

PROCESSO - A. I. Nº 110123.0042/09-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e J.B. FERREIRA NETO & CIA. LTDA.
RECORRIDOS - J.B. FERREIRA NETO & CIA. LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0098-02/11
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 24/09/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0280-11/12

EMENTA: ICMS. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas, pelo contribuinte, em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02). Embora o estabelecimento estivesse inscrito no SIMBAHIA, porém, por ter incorrido na situação prevista no inciso V do artigo 408-L do RICMS/97, o débito foi calculado pelo regime normal com a concessão do crédito presumido de 8% sobre a receita omitida. Presunção legal não elidida. Reduzido o débito em razão da aplicação do índice de proporcionalidade das saídas tributadas sobre o débito apurado. Rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário apresentados em relação à Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, através do Acórdão JJF Nº 0098-02/11 para imputá-lo da falta de recolhimento do imposto no valor de R\$236.952,55 acrescido da multa de 70%, em decorrência da constatação de omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide com fundamento do voto a seguir reproduzido:

“O fato que ensejou a lavratura do Auto de Infração diz respeito a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, relativamente a vendas realizadas com cartão de crédito/débito em valores menores do que as vendas informadas por instituição financeira e administradora de Cartões de Crédito/Débito.

O débito da infração encontra-se devidamente especificado na planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito” (doc.fl.17), na qual, foram considerados em cada coluna, o período mensal, o total das vendas com cartão de crédito e de débito informados pelas administradoras, nenhum valor mensal das vendas líquidas extraídas da Redução Z, nem nas vendas apuradas em notas fiscais; a diferença apurada

representativa da base de cálculo do imposto; o imposto devido calculado à alíquota de 17%; não houve crédito presumido de 8%, e finalmente, o ICMS devido.

A autuação está fundamentada no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei n° 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, que prevê in verbis: “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”.

Portanto, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, independente de ter ocorrido através de ECF ou através da emissão de notas fiscais, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Em processo desta natureza faz-se necessário o fornecimento ao contribuinte dos “Relatório de Informações TEF – Diário”, com especificação das vendas diárias, por operação, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administração de cartão, separadamente, de modo que possa ser efetuado o cotejo entre os valores registrados na escrita fiscal e no equipamento emissor de cupom fiscal com as operações informadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito.

Neste processo, na fase de instrução foi observado que na intimação para ciência do Auto de Infração (fl.20), não constava a entrega do “Relatório de Informações TEF – Diário” fornecido pelas administradoras dos cartões constante no CD à fl.18, ensejando, o encaminhamento do processo à INFAZ de origem para, mediante intimação, fosse entregue ao autuado o referido relatório, e o intimasse a apresentar a correlação das vendas através ECF e/ou notas fiscais com os valores das vendas através de cartão de crédito/débito. Na oportunidade, foi determinado aplicar o critério da proporcionalidade, se cabível, sobre o débito resultante do cumprimento da diligência.

O autuado em sua peça defensiva, fl.51, confirma que recebeu intimação promovida por esta 2ª JJF, tanto que não mais argüiu o não recebimento dos TEFs Diários e o levantamento fiscal inicial, limitando-se a reiterar as razões defensivas anteriores, sem contudo apresentar qualquer levantamento correlacionando os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito com os valores de suas vendas registradas no ECF e/ou notas fiscais emitidas.

Portanto, não vejo como acatar a alegação defensiva no sentido de considerar na planilha fiscal todas as vendas como pretende o patrono do autuado, haja vista que não foi apresentado nenhum levantamento correlacionando os TEFs com as vendas realizadas.

Assim, para que fosse elidida de modo válido a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, o autuado deveria ter feito o cotejamento entre o que consta nos “Relatório de Informações TEF – Diário”, com os valores correspondentes às vendas constantes no ECF e/ou nas notas fiscais emitidas, de modo a comprovar que os valores informados pelas operadoras efetivamente foram lançados em sua escrita fiscal, haja vista que nos citados TEF's diários estão especificadas as vendas diárias, por operações, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administradora de cartão, separadamente. Nestas circunstâncias, concluo que o sujeito passivo não elidiu a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

Relativamente a proporcionalidade, considerando que o estabelecimento comercializa com mercadorias com fase de tributação encerrada por força da substituição tributária, o pleito do contribuinte foi atendido pelo próprio autuante que se baseando nas DMAs apurou o índice das mercadorias tributadas (fl.64) e aplicou sobre o débito inicial apurando os valores constantes à fl. 65, valores esses que acolho como corretos, pois o autuado não apontou qualquer equívoco nos números. Quanto a alegação de que não foi considerada a proporcionalidade nos meses de janeiro e setembro a dezembro de 2007, considerando que o autuado não apresentou os livros e documentos fiscais, os índices foram calculados pela DMAs, nas quais verifico que às fls. 67/74,137/173, não foi informada nenhuma operação de entrada ou de saída, e o autuado em sua peça defensiva também não apresentou qualquer prova em sentido contrário, não havendo previsão para aplicar média percentual conforme pretende o autuado.

Quanto a alegação de que o débito apurado na diligência, demonstrativo fl.65, deveria ser calculado sobre a base de cálculo apresentada de R\$293.397,78, está equivocado o patrono do autuado, uma vez que o valor de R\$ 293.397,78, se refere aos meses de fevereiro a agosto, sem considerar a base de cálculo dos meses de janeiro, setembro a dezembro em que não foi aplicada a IN 56/2007. Somando-se R\$ 293.397,78 + 132.904,80 + 106.334,55 + 107.680,80 + 113.439,78 + 114.973,79 = 868.731,50 x 17% = **R\$ 147.684,36**. Logo, os valores apurados na planilha em questão, fl.65, não merece qualquer reparo, e serve como elemento de prova do

cometimento da infração imputado ao autuado.

No que tange aos aspectos constitucionais abordados, a regra estabelecida pelo art. 167, I do RPAF/99 retira do órgão julgador administrativo a competência para a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de Lei, decreto ou ato normativo.

Assim, para que fosse elidida de modo válido a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, o autuado deveria ter feito o cotejamento entre o que consta nos “Relatório de Informações TEF – Diário”, com os valores correspondentes às vendas constantes no ECF e/ou nas notas fiscais emitidas, de modo a comprovar que os valores informados pelas operadoras efetivamente foram lançados em sua escrita fiscal, haja vista que nos citados TEF’s diários estão especificadas as vendas diárias, por operações, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administradora de cartão, separadamente. Nestas circunstâncias, concluo que o sujeito passivo não elidiu a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, subsistindo em parte a exigência fiscal.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$ 147.684,36.”

Em atendimento ao art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a 1ª JJF do CONSEF recorreu de Ofício da Decisão prolatada.

Em sede de Recurso Voluntário, às fls. 203 a 205, o recorrente reitera todos os termos da defesa e demais pronunciamentos e solicita o encaminhamento de todas as intimações e notificações sobre o feito aos seus advogados regularmente habilitados.

Alega ser impossível vender, via ECF, R\$1.393.838,61, durante um exercício completo, sem a emissão de um único documento fiscal e sem o pagamento do ICMS. Ressalta que a empresa opera no setor de varejo de materiais de construção e comercializa com mercadorias sujeitas à substituição tributária, com fase de tributação encerrada, o que representa, conforme apurado na diligência, 70% do total comercializado. Entende ser inadmissível a cobrança com base em informações de terceiros (administradoras), sobre as quais o autuado não possui qualquer ingerência.

Discorda do entendimento da JJF de que a imposição encontra amparo no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, pois não foi observado que o dispositivo legal invocado prevê a existência de “*declaração de vendas pelos contribuintes em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito*”, o que não ocorreu no presente caso uma vez que não houve base de comparação, pois não foi fornecida, pelo autuado, qualquer informação sobre os valores das “reduções Z”.

Assim entende que para ser válida a ação fiscal deveria se deduzir as vendas efetivamente declaradas pelo autuado, que se encontram nas suas DMAs, importâncias que foram utilizadas para a apuração da proporcionalidade.

Argui que o caso presente se assemelha a situações em que a natureza da atividade não permite a aplicação da presunção, pois da mesma forma que o ramo da atividade é determinante, a falta de um dos lados da comparação exerce a mesma força. Para robustecer a sua tese transcreve acórdão proferido por este Conselho de Fazenda sobre o tema.

Prossegue afirmando inexistir na legislação a obrigatoriedade de se registrar em notas fiscais o meio de pagamento utilizado e que nem mesmo o casamento das operações por valores e datas acarretaria insegurança no lançamento, visto ser muito comum no setor de varejo de materiais de construção o pagamento de uma só compra por mais de um meio de pagamento, bem como o pagamento com mais de um cartão, devido a limites de crédito. Conclui que a ação fiscal poderia e deveria ser efetuado por outro meio de apuração, até mesmo por arbitramento da base de cálculo.

Quanto à proporcionalidade, discorda do entendimento da JJF em não admitir a apuração nos meses de janeiro e setembro a dezembro sob a alegação de que as DMAs do período não foram entregues. Sugere a aplicação da média encontrada entre fevereiro e agosto, de 35,75%, por entender que “*se não há norma determinando a adoção do fator “média”, igualmente não existe impedindo*”.

Finaliza protestando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a juntada de novos documentos em razão da ausência de dados que possibilitasse a comparação e da inadequação do roteiro de auditoria aplicado. Requer a Nulidade ou Improcedência do Auto de Infração, ou a procedência parcial, após a exclusão dos valores informados nas DMAs, assim como a aplicação da proporcionalidade de 35,75%, nos meses sem informações nas DMAs.

Remetidos os autos à PGE/PROFIS, para emissão de Parecer, a Procuradora Maria Helena Cruz Bulcão opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto, por entender que as razões recursais não afasta a presunção legal apurada no levantamento fiscal, bem como vêm desacompanhadas de qualquer prova capaz de sustentar o seu deferimento.

VOTO

Inicialmente, não acato o argumento do recorrente de que o roteiro de auditoria foi inadequado a atividade da empresa tendo em vista que somente seria aceitável esta tese se ficasse comprovado que no período fiscalizado o sujeito passivo comercializou exclusivamente com mercadorias não alcançadas pela tributação do ICMS o que não foi o caso, haja vista as informações constantes nas DMAs informadas pelo contribuinte a esta SEFAZ, daí por que rejeito a nulidade arguida.

No mérito entendo não merecer guarida a tese do recorrente ao interpretar a disposição legal pertinente à presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto - base para a autuação e expressa no art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96 – como se ela somente ocorresse se os valores fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito fossem comparados com as suas declarações mensais- DMAs.

Primeiramente, a confrontação, para efeito de verificação da existência ou não da presunção de omissão de saídas no caso em tela, deve ser feita entre as informações repassadas pelas administradoras de cartões de débito e de crédito através dos “Relatório Diário Operações TEF”, onde consta o movimento detalhado das operações de vendas diárias com tais cartões, em cotejo com as informações constantes das Reduções Z extraídas dos equipamentos emissores de cupons fiscais do estabelecimento autuado, bem como das notas fiscais de venda ao consumidor emitidas, em que a forma de pagamento seja feita por meio de cartões de crédito ou débito. No caso presente o sujeito passivo deixou de apresentar os citados documentos fiscais, e por esta razão nenhum valor foi informado na planilha elaborada pela fiscalização à fl. 17.

Por outro lado, nas DMAs são escriturados os valores totais das operações de compras e vendas de mercadorias realizadas pelo contribuinte, não havendo o registro de valores de vendas com a especificação da forma de pagamento, se em espécie, cheque ou cartões de crédito ou de débito, não sendo possível assim, efetuar o confronto com os valores informados pelas administradoras.

Quanto à proporcionalidade, observo que a Junta de Julgamento considerando que o estabelecimento comercializava com mercadorias com fase de tributação encerrada por força da substituição tributária, converteu o processo em diligência para que o recorrente apresentasse o levantamento mensal das entradas e saídas de acordo com a situação tributária de modo que permitisse apurar a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, porém, não logrou êxito, razão pela qual foi corretamente aplicado o critério da proporcionalidade baseado nos valores informadas nas DMAs, exceto nos meses de janeiro e setembro a dezembro de 2007, já que naqueles meses nenhum valor foi informados nas DMAs, conforme se verifica nos documentos às fls. 67/74,137/173.

No Recurso Voluntário o sujeito passivo pleiteia a aplicação do percentual de 35,75%, naqueles meses, resultante da média encontrada entre fevereiro e agosto. Discordo deste entendimento, por inexistir previsão legal para aplicação de média percentual. Ressalte-se que bastava o sujeito passivo apresentar demonstrativos acompanhados das notas fiscais de entrada e saídas que estão em seu poder, relativas ao período questionado, o que permitiria calcular a proporcionalidade.

Diante do exposto, por não encontrar no presente lançamento de ofício qualquer vício capaz de justificar a sua nulidade e não ter acatado as alegações recursais, voto pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os recursos, mantendo inalterada a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110123.0042/09-0**, lavrado contra **J.B. FERREIRA NETO & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$147.684,36**, 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, 29 de agosto de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

MARIA AUXIADORA GOMES RUIZ – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS