

PROCESSO - A. I. Nº 170623.0026/05-1
RECORRENTE - D & W COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. (ALFREDO DE ROMA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0145-05/05
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 28/11/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0432-12/07

EMENTA: ICMS. VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO OU DE DÉBITO. DECLARAÇÃO EM VALOR INFERIOR ÀS OPERAÇÕES REALIZADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. A declaração de vendas pelo sujeito passivo em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, vez que indica que o contribuinte efetuou pagamentos com recursos não registrados decorrentes de operações anteriores realizadas e também não registrados. Modificada a Decisão recorrida. Ajuste no cálculo do imposto apurado, adotando-se a proporcionalidade em razão do contribuinte comercializar mercadorias isentas e com ICMS já recolhido pelo regime de substituição tributária. Infração parcialmente caracterizada. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto tempestivamente para impugnar a Decisão da 1ª Instância, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS no valor de R\$27.313,93, acrescido da multa de 70%, pelo cometimento da seguinte infração:

“Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito”.

A JJF ao deliberar sobre o lançamento tributário declarou a procedência do mesmo, conforme o voto a seguir transcrito:

“Inicialmente devo ressaltar que descabe a alegação defensiva de não ocorrência do fato gerador, uma vez que o presente Auto de Infração exige ICMS em virtude da constatação de omissão de saída de mercadorias tributadas, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, e a esse respeito o art. 4º, § 4º, da Lei n.º 7.014/96, alterado pela Lei nº 8.542, de 27/12/02, dispõe 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 não original).

O autuado, por ocasião de sua impugnação, alegou que diversas vezes a forma de faturamento lançada e constante na redução “z” não equivale à forma de pagamento efetivamente realizada pelo cliente, pelos seguintes motivos: a) limitações do próprio sistema fiscal; b) pelo enquadramento administrativo da operação realizado pela empresa; c) por erro humano. Entende, ainda, que as diferenças exigidas pela autuante são irrelevantes, considerando seu recolhimento regular do ICMS, ou seja, alega que o total de suas vendas em cada mês é bem superior às diferenças apuradas pelo fisco.

No entanto, da análise dos elementos constitutivos do PAF, entendo que não assiste razão ao autuado, haja vista que o mesmo não acostou ao processo nenhuma documentação que pudesse comprovar seus argumentos.

Conforme transcrição do art. 4º, § 4º, da Lei n.º 7.014/96, acima, a infração em comento foi constatada através do exame das declarações de vendas do contribuinte, pelo fato de se apresentarem em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito. Nessas condições, fica autorizada a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, ou seja, o ônus da prova passa a ser do autuado.

Como o impugnante não comprovou a improcedência da presunção fiscal, entendo correto o procedimento fiscal, amparado ainda no que dispõe o art. 142, do RPAF/99 (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).

Destaco, ainda, que descabe o pleito do autuado de obter um desconto de 40% sobre o valor do débito, relativo ao imposto pago antecipadamente referente às bebidas, uma vez que como já acima mencionado, trata-se de uma presunção fiscal de saídas de mercadorias tributáveis, não havendo previsão legal para adoção de proporcionalidade na quantificação do imposto devido.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

No Recurso Voluntário, o contribuinte, através de seu advogado, sustenta que os valores levados à tributação em sua escrita fiscal superam as quantias informadas pelas administradoras de cartão de crédito. Para respaldar essa afirmação, fez a juntada ao processo de cópias do livro Registro de Apuração do ICMS e do livro Registro de Saídas. Declarou que esses documentos não foram analisados pela Junta de Julgamento Fiscal, pois esta resolveu privilegiar as informações prestadas por terceiros. Afirma que se a ASTEC tivesse executado diligência, chegaria à conclusão que em todos os meses levantados pela fiscalização os valores escriturados suportam aqueles informados pelas administradoras de cartão de crédito não existindo qualquer omissão de vendas, conforme registrado no Auto de Infração.

Logo em seguida o contribuinte argumentou que desenvolve atividade de restaurante, onde grande parte das mercadorias comercializadas ou já são tributadas antecipadamente, a exemplo de bebidas alcoólicas, refrigerantes, cigarros etc., ou são isentas, e a exemplo de frutas e verduras. Sustentou então a inadequação do roteiro de fiscalização aplicado e transcreveu o art. 356 do RICMS/97, que dispõe sobre não tributação, nas operações subsequentes, das mercadorias cujo imposto já tenha sido recolhido pelo regime da antecipação tributária.

Ao final, postulou que o Recurso Voluntário seja Provido para declarar a Improcedência da presunção de omissão de saídas de mercadorias que dá suporte ao lançamento.

Remetido o processo à Procuradoria Estadual, foi exarado Parecer pela remessa dos autos à revisão fiscal visando entrega ao autuado de relatório TEF contendo o detalhamento das operações realizadas no período objeto da autuação e as formas de pagamento adotadas. Pediu-se, também que fosse verificado, junto ao contribuinte, a prova do pagamento de parcelas autuadas referentes aos meses de agosto/04 e janeiro/05. Segundo informação constante do Recurso Voluntário essas parcelas foram objeto de pedido de parcelamento.

O colegiado desta 2ª CJF deliberou pela remessa do processo à Inspetoria de origem, para o saneamento proposto pela PGE/PROFIS, determinado, também, a reabertura de prazo para aditamento ao Recurso Voluntário.

O contribuinte, em nova manifestação, após o saneamento, reafirma a insubsistência do lançamento, declarando que os valores lançados em sua escrita fiscal são superiores aos informados pelas Administradoras de Cartão de Crédito. A título de exemplo mencionou o mês de agosto de 2004, em que os valores informados pelas Administradoras totalizaram a cifra de R\$152.132,58, e o registro de saídas de mercadorias da empresa totalizou a quantia de R\$153.508,52. Conclui, reiterando o pedido de improcedência da autuação.

A PGE/PROFIS, em nova manifestação, com respaldo no Parecer técnico nº 57/06, acostado às fls. 185 a 188, sustenta a procedência parcial do Auto de Infração, propugnando pela apuração do percentual de mercadorias tributadas, considerando a circunstância do contribuinte operar também com mercadorias isentas e tributadas pelo regime de antecipação tributária. Quanto ao montante das saídas apresentadas pelo contribuinte, o citado Parecer técnico conclui que o lançamento fiscal englobou tão-somente vendas pagas através de cartões de crédito. Já os valores lançados na escrita fiscal do sujeito passivo abarcam todas as formas de pagamento, via cartões, cheques, dinheiro etc, não podendo ser acolhida a pretensão do contribuinte de desconstituição do lançamento fiscal.

Considerando a necessidade de ajuste da base de cálculo do imposto lançado por presunção em razão do contribuinte comercializar mercadorias isentas e com ICMS retido, o processo foi remetido à Assessoria Técnica do CONSEF-ASTEC, que através do Parecer nº 31/07, ajustou os valores da autuação, considerando apenas o percentual de mercadorias tributadas. O ICMS lançado foi reduzido de R\$27.313,93 para R\$18.222,31.

Cientificados autuante e autuado da revisão efetuada pela ASTEC, o autuado reiterou os termos de seu Recurso Voluntário e a autuante não se manifestou. Logo em seguida, o representante legal da empresa ingressou com petição neste CONSEF, para declarar o reconhecimento das parcelas referentes aos meses de agosto, setembro, novembro e dezembro de 2004 e o parcelamento de parte do débito remanescente, juntando DAEs para atestar a sua afirmativa.

A Procuradoria, em novo pronunciamento, acolheu a revisão da ASTEC e reiterou o Parecer anterior, pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário.

VOTO

A pretensão do contribuinte em afastar a exigência contida no Auto de Infração em lide, em razão dos valores lançados na sua escrita superarem as quantias informadas pelas administradoras de cartão de crédito, não merece ser acolhida. É que a base de comparação, para efeitos fiscais, toma por parâmetro os valores registrados na escrita, a título de vendas exclusivamente em cartões de débito e/ou crédito, em confronto com os valores informados pelas Administradoras de Cartão. Pretende o contribuinte, entretanto, ampliar a base de comparação para incluir todas as saídas efetuadas, englobando além das vendas efetuadas por meio de cartões, as operações liquidadas em dinheiro, cheques etc. Não há como se acolher tal tese, posto que o lançamento fiscal abarcou exclusivamente as operações pagas através de cartão de crédito. Em suma: restou demonstrado nos autos que o montante das vendas informadas pela empresas de cartão de crédito, a partir dos dados enviados pelo próprio autuado e posteriormente entregues

ao fisco, superou os valores lançados na escrita da empresa estando, portanto, configurada a infração descrita no Auto de Infração.

Todavia, na instrução deste processo, a partir das informações coletadas junto ao sujeito passivo no procedimento de revisão determinado por este colegiado, a Assessoria Técnica do CONSEF-ASTEC evidenciou que o autuado não operava tão-somente com mercadorias tributadas, pois na sua atividade comercial vendia também mercadorias isentas e com ICMS recolhido antecipadamente pelo regime da substituição tributária. Em razão dessa circunstância, foi aplicada a proporcionalidade, para excluir da base de cálculo do imposto as operações não tributadas pelo ICMS ou já tributadas, sendo reduzido o valor da autuação de R\$27.313,93 para R\$18.222,31. Acolho esta revisão, mas, devo ressalvar, também, que o contribuinte é optante pelo regime de tributação simplificado, previsto no art. 504 do RICMS/97, aplicável às atividades de restaurantes, bares, padarias, confeitorias e demais atividades listadas na norma regulamentar. Nesse regime, o ICMS é recolhido mensalmente sobre a receita bruta, com a exclusão das devoluções, das receitas não operacionais e das operações isentas, não tributadas e com ICMS já recolhido antecipadamente pelo regime de substituição tributária. Em face do acima exposto, deve a citada sistemática de tributação ser aplicada às diferenças apuradas no Auto de Infração em exame, calculando-se o imposto à alíquota de 5%, passando o débito a ter a seguinte configuração:

Data Ocorr.	Data Venc.	B. Cálculo	Aliq %	Multa %	VI. Débito
30/08/2004	09/09/2004	34.037,76	5	70	1.701,88
30/09/2004	09/10/2004	11.306,94	5	70	565,34
30/10/2004	09/11/2004	16.882,29	5	70	844,11
30/11/2004	09/12/2004	30.355,35	5	70	1.517,76
30/12/2004	09/01/2005	7.243,35	5	70	362,16
30/01/2005	09/02/2005	7.364,35	5	70	368,21
Total		107.190,06			5.359,46

Por último, quanto aos DAEs (documentos de arrecadação) juntados para comprovar o parcelamento do débito, após a lavratura do presente Auto de Infração, não há como se acolher as provas apresentadas. Primeiro, em razão de não haver qualquer referência nos DAEs que indique estarem eles vinculados ao processo administrativo fiscal. Segundo, porque os DAEs anexados se referem a pagamento de ICMS do regime de receita bruta, ou seja, são pertinentes a pagamentos mensais e espontâneos do contribuinte. Não se referem a débitos lançados pela Fazenda Estadual.

Assim, considerando o acima exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, com os ajustes no cálculo do imposto acima indicados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 170623.0026/05-1, lavrado contra **D & W COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. (ALFREDO DE ROMA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.359,46**, 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, 14 de novembro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

RAIMUNDO LUIS DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS