

PROCESSO - A. I. Nº 114155.0001/10-6
RECORRENTE - VENT-LUX COMÉRCIO DE VENTILADORES DE TETO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0349-02/10
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 18/11/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0347-12/11

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. Não acolhida a arguição de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Infração comprovada. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo inconformado com a Decisão de 1ª Instância (Acórdão nº 0349-02/10) que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 31/03/2010, para constituir o crédito tributário relativo ao ICMS no valor histórico de R\$28.922,79, em razão de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

O autuado, ora recorrente, às folhas 22 a 25, impugnou o lançamento tributário, aduzindo que a autuação é improcedente, para concluir sua defesa exordial no sentido de asseverar que o ICMS devido é de apenas R\$ 2.237,69, importância que será devidamente recolhida.

Encontra-se acostado aos autos, às fls.96 e 97, o relatório do SIGAT – DETALHAMENTO DE PAGAMENTO PAF, constando o pagamento referido.

Por fim, protesta pela “1- produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos; 2-revisão para investigação dos totais de vendas declarados e tributados, assim como das compras, inclusive via ECF; 3-NULIDADE ou IMPROCEDÊNCIA da autuação, ou, no máximo, pela procedência parcial, para a condenação no valor de R\$2.237,69”.

O auditor autuante na sua informação fiscal, afirmou que são descabidos os argumentos do autuado e que o entendimento do sujeito passivo de que “deveria ser confrontado o valores declarados pelas administradoras com o total das vendas registrada é apenas protelatório”.

Ressalta ainda que a própria defesa afirma que todas as suas vendas foram mediante emissão de documento fiscal, admite uma diferença de R\$13.162,91.

Por fim, entendeu devida a autuação e pediu sua manutenção.

O processo administrativo fiscal foi encaminhado para apreciação da 2ª JJF, que exarou a Decisão abaixo transcrita, *in verbis*:

“ (...)Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, 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.

Fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado. Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois a autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquiere de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Ademais, devo ressaltar que a própria defesa reconheceu expressamente e pagou parte do valor autuado.

Quanto ao pedido de “revisão” formulado na peça defensiva, entendo-o como pedido de diligência, o qual indefiro com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

No mérito, observo que o levantamento realizado pela autuante comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte com vendas realizadas com cartão de crédito e/ou débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão do art. 2º, § 3º, VI do RICMS/97, in verbis:

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.

Em sua defesa o sujeito passivo alegou que antes da vigência da Lei 11.899/10, as divergências entre dados fornecidos pelas Administradoras, em seu entendimento, obrigatoriamente, devem ser confrontados com os totais declarados pelo contribuinte.

Ocorre que essa alegação não é capaz de elidir a autuação, uma vez que a jurisprudência consolidada desse Conselho de Fazenda, em seus diversos acórdãos sobre o tema, a exemplo do ACÓRDÃO Nº 0207-11/08, firmou o entendimento de que a comparação somente pode ocorrer entre operações equivalentes, ou seja, as vendas declaradas pelo contribuinte como sendo pagas por cartões de crédito/débito são comparadas com as operações que foram pagas com cartão de débito/crédito informadas pelas administradoras de cartões. Portanto, a Lei 11.899/10, ao tratar da presunção em tela, somente esclareceu alcance, ratificando as decisões desse conselho, sendo apenas uma norma interpretativa.

Nas vendas declaradas na DMA Consolidada são informadas as vendas totais do estabelecimento, sem nenhuma identificação de qual foi o meio de pagamento, razão pela, também, não pode ser acolhido o pedido da defesa para redução do débito para R\$2.237,69.

Quanto a alegação defensiva de que no demonstrativo à folhas 04 não revela qualquer comparativo dos valores constantes em “Reduções Z”, não pode ser acolhido, uma vez que, repito, segundo a jurisprudência consolidada desse Conselho de Fazenda, somente pode ser considerado os valores efetivamente comprovado pelo contribuinte como recebimento mediante cartão de crédito e/ou débito, independentemente da vendas ser ampara com nota fiscal ou cupom fiscal.

De igual modo, não pode ser acolhido o argumento defensivo de as vendas por cartões não foram devidamente levantadas. Não existe na autuação um meio comparativo legal e seguro, assim como os demonstrativos apresentados não seguem os ritos dos milhares de lançamentos similares, pois o sujeito passivo recebeu cópia do relatório TEF Diários, contendo todas as suas operações informadas, uma a uma, de forma individualizada, pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito no período objeto da autuação, fl. 19, fato que lhe possibilitou cotejar os dados constantes nos mesmos com seus documentos fiscais emitidos,

entretanto, não apontou qual ou quais operações, que no entendimento do contribuinte, não teria sido considerada corretamente pela fiscalização.

Não resta dúvida de que se trata de presunção legal relativa. Portanto, admite prova em contrário do sujeito passivo, ao qual compete o ônus de elidi-la. Ônus do qual, como visto, não se desincumbiu o recorrente. Aplicando-se, assim, o disposto no art. 142 do RPAF/BA, segundo o qual 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.

Também, não pode ser acatado o argumento da impugnante de que não existe condições de instauração da presunção de omissão de receita/vendas, pois o autuado, como usuária de ECF, não teve os valores registrados nos seus equipamentos considerados, não havendo no processo qualquer justificativa para a recusa de tais elementos, uma vez que a justificativa é bastante clara, qual seja, somente podem ser considerados os valores efetivamente comprovados de que foram objeto de pagamento mediante cartão de crédito e/ou débito.

Logo, entendo que o procedimento da fiscalização não merece nenhum reparo, estando perfeitamente caracterizada a infração imputada no Auto de Infração em lide, pois 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.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”

Inconformado com tal Decisão o recorrente interpôs, tempestivamente, Recurso Voluntário. Esta peça recursal impugna a Decisão exarada em 1º grau. O recorrente inicia suas alegações recursais arguindo preliminar de nulidade. Tal arguição se fundamenta, no seu entendimento, de que a JJF confundiu preliminar com mérito, trazendo prejuízos à defesa, ou seja, por conta disto a JJF não apreciou a defesa de modo integral. Assim sendo, segundo o recorrente, os itens 3 e 6 da defesa inicial não foram enfrentados.

Aduz que a denominada “*Planilha Comparativa de Venda por Meio de Cartão de Crédito/Débito*” acostada à fl. 04 não é “comparativa”, apesar da Decisão da JJF ter acatado a mesma como tal. No entendimento do recorrente não existe nos autos nada que comprove a alegada comparação. Por isto, assevera que não houve enfrentamento da defesa de modo correto, incorrendo inclusive em supressão de instância. Alega ainda que a JJF não fez referência aos documentos juntados pela defesa, principalmente o LRS onde as vendas por ECF foram registradas, provocando também, ao seu ver, supressão de instância. Portanto, entendeu o recorrente que houve contradição na Decisão, supressão de instância, gerando “*consequente cerceamento do direito de defesa*”.

Por conta de tais vícios alegados em seu Recurso Voluntário, o recorrente requereu, em preliminar, a nulidade da Decisão recorrida.

No mérito, observado o disposto no art. 155 do RPAF/99, o recorrente alegou a improcedência da autuação, vez que não existe base legal para se estabelecer “*presunção de omissão de saídas*”, já que antes da vigência da Lei nº 11.899, de 30/03/2010, a norma legal se reportava a “*declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito*”. Por conta disto, os dados fornecidos pelas Administradoras, devem, obrigatoriamente, ser confrontados com os totais declarados pelo contribuinte.

No entendimento do recorrente o demonstrativo acostado à fl. 4 não demonstra qualquer comparação. Com base na DMA Consolidada de 2008, o recorrente registrou vendas de R\$156.971,18, não existindo base legal para se afirmar, como fez a 1ª Instância, de que o sujeito passivo também vendeu e não declarou R\$170.134,09. Segundo o recorrente, poderia, no máximo, se admitir que as vendas não declaradas seriam a diferença entre os valores acima, ocasionando uma base de cálculo apenas da diferença, gerando um ICMS devido de R\$ 2.237,69.

Arguiu que tudo que foi vendido está declarado no seu LRAICMS e, anualmente, na DMA, inexistindo base legal para se especular que todas as vendas informadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito não foram declaradas e, consequentemente, tributadas.

Insiste em garantir que o total vendido e tributado consta nas DMA'S e principalmente no LRS, no qual observam-se os lançamentos das vendas por nota fiscal e por ECF, cujos totais se harmonizam com as DMA'S, restando a diferença de R\$13.162,91, o que gera apenas o ICMS de R\$ 2.237,69, como já afirmado.

Afirmou, ainda, que os valores constantes do LRS refletem as vendas com cartões, já tributadas, *“e mesmo por equívoco podem ter sido lançados como sendo “em espécie”, hipótese que conta com a compreensão do CONSEF”*. E, traz no seu Recurso Voluntário a ementa do Acórdão JJF nº 0103-01/06. Por fim, concluiu sua peça recursal requerendo o seu Provimento, solicitando a nulidade da Decisão e pela nulidade ou improcedência da autuação, ou, no máximo, pela procedência parcial, para condenação no valor de R\$2.237,69.

Os autos foram encaminhados para Parecer Jurídico da Douta PGE/PROFIS. De acordo com tal Parecer não assiste razão ao recorrente na sua arguição de que houve supressão de instância que pudesse ensejar nulidade da Decisão recorrida, pois a JJF enfrentou as questões de mérito expostas na defesa inicial.

No que tange ao mérito, no entendimento desse órgão, a arguição do recorrente não se fez acompanhar de provas que pudessem elidir a presunção legal apurada no lançamento de ofício. A presunção legal encontra amparo no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, constituindo-se fato gerador do ICMS cobrado. De acordo com a PGE/PROFIS, a Lei do ICMS é clara e *“a presunção legal de omissão de saídas persiste enquanto o contribuinte não lograr elidi-la, mediante a produção de prova que lhe cabe”*. Porém, da análise da peça recursal, não se constata nenhum documento de prova, repisando os mesmos argumentos já apresentados em sede de defesa.

Assim sendo, a PGE/PROFIS concluiu seu Parecer, opinando pelo Conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo.

VOTO

Compulsando os autos, verifico tratar-se de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo, no qual insurge-se contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 31/03/2010, no qual efetuou lançamento de ofício de crédito de ICMS não recolhido no valor histórico de R\$28.922,79, em razão 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 fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Conforme se depreende dos autos, o recorrente neste Recurso Voluntário repisa os argumentos trazidos na defesa exordial e aduz novos argumentos acerca da Decisão proferida pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal.

Em sede de preliminar, procede várias argumentações acerca de falhas no procedimento que entende inquinar de nulidade a Decisão de 1º grau. No bojo da argumentação de nulidade está seu entendimento de que a JJF confundiu preliminar com mérito, trazendo prejuízos à defesa, na medida em que não apreciou a defesa de modo integral. Asseverou que *“Planilha Comparativa de Venda por Meio de Cartão de Crédito/Débito”* (fl. 04) não é *“comparativa”*, apesar da Decisão da JJF ter acatado a mesma como tal. No entendimento do recorrente não existe nos autos nada que comprove a alegada comparação, por conseguinte, ao seu modo de ver, não houve enfretamento da defesa de modo correto, incorrendo inclusive em supressão de instância, nos dizeres textuais do recorrente.

Analisando esta preliminar suscitada, entendo que a mesma traz alegações que carecem respaldo legal acerca do julgamento proferido pela 1ª Instância. Não vislumbro fundamento jurídico capaz de inquinar de nulidade a Decisão da 1ª Instância, baseou-se nos dados acostados aos autos e na legislação tributária vigente à época, enfrentando os argumentos trazidos na defesa inicial, de forma clara e plena, e com a observância dos procedimentos formais exigidos, oferecendo pleno direito de defesa e do contraditório.

No meu entendimento não procede a alegação do recorrente de que suas razões foram confundidas pela 2ª JF com “questões prejudiciais”. A 1ª Instância enfrentou todas as questões de mérito suscitadas na defesa inicial, como constatei às fls. 108/109 dos autos.

A arguição de que a planilha elaborada pelo autuante, e analisada pela 2ª JF, não é comparativa dos valores constantes em “Reduções Z” é uma assertiva infundada, vez que, com fulcro na jurisprudência consolidada desse Conselho de Fazenda, apenas os valores efetivamente comprovados pelo contribuinte como recebimento mediante cartão de crédito e/ou débito podem ser considerados, independentemente das vendas estarem amparadas com nota fiscal ou cupom fiscal. Assim sendo, tais razões alegadas não dão margem para configurar incorreção na análise da defesa, supressão de instância e, muito menos, cerceamento de defesa.

Na análise do mérito da autuação, a alegação de improcedência do recorrente nos termos postos no relatório acima, também carecem de razão, pois constatei que, de fato, houve uma diferença entre as informações das administradoras de cartão de crédito/débito e as saídas declaradas pelo próprio contribuinte com vendas realizadas com cartão de crédito e/ou débito. Isto permite o lançamento de ofício por presunção legal, ou seja, omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do ICMS devido, em face de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, com fulcro no art. 4º, § 4º, da Lei 7.014/96, que transcrevo abaixo:

“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”.

Entendo que esse procedimento fiscal do lançamento de ofício por presunção legal, e, de fato, desprovido de um método quantitativo cartesiano, daí a origem da expressão “**presunção legal**”. Isto, todavia, não tem o condão de invalidar tal procedimento fiscal previsto em lei, tendo o recorrente recebido cópia do relatório dos TEF Diários, contendo todas as suas operações informadas, de forma individualizada, pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito no período objeto da autuação, conforme se constata à fl. 19 dos autos. Tal fato lhe possibilitou cotejar os dados constantes nos mesmos com seus documentos fiscais emitidos.

Contudo, não encontrei nos autos documentos que pudessem elidir a presunção de omissão de saídas nos valores apontados na autuação. O recorrente não comprovou documentalmente a inconsistência alegada, de modo a deixar patente que as operações não teriam sido consideradas corretamente no processo de fiscalização.

Nesta esteira, vale ressaltar que a imputação poderia ter sido elidida com provas cabais que desconstituíssem os valores lançados de ofício, pois este ônus é, por lei, do sujeito passivo. Em não fazendo, como ocorreu no presente caso, prevalece o disposto no art. 142 do RPAF/99, ou seja, “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”.

Por oportuno, lembro que o processo administrativo fiscal assegura ao contribuinte o direito à impugnação da acusação fiscal, possibilitando a apresentação de todos os meios legais de prova capazes de elidir a infração, fato que não se verificou no presente processo.

O recorrente alegou que antes da vigência da Lei nº 11.899/10 as divergências entre dados fornecidos pelas Administradoras “*obrigatoriamente, devem ser confrontadas com os totais declarados pelo contribuinte, e que foram levados à tributação espontânea*” (grifo do recorrente). Entretanto tal argumento não é capaz de elidir a autuação, uma vez que o CONSEF, através de diversos acórdãos exarados acerca da matéria em tela, pacificou entendimento de que a comparação somente pode ocorrer entre operações equivalentes.

Isto posto, não cabe qualquer comparação pretendida pelo recorrente entre a DMA consolidada, referente ao exercício de 2008, com os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito. A interface deveria ter sido realizada com os valores declarados no ECF e nas Notas Fiscais de Venda, na forma apurada pelo Fisco. Nesta esteira, o recorrente nada traz aos autos que possa elidir ou mitigar a acusação fiscal.

Enfim, por tudo quanto exposto, à luz dos documentos e da legislação aplicável, voto pelo IMPROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida, devendo ser homologado o valor recolhido.

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 **114155.0001/10-6**, lavrado contra **VENT-LUX COMÉRCIO DE VENTILADORES DE TETO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$28.922,79**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Sala de Sessões do CONSEF, 24 de outubro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS