

A. I. N º - 020747.0511/04-4  
AUTUADO - ÓTICA DA GENTE LTDA.  
AUTUANTE - MARIA HELENA DA SILVA RIBEIRO  
ORIGEM - INFAC BONOCÔ  
INTERNET - 31/03/2005

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF N° 0084 -01/05**

**EMENTA. ICMS.** CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas 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 saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 07/12/2004, exige ICMS no valor de R\$6.061,73, por ter o autuado omitido saídas de mercadorias tributadas, 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/ou administradora de cartão de crédito, relativo aos meses de janeiro, fevereiro, maio a dezembro de 2003 e abril e maio de 2004.

O autuado, às fls. 62/64, apresentou defesa alegando que tem como atividade o comércio varejista de artigos de ótica, produtos de fotografia e a prestação de serviços de foto acabamento, portanto, sua receita é originada de vendas de mercadorias tributadas, substituição tributária e da prestação de serviços, tendo a autuante considerado como se a receita fosse 100% tributada.

Elaborou composição da receita conforme ECF, apontando no período fiscalizado a receita de mercadorias tributadas no valor de R\$ 168.866,58, mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, no valor de R\$654.379,43 e prestação de serviços, no valor de R\$ 246.653,10. Elaborou, também, quadro demonstrativo apontando, mês a mês, o percentual de vendas tributadas para determinação do valor da base de cálculo em relação à diferença encontrada pela autuante a título de omissão, identificando como omissão de saídas tributadas o valor de R\$ 3.488,46, com ICMS, no valor de R\$ 593,04.

Reconheceu devido o valor de R\$ 593,04 e requereu o seu recolhimento com os acréscimos, a isenção das multas isoladas, além do arquivamento do Auto de Infração.

A autuante, à fl. 113, informou que o autuado não trouxe nenhum elemento que elidisse o lançamento no Auto de Infração. Também, não comprovou quais serviços foram vendidos através de cartão de crédito e que da cópia do livro Registro de Apuração anexado pelo deficiente já se constata que existe indício de vendas de mercadorias tributadas como não tributadas.

Opinou pela manutenção da autuação.

## VOTO

Na presente ação fiscal foi exigido ICMS, por omissão de saída de mercadorias apurada mediante levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e débito em valor inferior ao fornecido pela administradora de cartão de crédito e instituição financeira.

O sujeito passivo argumentando que parte de suas mercadorias estão sujeitas ao regime de Substituição Tributária e também atua como prestador de serviços vinculado ao ISS, elaborou quadro demonstrativo indicando o percentual das saídas tributadas, em relação às demais receitas (mercadorias da substituição tributária e prestação de serviços), reconhecendo devido o correspondente ao percentual das mercadorias tributadas.

Da análise das peças processuais constato que o § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com alteração dada pela Lei nº 8.542/02, estabelece o seguinte:

*Art. 4º. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*

*§ 4º. O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.*(grifo meu)

Constatando, também, que já existe posicionamento da Segunda Instância e da Câmara Superior deste Colegiado, em relação a presunção legal de omissão de saída de mercadorias tributáveis, quando o sujeito passivo, além de comercializar mercadorias tributadas, também o faz em relação a mercadorias isentas, não o tributadas e/ou com fase de tributação encerrada (substituição tributária). Assim, transcrevo, a seguir, parte do voto do relator conselheiro da 1ª CJF, Acórdão nº 0279-11/03:

*“O recorrente suscitou a nulidade do Auto de Infração por ilegitimidade passiva, porque só seria possível atribuir ao destinatário (autuado) a responsabilidade do pagamento do imposto por substituição tributária caso comprovada a impossibilidade de alcançar o remetente, substituto tributário, porque este se localiza em Estado Membro signatário de Convênio ou Protocolo.”*

*“No presente caso, não está a se exigir imposto por substituição tributária, mas o imposto devido pelas saídas de mercadorias tributáveis, em que o autuado é o sujeito passivo.”*

*“Não acolho, portanto, a nulidade suscitada.”*

*“Trata o Auto de Infração da exigência de imposto em razão da presunção legal da ocorrência de omissão de saídas tributáveis, apurada através da constatação de suprimento de “Caixa” de origem não comprovada.”*

*“O § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, preconiza que o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a ocorrência de entrada*

*de mercadorias não contabilizadas, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.”*

*“Ocorre que esta se constitui de presunção “juris tantum”, ou seja, admite prova contrária. Portanto, caberia ao contribuinte comprovar a improcedência da presunção.”*

*“A peça recursal se alicerça numa única premissa, a saber, que se deixou de observar a substituição tributária sobre a qual estavam consignadas grande parte dos bens que tiveram entrada no estabelecimento do contribuinte, ensejando uma saída não tributada, uma vez que o imposto já estava recolhido, e as demais mercadorias comercializadas normalmente, o imposto foi devidamente recolhido, consoante teria sido demonstrado nos DAE trazidos aos autos, e que a manutenção da exigência ensejaria em bitributação e confisco, uma vez que os impostos devidos já foram pagos pelo contribuinte ou por seu substituto tributário.”*

*“Já me manifestei em casos semelhantes, conforme Acórdãos n.º 2170-12/01, da 2ª CJF, e 0139-21/02, da Câmara Superior, e conclui 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 mercadorias sujeitas à tributação em volume considerável.”*

*“Considerando o teor dos art. 142 e 143, do RPAF/99, que rezam que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, e que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, o meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado pelo autuado, para homologar a Decisão recorrida.”*

Desta forma, com base no dispositivo legal acima transcrito e decisões de instância superior concluo não prevalecer o argumento defensivo, já que o próprio autuado demonstra que parte considerável do faturamento se constitui em mercadorias tributáveis. Desta maneira, não dou sustentação aos argumentos defensivos, mantendo o lançamento do crédito tributário.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **020747.0511/04-4**, lavrado contra **OTICA DA GENTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.061,73**, 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, 21 de março de 2005.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE/RELATORA

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR