

PROCESSO - A. I. Nº 003424.0021/05-8
RECORRENTE - F.C. MASCARENHAS & CIA. LTDA. (PORTAL SUPERMERCADO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JFJ nº 0344-04/06
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 28/04/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0083-12/08

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. Adequação do débito aos ditames da Instrução Normativa nº 56/07. A Aplicação da proporcionalidade no cálculo das omissões de saídas em razão do contribuinte operar em ramo de atividade que envolve a comercialização de mercadorias isentas, não tributáveis e com o ICMS retido pelo regime da antecipação tributária. Revisão do lançamento com base em diligência executada pela Assessoria Técnica do CONSEF (ASTEC). Infração subsistente em parte. Afastadas as preliminares de nulidade. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS mais multa, em razão do contribuinte ter deixado de recolher, no prazo regulamentar, imposto referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. O tributo foi apurado a partir das informações de vendas fornecidas pelas operadoras de cartão de crédito/débito, em confronto com as quantias acumuladas nos registros totalizadores dos equipamentos emissores de cupom fiscal.

O contribuinte apresentou defesa tempestivamente e o processo foi distribuído à 4ª Junta de Julgamento Fiscal que deliberou pela procedência do lançamento, conforme Acórdão de nº 0344-04/06, com o seguinte teor:

“No mérito, neste lançamento exige-se ICMS em razão de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada pela diferença entre o somatório dos cupons fiscais emitidos pelo autuado e o valor informado pelas operadoras de cartões de crédito e de débito.

Consoante o disposto no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, “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”.

Assim, ficou apurado que no exercício de 2004, período de julho a dezembro, a omissão de saídas tributáveis, perfaz o total de R\$117.595,50, gerando um débito de R\$ 19.991,24, à alíquota de 17%, deduzidos R\$9.407,64 de crédito presumido (8%), totalizando ICMS de R\$8.827,05.

Já no exercício de 2005, de janeiro a maio, a omissão de saídas perfaz R\$98.078,33, ICMS de R\$16.673,32, e após o crédito presumido de 8%, perfaz ICMS de R\$19.410,65.

Ressalto que se encontram anexos, os Relatórios TEF (fls. 08 e 10) , Demonstrativos e Planilhas (fls. 09 e 11), juntamente com fotocópias das reduções Z (fls. 14 a 324). Também o Relatório TEF Diário de fls. 345 a 677, documentos recebidos pelo autuado.

Quanto ao argumento defensivo de que não teriam sido considerados o faturamento dos meses de julho a dezembro de 2004 e de janeiro a maio de 2005, o autuado não comprovou através dos cupons fiscais as vendas referentes aos cartões de crédito nos valores informados em sua peça de defesa.

Desta forma, como a infração apurada está disciplinada no inciso III do art. 915 do RICMS/97, já que se trata de infração decorrente de realização de roteiro de Auditoria em relação às vendas realizadas através de Cartão de Crédito/Débito, entendo que foi correta a adoção da metodologia para apuração do imposto devido, inclusive, foi observado o percentual de 8% previsto em lei, a título de crédito fiscal, na determinação do valor do imposto a recolher (Lei nº 8.534/02, de 13/12/02, que alterou o art. 19 da Lei nº 7.357/98).

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Inconformado com a Decisão acima transcrita o contribuinte ingressou com Recurso Voluntário, argumentando, em síntese, a violação aos princípios da legalidade objetiva, verdade material, inquisitorialidade, tipicidade cerrada, cerceamento do direito de defesa pela falta de descrição clara e precisa da acusação. Sustentou ainda que o autuante cometeu erros, enganos e equívocos e que houve uso inadequado do roteiro de fiscalização por motivo do autuado não ter no ECF o meio de pagamento implantado além da sua atividade comercial abarcar mercadorias isentas ou já tributadas por antecipação e/ou substituição. Transcreveu diversas decisões originárias do CONSEF com o objetivo de lastrear as suas alegações. Requereu a nulidade do lançamento, e caso esta não seja acatada, postulou a redução do débito, via aplicação do princípio da proporcionalidade, citando como parâmetro o Acórdão CJF nº 0291-12/06. Anexou ao Recurso Voluntário cópia de inúmeros documentos para demonstrar a veracidade de suas alegações.

O recorrente alega, que o autuante utilizou roteiro inadequado de fiscalização em virtude da natureza da atividade da empresa, que nos seus atos negociais comercializa com 50% de mercadorias isentas (frutas, verduras, carne, frango, ovos etc.) e de mercadorias que sofreram tributação pelo regime de substituição tributária e/ou antecipação. Afirmar ainda que seu ECF não discrimina o meio de pagamento efetuado pelo cliente.

Ao intervir no processo, a Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS), sugeriu a remessa do processo em retorno ao fiscal autuante para que fossem analisados os documentos anexados à peça recursal, visando o complemento da informação fiscal prestada na fase de impugnação.

A 2ª CJF, em deliberação unânime, resolveu encaminhar o processo à ASTEC, para a realização de diligência, determinando que auditor fiscal estranho ao feito, a partir da escrituração fiscal e dos documentos que lhe davam suporte, apurasse o percentual de entradas e saídas de mercadorias isentas, não tributadas e com o ICMS recolhido pelo regime de substituição tributária. Caso comprovada a existência de operações sem ICMS e com o imposto retido na fonte, procedesse à quantificação do percentual correspondente e revisasse o valor do débito, considerando a aplicação do princípio da proporcionalidade.

A ASTEC, através do Parecer Técnico de nº 0078/07, conclui pela existência de operações sem ICMS ou com tributo retido por antecipação e apresentou os percentuais correspondentes, aplicando sobre o valor o débito do índice pertinente às entradas tributadas, resultando na

elaboração dos demonstrativos anexados às fls. 1433/1444, com apuração de débito no valor de R\$9.701,79, em contraposição ao originalmente lançado no Auto de Infração, no montante de R\$19.410,65. Ressaltou ainda a Parecerista, a impossibilidade de apurar os índices solicitados pela Câmara com base nas saídas promovidas pelo contribuinte em face do seu ECF, na respectiva redução “Z”, totalizar todas as mercadorias como enquadradas no regime da Substituição Tributária.

Intimados do resultado da revisão fiscal, manifestou-se apenas o autuado, reiterando o pedido de nulidade do lançamento em face da não entrega dos relatórios TEF diários, com a comprovação das operações de venda via cartão de crédito/débito. Voltou a informar que todas as operações registradas no ECF foram lançadas na modalidade de recebimento via dinheiro, reafirmando a inadequação do roteiro utilizado pela fiscalização. Requereu a aplicação da penalidade por descumprimento de obrigação acessória prevista no art. 915, inc. XXII do RICMS, declarando que a sua conduta não implicou em falta de pagamento de tributo, mas tão-somente a omissão no cupom fiscal do meio de pagamento efetivamente utilizado. Ao final, postulou pela declaração de nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS, em nova manifestação nos autos, declarou ter entendido, a partir do Parecer da ASTEC, que todas as operações realizadas pelo contribuinte contemplavam exclusivamente mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Todavia, a ASTEC aplicou o princípio da proporcionalidade com base nas operações de entradas de mercadorias, resultando o valor a recolher de R\$9.701,79. Quanto aos argumentos expendidos pelo contribuinte na manifestação protocolada após a diligência, afirmou que em nada inovam ao que já havia sido alegado na peça recursal, não acatando as nulidades suscitadas. Opinou pela revisão do conteúdo do Parecer da ASTEC e caso a situação em exame, na avaliação da Câmara, esteja em conformidade com a Instrução Normativa nº 56/2007, sugeriu a revisão do “*decisum*” da JJE, com os devidos ajustes no valor do débito, em consonância com o princípio da proporcionalidade, conforme indicado no Parecer revisional.

VOTO

Inicialmente, afasto as preliminares de nulidades suscitadas pelo recorrente, referentes à violação dos princípios da legalidade objetiva, verdade material, inquisitorialidade, tipicidade cerrada e direito de defesa, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado a partir do desenvolvimento de roteiro específico de fiscalização, originário das informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito, que indicavam que a movimentação financeira de vendas do contribuinte eram superiores aos valores acumulados nos registros dos equipamentos emissores de cupom fiscal. Nessa situação, a legislação autoriza o fisco, na forma do art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, a presumir que as diferenças apuradas se referem à prática de operações de saídas de mercadorias sem emissão de documento fiscal, cabendo ao contribuinte o ônus de provar o contrário. A lei autoriza que a partir de um fato conhecido e determinado, pertinente às informações prestadas por instituições financeiras, se deduza que os valores informados, que não estejam declarados nos documentos e equipamentos fiscais do contribuinte, sejam considerados tributáveis pelo ICMS.

Instruem o processo para documentar a acusação fiscal os relatórios de Informações TEF anual e por operação, exercícios de 2004 e 2005, tendo a Junta de Julgamento, ao sanear o processo, determinado a entrega dos relatórios discriminativos, por operação, com a conseqüente reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias, conforme documentos acostados às fls. 345 a 677 dos autos.

Logo, não podem prosperar os vícios apontados pelo recorrente, considerando que o Auto de Infração foi lavrado com a indicação precisa da infração cometida, lastreada nos documentos que lhe deram suporte, concedendo-se, ainda, prazo de mais 30 dias para a formulação de defesa, por

conta da juntada posterior dos relatórios específicos. Ausência, portanto, dos vícios processuais apontados na peça defensiva.

Quanto à manifestação do sr. procurador quanto ao conteúdo do Parecer da ASTEC, elaborado após a execução da diligência solicitada por esta Câmara de Julgamento Fiscal, entendo que houve um equívoco daquela autoridade ao afirmar de que a revisora teria mencionado que o contribuinte efetuava vendas exclusivamente de mercadorias com imposto retido pelo regime de substituição tributária. Em verdade, o que consta nos autos é a declaração da revisora, firmada a partir da escrita fiscal do contribuinte, de que os registros promovidos pela empresa, nos cupons que totalizavam as vendas mensais (a denominada leitura “Z”), indicavam exclusivamente vendas de mercadorias substituídas, mas essa situação foi descaracterizada na própria revisão, a partir do exame da composição das compras do sujeito passivo, constante das notas fiscais de aquisição apresentadas à auditora da ASTEC. Logo, não cabe qualquer retificação no parecer técnico que retrata as conclusões do trabalho revisional.

No mérito, restou provado após diligência da ASTEC, ter o contribuinte razão em parte, quando alegou desenvolver atividade comercial que compreende operações com mercadorias cujo imposto já se encontrava retido por substituição tributária e isentas do tributo. Com respaldo no Parecer Técnico, de nº 078/2007, entendo que o pleito do contribuinte, no que se refere ao mérito, deve ser parcialmente atendido, aplicando-se ao caso as disposições da Instrução Normativa nº 56/07, no sentido de adequar o valor autuado ao princípio da proporcionalidade, na quantificação das omissões de saídas. Restou evidenciado, pela perícia técnica, com base nos registros de entradas e saídas apresentadas pelo recorrente, que o mesmo opera com significativa margem mercadorias isentas, não tributas e com o ICMS retido pelo regime da antecipação tributária, algo em torno de 50% (cinquenta por cento), e nesta situação, o imposto exigido no presente Auto de Infração, apurado a partir de informações financeiras, deve ser ajustado. Do contrário, caso não seja efetuado esse tipo de ajuste, teríamos, em verdade, uma presunção absoluta sem possibilidade de elisão, visto que o regime de substituição tributária e a isenção alcançam uma ampla gama de operações submetidas à legislação do ICMS.

Assim, considerando o acima exposto, voto no sentido de dar PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, devendo o contribuinte ser intimado a recolher o ICMS no montante de R\$9.701,79, conforme apurado em revisão efetuada pela Assessoria Técnica do Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF).

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 **003424.0021/05-8**, lavrado contra **F.C. MASCARENHAS & CIA. LTDA. (PORTAL SUPERMERCADO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.701,79**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de abril de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS