

A.I. Nº - 206925.0056/04-4
AUTUADO - SUPERLENTE COMÉRCIO DE LENTES E ÓCULOS LTDA.
AUTUANTE - JOÃO CARLOS RIBEIRO FILHO
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 28.12.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0466-02/05

EMENTA: ICMS. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. Quanto à alegação de que o estabelecimento comercializa quase que exclusivamente com produtos óticos, cujo imposto é pago por antecipação (nas entradas), estando encerrada a fase de tributação (nas saídas), contrapõe-se que, em face do volume considerável das operações sujeitas ao regime normal de tributação, é razoável a presunção de que as diferenças levantadas pelo fisco, no cotejo entre as operações informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões e as operações declaradas pela empresa, se refiram a operações tributáveis, cabendo ao sujeito passivo provar que tal presunção não tem fundamento. Para afirmar que o imposto já foi pago pelo regime de substituição tributária, estando, por isso, encerrada a fase de tributação, teria o contribuinte de provar a regularidade da documentação de seus negócios. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/9/04, diz respeito ao lançamento de ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao que foi informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Imposto lançado: R\$ 41.805,65. Multa: 70%.

O contribuinte apresentou defesa alegando que o imposto é indevido porque as mercadorias que a empresa comercializa – produtos óticos – estão enquadradas no regime de substituição tributária. Diz que se trata de estabelecimento filial, e quando recebe as mercadorias em transferência da matriz elas já vêm com o imposto pago, pois a matriz recolhe o imposto por antecipação quando adquire as mercadorias, que são procedentes de outros Estados. Fundamenta sua tese nos arts. 353

e 356 do RICMS/97. Argumenta que só é cabível a exigência de tributo no seu caso se for provado haver entrada de mercadorias no estabelecimento sem o pagamento do imposto por antecipação. Salienta que, apesar de a empresa ter sido intimada para apresentação de livros e documentos fiscais, os mesmos não foram retirados pelo fiscal autuante.

Com base no teor da imputação, que se refere a “mercadoria tributada”, a defesa sustenta que a suposta omissão de saídas levantada não está sujeita a tributação, haja vista a palavra “tributada”, que indica fato passado. Faz ver que, no seu caso, as mercadorias são de fato tributadas, pois se trata de produtos óticos, sendo obrigatória a substituição tributária. Juntou cópias dos livros Registro de Entradas e Registro de Saídas, para provar que os lançamentos de compras e vendas são feitos nas colunas “Outras”, observando que isso significa inexistência de apuração de ICMS nas saídas. Protesta que, a prevalecer o presente lançamento, configurar-se-á “bitributação”, o que considera condenável, por consubstanciar uma ilegalidade.

A defesa transcreve a cabeça dos arts. 353 e 356 do RICMS, bem como o § 4º do art. 356, como supedâneos de sua argumentação. Alude a decisões deste Conselho. Questiona a tipificação da infração, reputando-a inadequada, por não ter sido provada a infringência. Frisa que o crédito tributário se constitui no trinômio liquidez, certeza e exigibilidade, alertando que neste caso a pretensão fiscal padece dos elementos necessários e indispensáveis à formação do crédito, já que o imposto é pago por antecipação.

Prossegue dizendo que as diferenças apuradas não refletem a realidade das vendas realizadas pela empresa. Apresenta demonstrativo do que diz ser o total real das vendas efetuadas no período fiscalizado. Assegura que em todos os meses do período fiscalizado as vendas efetuadas superam em muito as vendas informadas pelas administradoras de cartões de crédito.

A defesa observa que o levantamento fiscal apresenta diferenças para mais e para menos, nos meses levantados. Explica que isso ocorre em virtude de as mercadorias vendidas – óculos – serem confeccionadas por encomenda, haja vista tratar-se de objetos produzidos através de receituário médico, prestáveis exclusivamente para as pessoas predeterminadas, indicadas na receita, não servindo para terceiros. Aduz que, em virtude disso, o vendedor é obrigado a exigir do cliente o pagamento antecipado, sendo que a emissão do documento fiscal se dá no momento da entrega da encomenda ao cliente. Em virtude disso, pode ocorrer que a emissão do comprovante de pagamento pelo cartão se verifique em um mês e a emissão do documento fiscal ocorra no mês seguinte. Alega que desse fato resultam diferenças para mais ou para menos, no cotejo entre os Cupons Fiscais emitidos e os valores informados pelas administradoras de cartões, não ficando caracterizada, desse modo, sonegação fiscal, já que as vendas reais superam as informadas pelas administradoras de cartões. Conclui dizendo que não houve prejuízo ao erário.

O autuado chama a atenção para o fato de que, em situação idêntica, o fisco estadual em Feira de Santana optou pela aplicação de multa fixa, a qual foi considerada indevida, em decisão de mérito proferida através do Acórdão JF 0393/01-04.

Considera inaplicável a penalidade fixa por descumprimento de obrigação acessória, e também considera indevida a cobrança do tributo, já que não houve a obrigação principal.

Pede que o Auto de Infração seja julgado nulo, ou que, vencida a preliminar, seja declarado improcedente.

O fiscal autuante prestou informação dizendo que a defesa estaria sofismando, primeiro, porque o estabelecimento comercializa também mercadorias tributadas normalmente, e segundo, porque o fato de o estabelecimento transacionar com um 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, como é afirmado na defesa. Comenta o teor dos arts. 353 e 356 do RICMS. Considera o fiscal que, sendo detectada uma omissão de saída de mercadorias tributáveis, mediante levantamento fiscal, como é o caso em questão, pressupõe-se que sobre essas mercadorias especificamente não incidiu tributação alguma, isto é, o ICMS devido não foi efetivamente recolhido, não se aplicando, por isso, a regra do art. 356. Observa

que o dispositivo regulamentar se refere a pagamento do ICMS, fato que, na sua opinião, não ocorreu no caso presente.

Quanto à alegação da defesa de que seria necessária a comprovação, pelo fisco, da existência de entrada de mercadoria no estabelecimento sem o pagamento do ICMS, o fiscal contrapõe que esta seria mais uma inverdade proferida pela defesa, já que legalmente não é exigida a aludida comprovação. Argumenta que, do ponto de vista jurídico, o significado da palavra “presunção” indica dedução, conclusão ou consequência que se extrai de um determinado fato conhecido, para admitir como certa, verdadeira e provada a existência de um fato desconhecido ou duvidoso. Aduz que existem presunções que podem ser estabelecidas por lei ou podem ser determinadas pelos fatos, ou estabelecidas pelo homem, identificando-se como presunções jurídicas e presunções do homem, sendo que as presunções de fato ou as presunções do homem, denominadas, também, de presunções comuns, entendem-se mais propriamente como indícios do que presunções. Prossegue assinalando que as presunções jurídicas podem ser relativas ou condicionais (“juris tantum”) ou absolutas (“juris et jure”). Observa que a presunção absoluta não admite prova em contrário nem impugnação, ao passo que a presunção relativa é passível de ser destruída por uma prova em contrário.

Feitas essas considerações, o fiscal conclui que, na sua opinião, “a presunção relativa prevista na Lei nº 7.014 e no RICMS, no artigo 2º, § 3º, inciso VI” [sic], pode e deve ser plenamente aplicada aos fatos apurados no levantamento fiscal em questão. Frisa que se trata de presunção relativa, e a defesa não comprovou absolutamente nada que torne improcedente a presunção.

Diz o fiscal que a informação dada pela defesa, de que os livros e documentos fiscais não foram retirados pelo auditor, não tem relevância alguma, pois os dados necessários ao levantamento fiscal foram analisados “in loco” e, também, na repartição fazendária, mediante arrecadação dos documentos. Com relação à expressão “mercadoria tributada”, constante na descrição da infração, o fiscal diz que se trata de descrição padrão, utilizada pelo “SEAI”, não sendo, portanto, passível de alteração. Considera que melhor seria dizer-se “mercadoria tributável”, pois, de fato, a empresa nada pagou nas diferenças apuradas no Auto de Infração.

Quanto à reclamação da defesa acerca da ausência de documento comprobatório dos valores informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, o fiscal responde que os referidos valores estão devidamente informados na coluna “Venda com Cartão Informado pelas Adm.” da planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito, à fl. 5. Aduz que, se, mesmo assim, persistir alguma dúvida quanto à exatidão dos valores informados, basta uma rápida consulta à fl. 6 dos autos, para eliminá-la. Diz que o acesso ao processo é um direito garantido à parte interessada.

Faz o registro de que a empresa não comercializa apenas mercadorias com o imposto pago antecipadamente.

Quanto à alegação da defesa de que a totalidade das vendas efetuadas pela empresa supera em muito as vendas informadas pelas administradoras de cartões de créditos, o fiscal diz ser natural que isso aconteça, já que o levantamento se refere às vendas efetuadas por meio de cartão de crédito e débito, sendo que existem outras modalidades de pagamento utilizadas pelo estabelecimento, como pagamento em espécie, cheques pré-datados e crediário.

No tocante ao protesto da defesa de que o levantamento fiscal apresenta diferenças para mais e para menos, nos meses levantados, o fiscal responde que o autuado não apresentou sequer um comprovante de venda efetuada por meio de cartão de crédito para corroborar as suas alegações, mas, mesmo assim, é possível concluir que o argumento da defesa não justifica as diferenças apuradas no levantamento fiscal, tendo em vista que o prazo médio para entrega de um par de óculos não ultrapassa sete dias. Além disso, o que é fabricado sob encomenda são as lentes dos óculos, não a armação, que é vendida pela loja da mesma forma que é adquirida. O fiscal considera que, se o raciocínio da defesa fosse correto, ocorreria uma alternância de meses em que a diferença se apresentaria, ou seja, em um mês o saldo seria positivo, no outro mês,

negativo, e assim sucessivamente, de forma que, na média, os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito seriam sempre iguais aos informados pelo estabelecimento, quando da emissão dos Cupons Fiscais, e isso não foi o que ocorreu com a empresa, haja vista que a análise da planilha comparativa à fl. 5 demonstra que houve uma sequência de meses em que as diferenças apuradas depõem contra o autuado. Observa que, de acordo com a legislação tributária estadual, a emissão do comprovante de pagamento de venda por meio de cartão de crédito ou de débito deve ser feito concomitantemente à emissão do respectivo documento fiscal, inclusive, informando-se no anverso do comprovante, quando este não for impresso no ECF, o tipo e o número do documento fiscal vinculado à operação ou prestação, seguido, se for o caso, do número sequencial do equipamento no estabelecimento e o tipo do documento fiscal emitido (RICMS, art. 824-E, § 3º).

O fiscal considera que o Acórdão JF 0393/01-04 não guarda nenhuma similitude com a lide atual, pois, enquanto aquele acórdão se refere a uma multa de caráter formal [*sic*], por falta de emissão de documento fiscal, configurando o descumprimento de uma obrigação acessória, o caso presente se refere à omissão de saída de mercadoria tributável, que tem a natureza de uma obrigação principal.

Opina pela procedência integral do Auto de Infração.

Foi determinada a realização de diligência, a fim de que a Assessoria Técnica (ASTEC) deste Conselho verificasse três questões levantadas pela defesa:

- a) de que o levantamento fiscal apresenta diferenças para mais e para menos, nos meses considerados, em virtude de a mercadoria vendida (óculos) ser confeccionada por encomenda, de modo que o vendedor é obrigado a exigir do cliente o pagamento antecipado, ao passo que a emissão do documento fiscal é feita no momento da entrega da encomenda ao cliente, às vezes no mês seguinte; esta Junta determinou que fosse analisada essa questão, “*in loco*”;
- b) de que os produtos comercializados pelo estabelecimento – produtos óticos – são enquadrados no regime de substituição tributária, de modo que o imposto é pago antecipadamente, estando encerrada a fase de tributação; foi solicitado que a ASTEC informasse, separadamente, com base no demonstrativo da conta Mercadorias, no período objeto do Auto de Infração, os valores das entradas de mercadorias não tributáveis nas saídas (por isenção ou por se encontrar encerrada a fase de tributação) e os valores das entradas de mercadorias tributáveis normalmente, de modo a se conhecer a proporção das operações não tributáveis em relação ao total geral das entradas de mercadorias no período considerado;
- c) de que não foi juntado documento que comprovasse os valores informados pelas instituições financeiras ou administradoras de cartão de crédito, tendo o fiscal rebatido que os comprovantes estão às fls. 5-6 dos autos; foi determinado que se fornecessem ao contribuinte cópias dos comprovantes dos valores informados pelas instituições financeiras ou administradoras de cartão de crédito às fls. 5-6, reabrindo-se o prazo de defesa (30 dias), para que o autuado, querendo, se manifestasse a respeito.

O fiscal designado para cumprir a diligência informa que intimou a empresa para comprovar o argumento de que as diferenças para mais e para menos seriam decorrentes do fato de a mercadoria vendida (óculos) ser confeccionada por encomenda, e, em resposta, a empresa alegou a impossibilidade de atendimento ao pedido, apresentando documentos relativos a apenas 17 operações. O fiscal informa que, conforme verificou “*in loco*”, o prazo médio de entrega de óculos dificilmente ultrapassa 7 dias, sendo que, no caso das 13 operações apresentadas pela empresa, apenas 6 ultrapassaram tal prazo.

Quanto à proporção das operações não tributáveis em relação ao total geral das entradas no período considerado, o fiscal revisor informa que 78% das operações do estabelecimento correspondem a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Dada ciência do teor da diligência ao sujeito passivo, este se pronunciou dizendo que:

- a) não foi demonstrado como o fisco apurou os valores do documento à fl. 6, sendo necessário que o fisco aponte os valores mensais informados por cada instituição financeira ou administradora de cartão;
- b) deixou de ser feita a separação das entradas e saídas das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, uma vez que o imposto pago por antecipação desonera o contribuinte de qualquer recolhimento de ICMS, até o seu final consumo, nos termos do art. 357 do RICMS;
- c) na diligência, ficou efetivamente comprovado que ocorre o pagamento pelo cliente no momento da encomenda dos óculos, sendo que o documento fiscal é emitido no ato de entrega da encomenda, e esta se dá num prazo médio de 7 dias, e, por conseguinte, ultrapassa sempre o mês, tendo em vista que as encomendas feitas nos últimos dias do mês somente são entregues no mês seguinte;
- d) ficou provado na diligência que a quase totalidade das mercadorias comercializadas pelo estabelecimento autuado diz respeito a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, com fase de tributação encerrada;
- e) contrariando observação “in loco”, o fiscal que efetuou a diligência afirma que não procede o argumento da defesa de que as vendas de um mês têm correspondentes documentos fiscais emitidos em outro mês em virtude de o estabelecimento operar sob encomenda, porém o fiscal se contradiz, ao dizer, em seguida, que efetivamente o prazo médio de entrega de óculos dificilmente ultrapassa 7 dias;
- f) logicamente, se o mês tem 30 dias e o prazo médio de entrega é de 7 dias, fica claro que a entrega sempre irá ultrapassar o mês, de modo que, efetivamente, ocorre a emissão de documentos fiscais em outros meses;
- g) quanto ao mérito, a imposição tributária foi feita de maneira inadequada, pois o documento à fl. 6 mostra somente os totais mensais de débito e crédito, sem detalhar, empresa por empresa, o valor de cada faturamento, impossibilitando a verificação das quantias individualizadas por estabelecimento, sendo que a empresa tem 18 estabelecimentos neste Estado;
- h) o inciso VI do § 3º do art. 2º do RICMS prevê a cobrança do imposto no caso de diferença entre os valores informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões, mas, no caso em exame, não existem diferenças, pois as vendas efetuadas e registradas na escrita do estabelecimento autuado superam os valores informados;
- i) o fato gerador do ICMS materializa-se na saída da mercadoria do estabelecimento, sendo que, em se tratando de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, o pagamento do imposto é feito por antecipação;
- j) a matriz da empresa é a responsável pela substituição, de modo que a filial recebe as mercadorias com o imposto pago antecipadamente, não se sujeitando ao pagamento nas saídas, haja vista que, por força de disposição legal, a fase de tributação está encerrada;
- l) quando se trata de outras mercadorias, o imposto é pago no momento da saída, sendo tudo registrado em documentos e livros fiscais;
- m) conforme foi decidido no Acórdão JJJ 0052-04/05, a presunção de saídas de mercadorias sem o pagamento do imposto apurado através de informações de administradora de cartão não subsiste quando se trata de estabelecimento cujas operações, em sua quase totalidade, envolvem mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, e esta é a situação do estabelecimento em questão nestes autos, conforme foi confirmado pelo Parecer ASTEC 60/05;
- n) o mesmo entendimento foi ratificado no Acórdão JJJ 0249-01/04;
- o) este Auto de Infração há de ser julgado improcedente ou nulo.

O fiscal teve vista da manifestação do contribuinte, e pronunciou-se observando que, no tocante à questão das encomendas cujas Notas Fiscais só são emitidas no mês seguinte, a empresa só fez prova do equivalente a 0,05% do total das operações. Observa que as ordens de serviços

apresentadas são emitidas, em sua maioria, nos últimos dias do mês, e, obviamente, a entrega da encomenda só poderia ocorrer no mês seguinte. Destaca que as próprias ordens de serviços indicam o prazo de entrega da encomenda, que, normalmente, não ultrapassa três dias úteis, de modo que não pode prevalecer o argumento do autuado. Reitera pontos afirmados na informação fiscal. Pondera que, ainda que o órgão julgador entenda que sobre as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária não cabe mais a cobrança a título de obrigação principal, fica patente que a cobrança é cabível sobre a parte incidente nas mercadorias tributadas normalmente. Alude à possibilidade de cobrança do imposto sobre a parte tributada normalmente e de aplicação de penalidade fixa sobre a parte tributada antecipadamente, por não ter havido a emissão dos documentos fiscais respectivos. Opina pela procedência do Auto de Infração.

Foi determinado por esta Junta que o fiscal autuante anexasse aos autos os relatórios de informações “TEF” diários, com especificação das vendas diárias, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição de crédito ou administradora de cartão, separadamente. Determinou-se, também, que o órgão preparador fornecesse cópias dos aludidos relatórios ao sujeito passivo, reabrindo-se o prazo de defesa (30 dias).

O contribuinte manifestou-se acerca dos novos elementos frisando que se dedica ao ramo de ótica, e, nessa condição, paga o imposto antecipadamente, pelo regime de substituição tributária, na entrada das mercadorias – produtos óticos. Quem antecipa o imposto é a matriz. Quando a matriz transfere as mercadorias para as filiais, estas se comportam como contribuintes substituídos, estando desobrigadas do pagamento do imposto nas saídas, nos termos do § 4º do art. 356 do RICMS. Como a filial opera com outras mercadorias, além de produtos óticos, o imposto a elas relativo é pago nas saídas, sendo que tais mercadorias representam até 22% dos negócios do estabelecimento. As vendas são efetuadas por encomenda, ou seja, os produtos são individualizados em função de cada freguês, consoante receituário médico. A empresa arcará com prejuízo se o freguês não retornar para apanhar a encomenda, e por isso exige-se que ele pague parte do preço ou o preço integral ao encomendar o bem, sendo que o documento fiscal é emitido na data da entrega. Nas relações anexas, constam as datas das emissões dos comprovantes de vendas com cartões de crédito e as datas das emissões dos documentos fiscais, que ocorrem por ocasião da efetiva saída dos produtos, e isso prova a impossibilidade de os valores informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartão serem iguais aos lançados pelo contribuinte em sua escrita. A empresa foi inclusive acionada no Juizado de Pequenas Causas, precisamente pela demora na entrega de uma encomenda, conforme cópia anexa do processo. Existem lentes que são de natureza especial, sendo produzidas por terceiros, daí o atraso no atendimento da encomenda no prazo estabelecido. Esta é a razão das divergências existentes entre a emissão dos documentos de pagamentos com cartões e a emissão dos Cupons Fiscais. A fiscalização adotou neste caso um roteiro de auditoria inadequado. Não se aplica aqui a regra do art. 2º, § 3º, VI, do RICMS, porque o total das vendas lançadas na escrita fiscal, no período de janeiro a maio de 2003, é superior às informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões. Outro fator importante consiste na proporção das operações tributadas por antecipação (78%). Pede que o Auto de Infração seja declarado nulo ou improcedente.

Pronunciou-se também o fiscal autuante acerca do resultado da diligência, considerando que o fato de o estabelecimento comercializar também mercadorias tributadas normalmente autoriza a aplicação do art. 2º, § 3º, VI, do RICMS. As diferenças acusadas no Auto de Infração estão provadas. Nas operações de que cuidam as relações apresentadas pela defesa, apenas um percentual ínfimo teve o mês de emissão do comprovante de pagamento através de cartão diferente do mês de emissão do Cupom Fiscal. Os Cupons Fiscais anexados pela defesa referem-se exclusivamente a produtos óticos. Os valores informados pelas instituições financeiras e pelas administradoras de cartões só podem ser comprados com os valores lançados na escrita fiscal do contribuinte a título de venda efetuada com as vendas globais, pois aí estariam inclusas as vendas

efetuadas a vista, as vendas efetuadas através de crediário, etc. A defesa não utilizou para nada as informações contidas nos relatórios de informações “TEF”. A empresa não procedeu como determina o § 3º do art. 824-E do RICMS, ao emitir os comprovantes de vendas através de cartões de crédito. Opina pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

O lançamento em discussão diz respeito a ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao que foi informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

A defesa levantou uma questão que precisa ser apreciada como preliminar. Trata-se da alegação quanto à falta de juntada ao PAF de documento que comprove os valores informados pelas instituições financeiras ou administradoras de cartão de crédito. Atendendo a esse justo protesto, foi determinado que o fiscal autuante anexasse aos autos os relatórios de informações “TEF” diários, com especificação das vendas diárias, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição de crédito ou administradora de cartão, separadamente. Determinou-se, também, que o órgão preparador fornecesse cópias dos aludidos relatórios ao sujeito passivo, reabrindo-se o prazo de defesa (30 dias).

Como questão de fundo, o autuado alega que 78% das operações do estabelecimento autuado (filial) dizem respeito a produtos óticos, mercadorias cujo imposto é pago antecipadamente, através do regime de substituição tributária.

Fui o relator de duas decisões envolvendo autuações semelhantes a esta, atinentes a outros estabelecimentos dessa mesma empresa. Num dos processos, 100% das operações do estabelecimento dizia respeito a mercadorias com imposto pago por antecipação (AI nº 206925.0054/04-1). Noutro processo, tais operações compreendiam 93% dos negócios do estabelecimento (AI nº 206925.0055/04-8). Naqueles casos, considerei que, sendo a totalidade ou a quase totalidade das operações enquadradas na sistemática de pagamento do imposto por antecipação (nas entradas), o roteiro de auditoria empregado era inadequado, não sendo razoável o emprego da presunção legal de que cuida o § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02, pois a presunção, sendo relativa, esbarra numa evidência óbvia: as operações anteriores a serem atingidas pela incidência da norma legal já foram tributadas, não podendo ser submetidas a nova imposição do tributo. Concluí, no voto que proferi nos casos a que me refiro, que a regra do § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 cedia espaço ao preceito do seu art. 9º, matriz do art. 356 do RICMS: ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias. Ao decidir assim, segui o posicionamento que este Conselho vem adotando, em situações similares, em se tratando de óticas, farmácias, postos de combustíveis, livrarias, sapatarias, lojas de autopeças e outros estabelecimentos que comercializem exclusiva ou preponderantemente com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária ou com mercadorias não sujeitas ao ICMS.

Todavia, no caso em discussão no presente Auto, a situação é diferente: 78% das operações do estabelecimento têm o imposto pago por antecipação (nas entradas); 22% são submetidas ao regime normal de tributação (nas saídas). Em face do volume considerável das operações sujeitas ao regime normal de tributação, é razoável a presunção de que as diferenças levantadas pelo fisco, no cotejo entre as operações informações pelas instituições financeiras e administradoras de cartões e as operações declaradas pela empresa, se refiram a operações tributáveis, cabendo ao sujeito passivo provar que tal presunção não tem fundamento.

Para afirmar que o imposto já foi pago pelo regime de substituição tributária, estando, por isso, encerrada a fase de tributação, teria o contribuinte de provar a regularidade da documentação de seus negócios.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206925.0056/04-4**, lavrado contra **SUPERLENTE COMÉRCIO DE LENTES E ÓCULOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 41.805,65**, 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, 13 de dezembro de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR