

PROCESSO	- A. I. N° 115969.0109/07-7
RECORRENTE	- SUPERMERCADO DO BEBÊ CONFECÇÃO LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF n° 0020-05/09
ORIGEM	- INFRAZ VAREJO
INTERNET	- 09/07/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0188-12/09

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO ECF. EXIGÊNCIA DE 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, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Infração caracterizada em virtude de não ter sido comprovada, na diligencia efetuada, a alegação da existência de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Não justificada a aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/07. Mantida a Decisão da JJF. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário através do qual o contribuinte se insurge contra a Decisão de 1ª Instância que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado para exigir ICMS no valor de R\$48.406,26, mais multa de 70%, em razão da 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 nos meses de janeiro a dezembro de 2006.

O autuado ingressou com defesa às fls. 120 a 127 e a JJF, ao decidir a lide, proferiu o voto a seguir transcrito, na parte relativa ao mérito.

“Constato que o contribuinte em sua peça de defesa, insurge-se contra o lançamento, argumentando que o faturamento mensal é “sempre superior” ao informado pelas administradoras, mas não aceito este argumento, haja vista que mesmo que o faturamento mensal da empresa tivesse sido superior, ao valor informado pelas administradoras de cartões de crédito/débito, a verificação fiscal ocorreu do confronto entre as vendas registradas nas Reduções Z do ECF, e as vendas informadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, e somente através destes dados é que o contribuinte poderia elidir a autuação fiscal.

Também na peça de defesa, o sujeito passivo reconhece o valor da infração no montante de R\$ 9.495,21, junta demonstrativo tentando comprovar suas alegações, mas não há comprovação legal da proporcionalidade que aplicou, de 53,17%, pois neste sentido foi efetuada diligência, ocasião em que a empresa devidamente intimada para apresentar o livro Registro de Apuração de ICMS, onde deveria estar registradas as saídas tributadas, as saídas com o imposto pago por substituição tributária, não o fez.

Diante da falta de comprovação dos argumentos da defesa, devo ater-me ao que consta no processo, e não às afirmações que o contribuinte faça, mas não comprove, o que enseja a subsunção da norma contida no art. 123 do RPAF/99, a este caso concreto: “É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 dias, contado da intimação.”

Pelo exposto restou comprovado que os valores constantes da redução Z, relativos às vendas por meio de cartão, são inferiores aos valores que o contribuinte afirmou que efetuara, não tendo comprovado as saídas de mercadorias enquadradas na substituição tributária, o que levaria à aplicação da proporcionalidade. Caberia à defesa juntar os documentos fiscais, relativos a todas as operações efetuadas, o que não o fez, ou mesmo tê-los fornecido no momento da diligência.

Assim, não há parâmetros seguros para atestar que as vendas com cartões de crédito/débito teriam sido integralmente contabilizadas e fornecidas à tributação, mesmo porque as vendas constantes na Redução "Z" foram apuradas pelo autuante, e confrontadas com as vendas com cartões informados pelas administradoras, do que resultou a diferença de ICMS ora exigida.

Deste modo, vejo que o comportamento do autuado foi o previsto na regra do art. 143 do RPAF/99: "a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal".

Deste modo, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração."

No Recurso Voluntário o contribuinte, através de seu advogado, alega que a autuação é nula por desobediência à Instrução Normativa nº 56/07, que determina a aplicação da proporcionalidade referente às operações não tributadas. Invocou a aplicação do princípio da verdade material e fez citações de ensinamentos doutrinários acerca dessa questão. Declarou que em sua atividade comercializa com diversos produtos sujeitos à substituição tributária, a exemplo de chupetas, mamadeiras, fraldas e bicos. Sustenta que na impossibilidade de apuração da proporcionalidade deveria o autuante ter consignado essa circunstância no termo de encerramento de fiscalização, sob pena de invalidade dos atos subsequentes.

No mérito afirma que a presunção legal não se caracterizou, pois o total de saídas do estabelecimento supera os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito. Fez juntada de documento para fins de comprovação. Afirmou que o dispositivo legal em que se baseou a ação fiscal é explícito ao afirmar que somente será autorizada a presunção de omissão de saídas das mercadorias "*se a declaração de vendas do contribuinte se der em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras*". Entende por declaração de vendas a totalidade das operações praticadas pela empresa em cada período mensal.

Postulou pela reforma da Decisão de 1ª Instância e a decorrente declaração de nulidade do lançamento. Caso ultrapassada a questão formal, formulou pedido pela improcedência do Auto de Infração, visto entender não estar configurada a presunção de omissão de saídas que serviu de lastro para acusação fiscal.

A Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS), no Parecer acostado às fls. 188 a 189, chama a atenção de que a JJF converteu o processo em diligência para que o contribuinte fosse intimado a apresentar os elementos que justificassem a aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/07. Todavia, fez observar que o autuado não atendeu à intimação, deixando de apresentar os elementos necessários à revisão do lançamento. Diante disso entende a representante da PGE/PROFIS que a ninguém é dado se beneficiar da própria torpeza, razão pela qual sustenta não ser possível se acatar a nulidade que foi suscitada pela parte recorrente.

No mérito, a representante da PGE/PROFIS também sustenta a impossibilidade de acolhimento do pleito recursal, visto que as informações de vendas por cartão de crédito e débito, fornecidas pelas administradoras de cartão, só podem ser objeto de comparação e confronto com informações de mesma categoria, atinente às operações em que o contribuinte expressamente declarou em sua escrituração aquela modalidade de pagamento.

Diante do acima exposto, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

No presente Auto de Infração é exigido ICMS por ter sido apurada 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 nos meses de janeiro a dezembro de 2006.

Conforme foi muito bem ressaltado no Parecer da Procuradoria Estadual, a nulidade suscitada pela parte recorrente não pode ser acolhida, pois ao contribuinte foi concedida a possibilidade de produção da prova que demonstrasse que a empresa promoveu no período alcançado pela autuação operações com o ICMS já retido na fonte, pelo regime da substituição tributária. Nesse sentido determinou a Junta de Julgamento Fiscal a realização de diligência fiscal para que o autuado acostasse ao processo os documentos fiscais que demonstrassem que a empresa promoveu operações não mais sujeitas ao pagamento do ICMS, visando à aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/07. Todavia, nada foi apresentado pelo autuado, de forma que a alegação de nulidade não pode ser acolhida, pois o fato modificativo do lançamento não foi provado pela parte que a alegou. Ademais a Nota Fiscal apresentada à fl. 183 diz respeito às operações verificadas no exercício de 2009 e o Auto de Infração abarcou o período compreendido entre janeiro e dezembro de 2006.

No mérito, de igual forma, as alegações recursais também não merecem acolhimento. Isto porque as informações de vendas por cartão de crédito e débito, fornecidas pelas administradoras de cartão, só podem ser objeto de comparação e confronto com informações de mesma categoria, atinente às operações em que o contribuinte expressamente declarou em sua escrituração aquela modalidade de pagamento. Estabelece a legislação do ICMS que o contribuinte obrigado a utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF, deverá indicar no cupom fiscal o meio de pagamento adotado na operação ou prestação (art. 238, § 7º do RICMS/97). Diante dessa regra se as vendas consignadas na escrituração fiscal são em valores superiores aos informados pelas administradoras de cartões, é indubitável que estão incluídos nesses valores, além das vendas pagas em cartões, aquelas realizadas e pagas em outras modalidades, tais como: vendas pagas com cheque, dinheiro, etc.

Portanto, a análise comparativa feita pelo autuante está correta, visto que foram confrontados os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito e débito com os dados existentes na escrita do contribuinte, consignados nas leituras “z” do equipamento emissor de cupons fiscal, abarcando somente as operações quitadas através daquela modalidade de pagamento.

Caberia ao recorrente, que assim não procedeu, apresentar à fiscalização as notas fiscais emitidas com a indicação do modo de pagamento através de Cartões de Crédito/Débito, em valores e datas coincidentes com os informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, sobretudo após a entrega dos Relatórios TEF, para que fossem efetuadas as deduções pleiteadas.

Diante do acima exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

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 **115969.0109/07-7** lavrado contra **SUPERMERCADO DO BEBÊ CONFECÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$48.406,26**, 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, 30 de junho de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

ANA CAROLINA ISABELLA MOREIRA – REPR. DA PGE/PROFIS