

PROCESSO - A. I. Nº 206925.0056/04-4
RECORRENTE - SUPERLENTE - COMÉRCIO DE LENTES E ÓCULOS LTDA. (FÁBRICA DE ÓCULOS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0466-02/05
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 08.05.06

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0149-12/06

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. Comprovado que o recorrente comercializava também com mercadorias enquadradas no regime normal de tributação em percentual que justifica a aplicação do roteiro de auditoria fiscal que foi utilizado. Não acolhida a preliminar de nulidade suscitada na sessão de julgamento. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 2ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, o qual foi lavrado para exigir ICMS, no valor de R\$41.805,65, em decorrência de 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.

Ao proferir o seu voto na Decisão recorrida, o ilustre relator explicou que, mediante diligência, o autuado recebeu cópia dos relatórios de informações “TEF” diários, tendo sido reaberto o prazo de defesa em trinta dias.

Afirmou o relator que em duas decisões anteriores (Autos de Infrações nºs 206925.0054/04-1 e 206925.0055/04-8), envolvendo a mesma matéria e outros estabelecimentos da mesma empresa, votou pela nulidade dos Autos de Infração, por considerar que o roteiro de auditoria fiscal empregado era inadequado para o ramo de atividade dos estabelecimentos, uma vez que em naqueles processos as operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária atingiam os percentuais de 100% e 93% dos negócios dos estabelecimentos. Prosseguindo, o relator concluiu o seu voto da seguinte forma:

[...]

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.

Inconformado com a Decisão proferida pela 2ª JF, o autuado, ora recorrente, apresenta Recurso Voluntário, onde alega que as mercadorias que comercializa (produtos óticos) estão enquadradas no regime de substituição tributária e, portanto, com o imposto pago por antecipação. Diz que, nos termos do disposto nos artigos 2º, inc. I e 356, do RICMS-BA, é vedada a exigência de ICMS sobre as mercadorias recebidas para revenda pelo seu estabelecimento, pois já estão com a fase de tributação encerrada. Sustenta que não se pode falar em omissão de receita, uma vez que não efetua nenhum pagamento, já que recebe as mercadorias para revenda da matriz, sem efetuar compras em mãos de terceiros.

Argumenta que, no caso em tela, é necessário fazer uma separação entre as mercadorias enquadradas no regime de substituição daquelas sujeitas ao regime normal, para que a exigência fiscal possa ser proporcional aos valores levantados pelo fisco, evitando, assim, que haja uma bitributação. Aduz que o valor exigido no lançamento foi apurado em dados irreais e, portanto, são insubsistentes para fins de cobrança de imposto.

Diz que está comprovado que o levantamento fiscal e a Decisão da 1ª JF são imperfeitos, pois não contemplam a totalidade das operações realizadas pelo seu estabelecimento no período. Solicita a realização de exame dos seus livros e documentos fiscais, como forma de consolidar a verdade material dos fatos.

Ao finalizar, reitera os termos dos pedidos feitos na peça defensiva e requer a reforma da Decisão recorrida, para que seja o Auto de Infração julgado nulo ou improcedente.

Ao emitir o Parecer de fl. 563, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que o percentual de mercadorias substituídas comercializadas pelo recorrente gira em torno de 78%, estando, portanto, fora da linha de entendimento do CONSEF de que o presente roteiro de fiscalização é inadequado. Afirma que, no caso em tela, se constou uma expressiva comercialização de produtos tributados, o que permite a aplicação da presunção de saídas anteriores tributadas. Ao finalizar, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário.

Na sessão de julgamento, o Conselheiro Nelson Antonio Dahia Filho suscitou, de ofício, a Nulidade da autuação, alegando que, no período fiscalizado, o recorrente não estava obrigado a discriminar no documento fiscal a forma de pagamento da venda realizada.

VOTO

Inicialmente, observo que o recorrente solicita a nulidade do Auto de Infração, porém essa solicitação não pode ser acolhida, uma vez que não há no processo qualquer vício que o inquene de nulidade. Ademais, a solicitação recursal não se encontra devidamente fundamentada.

Afasto a preliminar de nulidade suscitada de ofício na sessão de julgamento, pois, desde 01/01/03, por força do disposto no art. 824-E do RICMS-BA/97, a legislação tributária estadual já previa a obrigatoriedade de os contribuintes usuários de ECF indicar, no documento fiscal, o meio de pagamento adotado na operação ou prestação realizada. Ressalto que o Acórdão nº 0139-11/05 não pode ser considerado como um precedente válido, pois contradiz a legislação tributária estadual e não reflete o atual entendimento deste CONSEF sobre a matéria.

A diligência solicitada pelo recorrente também não deve ser acolhida, pois a sua necessidade não ficou demonstrada, como exige o art. 145 do RPAF/99. Corroborando esse fato, observo que os

elementos já existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, o que torna desnecessária a diligência requerida.

Adentrando no mérito, verifico que efetivamente o recorrente atua no ramo de comercialização de produtos óticos, os quais têm o imposto pago pelo regime de substituição tributária. Todavia, restou comprovado nos autos que, das operações realizadas pelo recorrente no período em questão, 22% estavam enquadradas no regime normal de tributação. Dessa forma, como bem afirmou o ilustre relator da Decisão recorrida, *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.*

Tendo em vista o percentual de mercadorias tributáveis comercializadas pelo autuado (22%), considero que se justifica a aplicação do roteiro de auditoria utilizado, assim como não se pode dispensar ao recorrente o mesmo tratamento dado às empresas que comercializam exclusivamente com mercadorias com fase de tributação encerrada.

O fato de as mercadorias comercializadas pelo recorrente serem recebidas em transferência de sua matriz não possui o condão de elidir a presunção legal que embasa a autuação, pois, mesmo em operações de transferências, as mercadorias sujeitas ao regime normal de apuração do imposto não estão com a fase de tributação encerrada, sendo irrelevante se houve ou não desembolso de numerário.

O § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 prevê que a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto. Dessa forma, não há amparo legal para apurar o imposto proporcionalmente às saídas tributáveis, como sugere o recorrente, bem como não há o que se falar em bitributação.

Também não há como prosperar a tese recursal de que o levantamento efetuado pela fiscalização não contemplou a totalidade das operações, uma vez que o roteiro de auditoria fiscal empregado é específico para as operações de saídas pagas com cartão de crédito e/ou débito. Dessa forma, no caso em lide, não se pode considerar as operações quitadas por outros meios de pagamento.

Pelo acima exposto, entendo que a Decisão recorrida está correta e, em consequência, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206925.0056/04-4**, lavrado contra **SUPERLENTE - COMÉRCIO DE LENTES E ÓCULOS LTDA. (FÁBRICA DE ÓCULOS)**, devendo ser intimado o recorrente 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.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, Carlos Fábio Cabral Ferreira e Tolstoi Seara Nolasco.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de abril de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS