

AI Nº - 003424.0506/05-1
AUTUADO - JG COMERCIO DE JORNAIS E REVISTAS LTDA
AUTUANTE - CLAYTON FARIA DE LIMA
ORIGEM - INFAS SIMÕES FILHO
INTERNET - 27/09/05

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº0039-05/05

EMENTA: ICMS. VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO OU DE DÉBITO. DECLARAÇÃO EM VALOR INFERIOR AS OPERAÇÕES REALIZADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. A declaração de vendas pelo sujeito passivo em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção legal de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, vez que indica que o contribuinte efetuou pagamentos com recursos não registrados decorrentes de operações anteriores realizadas e também não registradas. Entretanto, comprovada que a totalidade das mercadorias comercializadas, no período autuado, eram albergadas pelo instituto constitucional da imunidade, o que leva a inadequação do método de auditoria realizada. Superada a nulidade argüida com base no art. 2º, do RPAF/99. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Lavrado em 30/3/2005, o Auto de Infração exige ICMS no valor de R\$5.730,18, acrescido da multa de 70%, em decorrência da falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do imposto referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios.

Consta descrito no campo “Descrição dos Fatos” no corpo do Auto de Infração: *Em data, hora e local acima indicados, encerramos a fiscalização da empresa supracitada, em cumprimento à O.S. acima discriminada, tendo sido apurada(s) as seguinte(s) irregularidade(s): EXERCÍCIO DE 2003 - JUNHO, JULHO e AGOSTO - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis no total de R\$33.707,06 com ICMS líquido devido em R\$5.730,18 na alíquota de 17%, apurada no confronto de suas vendas por cartões de crédito/débito declaradas e as efetivamente realizadas consoante informações das respectivas Administradoras, conforme demonstrativos e fotocópias de cupons fiscais, que ficam apreendidos, tendo o Contribuinte como fiel depositário conforme Termo de Apreensão e Depósito, tudo anexo ao presente.*

O autuado impugnando o lançamento fiscal (fls. 11/13), afirmou surpreendido com a lavratura do Auto de Infração por o entendê-lo ilegal pelos seguintes motivos:

1. conforme seu contrato social, contrato de locação comercial celebrado com o Shopping Iguatemi, e CNPJ (documentos anexados cópias aos autos) têm por atividade, até hoje, a venda de jornais e revistas em varejo;

2. livros, jornais e periódicos gozam de imunidade tributária, conforme previsão constitucional (art. 150, VI, “d”, CF), não podendo se falar, desta forma, em incidência do ICMS sobre a atividade comercial correspondente à venda dos mesmos;
3. as vendas de jornais e revistas são realizadas na modalidade de consignação entre os distribuidores destas publicações e os revendedores varejistas. Desta receita, apenas 25% é do revendedor, que, por obrigação, deve repassar o restante aos distribuidores, sendo que os jornais e revistas não vendidas são áqueles devolvidas. Esta modalidade de comercialização, disso, poderia ser comprovada junto aos próprios distribuidores, conforme podia se observar nas respostas fornecidas pela DICA - Distribuidora de Publicações Ltda. e Fernando Chinaglia Distribuidora S/A a uma consulta formulada pela empresa sobre o assunto. Em vista deste contexto, entendeu que a diferença de valores apurada pelo fisco estadual era inteiramente justificável.

Do exposto, afirmando que em momento algum havia violado a legislação tributária estadual, já que, legalmente, jamais esteve obrigado a efetivar qualquer recolhimento a título de ICMS, requereu a nulidade ou improcedência da autuação, bem como o deferimento da produção, se necessário for, de todos os meios de prova em direito admitidos.

O autuante em sua informação fiscal (fl. 31) ratificou a autuação. Disse que o autuado, na verdade, também comercializa com uma grande variedade de produtos tributáveis, além de também exercer o comércio de prestação de serviços. Para provar, apensou aos autos dois documentos que havia recebido do sujeito passivo quando fez uma aquisição de mercadorias no estabelecimento. O primeiro apresentado era um cupom sem valor fiscal. O segundo, uma Nota Fiscal de Venda a Consumidor (nº 1155) que exigiu naquele momento, pela aquisição de mercadorias tributáveis.

Entendeu que o comércio "exclusivo" de jornais e revistas efetuado pelo autuado se encontrava, apenas, em sua razão social, pois o seu próprio nome de fantasia - "Shop News", o traia. Na realidade, a empresa está estabelecida em um minúsculo shopping, sendo uma loja de tamanho razoável, bem diversificada, onde se pode adquirir além de jornais e revistas: picolés, sorvetes, bombons, refrigerantes, cadernos, blocos, fitas K-7, brinquedos, etc.

Afirmou que era, exatamente, este tipo de procedimento obscuro fiscalmente que levava o autuado, e outros, a pertencerem ao Simbahia.

Ressaltou que a autuação foi realizada de maneira direta e objetiva, estando documentalmente comprovada de modo cristalino e respaldada no art. 4º, § 4º, da Lei 7.014/96. E que apenas com a apresentação de cada boleto de venda efetuada por cartão de débito/crédito acompanhado do respectivo cupom fiscal, ou mesmo de nota fiscal de venda a consumidor, individualmente, justificaria a inadmissibilidade da presunção constatada. Este procedimento não foi realizado.

Tendo em vista que o autuante anexou documentos aos autos, o contribuinte foi intimado a conhecê-los (fls. 30/31). Manifestando-se (fls. 33/35), manteve seus argumentos anteriormente já expostos. Reafirmou, ainda, que à época da autuação exercia, apenas, a atividade comercial de vendas de jornais e revistas no segmento do varejo, gozando, portanto, da imunidade tributária, não dando ensejo à ocorrência da hipótese de incidência do fato gerador do ICMS.

Informou que somente a partir de 21/7/2004 foi que procedeu a alteração do seu contrato social (apensou ao processo cópia do mesmo) e passou a comercializar, além de jornais e revistas, uma série de mercadorias tributáveis (como caderno e fita cassete, por exemplo), conforme constatou o autuante, quando de sua visita ao seu estabelecimento comercial. Afirmou que o preposto fiscal jamais poderia, com base em constatação recente, presumir que na época da autuação realizava vendas de mercadorias tributáveis, com a consequente omissão de saídas sem emissão de

documento fiscal.

Contestando veementemente a autuação solicitou, novamente, a nulidade ou improcedência do lançamento fiscal e requereu o deferimento da produção, se necessário fosse, de todos os meios de prova em direito admitidos.

VOTO

O presente Auto de Infração tem por fulcro da autuação a exigência do ICMS, em decorrência da falta de seu recolhimento, nos prazos regulamentares, referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. No entanto, na descrição dos fatos e dos documentos acostados aos autos (Ordem de Serviço e Relatório de Informações TEF – Anual – fls. 5/7), bem como da multa aplicada, constato que, de fato, a infração trata da omissão de saída de mercadoria tributada 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.

Inicialmente observo que se o contribuinte não tivesse apresentado defesa como o fez, ou seja, entendendo perfeitamente o que lhe foi imputado, e o autuante não tivesse, quando de sua informação fiscal, ter se reportado ao art. 4º, § 4º, da Lei 7.014/96, e cuja informação foi dada a conhecer ao sujeito passivo, poderia estar configurado cerceamento de direito de defesa. Entretanto, esta situação, ao final, foi sanada. Assim, tomo a irregularidade apontada na lide como presunção legal de omissões de saídas anteriores de mercadorias tributáveis.

Mas, não é somente a constatação deste fato que apuro. Necessário verificar como foi realizada a autuação. O autuante intimou o contribuinte, por duas vezes (fls. 8/9), para apresentar livros e documentos fiscais. Esta documentação deve ter sido entregue, pois, na descrição dos fatos, ficou consignado pelo preposto fiscal que os cupons fiscais foram entregues, já que apreendidos, ficando o deficiente como fiel depositário dos mesmos. Observo, apenas, que o Termo de Apreensão e Depósito não foi apensado aos autos como afirmado. Não consta que o fisco tenha solicitado qualquer boleto de vendas por cartão de crédito ou débito.

De posse desta documentação, inclusive deve ter sido entregues as reduções Z, o autuante tomou como base de cálculo para apuração do ICMS os valores dos meses de junho, julho e agosto de 2003 informados pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito sem realizar qualquer levantamento fiscal, sem fazer qualquer comparativo para determinar possíveis diferenças apuradas. Ou seja, escolheu estes meses, não declinando o motivo, e tomou os valores consignados no Relatório TEF como presunção de omissão de saídas anteriores. Não se tem notícia, nos autos, porque os outros meses, inclusive o ano de 2004 ficou fora da autuação já que o método utilizado foi o descrito.

Em vista desta situação, de pronto o Auto de Infração poderia ser julgado nulo com base no art. 18, III e IV, “a”, do RPAF/99 (Dec. n° 7.629/99).

Entretanto, diante das determinações do art. 2º, art. 153 e art. 154, do RPAF/99, supero esta nulidade, pois, além dela, a autuação é improcedente.

Pela documentação apresentada pelo deficiente (contrato social, contrato de locação, comprovante de inscrição da empresa no Ministério da Fazenda e nesta Secretaria da Fazenda) a atividade da empresa, até 21/7/2004, quando houve alteração do seu contrato social, era a venda, exclusiva, de jornais e revistas. Estas mercadorias estão albergadas pela imunidade tributária, conforme art. 150, VI, “d”, da Constituição Federal de 1988.

Também busquei junto ao Sistema Informatizado desta Secretaria da Fazenda a comprovação do que afirmava o contribuinte. Analisando os valores das compras e vendas da empresa na DMA apresentada no ano de 2003, constatei que todas estas operações (100%) se constituíram de

mercadorias “outras”, não havendo qualquer operação com mercadorias tributáveis pelo sistema normal de apuração do imposto. Embora estes valores estejam no campo de mercadorias “outras” e não da de “isentas e não tributadas”, este pode ser um erro de preenchimento da DMA já que não existe, no referido período, qualquer recolhimento de ICMS.

Ao contrário do que afirmou o autuante, a empresa não está enquadrada no SimBahia. Ela tem regime normal de apuração e, se exerce atividade, também, de prestação de serviço, é mais um motivo para que tais valores sejam excluídos do levantamento fiscal, pois receita com incidência do imposto do âmbito municipal, com as exceções elencadas na norma tributária.

E, por fim, as provas trazidas pelo preposto fiscal, apenas comprovam que, em 2005, o sujeito passivo exerce outras atividades além da venda de jornais e revistas, conforme, inclusive, sua alteração contratual. Não é prova para o período autuado.

Nesta situação o argumento defensivo tem total pertinência e a 2^a Instância deste Colegiado já se manifestou sobre a matéria, através, por exemplo, do Acórdão CJF Nº 0353-11/04, proferido pelo Conselheiro Ciro Roberto Seifert, ou seja, sendo constatado que as mercadorias comercializadas pelo contribuinte se constituem em “mercadorias outras”, no presente caso, sem incidência do imposto, a auditoria fiscal para apurar omissão de saídas por presunção é um método inadequado, pois a presunção legal tem por finalidade de lançar imposto incidente sobre saídas de mercadoria tributáveis.

Assim, diante do exposto, voto pela improcedência do lançamento fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **003424.0506/05-1**, lavrado contra **JG COMÉRCIO DE JORNAIS E REVISTAS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de setembro de 2005.

MÔNICA MARIA ROTERS – PRESIDENTE/RELATORA

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR