

PROCESSO - A. I. Nº 180573.0011/04-3
RECORRENTE - B. R. DA SILVA DE OLIVEIRA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0263-01/05
ORIGEM - INFAS SIMÕES FILHO
INTERNET - 21/12/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0431-11/05

EMENTA: ICMS. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Legalmente presume-se ocorrida operação tributável sem pagamento do imposto quando os valores de vendas forem inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, o que não ocorreu. Exigência subsistente em parte, após exclusão dos valores relativos ao exercício de 2002, por não haver, à época, previsão legal autorizando a referida presunção. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto contra a Decisão da 1ª JJF – Acórdão JJF nº 0263-01/05, que julgou o Auto de Infração Procedente, o qual foi lavrado para exigir o valor de R\$ 5.347,40, em razão:

1. Da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, com ICMS devido de R\$ 1.259,94, apurada através de vendas não registradas realizadas através de cartões de crédito e/ou débito, conforme confronto entre as leituras “Z” diárias e o relatório de informações TEF, nos meses de outubro a dezembro de 2002;
2. Da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, com ICMS devido de R\$ 3.192,27, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, inerente aos exercícios de 2003 e 2004;
3. Da multa, no valor de R\$ 895,19, correspondente a 5% sobre o valor da operação, por emitir notas fiscais de venda a consumidor concomitante com a emissão de cupons fiscais através de ECF, sem justificativa.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente, após afastar as preliminares de nulidade do Auto de Infração, suscitadas pelo sujeito passivo, por não observar qualquer erro ou vício que possibilite decretar a nulidade, em conformidade com o disposto no art. 18 do RPAF/99.

Também indefere o segundo pedido de diligência formulado pelo autuado com fulcro no art. 147, I, “a” do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para a Decisão da lide.

Quanto ao mérito, ressalta que a infração 3 foi reconhecida pelo contribuinte. No tocante às duas primeiras infrações, aduz que serão analisadas conjuntamente, por decorrerem da aplicação do roteiro de auditoria nas vendas realizadas com cartão de crédito.

Em seguida salienta que não pode acolher a alegação defensiva de que registra suas vendas com cartões de crédito e/ou débito como vendas à vista no item “DINHEIRO”, uma vez que o autuado não apresenta qualquer elemento que comprove tal hipótese, pois nos cupons fiscais acostados pela defesa constam registros separados em relação a forma de pagamento.

Também não acolhe o argumento de defesa de que o levantamento e os demonstrativos elaborados estão incorretos, pois o procedimento do autuante foi correto, conforme pode-se observar nas planilhas e relatórios acostados aos autos.

Ressalta que o autuante considerou os valores consignados nas notas fiscais de venda a consumidor como se fossem todos decorrentes de vendas com cartão de crédito, beneficiando o contribuinte.

Registra que quando da realização da diligência o autuado não conseguiu comprovar qualquer valor que não tenha sido considerado no levantamento fiscal, o qual exige o imposto, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto, conforme previsto no art. 2º, § 3º, VI, do RICMS/97.

À fls. 590 a 595 dos autos, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário onde ressalta que apesar da atividade do recorrente constar dos bancos de dados da Secretaria da Fazenda como sendo comércio varejista de tecidos, também vende calçados, mercadorias estas enquadradas no regime de substituição tributária e, portanto, não mais existe tributação nas saídas subsequentes. Assim, pretende a exclusão da base de cálculo dos valores relativos às mercadorias com fase de tributação encerrada. Cita que o CONSEF tem julgado nulos autos de infração dessa natureza.

Também destaca que o autuante incluiu valores referentes ao exercício de 2002, época que não existia previsão legal para se caracterizar omissão de saídas nas vendas realizadas com pagamentos efetuados com cartões de créditos, pois a redação do art. 2º, § 3º, inciso VI, do RICMS/97, foi acrescentada no referido regulamento pelo Decreto nº 8413, de 30 de dezembro de 2002. Assim, conclui ser indevida a cobrança dos meses de outubro a dezembro de 2002, por absoluta falta de lei autorizando o procedimento.

Defende também ser absurda a inclusão na base de cálculo do imposto apurado referentes a vendas pagas com cartão de débito, pois tal modalidade é considerada à vista, portanto registram-se como pagamentos feitos em dinheiro.

Ressalta que não foi considerada no julgamento questão como falta de entrega ao recorrente, por parte das administradoras de cartões, dos mesmos extratos dos valores por elas fornecidos à Secretaria da Fazenda, para que pudesse se estabelecer o contraditório, o que caracteriza cerceamento do direito de defesa.

Requer que sejam consideradas também no seu Recurso as razões da emissão das notas fiscais de série D-1, apresentadas na defesa, por serem verdadeiras, do que pede a interpretação mais favorável ao contribuinte, nos termos do art. 112 do CTN.

Aduz que provou através de levantamentos que suas vendas no período levantado foram superiores aos valores informados pelas instituições financeiras à Secretaria da Fazenda, o que descharacteriza a presunção legal de ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto. Entende que o julgamento foi ilegal, no caso específico, vez que só caberia a autuação se os valores fossem inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Por fim, pede que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente, do que anexa, à fls. 596 a 721, diversos comprovantes de recolhimentos e notas fiscais de aquisição de calçados.

A PGE/PROFIS, às fls. 725 e 726 dos autos, considerando o argumento recursal de que nos meses de outubro a dezembro de 2002 não havia previsão para aplicação da presunção legal, devendo excluir os valores relativos, opina pelo provimento parcial do Recurso Voluntário.

Destaca que foi dada oportunidade ao contribuinte de comprovar por outros meios que, efetivamente, lançou as vendas por cartões de crédito através de outra modalidade, porém não o faz, o que impossibilita a apreciação de sua alegação.

Ressalta que evidentemente que a distorção de valores que enseja a presunção legal de omissão de saídas anteriores se dá entre os números da mesma categoria: vendas por cartões de crédito/débito, não sendo razoável o raciocínio do recorrente de que devem ser comparados os números apresentados pelas administradoras de cartões de crédito com os totais de vendas do contribuinte.

Salienta que a presunção legal é de saídas anteriores tributadas, portanto, as vendas de calçados omitidas levam à presunção de saídas anteriores tributadas e não saídas anteriores de mercadorias substituídas. Também destaca que não há comprovação que o contribuinte só comercializa mercadorias substituídas ou isentas, o que poderia levar à conclusão de inadequação do roteiro da auditoria utilizado, a exemplo de outros julgamentos, pois comercializa mercadorias tributadas também.

Quanto às notas fiscais D-1, aduz que o recorrente não apresenta razões recursais para tê-las emitido no lugar do cupom fiscal.

Por fim, opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário para que a infração 1 seja considerada improcedente, o que é ratificado, à fl. 730 dos autos, pela ilustre Procuradora Drª Ana Carolina Moreira.

VOTO

Trata-se de lançamento fiscal de crédito tributário 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 ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, inerente ao período de outubro/2002 a março/2004, 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.

Das razões recursais interpostas pelo sujeito passivo, cabe acolhimento à relativa ao fato de que não se poderiam incluir os valores referentes aos meses de outubro a dezembro de 2002, pois àquela época não existia previsão legal autorizando a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis nas vendas realizadas com pagamentos com cartões de créditos, conforme previsto no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, cuja redação foi acrescentada pela Lei nº 8.542, de 27/12/2002, com efeitos a partir de 28/12/2002.

Contudo, as demais razões não podem prosperar, senão vejamos:

1. Segundo o próprio recorrente, exerce a atividade simultânea de vendas de tecidos e de calçados. Sendo assim, não se exime da presunção de omissão da saídas de mercadorias tributáveis, uma vez que o contribuinte também comercializa mercadorias com tributação normal. Logo, a auditoria fiscal é apropriada à sua atividade.
2. Quanto à alegação de ser indevida a inclusão na base de cálculo do imposto apurado referente a vendas pagas com cartão de débito, por entender como à vista, também é descabida, pois o art. 824-E do RICMS, prevê que a impressão do comprovante de tal modalidade deverá ocorrer no ECF.
3. No tocante à citação de que não foi considerada no julgamento questão como falta de entrega ao recorrente dos mesmos extratos dos valores fornecidos à Secretaria da Fazenda, observo que esta argumentação não foi consignada em suas razões de defesa e, como tal, não poderia ser considerada na Decisão. Fora isso, consta nos referidos extratos o recebimento pelo contribuinte.

4. Não tem pertinência o pedido do recorrente de que sejam consideradas também no seu Recurso as razões da emissão das notas fiscais de série D-1, apresentadas na defesa, pois em momento algum a sua defesa se reporta às razões de emissão das notas fiscais D-1, uma vez que o contribuinte reconhece e paga a terceira infração, a qual se refere à multa pela emissão de notas fiscais de venda a consumidor concomitante com a emissão de cupons fiscais.
5. Por fim, quanto à alegação de que as vendas no período foram superiores aos valores informados pelas instituições financeiras, também não tem pertinência, haja vista que, conforme ressaltado no Parecer da PGE/PROFIS, a presunção legal de omissão de saídas anteriores se dá entre os números da mesma categoria, ou seja, vendas por cartões de crédito/débito, não sendo razoável o raciocínio do recorrente de que devem ser comparados os números apresentados pelas administradoras de cartões de crédito com os totais de vendas do contribuinte.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para julgar improcedente a primeira infração, por falta de previsão legal autorizando a presunção de omissão de saídas, à época.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a 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 180573.0011/04-3, lavrado contra **B. R. DA SILVA DE OLIVEIRA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$3.192,27, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de R\$ 895,19, prevista no inciso XIII-A, “h”, do mesmo artigo e lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS