

A. I. Nº - 298965.0041/06-2
AUTUADO - HOLÍSTICA INFORMÁTICA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - JOÃO BORGES DA SILVA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 20.06.07

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0161-04/07

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO TEF. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Documentos juntados aos autos não comprovam a ilegitimidade da presunção. Infração não elidida. Indeferido o pedido de diligência feito na manifestação acerca da informação fiscal, e também, o formulado oralmente na assentada do julgamento. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 28/09/06 para exigir ICMS, no valor de R\$9.004,15, acrescido da multa de 70%, em decorrência 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito (Janeiro/06 a Julho/06).

O autuado na defesa apresentada (fls. 42 a 46), através de seu representante legalmente constituído (fl. 472), discorre sobre a infração e preliminarmente informa que o autuado encontra-se cadastrado na SEFAZ/BA e na Prefeitura Municipal de Irecê, exercendo atividade de “Comércio varejista de máquinas, equipamentos e suprimento da área de informática; Prestação de serviços de acesso à Internet e serviços de comunicação multimídia SCM”.

Afirma que o serviço de acesso à Internet não é alcançado pela incidência do ICMS, conforme já pacificado no STJ e transcreve às fls. 43 e 44 ementa do RESP 628046/MG do STJ e cita outras decisões daquele Tribunal Superior.

Diz que junta ao processo (fls. 122 a 466) cópias de diversas notas fiscais emitidas relativo a “acesso a internet”, cujos valores não foram emitidos cupons fiscais devidos a sua pertinência com os provedores de acesso, não sujeitos ao ICMS e consequentemente, não obrigado a emitir nota ou cupom fiscal.

Destaca que no seu faturamento, aproximadamente 96% corresponde a receita de prestação de serviço de acesso à internet e apenas 4% corresponde a venda de mercadorias. Junta às fls. 62 a 121, cópia do livro Razão para demonstrar que o faturamento de janeiro a setembro de 2006 foi de R\$578.512,80 relativo a acesso a internet e R\$25.910,50 referente à venda de mercadorias.

Diz que, caso os documentos juntados ao processo não sejam suficientes para comprovar o alegado, de logo, requer revisão fiscal para determinar os percentuais de receita da empresa entre vendas e prestação de serviços, colocando à disposição do fisco toda documentação necessária.

Frisa que possui cerca de três mil clientes aos quais concede acesso à Internet, cujos pagamentos são realizados ao provedor na sua maioria por meio de boletos bancários, ou depósito em conta corrente, sem que o cliente se dirija à sede da empresa, não solicitando qualquer nota fiscal.

Ressalta que para regularizar a contabilização das receitas, emite nota fiscal para os clientes que se dirigem ao estabelecimento e quanto aos clientes que pagam via boleto bancário, emite notas fiscais correspondentes a todos os pagamentos, a título de “clientes diversos”, a exemplo da NF 4211 (fl. 122). Afirma que todas as receitas são declaradas, não afetando o Estado e o Município (Irecê), mesmo quando o cliente não exige a nota fiscal e que não existe qualquer omissão ou não escrituração contábil e fiscal.

Conclui que as informações prestadas pelas empresas administradoras de cartão de créditos/débitos, são reais mas não exigem como pretende a fiscalização, emissão de notas fiscais de vendas, pois não se tratam de vendas e sim de receitas provenientes dos serviços de acesso à Internet. Afirma que os 4% do seu faturamento são tributados pelo ICMS, não existindo diferença entre os valores registrados no seu equipamento e as informações das administradoras de cartões.

Pondera que outra forma de apurar a verdade dos fatos é fazer o levantamento de todas suas compras e vendas de mercadorias, para demonstrar que não ultrapassa a casa de 4% do faturamento mensal, como anteriormente afirmado. Diz que junta a cópia da DMA para demonstrar a movimentação de entrada e saída de mercadorias tributadas.

Aduz que se o julgador não declinar pela diligência, pede prazo para juntada posterior de documentos fiscais para provar o alegado, ressaltando que são milhares de notas e documentos fiscais.

Renova o pedido de prova mediante revisão fiscal e requer a juntada posterior de documentos e pede que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente.

O autuante, na sua informação fiscal (fl. 475), afirma que o deficiente tenta procrastinar o pagamento do imposto reclamado, sem estabelecer de forma objetiva as correlações entre operações realizadas por meio de cartão de crédito e os correspondentes documentos fiscais.

Diz que os documentos juntados às fls. 42 a 466 não provam que os documentos fiscais que deram origem às vendas com cartões de crédito/débito foram emitidos, tendo em vista que as notas fiscais apresentadas não guardam qualquer correlação com as autorizações das administradoras. Ressalta que o próprio contribuinte reconhece que nem sempre emite nota fiscal de prestação de serviços, o que no seu entendimento, fica claro que essas operações não são pagas por meio de cartão de crédito/débito.

Alega que o fato de possuir baixo índice de operações tributadas pelo ICMS, aponta para um indício de irregularidade com relação à atividade comercial do autuado e que o impugnante deveria juntar ao processo cupons ou notas fiscais correspondentes a cada operação elencadas no demonstrativo das fls. 06 a 14, cujas cópias receberam como anexo ao presente Auto de Infração e que ao deixar de fazê-lo, quis apenas protelar o pagamento do imposto.

Ratifica os procedimentos adotados e requer a procedência da autuação.

A 3^a JJF decidiu converter o processo em diligência à Infaz de Origem (fl. 479), para que fosse providenciado a entrega do Relatório Diário de Operações – TEF ao autuado e reabrisse o prazo de defesa de trinta dias, para que o impugnante pudesse comprovar a regularidade das operações indicadas no mencionado Relatório, mediante apresentação do documento fiscal correspondente.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da diligência determinada pelo CONSEF (fls. 480/481), inclusive fornecido mediante recibo, o Relatório TEF.

O autuado se manifestou às fls. 483 a 489, inicialmente esclarece que tendo sido reaberto o prazo de defesa para que pudesse comprovar a regularidade das operações objeto da autuação, ressalta que a infração indica a ocorrência de omissão de saída de mercadorias em decorrência da falta de emissão de documentos fiscais referente a vendas realizadas por meio de cartão de crédito.

Salienta que exerce atividade de prestação de serviço de acesso à internet e serviço de comunicação de multimídia, as quais não são alcançadas pelo ICMS e existe discussão judicial se são tributados pelo ISS. Cita decisão contida no REsp 2004/0007362-1, cujo Relator foi o ministro Castro Meira. Afirma que juntou ao processo farta documentação para tentar comprovar que os valores apurados na autuação dos quais não foram emitidos cupons fiscais, são pertinentes ao serviço de provedor de acesso à internet e não está sujeito à incidência do ICMS.

Destaca que 96% de sua receita é proveniente de receita de serviço de acesso à internet e apenas 4% relativo à venda de mercadorias, conforme registrado no livro Razão e Caixa. Diz que caso o julgador entenda que os documentos juntados ao processo sejam insuficientes para provar sua alegação, reitera o pedido de revisão fiscal, para provar o alegado. Ressalta que possui mais de três mil clientes que concede acesso a internet, os quais realizam pagamentos por meio de boletos e depósito bancário, nem sempre solicitando nota fiscal de prestação de serviços e para regularizar suas receitas emite notas fiscais agregando diversos clientes. Afirma que as receitas foram corretamente declaradas e que não existe qualquer omissão de escrituração.

Diz que junta ao processo cópia do Razão Analítico indicando todos os valores de vendas recebidas com a emissão do documento fiscal correspondente. Requer diligência fiscal para comprovar que às vendas de mercadorias não supera a casa dos 4% do faturamento mensal. Anexa ao processo também a Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA), onde consta a movimentação de entradas e saídas tributadas.

Alega que se não acatado o pedido de diligência, requer um prazo adicional para fazer juntada de todos os documentos para comprovar o alegado, tendo em vista o volume de notas e documentos fiscais.

Com relação à diligência determinada pelo CONSEF e a reabertura do prazo, ressalta as vendas de mercadorias correspondem apenas a 4%, e os boletos apresentados seriam inócuos, dada a proporção de serviços e vendas frente às notas fiscais de prestação de serviços e cupons fiscais de vendas. Diz que casar boleto com cartão e nota fiscal de serviços é difícil, tendo em vista que nem sempre as datas coincidem, ocorrendo situações distintas entre faturamento e quitação, às vezes realizadas com meios de pagamentos diferentes (cheque, cartão, dinheiro, etc.).

Alega que nem sempre o contribuinte espera pela emissão da nota fiscal e em outras situações os pagamentos são realizados sem a imediata emissão de nota fiscal de serviços, o que entende possa ser confirmado com diligência fiscal.

Diz que para que não parem dúvidas acerca da impossibilidade de validar a presunção de omissão de saída, junta cópia dos inventários e de notas fiscais de aquisições de mercadorias para revenda, para tentar evidenciar que o volume de operações, afirmando que o inventário se aproxima do valor das entradas e que a movimentação de mercadorias representa valor ínfimo, concluindo que a receita de prestação de serviços é preponderante.

Por fim reitera o pedido de prova mediante revisão fiscal in loco e pela posterior juntada de documentos, requer que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente.

O autuante foi cientificado da manifestação do autuado (fl. 1122), porém não se pronunciou.

Na assentada do julgamento em 05/06/07, o patrono do autuado argumentou que o processo fosse retirado da pauta de julgamento e convertido em diligência para que o autuante se manifestasse sobre os documentos juntados no momento em que atendeu a diligência determinada pelo CONSEF.

VOTO

No momento em que atendeu a determinação de diligência, o autuado solicitou a realização de diligência ou revisão fiscal para comprovar suas alegações. Considerando que na diligência determinada pelo CONSEF foi facultado ao impugnante apresentar provas de suas alegações, indefiro o pedido de diligência tendo em vista que as provas requisitadas referem-se a

documentos de sua propriedade e caberia a ele apresentá-las, porém foram juntados diversos documentos os quais serão apreciados no mérito da questão.

Indefiro, também, o pedido de diligência formulado verbalmente pelo patrono da autuado no momento da assentada do julgamento, tendo em vista que na diligência determinada pela 3^a JJF, conforme documento à fl. 479, foi descrito que o autuado deveria juntar os documentos fiscais correspondentes a cada operação individualizada constante do Relatório Diário de Operações – TEF, para comprovar que foram emitidos notas ou cupons fiscais daquelas operações, quer seja de fatos geradores do ISS ou do ICMS. Entretanto, o contribuinte juntou diversos documentos sem discriminar a vinculação deles a cada operação constante do mencionado Relatório. Assim sendo, a diligência ora requerida seria inócula, tendo em vista que conduz a formação de provas que deveria ter sido produzida pelo impugnante. Quanto aos documentos juntados pelo contribuinte no momento em que atendeu a diligência, conforme anteriormente dito, serão apreciados no mérito da lide.

No mérito, o Auto de Infração acusa 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Na defesa apresentada o autuado alegou que exercia atividade mista de comercialização de mercadorias e prestação de serviços (acesso à internet e comunicação multimídia) e que a omissão apurada referia-se às atividades de prestação de serviços, que é preponderante em relação à comercialização de mercadorias. No momento em que foi entregue cópia do Relatório Diário de Operações, o impugnante juntou diversos documentos e alegou a impossibilidade de demonstrar a regularidade de emissão de documentos fiscais por operação, devido a intempestividade da emissão do documento e do volume.

O art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542, de 27/12/02, determina que:

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.

Conforme prescrito na Lei ocorre o fato gerador do ICMS a título de presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito. Portanto, é legal a exigência fiscal.

Quanto à alegação defensiva de que as operações omitidas se referem às operações de prestação de serviços e não de vendas de mercadorias, observo que em se tratando da exigência do imposto a título de presunção, é facultado ao contribuinte provar a sua improcedência. Em busca da verdade material, a 3^a JJF determinou a realização de diligência, na qual foi entregue ao autuado o Relatório Diário de Operações fornecido pelas empresas administradoras de cartão de crédito. Neste relatório, constam as operações diárias, por empresa administradora de cartão de crédito, o que possibilitou ao autuado, confrontar as vendas efetuadas por meio de cartão de crédito por operação individualizada com os respectivos documentos fiscais (nota ou cupom fiscal) e juntar ao processo os documentos correspondentes a cada operação. Entretanto juntou apenas um grande volume de documentos, prometendo juntar outras provas, o que não ocorreu até o presente momento.

Pelo confronto dos documentos juntados em atendimento à diligência com o Relatório Diário por Operações verifico que:

a) o valor do cupom e nota fiscal juntado à fl. 605, relativo a venda no valor de R\$51,50 realizada no dia 04/01/06, não corresponde ao valores dos recebimentos por meio de cartão de crédito na

mesma data, conforme documento à fl. 21 e da mesma forma, o documento à fl. 606 com o documento à fl. 21;

- b) a nota fiscal de prestação de serviço de nº 4141 com valor de R\$39.945,00 juntada à fl. 652, não corresponde aos valores de recebimentos por meio de cartão de crédito da mesma data, conforme documento juntado à fl. 22.

Portanto, os documentos juntados com a defesa inicial e no momento da manifestação acerca da diligência determinada pelo CONSEF, não comprovam a regularidade na emissão de documentos fiscais das operações de omissão de saída de mercadorias de que está sendo acusado e a simples negativa de cometimento da infração, não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto, nos termos do art. 143 do RPAF/99.

Também não pode ser acolhido o argumento de que para regularizar a contabilização das receitas, emite nota fiscal englobando diversas operações de vendas e prestação de serviços. Em primeiro lugar, em razão de que a legislação tributária determina a separação das receitas de prestação de serviços e de vendas de mercadorias, haja vista que sobre as primeiras incide ICMS e nas segundas, ISS. Como se trata de imposto exigido a título de presunção, caberia ao contribuinte fazer prova de suas alegações, e mesmo que tenha sido intimado por meio de diligência para comprovar a regularidade das operações, juntou apenas documentos de forma genérica sem demonstrar a correção dos procedimentos.

Quanto à alegação de que as receitas provenientes de cartão de créditos/débitos se tratam de prestação de serviços os serviços de acesso à internet e não de venda de mercadorias, a simples juntada de notas fiscais de prestação de serviços não fazem prova do que foi alegado. Neste caso, conforme apreciado anteriormente, o impugnante deveria juntar ao processo a cópia de cada nota fiscal de prestação de serviço correspondente a cada operação indicada no Relatório Diário de Operações fornecido pelas empresas administradoras de cartão de crédito, o que não foi feito.

Da mesma forma, o fato do faturamento de vendas não ultrapassar 4% do faturamento mensal e a DMA demonstrar montante pouco significativo de movimentação de entrada e saída de mercadorias tributadas, não elide as omissões de saídas de que está sendo acusado, tendo em vista o imposto ora exigido decorre de presunção de omissão de saídas de mercadorias que não foram declaradas.

Pelo exposto, está caracterizada a infração apontada, não acato as alegações defensivas e concluo que é legal a exigência do crédito fiscal reclamado (art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96), uma vez que não foram apresentadas provas da improcedência da presunção legal.

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 298965.0041/06-2, lavrado contra **HOLÍSTICA INFORMÁTICA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 9.004,15, 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, 05 de junho de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR