

PROCESSO - A. I. Nº 298938.0602/07-5
RECORRENTE - COMPRE FÁCIL SUPERMERCADO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0365-04/07
ORIGEM - INFAS SERRINHA
INTERNET - 06/05/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0100-12/08

EMENTA: ICMS. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àqueles informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e/ou débito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS, no valor de R\$22.064,53, acrescido da multa de 70%, em decorrência de omissão de saídas 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 cartões de crédito, no período de janeiro de 2006 a março de 2007.

Consta do relatório da JJF que o recorrente apresenta sua defesa às fls. 19 a 23 argüindo preliminares de nulidade do lançamento tributário nos seguintes termos:

1. que foi intimada pessoa não representante legal da empresa;
2. que se incluiu na base de cálculo do imposto encargos financeiros nas vendas a prazo;
3. que não lhe foi apresentado qualquer justificativa, qualitativa ou quantitativa, para o percentual adotado no arbitramento, por isso, entende que teve cerceado o seu direito de ampla defesa e do contraditório;
4. ausência da indicação de que a omissão se deu por presunção legal;
5. desrespeito aos requisitos e pressupostos legais de validade do lançamento;
6. que o Auto de Infração não apresenta elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração cometida;
7. que há erro no levantamento da base de cálculo a partir da declaração da administradora de cartão de crédito, porque foram consideradas operações de créditos como fato gerador e encargos como base de cálculo e cita o artigo 39 do Regulamento do ICMS (Decreto nº 33.118/91);
8. que não existe regulamentação legal para apuração de fato gerador e crédito tributário por arbitramento da base de cálculo;
9. e que os dias fixados como data da ocorrência do fato gerador e data do vencimento não guardam consonância com a realidade fática, e diz que isso caracteriza a ausência de

informações no Auto de Infração quanto a forma de apuração do fato gerador, da base de cálculo e do arbitramento da alíquota.

Cita dispositivos do CTN, da CF/88 e a Súmula nº 237/STJ para arrimar as suas argüições de nulidade.

Quanto ao mérito, no que diz respeito à obrigação principal, não se pronunciou, apenas, impugnou a multa aplicada alegando que a mesma tem caráter confiscatório e abusivo, e finaliza a sua peça defensiva pedindo pela Nulidade do Auto de Infração.

O autuante em sua informação fiscal diz que o contribuinte requer a nulidade do Auto de Infração e menciona as mesmas argüições de nulidades descritas anteriormente, constantes da defesa, e passa a contestá-las, quando informa que a alegação do contribuinte, de que a pessoa que recepcionou a intimação não é representante legal da empresa, não é motivo suficiente para caracterizar a nulidade do Auto de Infração; diz que a intimação foi destinada ao contribuinte, a qual foi plenamente atendida, atingindo, desta maneira, a finalidade pretendida. Outrossim, a pessoa que se encontrava no estabelecimento, Sr^a. Josefá Cristina Garcia de Carvalho, à época, se apresentou como sendo a responsável pela empresa na ausência do sócio, e que a mesma meramente recepcionou a intimação, como poderia fazer qualquer outro funcionário da empresa. Afirma que a legislação prevê que o procedimento fiscal pode ser iniciado com a intimação por escrito do contribuinte, preposto ou responsável, para prestar esclarecimentos ou apresentar documentos fiscais, solicitados pela fiscalização, contanto que posteriormente encaminhe a quem de direito para que possa atender a solicitação.

Quanto à base de cálculo, informa que a mesma diz respeito às vendas efetuadas com cartão de crédito, conforme informado pelas administradoras de cartão, folhas 12 e 15, sem uma correspondente emissão de documento fiscal para as referidas operações, caracterizando, consequentemente, a omissão de saída, que motivou a lavratura do Auto de Infração em apreço.

Diz que não se trata, portanto, de encargos financeiros, como alude equivocadamente o contribuinte. Informa também, que a autuação se baseou na análise da documentação fiscal apresentada pelo contribuinte (Redução "Z" diária do Emissor de Cupom Fiscal) com as operações realizadas com cartão de crédito informadas pelas respectivas administradoras de cartão, (fls. 12 e 15), no período de janeiro de 2006 a março de 2007, sendo descabida a arguição de cerceamento de defesa.

Por fim, informa que a infração cometida, o fato gerador e o lançamento tributário citados pelo contribuinte como inexistentes, estão definidos nos artigos 2º, § 3º, VI; 50, I, 124, I e 218, do Decreto nº 6.284/97, descritos no enquadramento à fl. 02 do Auto de Infração.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

"O Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS em virtude da constatação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito e de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro a dezembro de 2006 e janeiro a março de 2007.

O recorrente apresentou defesa às fls. 19 a 23 e argüiu nove preliminares de nulidade do lançamento tributário, que passo a examiná-las, alegando que:

1 - Foi intimada pessoa não representante legal da empresa. Rejeito esta alegação, pois, não é motivo suficiente para se decretar a nulidade do Auto de Infração, consoante informou o autuante, a pessoa que assinou a intimação, à época, se apresentou como sendo funcionário responsável pelo estabelecimento, na ausência dos seus titulares, e, apenas recebeu a intimação fazendo a sua entrega aos sócios da empresa. Ademais, ficou demonstrado que o contribuinte tomou conhecimento da mesma, haja vista a sua defesa apresentada tempestivamente, ficando patente que a intimação atingiu a finalidade

pretendida, a de levar ao conhecimento do sujeito passivo todo o procedimento fiscal que culminou na lavratura do Auto de Infração.

2 – Foram incluídos na base de cálculo do imposto encargos financeiros nas vendas a prazo. Não acato este argumento, vez que, analisando os documentos acostados ao processo, constatei que a base de cálculo considerada corresponde às diferenças a menos, de vendas consignadas em ECF, em relação aos valores das vendas com cartões de crédito e de débito informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito. Não identifiquei nos autos registros dos encargos financeiros alegados.

3 – Teve cerceado o seu direito de ampla defesa e do contraditório, porque não lhe foi apresentado qualquer justificativa, qualitativa ou quantitativa, para o percentual adotado na constituição do lançamento tributário. Não acolho esta justificação, analisando as peças processuais, verifiquei que a lavratura do Auto de Infração foi devidamente fundamentada em papéis de trabalho que originaram o lançamento tributário, dos quais o sujeito passivo recebeu cópia, tendo as infrações descritas de forma clara, estando pautadas nos demonstrativos, e documentos fiscais que embasaram a acusação fiscal, determinando, com segurança, a infração e o infrator.

4 - Ausência da indicação de que a omissão se deu por presunção legal. Rejeito o que foi aduzido, uma vez que essa presunção, por sua natureza, decorre da própria norma, que no enquadramento da infração no Auto, se encontra bem clara quando faz a indicação do artigo 2º, § 3º, inciso VI, do RICMS/97, que presume a ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, de valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de créditos.

5 - Desrespeito aos requisitos e pressupostos legais de validade do lançamento. Não acato esta argüição, haja vista que o sujeito passivo foi regularmente intimado, tomou conhecimento da ação fiscal, inclusive a Secretaria do Conselho de Fazenda Estadual encaminhou o processo à INFRAZ de origem para que fosse feito a entrega ao recorrente das informações do Relatório Diário Operações TEF, de toda operação do período fiscalizado (fl. 32). A Inspetoria Fazendária juntou às fls. 34 a 163, a cópia do referido Relatório TEF e intimou o recorrente para receber cópia do mesmo, conforme fls. 164 e 165, consoante comprovante de Entrega de Correspondência, nº 37568591 7 BR, fl. 165, tendo sido reaberto prazo de 30 dias para defesa. Não tendo se manifestado no prazo legal, o processo retornou ao CONSEF para julgamento. Ademais, atendendo intimação o contribuinte entregou as Reduções Z para fiscalização, como afirma o autuante em sua informação, fls. 27 a 29, e com base nos citados Relatórios TEF e Reduções Z, constatei que foi elaborado demonstrativo, apurado o fato gerador das omissões de saídas de mercadorias tributadas, identificando claramente a Base de Cálculo, a alíquota e o montante do imposto devido e o percentual da multa aplicada, constatei, ainda que o contribuinte tomou ciência com recebimento de cópias do Auto de Infração e seus anexos e levantamento realizado.

6- O auto não apresenta elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração cometida. Não acolho esta alegação, vez que da análise das peças processuais, constato que na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto nos artigos 18, IV, “a” e 39 do RPAF/99, com a entrega ao sujeito passivo de todos os papéis de trabalho que deram origem ao crédito tributário, tendo as infrações descritas de forma clara, estando fundamentadas nos demonstrativos e documentos fiscais que embasaram a acusação fiscal, determinando com segurança a infração e o infrator. Além do mais, o contribuinte, exercendo o seu direito de ampla defesa e do contraditório, apresentou impugnação, demonstrando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração.

7 - Há erro no levantamento da base de cálculo a partir da declaração da administradora de cartão de crédito. Não acato também esta argüição. A empresa não trouxe ao processo

qualquer elemento de prova apontando os erros alegados, constatei que a base de cálculo considerada para apuração do imposto, está correta, correspondendo o seu valor às diferenças a menos, encontradas nas vendas registradas em ECF, em relação aos valores das vendas com cartões de crédito e de débito informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões, constantes dos relatórios TEF, cujas cópias lhe foram entregues, oportunizando a empresa identificar e apresentar o erro aduzido, o que não fez.

8 - Não existe regulamentação legal para apuração de fato gerador, da alíquota e de crédito tributário por arbitramento da base de cálculo. Rejeito estas alegações, constato que não houve aplicação de qualquer modalidade de arbitramento. Neste caso específico, foi aplicado o roteiro de fiscalização em usuário emissor de cupom fiscal, e a autuação se deu por presunção legal de omissão de saída de mercadoria tributada, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartão de crédito e de débito, informadas pelas administradoras, fundamentada no exame destas vendas e daquelas constantes dos documentos fiscais Reduções Z, apresentados pelo sujeito passivo.

9 - por derradeiro, não acato a argüição de que os dias fixados como data da ocorrência do fato gerador e data do vencimento não guardam consonância com a realidade fática, e de que caracterizam a ausência de informações no Auto de Infração quanto a forma de apuração do fato gerador, da base de cálculo e do arbitramento da alíquota. Por derradeiro, não acato esta argüição, primeiramente porque não houve qualquer arbitramento, nem da alíquota nem de qualquer outro elemento, consoante demonstrado anteriormente, e do exame levado a efeito nos documentos acostados ao processo, constatei que as datas de ocorrências do fato gerador constantes dos mesmos, guardam perfeita correspondência com aquelas registradas no Auto de Infração e a data de vencimento no dia 9 do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador, nele consignada, está de acordo com o artigo 124, do Regulamento do ICMS/97.

Em conclusão, consoante o aqui demonstrado, ficou constatado, que o sujeito passivo se limitou apenas em arguir preliminares de nulidades.

O recorrente impugnou a multa aplicada, aduzindo que a mesma tem o caráter confiscatório e abusivo, violando seriamente a Constituição Federal.

Em relação as alegações pertinentes à inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, no que diz respeito à multa aplicada, de acordo com o artigo 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador, declarar inconstitucionalidade estadual.

No mérito, à vista dos documentos acostados ao processo, constatei que houve omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito e de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, que à luz do § 4º, do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, presume-se omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. Ademais, atendendo intimação, o contribuinte entregou as Reduções Z para fiscalização, como afirma o autuante em sua informação, fls. 27 a 29, e com base nos citados Relatórios TEF e Reduções Z, constatei que foi elaborado demonstrativo, apurado o fato gerador das omissões de saídas de mercadorias tributadas, identificando claramente a Base de Cálculo, a alíquota e o montante do imposto devido e o percentual da multa aplicada, e no Auto as infrações foram descritas de forma clara, estando fundamentadas nos demonstrativos e documentos fiscais que embasaram a acusação fiscal, determinando com segurança a infração e o infrator. Constatei, ainda, que o contribuinte tomou ciência com recebimento de cópia do levantamento realizado. Houve reabertura de prazo de defesa e o recorrente não de pronunciou.

Como demonstrado na citada lei, esta presunção é “juris tantum”, ou seja, admite prova contrária, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência da presunção, e não o fez.

Pelo exposto, entendo que está correta a autuação, haja vista que, consoante o artigo 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 informação da parte contrária.

Vota pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Em seu Recurso Voluntário o recorrente reitera que “*sejam reconhecidas as preliminares e, acaso superadas as preliminares, verificada a nulidade do Auto de Infração*”. Discorre sobre nulidades arguidas, como sustentado na defesa:

1. a intimação foi efetivada a pessoa que não é representante legal da empresa;
2. o Auto de Infração considerou como base de cálculo do tributo encargos financeiros nas vendas a prazo;
3. não foi apresentada nenhuma justificativa, qualitativa ou quantitativa para o percentual adotado no arbitramento;
4. o Auto de Infração não apresenta elementos suficientes para determinar com segurança a infração cometida;
5. a presunção de saídas de mercadorias em virtude de informações de administradoras de cartões de crédito não autoriza a consideração de base de cálculo arbitrada sem a mínima razoabilidade, em valores exorbitantes;
6. o Auto de Infração não indica que a suposta omissão de saídas foi constatada por presunção;
7. o fisco violou o artigo 142 do CTN, que transcreve, mormente porque foram consideradas operações de crédito como fato gerador e encargos como base de cálculo;

Por fim, impugna a multa aplicada em virtude do seu caráter exorbitante e abusivo, violando a Constituição Federal, e requer a nulidade do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, fundamentando:

1. O contribuinte não traz argumentos ou provas capazes de elidir as infrações a ele imputadas, demonstrando-se a Decisão recorrida irreformável.
2. A infração identificada na autuação e confirmada no acórdão recorrido, consiste em omissão de vendas de mercadorias tributáveis e consequente não recolhimento do ICMS devido, apurada a partir de divergências entre os valores das vendas indicadas nas Reduções Z dos equipamentos fiscais do contribuinte e os valores informados pelas administradoras de cartões;
3. No caso em tela, em momento algum o contribuinte trouxe aos autos documentos capazes de demonstrar a inexistência das apontadas omissões, ou, ainda, o recolhimento do ICMS devido em relação às divergências apuradas. Cinge-se a reproduzir os argumentos da defesa, os quais demonstram improcedentes, já devidamente refutados na Decisão recorrida.

VOTO

Como bem destacou a ilustre procuradora, o contribuinte não trouxe aos autos qualquer documento capaz de demonstrar a inexistência das omissões apontadas, restringindo-se apenas a reproduzir argumentos expendidos na defesa, e devidamente refutados na Decisão recorrida.

Realmente, o julgador de Primeira Instância enfrentou com expressiva fundamentação os argumentos apresentados pelo autuado, que em nenhum momento impugnou o mérito da autuação, limitando-se apenas a questionar a legalidade da autuação, e da multa aplicada, para concluir requerendo a nulidade do Auto de Infração.

Concordo integralmente com entendimento do julgador *a quo*, que contestou integralmente as alegações do autuado, como se segue:

- legitimidade da intimação - a pessoa que assinou o seu recebimento apresentou-se como funcionária da empresa, e se assim não fosse, o fato do contribuinte haver apresentado defesa no prazo legal, demonstrando conhecimento integral das infrações;
- base de cálculo – não há comprovação no processo da inclusão de encargos financeiros, decorrentes de vendas a prazo, como alegado e não comprovado pelo recorrente;
- cerceamento do direito de defesa – não se sustenta a alegação, pois a ação fiscal está devidamente fundamentada, e o sujeito passivo recebeu cópia de todas as peças que a embasaram, ou seja, demonstrativos e demais documentos fiscais constantes do processo;
- presunção – o enquadramento legal da infração está consignado no artigo 2º, § 3º, IV, do RICMS/97, que trata das operações tributáveis sem pagamento do imposto e de valores de vendas inferiores aos informados por instituições administradoras; a presunção também encontra-se prevista no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96;
- arbitramento – a hipótese não se aplica, pois a apuração do débito foi baseada em elementos provenientes do confronto entre a escrita do contribuinte e as informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito;
- multa confiscatória – de acordo com o artigo 167, I do RPAF, não se inclui na competência deste Conselho a declaração de constitucionalidade da legislação estadual.

Em face do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298938.0602/07-5**, lavrado contra **COMPRE FÁCIL SUPERMERCADO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$22.064,53**, 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, 23 de abril de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR. DA PGE/PROFIS