operação, não quanto à forma de pagamento utilizada.

Concluiu que o argumento da defesa de que a mercadoria vendida – óculos – ocorre por encomenda, sendo o pagamento antecipado e a emissão do documento fiscal efetuado no momento da entrega da mercadoria ao cliente, em mês subsequente, não justifica as diferenças apuradas pelo levantamento fiscal, pois o prazo médio de entrega não ultrapassa sete dias e o que é fabricado por encomenda são somente as lentes dos óculos. Argumentou que, se o raciocínio da

defesa fosse correto, ocorreria uma alternância de meses em que a diferença se apresentaria, sendo que, na média, os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito seriam sempre iguais aos informados pelo estabelecimento. Informou que a defesa não apresentou sequer um comprovante de venda por meio de cartão de crédito para corroborar as suas alegações acima, e que, além disso, a legislação tributária estadual não autoriza o procedimento adotado pelo autuado, devendo a emissão do comprovante de pagamento por meio de cartão de crédito ou de débito e do respectivo documento fiscal serem efetuados concomitantemente, conforme o art. 824-E, §3º do RICMS/97.

Afirmou que a situação objeto da lide que teve decisão proferida através do Acórdão JJF 0393-01/04 não guarda nenhuma similitude com a atual, se referindo a multa de caráter formal por falta de emissão de documento fiscal, configurando uma obrigação acessória, enquanto a presente autuação se refere à omissão de saída de mercadoria tributável, o que configura uma obrigação principal. Requeru a procedência integral do Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração exige ICMS do autuado por ter omitido saídas de mercadorias tributadas, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito.

O autuado requereu a nulidade da autuação sob a alegação de ausência de causa de ação da imputação, devido ao Auto de Infração, no campo “descrição dos fatos”, se referir a omissão de saída de mercadoria tributada, entendendo que estaria sendo cobrada uma omissão de uma mercadoria já tributada anteriormente, o que configuraria bi-tributação.

Entendo que o autuado está equivocado, pois o dispositivo quer dizer que a mercadoria omitida objeto da presunção seria passível de tributação, até porque se trata de uma presunção legal, não se conhecendo qual seria a mercadoria omitida. Desta forma, entendo que tal alegação não pode prosperar, já que não houve desrespeito às normas contidas no art. 18 do RPAF/99.

A omissão de saídas cobrada decorre da presunção de que o autuado efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão do art. 2º, §3º, VI do RICMS/97, *in verbis*:

“§3º Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:

.....
VI - valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito;”

O autuado alegou, em sua peça defensiva, que transaciona somente com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e, portanto, já tributadas anteriormente. Constatou que o autuado também comercializa com mercadorias tributadas normalmente, conforme o seu livro Registro de Apuração anexado ao processo e o demonstrativo de vendas que elaborou constando os itens “VENDAS C/ CUPOM FISCAL IMPOSTO A PAGAR” e “VENDAS C/ NF ICMS A PAGAR” nos valores respectivos anuais de R\$ 377.570,79 e R\$ 5.856,50.

O autuado alegou também que o documento comprobatório dos valores informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de créditos não teria sido anexado ao

processo. Informo que esta informação é repassada para a SEFAZ/BA via meio magnético e demonstrada através de extrato do sistema de Informações do Contribuinte – INC, o qual foi anexado ao Auto de Infração.

Entendo também que não tem relevância a informação referente aos livros e documentos fiscais terem sido ou não retirados, já que os dados necessários ao levantamento fiscal foram anexados ao Auto de Infração.

Quanto ao argumento de que as vendas das mercadorias – óculos – ocorrem por encomenda, sendo o pagamento antecipado e a emissão do documento fiscal efetuado no momento da entrega da mercadoria ao cliente, em mês subsequente, entendo que esta alegação não justifica as diferenças apuradas pelo levantamento fiscal, pois se assim fosse, a diferença não se apresentaria em meses seguidos como registrado na presente autuação. Além disso, a legislação tributária estadual não autoriza o procedimento adotado pelo autuado, devendo as emissões do comprovante de pagamento por meio de cartão de crédito ou de débito e do respectivo documento fiscal serem efetuadas concomitantemente, conforme o art. 824-E, §3º do RICMS/97.

Em relação ao Acórdão JJF 0393-01/04, verifico que o mesmo se refere a multa de caráter formal por ter sido o contribuinte flagrado realizando vendas sem a emissão de documento fiscal, enquanto a presente autuação se refere à omissão de saída de mercadoria tributável.

O autuado alega que efetua prestação de serviços e vendas com emissão de nota fiscal. Quanto à prestação de serviços, não foi anexada aos autos nenhuma prova de tal alegação e, principalmente, que tivesse sido paga mediante cartão de crédito e/ou débito. Contudo, foi anexada cópia do seu livro Registro de Saídas ao processo, onde verifico que o autuado também efetua vendas com a emissão de notas fiscais de venda a consumidor, modelo D-1, as quais deveriam ter sido também consideradas nos levantamentos.

Assim, a simples confrontação das vendas efetuadas mediante emissão de cupom fiscal com as informações fornecidas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartões de crédito, sem atentar para as vendas realizadas através de notas fiscais, não tem o condão de presumir a existência de omissão de saída de mercadorias, como dispõe o art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96.

Como não há indicação do meio de pagamento utilizado nas vendas onde foram emitidas as referidas notas fiscais de venda a consumidor, modelo D-1, entendo que os seus valores devem ser abatidos da base de cálculo da presunção legal, tendo em vista que a apuração realizada desta forma é mais benéfica para o autuado. Assim, elaborei o demonstrativo a seguir, abatendo os valores relativos às notas fiscais de venda a consumidor da base de cálculo:

Mês	Venda com Cartão Informado pelas Administradoras	Venda com Cartão Constante nas Reduções Z	Vendas Efetuadas a Consumidor através de Nota Fiscal D-1	Diferença Encontrada (Base de Cálculo)	ICMS (17%)	Crédito Presumido (8%)	ICMS Devido
jan/03	110.088,79	99.039,00	-	11.049,79	1.878,46	883,98	994,48
fev/03	121.412,55	87.357,75	15,00	34.039,80	5.786,77	2.723,18	3.063,59
mar/03	83.902,97	67.622,85	-	16.280,12	2.767,62	1.302,41	1.465,21
abr/03	99.823,12	82.222,70	-	17.600,42	2.992,07	1.408,03	1.584,04
mai/03	128.556,22	88.798,15	239,00	39.519,07	6.718,24	3.161,53	3.556,71
jun/03	108.741,26	92.129,50	8,00	16.603,76	2.822,64	1.328,30	1.494,34
jul/03	122.681,12	103.907,85	-	18.773,27	3.191,46	1.501,86	1.689,60
ago/03	124.748,51	94.931,82	-	29.816,69	5.068,84	2.385,34	2.683,50
set/03	107.678,01	100.989,44	8.877,00	(2.188,43)	-	-	-
Total							16.531,47

Dante do exposto, entendo que a infração é parcialmente subsistente no valor total de R\$ 16.531,47, conforme demonstrativo acima.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206925.0057/04-0, lavrado contra **SUPERLENTE COMÉRCIO DE LENTES E ÓCULOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 16.531,47**, 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, 15 de dezembro de 2004.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDEI E SILVA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR