

A. I. N° - 178891.0019/04-9
AUTUADO - FOTOSYSTEM COMÉRCIO E SERVIÇOS FOTOGRÁFICOS LTDA.
AUTUANTE - NELSON LIMA GARCEZ MONTENEGRO
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 24/10/05

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0104-05/05

EMENTA: ICMS. VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO OU DE DÉBITO. DECLARAÇÃO EM VALOR INFERIOR ÀS 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. Rejeitada a preliminar de nulidade. Infração parcialmente elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/09/04, exige ICMS no valor de R\$13.556,22, acrescido da multa de 70%, imputando ao autuado a seguinte infração:

“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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito”.

O autuado, através de seu advogado, apresenta impugnação, às fls.48 a 56, inicialmente informando que se trata de uma empresa com atividade mista (prestação de serviços fotográficos e comércio).

Solicita a nulidade da autuação sob alegação de que não há nos autos demonstrativos que possibilitem à defendente a compreensão dos números levantados pelo autuante, especialmente no que tange aos meses de fevereiro a abril de 2004. Acrescenta que já teve lavrado contra si outro Auto de Infração, sob o mesmo fundamento, mas que na oportunidade o autuante fundamentou a autuação de uma maneira mais criteriosa. Entende que houve preterição ao seu direito de defesa e transcreve o art.18, II, “a”, do RPAF/99. Transcreve também algumas ementas de decisões do CONSEF, visando amparar sua argumentação.

No mérito, afirma que o valor apontado como omitido é a diferença entre o valor apurado na Redução “Z” e os valores referentes a serviços prestados, obviamente não tributados pelo ICMS. Explica que como realiza atividade mista, parte de sua receita é tributada pelo ICMS e parte pelo ISS, dizendo que tal fato não foi observado na autuação. Informa estar acostando à sua defesa, cópias dos DAM’S, referente ao período autuado, a fim de que seja verificado que o valor apontado no Auto de Infração é justamente o montante tributado pelo ISS em cada mês. Requer a realização de diligência para comprovar sua afirmação de que inexistente omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

Reclama, ainda, que a presente autuação também recai sobre mercadorias sujeitas a substituição tributária (filmes fotográficos e pilhas), mercadorias que afirma ser o maior volume de suas vendas. Discorda da multa aplicada para a infração em comento, e volta a solicitar diligência, desta feita para quantificar o volume de operações sujeitas à substituição tributária e praticadas pelo autuado.

Ao final, pede a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

O autuante em informação fiscal às fls.76/77, assim se manifesta:

O Auto foi elaborado a partir de Ordem de Serviço nº 518138/04 (cópia à página 5 do PAF), específica para Auditoria Sumária em Operações Mercantis com Cartões de Débito e Crédito.

Foram usados os dados fornecidos pelas operadoras de cartões à SEFAZ, conforme listagem no Sistema INC desta SEFAZ (cópia às páginas 08 e 09 do PAF), como fonte de informação para comparação com aqueles fornecidos pelo contribuinte na forma de fitas de redução Z de TEF's. e/ou Notas Fiscais de venda.

Foram elaboradas três planilhas descritivas dos dados, com detalhamento criterioso diário e totalizações mensais.

Na planilha de lançamento das fitas de redução Z (páginas 12 a 35 do PAF) estão especificados dia a dia, com detalhamento dos diversos cartões de créditos e débitos utilizados pelo contribuinte, numerados de 1 a 8, totalizados diariamente, os valores constantes nas fitas entregues pelo contribuinte a esta fiscalização.

Na planilha de lançamento de notas fiscais (páginas 36 a 44 do PAF), estão listadas e totalizadas as notas fiscais sem cupom anexo à 2ª via apresentadas pelo contribuinte. Na planilha de apuração mensal (páginas 10 a 11 do PAF), estão consolidados os totais diários das duas planilhas anteriormente citadas, confrontados com os valores mensais fornecidos pelas operadoras.

Inicialmente, consideramos pretensiosa e desrespeitosa a forma como o Advogado defensor do contribuinte questiona, no 3º parágrafo da página 50 do PAF, uma alegada falta de critério e/ou cuidado deste autuante, no que tange à qualidade do auto. Para não incorrer no mesmo erro, este preposto fiscal não pretende por em questão a competência ou o zelo do defensor. Apenas afirma que todos os fatos estão plenamente demonstrados no PAF, restando a quem lê demandar alguma atenção na sua apreciação. A defesa do contribuinte, por exemplo, alega no primeiro parágrafo da página 50 do PAF uma pretensa nulidade da autuação referente ao mês de abril de 2004, mas nossa fiscalização NÃO ABRANGEU este mês.

O alegado cerceamento de defesa não é cabível, pois além de plenamente detalhados e tabulados nos demonstrativos, os dados utilizados na elaboração dos demonstrativos do auto foram coletados de fitas de redução Z das TEF's e das notas fiscais de venda, que estão de posse do contribuinte, conforme determina a lei e, por isso, não foram necessariamente anexados ao PAF na forma de cópia xerografada. Os dados das operadoras de cartões foram anexados na forma de relatório do sistema INC da SEFAZ, sendo a qualidade dos mesmos de responsabilidade das operadoras e desta Secretaria.

Este preposto se pautou nas orientações da ordem de serviço, inclusive no que tange à intimação para apresentação dos livros e documentos fiscais.

Caso o contribuinte queira comprovar o alegado recebimento de valores de serviços prestados em cartões de débito e/ou crédito, deve apresentar as notas fiscais de prestação de serviço, acompanhadas de cada respectivo cupom de TEF. Isso porque os DAM's indicam apenas o total do imposto municipal recolhido referente a prestação de serviços, mas não comprovam qual

montante foi recebido efetivamente na modalidade de pagamento em cartões de débito e/ou crédito.

Diante das alegações do autuado, de que nos dados fornecidos pelas empresas administradoras de cartão de crédito, também estão inclusas operações de prestações de serviços, sujeitas exclusivamente ao ISS; e considerando, ainda, que o sujeito passivo acostou ao processo diversos DAM'S, referentes ao recolhimento do imposto municipal, visando comprovar sua alegação; a 4ª JJF converteu o presente PAF em diligência à ASTEC, a fim de que fossem tomadas as seguintes providências:

- 1 – intimasse o autuado a apresentar as notas fiscais de prestações de serviço, relativas aos DAM'S anexados ao processo, acompanhadas dos respectivos cupons de TEF;
- 2 – de posse dos referidos documentos, fosse verificado se as operações efetivamente foram pagas através de cartão de crédito/débito. Caso positivo, as excluísse do levantamento elaborado pelo autuante para fins de apuração do imposto devido;
- 3 – elaborasse, caso necessário, novo demonstrativo de débito do imposto remanescente.

O fiscal diligente, através do Parecer ASTEC nº 059/05 (fls.83/84), assim se manifestou:

Atendendo ao pedido, conforme anexo, intimamos a empresa autuada para apresentar as notas fiscais de prestação de serviço, relativas aos DAM'S que anexou ao processo, acompanhadas dos respectivos cupons de TEF e cupons dos cartões.

Conforme solicitado, a autuada nos apresentou diversas notas fiscais, as quais estão relacionadas em anexos, cujos serviços foram pagos através de cartões de crédito (fato que constatamos através dos cupons de cartões de crédito anexados às respectivas notas), sendo, por isso, seus valores excluídos dos montantes informados pelas administradoras de cartões de crédito à SEFAZ, uma vez que tais operações não estão sujeitas à tributação pelo ICMS.

Por consequência das exclusões, elaboramos os demonstrativos de apuração mensal anexos que, em razão dos ajustes produzem o seguinte demonstrativo de débito.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorr	Data vencido	Base Cálculo	Aliq. %	Multa %	ICMS devido
31/01/2004	09/02/2004	24827,84	17	70,	4220,73
28/02/2004	09/03/2004	8870,89	17	70	1508,05
31/03/2004	09/04/2004	11383,09	17	70	1935,13
TOTAL					7663,91

O diligente concluiu seu parecer dizendo que após as retificações efetuadas (exclusões de valores referentes a notas fiscais de prestação de serviço e inclusão de notas fiscais de produtos sujeitos à tributação do ICMS que foram objeto de pagamento através de cartões de crédito), o imposto de R\$13.556,22 inicialmente lançado ficou reduzido para R\$7.663,91.

Ao tomar ciência da diligência efetuada, o autuado novamente se manifestou (fls.140/142), entendendo que o Parecer do diligente não tem o condão de refutar os argumentos e as provas apresentadas pelo defendente. Quanto aos documentos solicitados pelo relator, informa que apresentou todas as notas fiscais de prestação de serviço, mas que não pode apresentar todos os cupons de TEF e de cartões, tendo em vista que não mais os possui. Ressalta que a legislação fiscal não determina a obrigatoriedade de guarda de cupons de TEF e de operações com cartão de crédito. Acrescenta que as próprias administradoras de cartão de crédito determinam que os cupons devem ser arquivados pelo prazo de um ano. Além da falta de obrigatoriedade de apresentação dos tais cupons, entende que a falta dos mesmos não é motivo para exigir o imposto

em questão. Volta a afirmar que o valor apontado nos autos é justamente o montante tributado pelo ISS. Ao final, pede a improcedência do Auto de Infração.

O autuante tomou ciência da diligência efetuada (fl.156), porém não mais se manifestou.

VOTO

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, haja vista que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, não se observando erro ou vício que possa decretar a sua nulidade, de acordo com o que dispõe o art.18, do RPAF/99. Os demonstrativos acostados aos autos descrevem de forma satisfatória a situação verificada, não havendo do que se falar em cerceamento de defesa, tendo em vista, ainda, que no prazo legal o autuado manifestou-se, demonstrando ter ciência da exigência fiscal.

No mérito, o presente Auto de Infração exige ICMS em virtude da constatação de omissão de saída de mercadorias tributadas, apurada por meio de levantamento de venda 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 respeito da infração em comento, o art.4º, § 4º, da Lei n.º 7.014/96, alterado pela Lei nº 8.542, de 27/12/02, dispõe o seguinte:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

§4º 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 (grifo não original).

O autuado, por ocasião de sua impugnação, alegou que realiza atividade mista, parte tributada pelo ICMS e parte pelo ISS, e que o valor apontado como omitido é a diferença entre o valor apurado na Redução “Z” e os valores referentes a serviços prestados. Reclamou, ainda, que a autuação também recai sobre mercadorias sujeitas a substituição tributária (filmes fotográficos e pilhas), mercadorias que afirma corresponderem ao maior volume de suas vendas.

Tendo em vista as alegações defensivas, o presente processo foi convertido em diligência, a fim de que o autuado fosse intimado a apresentar as notas fiscais de prestações de serviço, relativas aos DAM’S anexados ao processo, acompanhadas dos respectivos cupons de TEF; e de posse dos referidos documentos, o fiscal estranho ao feito verificasse se as operações foram efetivamente pagas através de cartão de crédito/débito.

O fiscal diligente, atendendo a solicitação supra, informou (fls.83/84) que o autuado apresentou diversas notas fiscais, cujos serviços foram pagos através de cartões de crédito (fato que constatou através dos cupons de cartões de crédito anexados às respectivas notas), razão porque excluiu seus valores dos montantes informados pelas administradoras de cartões de crédito, uma vez que tais operações não estão sujeitas à tributação pelo ICMS.

Por consequência das exclusões, elaborou novos demonstrativos de apuração mensal, às fls.95 a 132, reduzindo o valor do imposto inicialmente lançado para R\$7.663,91, com o que concordo.

Vale ressaltar que ao tomar ciência da diligência efetuada, o autuado novamente se manifestou, alegando que apresentou todas as notas fiscais de prestação de serviço, mas que não pode apresentar todos os cupons de TEF e de cartões, tendo em vista que não mais os possui.

Argumentou que a legislação fiscal não determina a obrigatoriedade de guarda de cupons de TEF e de operações com cartão de crédito, entendendo que a falta dos mesmos não é motivo para exigir o imposto em questão.

Todavia, a infração em comento, conforme transcrição do art. 4º, § 4º, da Lei n.º 7.014/96, acima, foi constatada através do exame das declarações de vendas do contribuinte, pelo fato de se apresentarem em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito. Nessas condições, fica autorizada a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, ou seja, o ônus da prova passa a ser do autuado, razão porque não prospera sua alegação de que não estando obrigado a guardar os cupons de TEF e de cartões, o imposto em questão não poderia ser exigido.

Como o ônus da prova passou a ser do autuado, para elidir a infração este deveria de algum modo comprovar a inexistência do débito, assim como o fez, quando apresentou a documentação já acima mencionada, por ocasião da diligência efetuada.

Quanto à alegação defensiva de que o maior volume de suas vendas corresponde a mercadorias sujeitas à substituição tributária, devo destacar que o autuado não comprovou que tal percentual corresponda a quase totalidade de suas operações tributadas, e como o estabelecimento também trabalha com produtos sujeitos a tributação normal, tratando-se de uma previsão legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, a legislação não prevê proporcionalidade para o cálculo do imposto devido.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, de acordo com o demonstrativo à fl.84.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração **nº 178891.0019/04-9**, lavrado contra **FOTOSYSTEM COMÉRCIO E SERVIÇOS FOTOGRÁFICOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.663,91**, 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, 19 de outubro de 2005.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR