

A. I. Nº - 100303.0012/07-4
AUTUADO - GLAYDSTONY LACERDA DE SOUZA & CIA. LTDA.
AUTUANTE - MARGARET SAMPAIO BARBOSA LUCAS
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 28. 02. 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0048-01/08

EMENTA: ICMS. 1. SIIMBAHIA. REGIME SIMPLIFICADO DE APURAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. **a)** MICROEMPRESA. **b)** EMPRESA DE PEQUENO PORTE. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infrações não impugnadas. 2. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO ECF. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àqueles informados 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. Infração caracterizada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração não impugnada. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **b)** PAGAMENTO A MENOS. É devido o pagamento a título de antecipação parcial do ICMS, até o dia 25 do mês subsequente a entrada neste Estado, pelo contribuinte credenciado que adquirir para comercialização mercadorias não enquadradas na substituição tributária, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual. Não ficou comprovado se tratar de insumos. Exigências fiscais subsistentes. 5. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 21/05/2007, reclama o crédito tributário no valor de R\$ 40.033,50, relativo às seguintes infrações:

1) falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 1.080,00, nos prazos regulamentares, na condição de Microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA). Multa de 50%. Períodos de janeiro a abril de 2004 e abril a julho de 2006;

- 2) deixou de efetuar o recolhimento do ICMS no valor de R\$ 1.350,00, nos prazos regulamentares na condição de Empresa de Pequeno Porte, enquadrada no Regime Simplificado de Apuração. Multa de 50%. Meses de agosto a dezembro de 2006;
- 3) 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. Exigência do ICMS no valor de R\$ 1.987,41. Multa de 70%. Período de fevereiro, abril, junho a setembro, novembro e dezembro de 2006;
- 4) efetuou o recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$ 135,40, por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras Unidades Federativas e relacionadas no anexo 88. Multa de 60%. Período de setembro de 2004, julho e setembro de 2006;
- 5) deixou de efetuar o recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 23.607,22, por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Multa de 50%. Período de março, maio a julho e outubro de 2004, janeiro a julho, setembro a dezembro de 2005, março a junho e novembro de 2006;
- 6) efetuou o recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$ 11.413,47, por antecipação ou substituição tributária, na condição de Microempresa, Empresa de Pequeno Porte ou Ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Multa de 50%. Meses de abril, setembro, novembro e dezembro de 2004, agosto de 2005, janeiro, fevereiro, julho a outubro de 2006;
- 7) Deixou de apresentar livros fiscais quando regularmente intimado. Multa de 460,00, período de maio de 2007.

O autuado apresentou defesa, às fls. 794 a 802 e 809 a 813 e 820 a 828 dos autos, se insurgindo contra as infrações 03, 05 e 06. Argúi, em relação à infração 03, que desenvolve atividade empresarial atrelada ao comércio de mercadorias e à prestação de serviços. Afirma que o valor indicado pelas administradoras de cartão de crédito, foi considerado o total como operações comerciais de vendas de mercadorias, deixando o autuante de excluir o valor de R\$ 47.768,50 das operações dos serviços prestados, cuja tributação é alcançada pelo ISSQN. Procurou amparar suas afirmações através extratos de recolhimento que indicam no cabeçalho serem da Secretaria de Finanças do Município de Feira de Santana.

Apresenta ementas de várias decisões do STJ para demonstrar que os serviços por ele prestados não sofrem incidência do ICMS e sim do ISSQN.

Pede a improcedência da infração nº 03, em consequência à nulidade do crédito tributário, por considerar um ato de justiça.

Em relação às infrações 05 e 06, alega que os bens constantes das notas fiscais não são tecnicamente mercadorias, mas sim os denominados insumos, aplicados pelo autuado na confecção, revelação e ampliação de fotografias. Assim, conclui o autuado, quando estiver a se tratar de efetivo insumo, não há circulação de mercadoria, e, portanto, não há, pela aplicação da regra da não incidência tributária, ICMS para apurar e recolher.

Reproduz a lição de Hugo de Brito Machado em sua obra Aspectos Fundamentais do ICMS, 2a. edição págs. 28 e 29, para amparar o seu entendimento de que, quando se tratar de insumo, isto é, produtos destinados à utilização na prestação de serviços de confecção, revelação e ampliação fotográficas, não há ICMS a apurar e recolher.

Assevera que, durante a realização do procedimento administrativo fiscal que culminou com a lavratura do auto de infração ora combatido, considerou-se que os denominados insumos, constantes das notas fiscais, foram utilizados como mercadoria e que tal entendimento é

inteiramente equivocado. Afirma que os bens adquiridos, constantes das notas fiscais são insumos e não mercadorias.

Reproduz as mesmas Ementas do STJ, para amparar o seu entendimento acima exposto.

A autuante, às fls. 837 a 842 dos autos, entende que não há como justificar o alegado valor de R\$ 47.768,50, relativa à operações de prestação de serviços, se o autuado não apresenta documentos ou cópias de livros escriturados junto à peça de Defesa. Afirma que as várias súmulas de processos tributários onde justifica a cobrança do ICMS e ISS, corroboram a tese aplicada para cada situação questionada; e a infração nº 03 é uma omissão de vendas, mercadorias e serviços prestados, não contabilizados por uma empresa com atividade empresarial mista. Concluindo pela manutenção desta infração.

Alega que, quanto às infrações 05 e 06, que o autuado foi intimado, às fls. 09, a apresentar a documentação necessária para a verificação dos fatos, inclusive as notas fiscais de serviços, o que em momento algum foi possível. Assim, foi solicitada a parte a classificação das aquisições dos papeis e produtos químicos, para as operações de revendas e utilização dos serviços fotográficos, a mesma alegou a impossibilidade de fazer tal classificação das operações, por não ser obrigada a escrituração de livros fiscais. Afirma que, mais uma vez, na peça de defesa o autuado não apresentou a classificação das operações de compra, que, segundo ele, em nossa legislação a classificação correta é material de uso e consumo, por tratar-se de empresa com atividade mista. Conclui pela manutenção das infrações em tela.

A 1ª JJF, considerando que o Auto de infração sob impugnação, reclama 06 infrações, dentre as quais o autuado impugnou apenas as infrações 3, 5 e 6;

considerando que a infração 03, reclama o imposto em razão da omissão de saída de mercadorias tributadas apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito; considerando que parte das atividades do autuado é de prestação de serviços com pagamento do ISSQN; considerando que as infrações 05 e 06 são relativas à falta de antecipação parcial; considerando que o autuado alega que as mercadorias que foram reclamadas nas infrações 05 e 06, são relativas a insumos e considerando que a atividade econômica principal da empresa é o comércio varejista de artigos fotográficos e para filmagem

Decidiu converter o PAF em diligência à ASTEC/CONSEF, às fls. 849, para que **O DILIGENTE:**

“a) apure, em relação à infração 03, qual o faturamento total da empresa (serviços e venda de mercadorias) e informe qual o percentual das mercadorias tributadas e da parcela de prestação de serviços tributadas pelo ISSQN;

b) intime o autuado a relacionar as mercadorias que entende ser insumo, indicando as respectivas notas fiscais constantes da relação às fls. 18 a 30 dos autos.

c) verifique, através das notas fiscais de saídas, quais os produtos que o autuado diz ser “insumo” e exclua do levantamento aquelas que não constam nas referidas notas fiscais de saídas;

d) descreva a aplicação na atividade da empresa dos produtos que não constam nas notas fiscais de saídas, indicando o respectivo valor reclamado.”

A ASTEC/CONSEF, através de seu diligente, conclui que, em relação à infração 3, o comprovado faturamento total da empresa decorreu 100% das vendas de mercadorias, pois não foi apresentada nenhuma nota fiscal de prestação de serviço;

Quanto às infrações 5 e 6, o autuado não apresentou o relatório da atividade que consumiu os produtos não vendidos por meio de nota fiscal, como também não apresentou nenhuma nota fiscal de prestação de serviço, tendo, inclusive, declarado que não conseguiu localizar os comprovantes de pagamento de ISS.

VOTO

O presente lançamento de ofício exige o ICMS relativo a 07 infrações, entre as quais o autuado se insurge apenas contra as infrações 03 e 05 e 06.

A infração 03, que traz a exigência tributária decorrente 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, e impugnada pelo autuado sob o argumento de que o autuado deixou de excluir o valor de R\$ 47.768,50 das operações dos serviços prestados e cuja tributação é alcançada pelo ISS, procurando demonstrar o afirmado através de comprovantes de recolhimento deste imposto.

O impugnante, apesar de intimado pelo autuante e posteriormente pelo diligente da ASTEC/CONSEF, às fls. 09 e 853, não apresentou as notas fiscais relativas à prestação de serviços, que provariam as alegações da autuada quanto ao valor da prestação de serviços acima mencionados. Sendo assim, o autuante, bem como o diligente não obtiveram a prova material de que efetivamente ocorreram as aludidas prestações de serviços, para que fosse possível deduzir dos valores informados pelas administradoras de cartões de débitos/créditos, razão pela qual, em consonância e em consequência da conclusão do diligente da ASTEC, não é possível deduzir o valor de R\$ 47.768,50, que o autuado alega serem relativos à prestação de serviços com incidência do ISSQN. Mantenho a infração nos valores exigidos.

Em relação às infrações 05 e 06, que exigem o imposto decorrente do recolhimento a menos ou da falta de antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, o autuado afirma que os bens adquiridos pela Autuada, constantes das notas fiscais são insumos e não mercadorias.

A diligência solicitada, para a elucidação desta questão, não confirmou que se tratam de insumos utilizados na prestação de serviços, alegado pelo autuado, pois este não informou as atividades que consumiu os aludidos insumos, bem como não apresentou as notas fiscais de prestação de serviços que serviriam para demonstrar os serviços efetivamente prestados, com base nos quais se poderia levantar os insumos utilizados, bem como a sua quantidade. Vale ressaltar que o autuado, conforme afirmações do diligente, informou que não conseguiu localizar, nem mesmo os comprovantes de pagamento de ISSQN.

Diante do exposto, considero subsistentes as infrações 05 e 06.

Apesar de o autuado não reconhecer expressamente o cometimento das infrações 01, 02, 04 e 07, o fez tacitamente quando não apresentou a impugnação em relação às mesmas. Sendo assim, o art. 142 do RPAF/99, dispõe que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa em presunção de veracidade da afirmação da parte contrária. Desta forma, as infrações 01, 02, 04 e 07, são subsistentes.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **100303.0012/07-4**, lavrado contra **GLAYDSTONY LACERDA DE SOUZA & CIA. LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 39.573,50**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 37.450,69, de 60% sobre R\$ 135,40 e de 70% sobre R\$ 1.987,41, previstas no art. 42, I, “b”, itens 1 e 3, II, “d”, III da

Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 460,00**, prevista no art. 42, XV, “d” da mesma lei, e dos acréscimos moratórios, conforme estabelecido na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de fevereiro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR