

A. I. Nº - 178891.1009/08-0  
AUTUADO - COMERCIAL DE ALIMENTOS MZF LTDA.  
AUTUANTE - NELSON GARCEZ MONTENEGRO  
ORIGEM - INFRAZ ATACADO  
INTERNET 03.04.2013

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0054-04/13**

**EMENTA: ICMS.** 1. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS POR FINANCIERAS OU ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao 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. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2008, reclama ICMS de R\$44.308,82 em face de omissão de saída de mercadoria tributável 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. Período: agosto a dezembro 2006, janeiro a junho 2007. Multa de 70%.

À fl. 31 consta Termo de Revelia consignando que o contribuinte autuado deixou transcorrer o prazo de defesa sem apresentá-la, efetuar pagamento, ou fazer depósito do montante autuado.

Às fls. 44-46 o contribuinte junta peça de defesa onde, descrevendo fatos processuais, contesta o Termo de Revelia lavrado alegando apresentação tempestiva de sua defesa ao tempo que requer apresentação das notas fiscais de compra de mercadorias isentas, não tributáveis e sujeitas à substituição tributária para cálculo da proporcionalidade previsto na IN 56/07.

Instada a manifestar no controle da legalidade do caso, às fls. 100-104 a PGE/PROFIS com fundamento no art. 113, §3º do RPAF reconhece prejudicados por vício de nulidade os procedimentos administrativos que implicaram no Termo de Revelia, entendendo tempestiva a impugnação apresentada pelo autuado, determinando a remessa dos autos à Infaz de origem para que o autuante prestasse informação fiscal, seguindo o PAF em seus ulteriores trâmites.

À fl. 106, o autuante informa que examinando o PAF, inclusive nos seus arquivos magnéticos anexados, constatou que o contribuinte não apresentou dados consistentes que consubstanciassem uma alegação de defesa ao auto de infração e que seria necessário a reabertura do prazo de defesa para o autuado apresentar uma possível defesa fundamentada em fatos e documentos.

Às fls. 108-109 consta consequente parecer PGE/PROFIS discordando do entendimento do autuante quanto à reabertura de prazo para defesa uma vez que na cópia da peça defensiva (fls. 56/57) sevê que ela se funda exclusivamente na necessidade de se observar, no cálculo do imposto devido, a proporção entre as operações sujeitas ao regime normal e as operações envolvendo mercadorias isentas, não tributáveis e/ou sujeitas à substituição tributária, consoante a IN 56/07, alegação,

inclusive, repetida nas demais manifestações do autuado no PAF, matéria que estando delineada, deveria se analisada pelo CONSEF. No parecer aduz que caso a deficiência vislumbrada pelo autuante se refira à possível falta de comprovação do alegado, isto seria avaliado, podendo, a juízo do CONSEF órgão, ser objeto de diligência fiscal.

À fl. 137 o autuante presta informação fiscal dizendo que a empresa teve alterado seu endereço no cadastro da SEFAZ e sua atividade de “mercadinho” para “comércio varejista de artigos do vestuário e acessórios” adotando o nome “Iris Modas” como de fantasia.

Diz que em visita ao local não encontrou a empresa mesmo perquirindo a administração do “Espaço Mar Esmaralda”, onde as sócias da empresa autuada declararam residirem. Aduz que o contribuinte está inapto no cadastro da SEFAZ desde 30/06/2010, não possui movimento de vendas TEF desde 2009, não possui NF's no CFAMT desde fevereiro 2009 e não registra movimento no Sintegra em 2012. Salienta que não há contador cadastrado, o que inviabiliza a intimação do responsável pela escrita contábil e que, por tudo isso, visando atender à solicitação sobre a proporcionalidade lhe restou intimar por AR todos os sócios que estão ou estiveram vinculados ao autuado.

Informa que exceto a entregue ao Sr. Fredson Souza dos Santos, as intimações foram devolvidas pelos Correios, como constatam os comprovantes que anexa. Aduz que o sócio localizado ao menos lhe contatou e, por conta de todo o exposto, declara impossibilitado de calcular a proporcionalidade pedida.

Vindo a este CONSEF, esta 4ª JJF converteu o processo em diligência ao autuante para verificar a possibilidade de aplicar a proporcionalidade a partir das DMA's ou, caso isso não fosse possível, justificasse.

À fl. 162 o autuante informa que o autuado à época compreendida pela autuação estava na condição de SIMBAHIA, desobrigado, portanto, da entrega de DMA e, mesmo posteriormente quando obrigado, isso não fez.

Ressaltando suas infrutíferas diversas tentativas em contatar o contribuinte, conforme fls. 138-155, inclusive mais uma vez o intimado por edital, reitera a impossibilidade de calcular a proporcionalidade por qualquer critério.

## VOTO

Compulsando os autos, observo que o procedimento fiscal cumpriu o disposto nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39, 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF, bem como o processo se conforma nos artigos 12, 16 e 22 do mesmo regulamento. A infração está claramente descrita, foi corretamente tipificada e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais contidos nos autos, cujas cópias foram entregues ao contribuinte. Ela está determinada com segurança, bem como identificado o infrator. O contribuinte exerceu o direito de ampla defesa e contraditório demonstrando pleno conhecimento dos fatos arrolados no auto de infração uma vez que, como visto no relato acima, os iniciais óbices ao exercício do direito de defesa foram superados e, como veremos abaixo, atendido com deferimento de seu pleito para atendimento de sua única alegação defensiva que a despeito de pedir, ele próprio frustrou. Portanto, não há vício que inquine nulidade total ou parcial do PAF.

Nesse caso se exige ICMS por da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas 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/débito (presunção legal contida no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96) processando-se auditoria mediante confronto entre os valores das autorizações das vendas pagas com cartão de crédito/débito informadas pelas administradoras de cartões à SEFAZ e correspondentes registros nos documentos fiscais emitidos (Reduções “Z” dos ECF's do autuado onde se indica recebimento do pagamento via cartões e notas fiscais), conforme demonstrativos contidos nos arquivos do CD de fls. 27, cuja cópia foi

entregue ao contribuinte (recibo de fls. 93). Nas diferenças apuradas, conforme demonstrativos de fls. 06-07, se exige o correspondente ICMS devido.

Portanto, nesse procedimento administrativo fiscal-tributário, o cotejo se sustenta na confrontação entre os valores dos cupons e notas fiscais de vendas de mercadorias cujos pagamentos se deram por cartões de crédito/débito e os valores das operações de vendas com pagamento feito via cartões de crédito e/ou débito informadas pelas administradoras como constam analiticamente indicados (operação por operação) no Relatório Diário das Operações TEF, cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

Obviamente, como a presunção prevista no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 é relativa, pode ser elidida mediante provas documentais em caso de irregularidades por indevidas identificações de meio de pagamento em documentos fiscais, cabendo ao contribuinte autuado provar existência de possíveis equívocos ou que todos os valores relativos às autorizações informadas pelas administradoras à SEFAZ tiveram o correspondente documento fiscal emitido. Aliás, é o que lhe indica o art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal quando assegura 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 (trinta) dias, contado da intimação. Portanto, cabe ao contribuinte o ônus probatório para que a presunção não se confirme.

Na defesa e demais manifestações, o autuado não negando o cometimento da infração, limitou-se a peticionar pela apresentação das notas fiscais de compra contendo aquisições de mercadorias isentas, não tributadas ou sujeitas à substituição tributária para cálculo da proporcionalidade indicada na IN 56/07 que alegou desconhecer.

Analizando os autos, observo que o auto de infração foi lavrado em 30/06/2008 tomando por base além das informações das administradoras sobre vendas de mercadorias pagas via cartões de crédito e/ou de débito, os livros e documentos apresentados à fiscalização pelo próprio autuado em atendimento à intimação para apresentação de livros e documentos fiscais de fl. 52, recebida em 24/04/2008.

Além dos livros e documentos solicitados, a intimação informa ao contribuinte autuado que caso possuísse aquisições de mercadorias isentas, não tributáveis ou sujeitas à substituição tributária, e quisesse submetê-las ao cálculo da proporcionalidade indicada na IN 56/07, deveria preencher planilha específica conforme modelo que lhe foi fornecido e apresentá-la com os respectivos documentos fiscais, anexando cópias das NF's que lançasse na planilha. Nessa intimação também consta destacado alerta quanto ao contato e disponibilidade do Auditor Fiscal para eventuais esclarecimentos.

Pois bem, a intimação para apresentação dos livros e documentos que apresentados viabilizou o procedimento fiscal, recebida pelo autuado 67 dias antes da lavratura do AI, denota que desde o início da ação fiscal o autuado teve oportunidade para apresentar os necessários e indispensáveis elementos para o cálculo da proporcionalidade indicada na IN 56/07, o que, logicamente, faz perder sentido a petição para tanto que fez na oportunidade da defesa do lançamento tributário em lide.

A despeito disso, na instrução processual o pleito do Impugnante foi deferido e como visto no relatório, diversas e variadas tentativas de contato com o autuado foram levadas a efeito para que apresentasse os documentos fiscais indispensáveis ao cálculo da proporcionalidade como pediu. Frustradas as tentativas de contato com o contribuinte tentou-se aplicar a proporcionalidade com base nas informações econômicas fiscais que por obrigação legal o contribuinte deveria fornecer ao Fisco. Também isso também se fez impossível porque o autuado, quando devia, descumpriu essas obrigações acessórias. Ademais, quando estabelecido um contato com sócio da empresa autuada logrando que a intimação de fl. 146 lhe fosse entregue este não atendeu ao requisitado.

Por último, como se vê à fl. 163, também sem atendimento ao pedido, o contribuinte autuado e seus sócios foram para o mesmo fim, intimados por edital publicado no Diário Oficial do Estado de 23/01/2013.

Em conclusão, os autos me convencem que o pleito do contribuinte autuado objetivou meramente protelar a decisão deste caso, uma vez que tendo diversas oportunidades não trouxe aos autos os documentos que dissesse possuir para aplicação da proporcionalidade requerida, o que denota não possuí-los. Portanto, tenho como de inescapável incidência nesse caso as disposições dos arts. 141 e 142 do RPAF que abaixo transcrevo, para declarar inteiramente subsistente o valor exigido pelo cometimento da infração tributária em apreço.

*Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.*

*Art. 142. 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.*

Infração procedente.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **178891.1009/08-0**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS MZF LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$44.308,82**, 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, 14 de março de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR