

A.I. N° - 232849.0000/10-0
AUTUADO - MATERCOL CONSTRUÇÃO E AGRICULTURA LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ CARLOS DE SOUSA FREIRE
ORIGEM - INFAS SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 07/11/2012

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0247-03/12

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. Fato parcialmente demonstrado nos autos. 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 n° 7.014/96, com a redação dada pela Lei n° 8.542/02). Refeitos os cálculos, em face dos elementos apresentados pelo contribuinte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 2.2.11, acusa omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartão, sendo lançado ICMS no valor de R\$ 170.934,18, com multa de 70%.

O autuado defendeu-se (fl. 343/350) reclamando que o fiscal só acatou as operações de vendas em que os valores coincidiam em sua totalidade com os valores informados pela administradora de cartões, porém na realidade comercial existem inúmeras situações em que tais valores distorcem, como, por exemplo, na hipótese comum de que grande parte das operações é utilizada para pagamento em forma diversa, sendo o pagamento feito uma parte com cheque ou espécie e outra parte mediante cartão. Diz que jamais algum comerciante deixaria de vender uma mercadoria pelo fato de o limite do cartão, por exemplo, não cobrir a conta toda. Assegura que todas as operações foram acobertadas com documentos fiscais e contabilizadas, conforme se comprova com a cópia do documento fiscal correspondente e a cópia do livro Razão, anexas.

Considera que o fiscal incorreu em omissão e sem embasamento legal, uma vez que ele teve à sua disposição todo o acervo fiscal e contábil para comprovar sua suposição. Transcreve trecho do professor Hugo de Brito Machado acerca da atividade de fiscalização, pontuando que os agentes da fazenda pública não têm o direito de exigir que o contribuinte lhes forneça informações que podem ser normalmente colhidas nos livros e documentos fiscais.

Socorre-se da regra do art. 333 do CPC, argumentando que, mesmo não sendo esse diploma a lei norteadora do julgamento do processo administrativo fiscal, ele coloca a prova como

instrumento de obtenção da verdade dos fatos, rezando aquele dispositivo que o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito.

Alega que é muito prático fundamentar a autuação no campo da suposição, e indaga se seria esta a verdadeira função do fiscal. Pondera que, ao deparar-se com o contraditório narrado pelo autuado, caberia ao fiscal, usando de suas prerrogativas, exercer a verdadeira auditoria e certificar-se da existência ou não da omissão de saídas. Considera que, embora isso pareça utopia, essa seria a forma de se chegar à verdadeira justiça fiscal.

Argumenta que o RICMS prevê que a caracterização da presunção de omissão de saída se materializa quando os valores constantes no relatório emitido pelas operadoras de cartões de crédito são inferiores aos valores encontrados nos ECFs ou nas Notas Fiscais, e frisa que esta situação é totalmente inexistente, tendo em vista o demonstrativo elaborado pela defendant, detalhado com o respectivo número do Cupom Fiscal, data e número do ECF.

Alega que dentre as mercadorias que comercializa existem, em sua maioria, mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, que se caracteriza pela transferência ao fornecedor dessas mercadorias da responsabilidade pelo recolhimento do tributo, de modo que o fisco está exigindo duas vezes o mesmo tributo sobre o mesmo fato gerador, o que caracteriza “bis in idem” e confisco. Protesta que, já tendo tais mercadorias sido tributadas, não há mais motivação para se exigir novamente o mesmo imposto, muito menos por presunção, uma vez que a fase de tributação se encontra encerrada. Para provar isso, juntou cópias de Notas Fiscais de venda através de cartão de crédito e débito, bem como o relatório interno analítico contendo todas as operações de vendas através de cartão de crédito e débito, destacando o número da Nota ou Cupom Fiscal correspondente.

Transcreve trechos de acórdão [possivelmente do órgão julgador do Estado da Paraíba]. Chama a atenção para o fato de que, no caso do julgamento que acaba de citar, o contribuinte sequer havia apresentado documentos que efetivamente comprovassem as transações, mas, em face da proximidade das datas, foram aceitos como válidos, em respeito ao princípio da razoabilidade.

Quanto ao presente caso, alega que está sendo demonstrado que as diferenças encontradas pelo autuante são na verdade diferenças de vendas realizadas a vista e em cartão de crédito, cujos documentos estão devidamente comprovados em anexo e sempre estiveram à disposição do fisco.

Transcreve trecho de outro acórdão do Tribunal Administrativo – TATE [não diz de que Estado].

Conclui dizendo que os documentos fiscais que se encontram anexos sequer foram analisados devidamente pelo fiscal autuante, e por isso o Auto merece ser anulado. Toma por fundamento o art. 112 do CTN, segundo o qual a lei tributária que define infrações ou lhes comina penalidades deve ser interpretada da maneira mais favorável ao acusado. Assinala que apresentou documentos capazes de demonstrar que todas ou quase todas as operações foram efetuadas dentro dos padrões legais, de modo que caberia ao fiscal analisá-los e não simplesmente lavrar o Auto de Infração.

Pede que o lançamento seja julgado improcedente. Requer o direito de provar tudo o que foi alegado, pelos meios admitidos em direito, inclusive laudos periciais, revisões fiscais, documentos ou testemunhas.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 9052-9053) dizendo que, depois de assinar o Auto de infração e de posse do relatório fornecido pelas operadoras ao fisco, o contribuinte, de forma ardilosa, confeccionou um carimbo e saiu batendo nas Notas com as datas e cujo valor se aproximava do informado pela operadora, colocando a forma de pagamento parte em dinheiro e parte em cartão, conforme documentos que indica. Aduz que o autuado carimbou a maioria das Notas Fiscais desse modo, e com isso a exceção virou regra, pois se sabe que na quase totalidade das operações com cartão de crédito ou de débito são valores “casados”.

Quanto ao ECF, o fiscal informa que a redução “Z” apresenta os totalizadores, inclusive as formas de pagamento, se em dinheiro, promissória, cheque, cartão de crédito e de débito, e foi desconsiderada pelo contribuinte, sendo apresentados pela defesa cupons manuais com formas de pagamento em dinheiro e cartão, de acordo com a relação de vendas das operadoras. Observa que nas reduções “Z” de 2.1.07 até 22.1.08 todas as operações são registradas como dinheiro, só aparecendo a primeira venda com cartão de crédito no dia 23.1.08, havendo outra no dia 24, outra no dia 25, outra no dia 26, outra no dia 28 e outra no dia 29, passando a registrar algumas vendas com cartão. Conclui dizendo que considera desqualificada a defesa, pois, na forma como se apresenta, não haveria necessidade de máquina ECF.

Quanto à relação de vendas fornecida pelas operadoras, o fiscal cita algumas vendas que o contribuinte não colocou carimbo nas Notas Fiscais. Aduz que existem diversas outras operações nessa situação.

Sugere uma perícia por fiscal estranho ao procedimento para confirmar a prática de sonegação, ou até uma “circularização” com nomes e endereços das Notas Fiscais perguntando ao consumidor a forma de pagamento.

Alude às “regras” da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando que a defesa do autuado não se enquadra em nenhum daqueles princípios.

Declara que mantém a ação fiscal.

Na fase de instrução, considerando-se que o recibo à fl. 5 não explicita que o contribuinte tivesse recebido cópias dos Relatórios Diários TEF, foi determinada a remessa dos autos em diligência à repartição de origem (fls. 9057/9059) para serem entregues ao autuado cópias das peças às fls. 6/62, 120/193, 9052-9053 e 9057/9059, reabrindo-se o prazo de defesa. Na mesma diligência foi recomendado que se intimasse o contribuinte para apresentar demonstrativo, por operação individualizada, das vendas nas quais houve a emissão de documento fiscal, realizada por meio de cartões, indicando ao lado do número de cada autorização de operação de pagamento por meio de cartão, constante nos Relatórios Diários por Operação TEF, o número e a espécie do documento fiscal que foi emitido na respectiva operação de venda. Também deveria ser intimado o contribuinte para apresentar demonstrativo mensal das vendas com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, isentas e não tributadas, e das mercadorias tributadas, disponibilizando ao fisco os originais dos documentos. Foi solicitado ainda que a fiscalização elaborasse demonstrativo das diferenças mensais em que a emissão de documento fiscal não foi comprovada e calculasse o imposto seguindo a orientação da Instrução Normativa nº 56/07.

Feita a intimação, o contribuinte protocolou petição (fls. 9068-9069) requerendo a juntada dos elementos solicitados na diligência, a saber, a planilha demonstrativa constando as vendas individualizadas, visando provar que houve emissão de documento fiscal (Nota Fiscal ou Cupom Fiscal) realizadas por meio de cartões de crédito ou débito, no período de 1.1.07 a 31.12.08, citando ao lado de cada autorização de operação de pagamento por meio de cartão de crédito ou débito constante nos relatórios diários das operações TEF o número e a espécie do documento fiscal que foi emitido na respectiva operação de venda, e a planilha demonstrativa constando as vendas de mercadorias mensais, enquadradas no regime de substituição tributária, isentas e não tributadas, e das mercadorias tributadas, nos exercícios de 2007 e 2008, disponibilizando ao fisco os originais dos documentos fiscais respectivos.

O fiscal autuante prestou informação (fl. 9316) dizendo que conferiu os relatórios apresentados, concluindo que todos conferem, conforme o Relatório TEF e os carimbos, ressalvando que, na sua opinião, tudo leva a crer terem sido batidos nas Notas Fiscais e nas reduções “Z” depois de o autuado ter recebido o Relatório TEF das operadoras, tendo também sido refeitas as informações de vendas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, isentas e não tributadas, não sendo encontradas divergências, porém na escrita contábil são registradas todas

as vendas como a dinheiro, não discriminando o que é cartão de crédito ou de débito. Conclui admitindo que sua falha foi não ter tirado cópias das Notas Fiscais e das reduções “Z”.

O processo foi pautado para julgamento na sessão do dia 7.3.12.

Na sessão de julgamento, decidiu-se remeter o processo em diligência à repartição de origem (fls. 9322-9323) a fim de que o fiscal autuante fizesse a revisão do lançamento, excluindo apenas as situações em que houvesse coincidência entre o valor do cartão e o do documento fiscal, ou em que houvesse evidência de vinculação ou pertinência, em face das circunstâncias específicas de cada caso ou de outros elementos razoáveis, inclusive a proximidade dos valores. No cálculo do imposto deveria ser observada a proporcionalidade das operações tributáveis, seguindo a orientação da Instrução Normativa nº 56/07.

O fiscal prestou informação (fls. 9349-9350) dizendo que elaborou uma planilha com as operações individualizadas das vendas com Notas Fiscais, resultando a ser lançado imposto no valor de R\$ 157.611,60. Informa que a redução “Z” do ECF apresenta os totalizadores, inclusive as formas de pagamento, se dinheiro, promissória, cheque ou cartão de crédito e de débito. Quanto à proporcionalidade, no período de janeiro a junho de 2007, diz que a planilha utilizada indica o índice de 35,89%, no período em que o contribuinte se encontrava no regime normal, e nos períodos de julho a dezembro de 2007 e de janeiro a dezembro de 2008 o contribuinte era empresa de pequeno porte, sendo dado um crédito presumido de 8%. Explica que em 2007, 2009 e 2010 as saídas tributadas representam 35,87%, 46,15% e 48,06%, e foi informado pelo contribuinte que nos períodos de julho a dezembro e de janeiro a dezembro de 2008 as operações tributadas foram de 3,04% e 0,70%, respectivamente, e portanto quanto à proporcionalidade o imposto foi calculado conforme a Instrução Normativa 56/07.

Deu-se ciência do resultado da diligência ao contribuinte (fl. 9353), e este não se manifestou.

VOTO

O lançamento em discussão diz respeito à falta de pagamento de ICMS apurado em função de omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartão.

Em face das ponderações feitas pelo autuado, os autos foram remetidos em diligência para depuração dos valores. Houve duas diligências. O resultado da última diligência é o indicado pelo fiscal autuante às fls. 9336/9350.

Fato parcialmente demonstrado nos autos. 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).

Há um problema, porém, na determinação do valor a ser lançado, pois o fiscal autuante não fez o demonstrativo dos valores remanescentes, limitando-se a informar o total final, R\$ 157.611,60, conforme consta às fls. 9349-9350.

Analizando-se os demonstrativos apresentados pelo autuante às fls. 9336/9348, tem-se a impressão de que os valores remanescentes seriam os indicados às fls. 9341 e 9348, totalizando R\$ 13.322,58 (R\$ 2.955,90 + R\$ 2.527,28 + R\$ 7.839,40 = R\$ 13.322,58).

De fato, note-se que os demonstrativos fiscais à fl. 9341 (exercício de 2007) e à fl. 9348 (exercício de 2008) têm no cabeçalho a palavra “Resumo”, denotando que aqueles seriam os resumos finais do débito a ser lançado. Sendo assim, de acordo com os referidos demonstrativos fiscais o valor do imposto seria reduzido de R\$ 170.934,18 para apenas R\$ 13.322,58 (R\$ 2.955,90 + R\$ 2.527,28 + R\$ 7.839,40 = R\$ 13.322,58).

No entanto, tendo em vista que no texto da informação prestada às fls. 9349-9350 o fiscal diz que o imposto a ser pago seria de R\$ 157.611,60, isso me levou à conclusão de que o imposto a ser lançado não é o que consta nos “Resumos” apresentados pelo autuante. Do exame dos demonstrativos fiscais, depreende-se que as quantias indicadas no “Resumo” apresentado pelo fiscal às fls. 9341 e 9348 não representam o imposto remanescente a ser lançado, e sim os valores a serem abatidos do imposto originariamente lançado. Com efeito, tomando-se o valor originariamente lançado e abatendo-se as quantias estipuladas nos demonstrativos às fls. 9341 e 9348, chega-se ao valor remanescente, que é de R\$ 157.611,60.

Tendo em vista que não foi elaborado o demonstrativo do débito remanescente, farei eu mesmo a especificação dos valores a serem lançados, a fim de não retardar ainda mais o desfecho desta lide, em prejuízo do Estado e do contribuinte. Tomando por base os dados às fls. 9341 e 9348, o demonstrativo do débito deverá ser refeito de acordo com as seguintes indicações:

Mês	Valores originários	Valores a serem abatidos	Valores remanescentes
Janeiro de 2007	R\$ 8.519,75	R\$ 634,88	R\$ 7.884,87
Fevereiro de 2007	R\$ 11.418,66	R\$ 458,39	R\$ 10.960,27
Março de 2007	R\$ 8.019,70	R\$ 265,54	R\$ 7.754,16
Abril de 2007	R\$ 7.637,76	R\$ 744,35	R\$ 6.893,41
Maio de 2007	R\$ 7.488,20	R\$ 228,94	R\$ 7.259,26
Junho de 2007	R\$ 7.286,20	R\$ 623,80	R\$ 6.662,40
Julho de 2007	R\$ 5.818,18	R\$ 240,17	R\$ 5.578,01
Agosto de 2007	R\$ 3.540,79	R\$ 927,64	R\$ 2.613,15
Setembro de 2007	R\$ 5.025,49	R\$ 613,04	R\$ 4.412,45
Outubro de 2007	R\$ 5.932,53	R\$ 240,87	R\$ 5.691,66
Novembro de 2007	R\$ 6.061,32	R\$ 281,68	R\$ 5.779,64
Dezembro de 2007	R\$ 5.821,90	R\$ 223,86	R\$ 5.598,04
Janeiro de 2008	R\$ 5.733,73	R\$ 208,36	R\$ 5.525,37
Fevereiro de 2008	R\$ 4.766,31	R\$ 200,88	R\$ 4.565,43
Março de 2008	R\$ 6.500,46	R\$ 965,42	R\$ 5.535,04
Abril de 2008	R\$ 7.762,16	R\$ 1.638,66	R\$ 6.123,50
Maio de 2008	R\$ 7.608,89	R\$ 598,16	R\$ 7.010,73
Junho de 2008	R\$ 6.312,66	R\$ 254,39	R\$ 6.058,27
Julho de 2008	R\$ 8.252,96	R\$ 136,98	R\$ 8.115,98
Agosto de 2008	R\$ 8.344,46	R\$ 591,16	R\$ 7.753,30
Setembro de 2008	R\$ 7.796,58	R\$ 766,62	R\$ 7.029,96
Outubro de 2008	R\$ 8.689,44	R\$ 687,91	R\$ 8.001,53
Novembro de 2008	R\$ 8.521,01	R\$ 1.211,68	R\$ 7.309,33
Dezembro de 2008	R\$ 8.075,04	R\$ 579,20	R\$ 7.495,84
Totais	R\$ 170.934,18	R\$ 13.322,58	R\$ 157.611,60

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232849.0000/10-0, lavrado contra **MATERCOL CONSTRUÇÃO E AGRICULTURA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$157.611,60**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de outubro de 2012

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA