

PROCESSO	- A. I. Nº 110123.0014/04-6
RCORRENTE	- ÓTICA DA GENTE LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0047-01/05
ORIGEM	- INFAC BONOCÔ
INTERNET	- 07/03/2006

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0063-12/06

**EMENTA:** ICMS. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. 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 tributáveis sem pagamento do imposto devido. Infração subsistente. Afastada a nulidade argüida. Recurso NÃO PROVADO. Decisão por maioria.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a Decisão de 1º grau que declarou a Procedência do Auto de Infração, lavrado em 26/10/2004, que imputa ao recorrente a infração de ter omitido saídas de mercadorias tributáveis, 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 dezembro de 2003 e janeiro de 2004, exigindo ICMS no valor de R\$5.658,73.

A Junta de Julgamento Fiscal ao decidir a lide fiscal exarou o voto a seguir transcrito, em parte:

*“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.*

*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;”**

*No mérito, o autuado se limitou a requerer a aplicação da proporcionalidade entre as suas operações tributáveis e não tributáveis ou com fase de tributação encerrada. Entendo que é inaplicável a proporcionalidade, tendo em vista que o art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, assim como o art. 2º, §3º, VI do RICMS/97, transcrito acima, estabelecem a presunção de que ocorreram operações ou prestações tributáveis nas situações em que as vendas efetuadas através de cartões de crédito e/ou débito são inferiores às informadas por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito.*

*Desta forma, a presunção legal é de que o autuado efetuou saídas de mercadorias tributadas, não importando se trabalha também com mercadorias isentas ou com prestações de serviços. Como o autuado não apresentou nenhuma prova que elidisse a presunção, entendo que a infração é subsistente”.*

O contribuinte, através de advogado, ingressou com Recurso Voluntário, argüindo, inicialmente, a nulidade do processo, por cerceamento de defesa, face ao indeferimento de prova pericial requerida ao órgão julgador de 1<sup>a</sup> Instância. Argumenta que a matéria objeto da autuação só poderia ser avaliada corretamente por via da produção de prova pericial, cuja não realização implicou em cerceamento do direito de defesa.

No que concerne ao mérito, afirma que as presunções jurídicas não podem ser estabelecidas por Decreto, se constituindo em matéria de reserva legal, de acordo com a Constituição Federal e o Código Tributário Nacional. Argumenta, também, que a base de cálculo do ICMS deve ser sempre o valor das operações ou prestações, devendo o fisco ter por parâmetro as declarações contidas na documentação fiscal e contábil do contribuinte. Afirma que o lançamento baseado em presunção se pautou em base de cálculo ilegal e inadequada. Alegou ainda que o fisco estadual não considerou que o recorrente tem como atividade o comércio varejista de artigos de ótica, produtos de fotografia e prestação de serviços de foto-acabamento e que sua receita é originária de venda de mercadorias tributadas, sujeitas ao regime de substituição tributária e da prestação de serviços, apresentado demonstrativo da composição da receita no período objeto da autuação. Faz destacar que aproximadamente 21% de suas receitas são oriundas de saídas de mercadorias tributadas, razão pela qual os autuantes incorreram em equívoco quando consideraram toda a diferença informada pela administradora de cartão de crédito como receitas decorrentes de saídas sujeitas à incidência do ICMS. Aduziu, ainda, que nos meses de dezembro de 2003 e fevereiro e março de 2004 as vendas informadas pelas administradoras foram inferiores às vendas apuradas pelo recorrente.

Ao final, requereu a decretação de Nulidade por cerceamento de defesa e, caso não acatada a preliminar, a declaração de Improcedência do lançamento fiscal.

A Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS), ao se manifestar nos autos, recomendou a realização de diligência a fim de se apurar se a composição da receita informada pelo contribuinte era consentânea com as operações efetivamente realizadas pelo estabelecimento da empresa. Submetida a proposta de diligência ao colegiado da 2<sup>a</sup> CJF, o pedido foi indeferido, tendo o então relator do Processo, Consº José Hilton de Souza, declarado nas razões do indeferimento que impossibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade ao débito apurado no Auto de Infração.

O processo retornou a PGE/PROFIS para novo Parecer, cujo opinativo foi pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Face o retorno do Conselheiro relator à suplência da Câmara de Julgamento Fiscal, o processo foi redistribuído pela Secretaria do CONSEF, encontrando-se devidamente instruído para julgamento do Recurso Voluntário.

Na assentada de julgamento, o ilustre Consº Nelson Antonio Daiha Filho, suscitou, de ofício, a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que no período alcançado pela exigência fiscal não havia disposições legais que obrigassem o contribuinte a determinar, no cupom emitido através de ECF, a forma de pagamento da operação de venda. Submetido ao colegiado a questão prejudicial, a deliberação, por maioria de votos, foi no sentido de afastar a nulidade suscitada de ofício.

## VOTO

Alega o recorrente que os fatos articulados no Auto de Infração e na defesa só poderiam ser provados através de perícia fiscal, constituindo procedimento imprescindível sob pena de nulificação do processo. Quanto à alegação dessa nulidade não vislumbro motivos que justifiquem a sua decretação, pois o lançamento de ofício se encontra respaldado no

levantamento de vendas pagas através de cartão de crédito ou débito em valores inferiores aos informados pelas respectivas administradoras. Nos Demonstrativos anexados às fls. 10 e 15 dos autos, são arrolados valores pertinentes às diferenças apuradas pelo fisco, estabelecendo-se a presunção de omissão de saídas de mercadorias, cabendo ao contribuinte demonstrar a improcedência da citada presunção. Assim estabelece a Lei nº 7.014/96, em seu art. 4º, § 4º. Afasto, portanto, a nulidade argüida pelo recorrente.

A presunção fiscal questionada pelo recorrente encontra-se prevista no Regulamento do ICMS, mas seu fundamento de validade tem origem nas disposições da lei estadual que rege o imposto, razão pela qual não procedem os argumentos defensivos de que o Auto de Infração foi lavrado em afronta ao princípio da legalidade. O mesmo raciocínio se aplica à quantificação da base de cálculo, pois foram considerados na elaboração do Auto de Infração os valores relativos às diferenças entre o que foi acumulado pelo contribuinte no equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) e as quantias informadas pelas administradoras de cartão de crédito, não prevalecendo o argumento de que o fisco procedeu ao arbitramento da base de cálculo. Ademais, de acordo com o art. 19, do RPAF/99, a indicação de dispositivo regulamentar no Auto de Infração equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Quanto à proporcionalidade das operações tributadas com os totais das saídas, solicitada pelo recorrente, esta não pode ser aplicada, porque a presunção legal é que, havendo divergência entre os valores lançados no ECF em comparação com os informados pelas administradoras, estes decorram de vendas de mercadorias tributáveis sem a emissão do respectivo documento fiscal, e o consequente pagamento do imposto. Dessa forma, acorde com a fundamentação do voto exarado pelo relator “a quo”, a presunção legal é de que as omissões se referem a saídas de mercadorias tributáveis, e, portanto, somente na hipótese do contribuinte comercializar exclusivamente ou de forma preponderante, em torno de 100%, com mercadorias isentas e/ou não tributadas é que estaria afastada a mencionada presunção de vendas de mercadorias tributáveis. Este entendimento tem respaldo em reiterados julgados deste CONSEF, a exemplo dos Acórdãos: nº 0139-21/02 (Câmara Superior); nº 2170-12/01 (2ª Câmara de Julgamento); e nº 0279-11/03 (1ª Câmara de Julgamento).

Assim, ante o acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do presidente, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 110123.0014/04-6, lavrado contra ÓTICA DA GENTE LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$5.658,73, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Tolstoi Seara Nolasco, Álvaro Barreto Vieira e Helcônio de Souza Almeida.

VOTO VENCIDO: Conselheiros Bento Luiz Freire Villa Nova, Fauze Midlej e Nelson Antonio Daiha Filho.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de fevereiro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

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