

PROCESSO - A. I. Nº 206933.0021/11-5
RECORRENTE - F. M. P. OLIVEIRA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0042-04/14
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 04/07/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0144-11/14

EMENTA: ICMS. VENDAS COM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM EMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. 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. Infração caracterizada. Afastadas as preliminares suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, na sede do Acórdão nº 0042-04/14, que julgou Procedente o Auto de Infração nº 206933.0021/11-5, o qual atribui ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$34.941,16 em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento através de cartão de crédito ou de débito em valor inferior àquele fornecido por instituições financeiras e administradoras dos referidos cartões, nos meses de janeiro a agosto e outubro de 2010.

O autuante anexa ao relatório CD (fl. 13), contendo o levantamento das operações omitidas, referente ao período de janeiro a agosto e outubro de 2010.

Informa que o levantamento de possíveis omissões de saídas são apuradas pelas análises das vendas por cartão de crédito/débito, através da comparação entre os valores das vendas informados pelas administradoras dos cartões de crédito e as informações fornecidas pelo contribuinte através das reduções Z.

A defesa do recorrente pede a nulidade, pois considerou encargos financeiros pelas administradoras de cartões de crédito, fazendo integrar a base de cálculo.

O auditor refuta a tese de nulidade e, quanto aos encargos financeiros, destaca que vendas em cartões são consideradas à vista, sendo que a inserção de juros nas mesmas implica em agressão ao Código de Defesa do Consumidor e à Portaria nº 118/1994 do Ministério da Fazenda.

Transcrevendo jurisprudência e legislação, requer a procedência da autuação.

Em seu voto, o julgador de 1ª Instância inicialmente rejeita a preliminar de nulidade suscitada, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado em atendimento as formalidades legais e encontra-se revestido de todos os pressupostos de validação do processo.

Quanto ao mérito a 4ª JJF deliberou conforme voto abaixo:

VOTO

Primeiramente, cumpre ressaltar que o ato administrativo em apreço decorre da presunção estatuída no art. 4º,

§4º, Lei 7.014/1996 (art. 2º, §3º, RICMS/1997), devidamente indicado na peça vestibular, pelo que resta invertido o ônus da prova, no sentido de o contribuinte trazer aos Autos elementos de convicção capazes de desconstituir o direito pretendido pelo ente tributante, o que não fez, limitando-se a afirmações genéricas e desacompanhadas de documentos.

Os demonstrativos de apuração estão às fls. 8 a 10, pormenorizados e compreensíveis, dos quais constam em exposição correta os valores das reduções Z, aqueles informados pelas administradoras, índices de proporcionalidade, diferenças calculadas, datas de ocorrência e imposto reclamado, pelo que concluo que não há que se falar em arbitramento, muito menos em percentuais aplicados no mesmo (que não existe).

Com relação à suposta inclusão de encargos financeiros na base de cálculo, vejo que o contribuinte nada trouxe para comprová-los (art. 143, RPAF/1999) e para demonstrar que tiveram origem em instituição financeira, pois somente assim poderiam ser deduzidos da base de cálculo, nos termos da jurisprudência abaixo alinhavada.

Em recente julgamento, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) aplicou a Lei dos Recursos Repetitivos para assegurar a incidência do ICMS sobre encargos financeiros nas vendas a prazo.

Acompanhando o voto do relator, ministro Luiz Fux, a Seção consolidou o entendimento de que venda financiada e venda a prazo são figuras distintas, sendo certa a incidência do gravame sobre esta última, que ocorre sem a intermediação de instituição financeira.

No caso, a sociedade empresária Marco Aurélio Artefatos de Couro Ltda. interpôs embargos de declaração contra acórdão do próprio STJ. Sustentou que o Tribunal inovou ao garantir a incidência de ICMS sobre os acréscimos das vendas a prazo e estabelecer diferenciação entre os acréscimos decorrentes de vendas com e sem a intermediação de instituição financeira.

Em seu voto, o relator reiterou que na venda a prazo o vendedor oferece ao comprador o pagamento parcelado do produto, acrescentando-lhe um "plus" ao preço final, razão pela qual o valor dessa operação integra a base de cálculo do tributo, na qual se incorpora, assim, o preço "normal" da mercadoria – preço de venda à vista – e o acréscimo decorrente do parcelamento.

Já a venda financiada depende de duas operações distintas para a efetiva saída da mercadoria do estabelecimento, conforme dispõe o artigo 2º do Decreto-Lei n. 406/1968: uma operação de compra e venda e outra de financiamento, em que há a intermediação de instituição financeira. Apenas neste caso, explicou o relator, aplica-se o enunciado da Súmula 237 do STJ: "Nas operações com cartão de crédito, os encargos relativos ao financiamento não são considerados no cálculo do ICMS".

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ICMS. ENCARGOS DECORRENTES DE FINANCIAMENTO. SÚMULA 237 DO STJ. ENCARGOS DECORRENTES DE "VENDA A PRAZO" PROPRIAMENTE DITA. INCIDÊNCIA. BASE DE CÁLCULO. VALOR TOTAL DA VENDA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO C. STF.

1. A "venda financiada" e a "venda a prazo" são figuras distintas para o fim de encerrar a base de cálculo de incidência do ICMS, sendo certo que, sobre a venda a prazo, que ocorre sem a intermediação de instituição financeira, incide ICMS.

2. A "venda a prazo" revela modalidade de negócio jurídico único, cognominado compra e venda, no qual o vendedor oferece ao comprador o pagamento parcelado do produto, acrescentando-lhe um plus ao preço final, razão pela qual o valor desta operação integra a base de cálculo do ICMS, na qual se incorpora, assim, o preço "normal" da mercadoria (preço de venda à vista) e o acréscimo decorrente do parcelamento. (Precedentes desta Corte e do Eg. STF: AgR no RE n.º 228.242/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 22/10/2004; REsp 1087230/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 20/08/2009; AgRg no REsp 480.275/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/04/2008, DJe 04/03/2009; AgRg no REsp 743.717/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 18/03/2008; EREsp 215.849/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/06/2008, DJe 12/08/2008; AgRg no REsp 848.723/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/2008, DJe 10/11/2008; REsp n.º 677.870/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 28/02/05).

3. A venda financiada, ao revés, depende de duas operações distintas para a efetiva "saída da mercadoria" do estabelecimento (art. 2º do DL 406/68), quais sejam, uma compra e venda e outra de financiamento, em que há a intermediação de instituição financeira, aplicando-se-lhe o enunciado da Súmula 237 do STJ: "Nas operações com cartão de crédito, os encargos relativos ao financiamento não são considerados no cálculo do ICMS."

4. In casu, deduz-se do voto condutor do aresto recorrido hipótese de venda a prazo, em que o financiamento foi feito pelo próprio vendedor, razão pela qual a base de cálculo do ICMS é o valor total da venda.

5. A questão relativa à inaplicabilidade do art. 166 do CTN ao caso sub judice resta prejudicada, em face

da incidência do ICMS sobre as vendas a prazo.

6. O requisito do pre questionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de Recurso especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo, por analogia, o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF. (Precedentes: AgRg no Ag 1085297/RR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 06/04/2009; REsp 1036656/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/03/2009, DJe 06/04/2009; REsp 771.105/PE, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/03/2006, DJ 08/05/2006; AgRg nos EREsp 471.107/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/2004, DJ 25/10/2004)

7. In casu, o art. 97, I e IV, do CTN não foi objeto de análise pelo acórdão recorrido, não se manifestando o Tribunal a quo sequer em sede de embargos declaratórios, razão pela qual impõe-se óbice intransponível ao conhecimento do Recurso quanto ao aludido dispositivo.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. Proposição de verbete sumular."

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

O autuado, ora recorrente, inconformado com a Decisão da 4ª JF, interpôs Recurso Voluntário, para se insurgir contra tal Decisão, afirmando que a empresa se dedica a exploração do comércio de alimentos e bebidas, de forma que a maioria das vendas de produtos é feita mediante o pagamento com cartão de crédito e os produtos estão incluídos na substituição tributária.

Aduz que o Auto é nulo, em virtude de insuficiência de menção genérica aos critérios de proporcionalidade, devendo haver a indicação de quais deles teriam sido observados no caso concreto, bem como a sua demonstração de cálculos.

Alega que o subjetivismo da fiscalização carece de robustez para ensejar a autuação, pois deveria ter elencado/identificado os critérios de proporcionalidade, restando insuficiente a consideração de que faltou a totalidade da documentação exigida.

Acrescenta que nas DME já abrangeu todas as saídas de mercadorias e receitas decorrentes de compras no cartão de crédito, de maneira que não houve omissão e o tributo foi recolhido sobre todas as operações.

Afirma que o contribuinte está enquadrado no Simbahia, como empresa de pequeno porte, uma vez que vem apresentado uma receita bruta e compras superiores a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais).

O recorrente diz que a tributação já efetuada sobre a empresa abrangeu todas as saídas de mercadorias e receitas decorrentes de compras com cartão de crédito, de maneira que não houve omissão e o tributo foi recolhido sobre o total das operações, já estando devidamente incluídas nas respectivas DMEs.

Afirma que o Acórdão majorou a multa de 50% para 70% e 100% em manifesta afronta ao princípio que veda a reforma de decisões em prejuízo do recorrente.

Finalizando, o recorrente pede que o Auto de Infração seja julgado nulo, visto que não apresenta elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração cometida.

VOTO

Inicialmente, afasto qualquer possibilidade de nulidade suscitada, pois durante a instrução do PAF foram disponibilizadas todas as oportunidades para o contribuinte apresentar elementos de prova para descaracterizar a infração e, por outro lado, constam do processo todos os elementos necessários à sua análise, o que possibilitou o exercício do contraditório de forma plena.

No mérito, não tem razão o recorrente, pois apesar de haver sido intimado a apresentar as notas fiscais concernentes às vendas realizadas (fl. 6), a fim de que fosse verificada a correlação entre as saídas e as operações informadas pelas administradoras de cartões, o contribuinte não forneceu qualquer subsídio para contraditar e amparar as suas alegações.

O patrono do autuado afirma que a atividade da empresa é comércio varejista de bebidas e alimentos, no entanto, de acordo com dados do cadastro de Sefaz/BA, trata-se de comércio varejista de armarinho, fl. 151, atividade cujos produtos adquiridos não estão no campo da substituição tributária, como vem sendo aventado pelo sujeito passivo no presente Recurso.

Quanto à alegação de suposta inclusão de encargos financeiros na base de cálculo, vejo que o contribuinte nada trouxe para comprová-los (art. 143, RPAF/1999), mesmo porque em todos os relatórios TEF, constam os seguintes dados: data, operação, valor, número Autorização, administradora, ou seja, no campo número da Autorização menciona um número correspondente a uma transação realizada, o que nos leva a concluir que efetivamente ocorreu uma venda de mercadoria sem a emissão do correspondente cupom fiscal ou NF.

No que concerne a majoração de multa por parte de Junta de Julgamento Fiscal não procede, já que o Acórdão JJF Nº 0042-04/14 manteve a multa aplicada pelo autuante, conforme fl. 118, conforme previsão legal no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

Finalmente, o voto elaborado pelo ilustre julgador de Primeira Instância, bastante detalhado e elucidativo, com os fundamentos legais devidamente enumerados. Por sua vez, o recorrente limita-se a enfatizar aspectos teóricos tributários, ao invés de, concomitantemente, concentrar-se no óbvio, a busca da verdade material, como, por exemplo, a apresentação das Notas Fiscais de venda e os cupons fiscais correspondentes às operações feitas através de cartão de crédito/débito.

O Recorrente não produziu provas fiscais que ilidissem a acusação de omissão de saídas tributáveis, pois o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, respaldado na legislação, através do Art. 4, § 4º da Lei nº 7014/96.

Em face do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **206933.0021/11-5**, lavrado contra **F. M .P. OLIVEIRA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$34.941,16**, acrescido das multas de 70% sobre R\$12.100,53 e 100% sobre R\$22.840,63, previstas no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS