

PROCESSO - A. I. Nº 178891.5019/06-3
RECORRENTE - VEMFA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (O REI DA CARNE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTARIO - Acórdão 4ª JFJ nº 0400-04/06
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 25/07/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0238-11/08

EMENTA: ICMS. VENDAS ATRAVÉS DE 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 tributadas sem pagamento do imposto devido. Modificada a Decisão recorrida, após os ajustes realizados mediante diligência fiscal, com a exclusão dos valores referentes às mercadorias enquadradas na substituição tributária e isentas. Infração comprovada parcialmente, à vista de aplicação da proporcionalidade. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra Decisão proferida pela 4ª JFJ, Acórdão nº 0400-04/06 que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 30/09/2006, para constituição de crédito tributário relativo ao ICMS no valor de R\$60.281,67, em razão de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartão de crédito ou de débito, em valores inferiores aos fornecidos por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Impugnação às folhas 17/32, informa que o recorrente que se encontra acompanhada de:

1. Demonstrativo das entradas de mercadorias através de notas fiscais por alíquota e por tipo de tributação, referente aos meses de janeiro a junho de 2006 com o cálculo do ICMS devido através da aplicação do princípio da proporcionalidade;
2. Cópias de DAE's referentes ao ICMS de Antecipação Parcial e total pagos no período de janeiro a junho/06 e 03 cópias de notas fiscais de aquisições de mercadorias isentas e de mercadorias que sofreram tributação pelo regime de substituição tributária e/ou Antecipação Tributária.

Comenta a inadequação do roteiro de fiscalização aplicado, pois 42,43% de suas vendas são de produtos isentos e não tributados, e a seguir transcrevendo trechos dos Acórdãos JFJ nº 0095-02/05, CJF nº 0203-11/05, JFJ nº 0023-02/05, JFJ nº 0249-03/05, JFJ nº 0075-04/05, CJF nº 0019-11/05, JFJ nº 0052-04/05, JFJ nº 0882-04/05, JFJ nº 0226-03/05, CJF nº 0050-11/05 e CJF nº 0291-12/06.

Requer na inicial que, caso não seja acatado o pedido de nulidade, a autuação aplique a proporcionalidade, levando em consideração a natureza das entradas de mercadorias.

Nas informações fiscais à fl. 347, está aduzido pelo agente que não existe previsão na legislação para aplicação da proporcionalidade requerida e opina pela manutenção integral da autuação.

Da análise do processo, a ilustre JJF transcreve a acusação do ilícito tributário, ao início afastada a preliminar de nulidade suscitada, tendo em vista que nenhum dos diversos argumentos apresentados causaria este efeito desejado pelo autuado.

De resto, observam os ilustres julgadores a inexistência de qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite a decretação de nulidade da autuação.

Adentrando ao mérito, não acolhem o argumento defensivo de erro nos registros das operações, pois não comprovado, e a autuação comparou os valores vindos da instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas como cartão de crédito e/ou débito, de cujas diferenças presume-se omissão de saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido., conforme previsão do art. 2º, §3º, VI do RICMS/97, *in verbis*:

“§3º Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:

.....
VI - valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito;”

Aduz a ilustre JJF não cabimento da aplicação da proporcionalidade, por falta de previsão legal, uma vez que *“Presume-se a ocorrência de **operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção**”* (grifo nosso), ou seja, presume-se operação tributáveis. Citam que as Decisões transcritas pela defesa, tratam de estabelecimento que operam exclusivamente ou em quase sua totalidade com saídas de tributadas, o que não ocorre com o autuado.

O argumento trazido em sua defesa, da emissão de notas fiscais, só pode ser acolhido o que efetivamente comprovado, uma vez que o art. 824-E, que foi acrescentado pela Alteração nº 38, aprovado pelo Decreto nº 8.413, de 30/12/02, DOE de 31/12/02, caput, e o § 3º, estabelecem que:

“Art. 824-E. A impressão de Comprovante de Crédito ou Débito referente ao pagamento efetuado por meio de cartão de crédito ou de débito realizado por meio de transferência eletrônica de fundos deverá ocorrer no ECF, vedada a utilização, no estabelecimento do contribuinte, de equipamento do tipo Point Of Sale (POS), ou qualquer outro, que possua recursos que possibilitem ao contribuinte a não emissão do comprovante.

...
§ 3º O contribuinte que receber como meio de pagamento cartão de crédito ou de débito deverá informar no anverso do respectivo comprovante, nos casos em que o comprovante não seja impresso no ECF, o tipo e o número do documento fiscal vinculado à operação ou prestação, seguido, se for o caso, do número seqüencial do equipamento no estabelecimento, devendo o tipo do documento fiscal emitido ser indicado por:

- I - CF, para Cupom Fiscal;*
- II - BP, para Bilhete de Passagem;*
- III - NF, para Nota Fiscal;*
- IV - NC, para Nota Fiscal de Venda a Consumidor; ”*

Manifestam seu julgamento pela Procedência do Auto de Infração.

Em sede de Recurso Voluntário, o recorrente inicia por anexar cópia do Acórdão nº 0291-12/06 proferido pela ilustre 2ª CJF, requerendo que suas razões sejam apreciadas por este CONSEF.

Transcreve a acusação fiscal, que correspondeu ao período de janeiro a junho de 2006, totalizando R\$60.281,67, reafirmando em todo seu teor os argumentos constantes na defesa inicial.

Cita incorreção no roteiro de fiscalização aplicado, insegurança na determinação da base de cálculo, com conseqüente prejuízo ao amplo direito de defesa, transcrevendo diversos Acórdãos que destacaram as ocorrências ora argüidas.

Diz que no mérito também é improcedente a autuação, conforme expõe a seguir;

Afirma que tratou-se de mera divergência entre as reduções Z e as informações da administradora de cartões de crédito, não e suficiente para determinar a autuação, por não ter havido falta de emissão de documento fiscal. Tratou-se apenas de engano nas operações de vendas, que ao processar o cupom através a ECF, registraram-se operações como vendas a dinheiro ao invés de a cartão de crédito;

Assim, solicita que seja efetuada uma Diligência no sentido da apuração do percentual de participação das mercadorias não tributadas sobre as tributadas, tomando por base as compras efetuadas de janeiro a junho de 2006.

Aduz que o CONSEF recentemente vem aceitando durante os julgamentos, sejam aplicados os princípios da proporcionalidade, e citam a este respeito julgamento efetuado pela 2ª CJF, de nº 0291-12/06, retro citado e anexado ao Recurso Voluntário.

Em seu pedido o recorrente requer reforma da Decisão proferida pela 4ª JJF e julgue Nula a infração em testilha, e que caso não venha a ser acatado seu pedido de nulidade, que seja aplicado o princípio da proporcionalidade conforme demonstrativo constante de sua defesa, e de conformidade ao Acórdão 2ª CJF nº 0291/12-06, processo no qual aquele autuado exerce a mesma atividade do recorrente.

Parecer ASTEC de nº 73/07 às fl. 401, revela que em 20/09/2007 foi intimado o recorrente para apresentação de analíticos mensais das entradas e saídas de mercadorias, indicando as operações tributáveis, as isentas e as não-tributáveis.

Esses dados fornecidos, confrontados com as Notas Fiscais de Entradas, revelaram que a base de cálculo operada pelo recorrente (planilha às fl. 407 ss) não se revelaram corretos, eis que não consideraram as omissões de saídas levantadas pela autuação (fl. 10), para os fins de calcular o percentual de mercadorias tributadas.

Findas essas considerações, a ilustre diligente fiscal após os cabíveis ajustes nos valores das bases de cálculo do ICMS, com exclusão daqueles pertinentes à Substituição Tributária e às Isentas da autuação, elabora Demonstrativo de Débito da infração, concluindo que, para o período de 31/01/2006, até 30/06/2006, após aplicação da proporcionalidade apurada, o ICMS devido é de R\$33.564,12.

Dado a conhecer do resultado da diligência, o recorrente manteve-se silente.

O opinativo da PGE/PROFIS diz verificar que o Auto de Infração em comento contém os elementos necessários à identificação do cometimento infracional, indispensáveis ao exercício da ampla defesa e do contraditório, pelo que não se vislumbra qualquer nulidade.

Comenta que a alegação da incorreção de roteiro de fiscalização, por tratar-se de empresa do ramo varejista operando em grande parte com mercadorias isentas ou com fases de tributação encerradas, como é o caso das mercadorias com substituição tributária ou ainda com antecipação parcial do ICMS, merece melhor aprofundamento analítico. Discorda, após diversas considerações, quanto à comentada inadequação do roteiro de fiscalização, dado não ter restado demonstrado a empresa operar em sua totalidade com as espécies de mercadorias alcançadas pela isenção, ou sujeitas à substituição tributária ou submetidas à antecipação parcial do ICMS. Aduz a ilustre procuradora Dra Paula Gonçalves Morris Matos, que confirmam esses aspectos, a disposição da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF determinando a realização de Diligência nesse sentido.

Expressa a ilustre procuradora, o acerto da autoridade revisora na obtenção de percentual de saídas proporcionais, para o cálculo do imposto efetivamente devido, operando a exclusão das

mercadorias não tributadas e sujeitas ao regime de substituição/antecipação tributárias, dizendo ser imperativa a redução do valor do débito, na medida da proporcionalidade obtida e apontada no Parecer ASTEC nº 73/07.

Emite Parecer conclusivo pelo Conhecimento e Provimento Parcial do Recurso Voluntário, para que seja reduzido o valor do débito nos termos do citado Parecer ASTEC 73/07.

Em Despacho às fls. 432 dos autos, o Procurador Assistente da PGE/PROFIS Dr. José Augusto Martins Junior, acolhe em todos os seus termos o Parecer exarado pela ilustre procuradora, conforme colacionado às fls. 425/430 do PAF, que concluiu pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, tendo em vista a proporcionalidade aferida e aplicada na omissão de saídas tributadas, da qual se observou a redução do imposto lançado, para R\$33.564,12.

VOTO

O auto de infração foi lavrado, tendo por base omissão de saídas de mercadorias tributadas, decorrente de apuração efetuada pelo agente fiscal, por intermédio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valores inferiores aos fornecidos por instituição financeira e administradora desses cartões.

O princípio vergastado pelo recorrente, da proporcionalidade, resultou razoável e substantivo, tendo sido deferida a diligência requerida. A referida diligência, que recebeu o Parecer da ASTEC de nº 73/07 às fls. 401, demonstra ter sido intimado o recorrente em 20/09/2007 para apresentação de analíticos mensais das entradas e saídas de mercadorias, discriminando as operações tributáveis, as isentas e as não-tributáveis. Esses elementos fornecidos, cotejados com as notas fiscais de entradas, revelaram que a base de cálculo operada pelo autuante não se revelou correta, eis que não consideraram as omissões de sápidas levantadas pela autuação (fls. 10), para os fins de calcular o percentual de mercadorias tributadas.

Ao deslindar essas considerações, a diligente fiscal procedeu aos necessários e requeridos ajustes nos valores das bases de cálculo do ICMS, removendo aqueles pertinentes à substituição tributária e às isentas da autuação, em seguida elaborando demonstrativo de débito da infração, concluindo que, para o período de 31/01/2006 até 30/06/2006, após aplicação da proporcionalidade apurada, o ICMS devido é de R\$33.564,12, sobre o qual não houve manifestação do recorrente.

Em razão das considerações acima expostas, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado para julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **178891.5019/06-3**, lavrado contra **VEMFA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (O REI DA CARNE)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$33.564,12**, 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, 18 de julho de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

ANA PAULA TOMAZ MARTINS - REPR. DA PGE/PROFIS