

PROCESSO - A. I. Nº 086974.0027/04-0
RECORRENTE - SONTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA. (MAXITEL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0147-01/05
ORIGEM - INFAS FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 10/08/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0261-11/07

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 ocorreu parcialmente no decorrer do processo. Modificada a Decisão recorrida. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto contra a Decisão da 1ª JJF – Acórdão JJF nº 0147-01/05, que julgou Procedente o Auto de Infração, o qual foi lavrado em razão da constatação de omissão de saída de mercadoria tributada, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro de 2003 a março de 2004, com ICMS exigido de R\$50.038,23.

Na Decisão recorrida foi aduzido que, tendo sido solicitada diligência para que fosse efetuado levantamento relacionando mensalmente os valores constantes das cópias das notas fiscais e dos boletos de cartões de crédito e débito anexados pelo autuado, abatendo os valores apurados do valor da base de cálculo, o diligente efetuou o levantamento solicitado e refez o demonstrativo com base no percentual de 52,87%, como havia procedido o autuante, concluindo que o valor exigido deveria ser reduzido para R\$36.750,81. Porém, entende a JJF que por se tratar de presunção legal de que ocorreram operações tributáveis, não se deve ser aplicada a proporcionalidade, o que faz com que o valor devido seja de R\$69.511,65. Contudo, tendo em vista a evidência de agravamento da infração, entende que o Auto de Infração é subsistente em seu valor original de 50.038,23, do que recomenda a instauração de novo procedimento fiscal para constituir o crédito tributário em relação à diferença apurada.

Irresignado com a Decisão, às fls. 1.144 a 1.148 dos autos, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário, onde ressalta que:

1. Deve ser anulado o Acórdão recorrido, pois não há exposição pelo julgador das razões que o levaram a não acatar a defesa, as informações e o Parecer da ASTEC, quanto à redução nas duas últimas sugeridas, o que tornou incontroversa a matéria discutida.
2. No mérito, ratifica toda a matéria argüida em sua defesa, pugna pela revisão da Decisão proferida porque claramente contraria posicionamentos antes já assumidos por esse Conselho de Fazenda, conforme cópias de decisões colacionadas à peça recursal. Destaca que o próprio

autuante reconhece, em suas informações, assim como a ASTEC, que parte do crédito deveria ser expurgado da autuação porque consubstanciam vendas não tributáveis. Salienta que as vendas de cartões de recarga são de tributação específica das concessionárias de serviço de telefonia. Também, se deve suprimir os valores dos serviços de manutenção ou assistência técnica, pagos através de cartão de crédito, não incluídos nas hipóteses de incidência do ICMS.

3. Salienta ainda que apresentou notas fiscais “D1”, emitidas em lugar dos cupons fiscais em função de problemas elétricos de várias ordens, porém não se pronunciou o julgador a respeito. Entende que agindo assim provou a improcedência da presunção legal.
4. Aduz que deve ser considerado o fato de que, em alguns casos, as vendas foram efetivadas com o uso conjugado de cartão de crédito/débito e dinheiro/cheque, ou seja, há a complementação em espécie/dinheiro para o pagamento integral da compra. Assim, conclui que pode haver cupom fiscal em valor superior ao informado pela administradora.
5. Por fim, pede que seja anulada a Decisão ou a improcedência da autuação na sua totalidade, porque os documentos acostados à defesa fazem prova da sua insustentabilidade. Anexa aos autos inúmeros documentos fiscais e boletos de cartão de crédito/débito, como provas de suas alegações.

A PGE/PROFIS, à fl. 1.272 dos autos, entende que o processo deva ser encaminhado à ASTEC para que esta verifique os documentos trazidos, de forma que se possa preservar os princípios da busca da verdade material e da ampla defesa.

Em pauta suplementar essa 1^a CJF converteu o PAF em diligência para que o autuante excluisse da base de cálculo apurada no levantamento fiscal os valores constantes dos boletos de cartões de créditos ou débitos, os quais foram oferecidos à tributação através de notas fiscais de vendas a consumidor ou através de ECF, porém registrado como “Dinheiro”, como também nos novos cálculos desconsidere a proporcionalidade atribuída à fl. 10 dos autos.

Considerando que o autuante deixa de cumprir a diligência solicitada, como também que, após a determinação da diligência, o contribuinte anexa, novos documentos acima citados, desta feita, concernentes ao período de julho a dezembro de 2003 e de março de 2004, a PGE/PROFIS, em sua nova manifestação, requer que seja complementada a diligência anterior, em observância aos princípios da ampla defesa e da verdade material, o que foi deferido pela 1^a Câmara de Julgamento Fiscal, convertendo novamente o PAF à INFRAZ Feira de Santana para que o autuante excluisse da base de cálculo os valores constantes dos referidos boletos de pagamentos que possuam vinculação com notas fiscais de vendas a consumidor ou cupons fiscais, conforme solicitado anteriormente.

O autuante não atende a diligência solicitada sob diversas alegações, dentre as quais de que:

“O autuado recorre, através de seus representantes, e junta mais de sete volumes de documentos fiscais e não fiscais, (doc. de fls. 1275 / 1807 / 2008 e 2798) para serem analisados, sem, contudo elaborar em demonstrativo, nenhuma planilha, nenhuma relação e nenhum valor a ser considerado, cabendo a ela, provar a improcedência da autuação fiscal perante o Conselho de Fazenda”;

“O período de análise de documentos deveria ser antes da autuação, por que agora, após julgamento procedente do A. I. Como poderia este preposto analisar fotocópias de documentos fiscais e documentos não fiscais. Como ficaria sua responsabilidade ao efetuar levantamento fiscal sem os documentos originais e sem análise no Caixa da empresa..”

“...necessidade de ser designado um preposto técnico para efetuar perícia nos documentos apresentados pela empresa e equipamentos supostamente pertencentes a outra loja da mesma empresa, pois o processo como está, a esta altura já se tornou complexo, merecendo cuidados especiais, para preservar a verdade.”

Em nova manifestação, às fls. 3.079 e 3.080, a PGE/PROFIS registra que a determinação da

diligência não foi cumprida e opina pela remessa do PAF a ASTEC, entendendo “que as considerações trazidas pelo Sr Fiscal Autuante não devem ser consideradas e a diligência deve ser levada a efeito”.

Diante de tais considerações, em observância aos princípios da ampla defesa e da verdade material, foi decidido, em pauta suplementar desta 1^a CJF, pela remessa do PAF para a ASTEC do CONSEF, para que se exclua da base de cálculo os valores constantes dos referidos boletos de pagamentos que possuam vinculação com notas fiscais de vendas a consumidor ou cupons fiscais (registrado como “Dinheiro”).

Às fls. 3.086 a 3.087 dos autos, foi anexado Parecer ASTEC, no qual a solicitação foi atendida, de acordo com os demonstrativos às fls. 3.088 a 3.097, o que resultou no débito de R\$53.182,18, que após se considerar o percentual de mercadoria tributada de 52,87%, conforme procedido pelo autuante (fl. 10), acarretou o débito no montante de R\$28.117,42, conforme demonstrado à fl. 3.087 dos autos, cujo resultado foi dado ciência ao autuante e autuado, os quais não se manifestaram.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer conclusivo, através da sua representante, Dr^a. Maria Dulce Baleeiro Costa, opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, onde salienta que a ASTEC esclareceu os pontos divergentes na autuação e procedeu a elaboração de demonstrativo de débito excluindo os valores comprovadamente lançados como pagamento em “dinheiro”. Aduz também que o percentual de saídas tributáveis de 52,87% deve ser aplicado, já que tem sido entendimento inovador desse CONSEF que a presunção de omissão de saídas anteriores deve ser quantificada utilizando-se a média de saídas tributáveis no período.

O Dr. José Augusto Martins Júnior, procurador assistente da PGE/PROFIS, ratifica o aludido Parecer.

Na assentada de julgamento foi sugerido pelo conselheiro Fábio de Andrade Moura e acatado pelos demais membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal, que o PAF fosse encaminhado à Corregedoria para que se apurassem as reiteradas negativas do autuante em cumprir as diligências determinadas pelo CJF.

VOTO

Preliminarmente, rejeito o pedido de nulidade do Acórdão recorrido, argüido pelo recorrente, uma vez que na aludida Decisão existe, sim, exposição das razões para a não aplicação da proporcionalidade, ou seja, a presunção legal de que ocorreram operações tributáveis.

Quanto às razões de mérito, nas quais se limitam à questão da aplicação da presunção legal proporcional ao percentual de operações tributadas, declarada pelo contribuinte, como também à vinculação de boletos de pagamentos com notas fiscais de vendas a consumidor ou cupons fiscais, registrados como “dinheiro”, a diligência realizada pela ASTEC dirimiu as dúvidas existentes, dando liquidez à exigência fiscal uma vez que, foram considerados todos os documentos fiscais oferecidos à tributação e vinculados aos boletos de cartão de crédito/débito, como também a proporcionalidade do percentual das mercadorias tributadas ao montante apurado, o que remanesceu o valor do ICMS de R\$28.117,42, consoante demonstrativo à fl. 3.087 dos autos, de cujo resultado foram científicos o autuante e o sujeito passivo, os quais não se manifestaram.

Tal infração está prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, com redação dada pela Lei nº 8.542/02, no qual autoriza a presunção da ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte prove ser improcedente tal presunção, sempre que a escrituração do estabelecimento indicar, dentre outras coisas, a existência de valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

O entendimento do CONSEF, até então, é de que a presunção prevista no citado dispositivo legal é de que as mercadorias são tributáveis, salvo no caso da totalidade da saída de mercadorias não

tributadas, isentas ou com imposto substituído, ou quando o percentual de tais saídas seja muito próximo a 100%, cuja aplicação de presunção legal não cabia.

Contudo, verificada qualquer hipótese de presunção legal de operações de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, venha o contribuinte a demonstrar ou a comprovar a existência de operações não sujeitas ao ICMS ou já com sua fase de tributação encerrada, este Colegiado passou a acatar tal expediente como uma prova da improcedência relativa da presunção, conforme previsto na própria norma legal.

Portanto, diante de tal interpretação, entendo que cabe razão ao recorrente no seu pleito, de forma que seja relevado o percentual de participação na receita bruta apurada, relativo às operações com mercadorias sujeitas ao ICMS, expurgando-se, em consequência, os montantes inerentes às mercadorias isentas ou com fase de tributação encerrada, como também a exclusão dos valores exigidos comprovadamente vinculados a documentos fiscais, objeto de tributação, conforme foi procedido na diligência realizada pela ASTEC.

Diante do exposto, acompanho o Parecer da PGE/PRROFIS e voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida, e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração no valor de R\$28.117,41, consoante demonstrativo à fl. 3.087 dos autos.

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 086974.0027/04-0, lavrado contra **SONTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA. (MAXITEL)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$28.117,41**, 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, 19 de julho de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

MARA LINA SILVA DO CARMO – REPRES. PGE/PROFIS