

A. I. N° - 298950.0096/09-0
AUTUADO - FOTOSYSTEM COMÉRCIO E SERVIÇOS FOTOGRÁFICOS LTDA.
AUTUANTE - DENNIS ALVIM ALVES SANTOS
ORIGEM - INFAZ ATACADO

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0401-04/10

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. O autuado está inscrito no cadastro de contribuintes desta SEFAZ como empresa de pequeno porte, que, impositivamente, deve apurar e recolher o tributo com base na conta corrente fiscal, tendo em vista o indeferimento do seu pedido para enquadramento no regime do Simples Nacional. Infração caracterizada. 2. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS PELO SUJEITO PASSIVO COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos das informações prestadas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02). Infração parcialmente elidida após revisão fiscal. 3. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. FALTA DE ENTREGA. MULTA. Ilícito admitido pelo sujeito passivo. Infração mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 22/10/2009 e exige ICMS, além de multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor total histórico de R\$ 93.248,99, em razão de terem sido constatadas as irregularidades abaixo aduzidas.

- 1- Falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros próprios. Valor exigido de R\$ 20.174,98 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “a” da Lei nº 7.014/96 (2005 a 2008).
- 2- Omissão de saídas de mercadorias tributadas, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de débito ou de crédito, em valores inferiores aos fornecidos por instituições financeiras e / ou administradoras. Valor exigido de R\$ 72.614,01 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96 (2004 e 2005).
- 3- Falta de apresentação de Declarações de Apuração Mensal do ICMS (DMA) relativas aos meses de novembro de 2005, julho a dezembro de 2007 e janeiro de 2008. Valor exigido de R\$ 460,00, prevista no art. 42, XV, “h” da Lei nº 7.014/96.

A Intimação Para Apresentação de Livros e Documentos, a Ordem de Serviço e os dados cadastrais do sujeito passivo foram juntados às fls. 117 a 123.

O autuado apresenta impugnação às fls. 160 a 162.

Com relação à infração 01, reconhece os dois primeiros valores lançados, com datas de ocorrências de 30/11/2005 e 30/06/2007, nos montantes de R\$ 1.922,59 e R\$ 768,04.

Quanto às quantias referentes ao período compreendido entre 31/07/2007 e 31/10/2008, assevera não serem pertinentes, posto que à época estava enquadrado no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional.

Informa que peticionou regularmente sua opção pelo mencionado Regime, o que foi indeferido pela Prefeitura de Salvador, sob a alegação de existência de débito junto ao Município, fato que suscitou controvérsia judicial, através de mandado de segurança, cujo processo está registrado com o número 2017389-1/2008, em trâmite na 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA.

Junta relatórios mensais e comprovantes de pagamentos concernentes ao Regime do Simples Nacional (fls. 191 a 329).

Quanto à infração 02, pondera que já foi autuado diversas vezes, em vários dos seus estabelecimentos, sob a mesma alegação. Tais autuações geraram processos, alguns dos quais foram julgados nulos, outros ainda em julgamento e outro “impugnado” vitoriosamente em sede judicial.

Em seguida, destaca que desenvolve atividade mista (vendas e serviços). Como regra, o tomador dos serviços é o mesmo adquirente da mercadoria, razão pela qual não se pode fazer a distinção entre os valores dos fatos geradores do ISS e os do ICMS.

Outros métodos, a seu ver, seriam mais adequados para constatar saídas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais, a exemplo de contagem de estoque e auditoria de caixa. Apresenta, em anexos, documentos com o somatório das duas receitas, que reputa maiores do que os apresentados pela administradora de cartões, receitas de serviços, acompanhadas das DMS (declarações mensais de serviços) e, também, as quantias recebidas através de cartões de crédito.

No tocante à infração 03, sublinha que deixou de cumprir a obrigação acessória em virtude do enquadramento no Regime Especial Unificado – Simples Nacional. Estando a questão sob a apreciação do Poder Judiciário, entende que nada se pode cobrar até a decisão liminar do mandado de segurança.

Conclui pleiteando a procedência parcial do Auto de Infração.

Na informação fiscal, de fls. 332 a 334, o autuante acata as razões defensivas concernentes à infração 01.

No que se refere à infração 02, após ter conferido as DMS de fls. 168 a 190, retificou a “Planilha Comparativa de Vendas por meio de Cartão de Crédito / Débito”, considerando os percentuais de vendas de mercadorias, diminuindo assim a quantia lançada, de R\$ 72.614,01 para R\$ 6.859,85.

Mantém a multa da infração 03, pois o contribuinte deixou de apresentar a DMA de novembro de 2005, ao tempo em que, segundo as alegações defensivas, ingressou no Simples Nacional a partir de julho de 2007.

Na manifestação de fls. 346 a 348, juntamente com os valores anteriormente aceitos da infração 01, referentes ao período compreendido entre 31/07/2007 e 31/10/2008, o sujeito passivo acata o débito relativo à infração 03.

Todavia, no que pertine à infração 02, citando dispositivos do Código Civil, entende que o resultado do método utilizado na revisão fiscal, para o fim de encontrar o coeficiente de proporcionalidade, não corresponde à verdade material, pois não foi feito um estudo minucioso.

Repete o pedido da impugnação.

Na informação de fl. 352 o autuante mantém os termos da revisão fiscal.
Devidamente intimado (fl. 356), o contribuinte não mais se manifestou.

VOTO

A infração 03 foi expressamente acatada pelo autuado quando da manifestação sobre a informação fiscal, pelo que, com fundamento no art. 140 do RPAF/99, a mesma não terá o mérito apreciado neste julgamento.

Infração 03 mantida.

De tudo o que foi exposto no relatório supra, percebe-se, no tocante à infração 01, que o defendente fundamentou a sua impugnação exclusivamente no argumento de que estava, à época dos ilícitos impugnados (31/07/2007 a 31/10/2008), inscrito no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, tendo inclusive apresentado relatórios mensais e comprovantes de pagamentos (fls. 191 a 329).

Todavia, há alguns aspectos a serem considerados referentes a esta alegação defensiva.

O autuado está inscrito no Cadastro desta SEFAZ como empresa de pequeno porte, que, impositivamente, deve apurar e recolher o tributo com base na conta corrente fiscal, tendo-lhe sido indeferido, por duas vezes, em 12/04/2008 e 01/04/2009, o pedido de opção pelo Simples Nacional (fls. 122 e 123).

A questão do mandado de segurança, que, é essencial que se diga, não transitou em julgado (fl. 342), é de nenhuma importância para o deslinde da contenda administrativa, conforme o que abaixo será exposto.

De acordo com as razões a seguir enumeradas, não cabe falar em aplicação do art. 27, IV do RPAF/99, que determina o encerramento do processo administrativo fiscal quando a matéria encontra-se em discussão na esfera do Poder Judiciário.

- 1- O autuado não demonstrou o pedido e a causa de pedir do “*mandamus*”.
- 2- O contribuinte não está inscrito no Cadastro desta SEFAZ no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional.
- 3- A lide deste processo não reside na inscrição regular do contribuinte no Simples Nacional, mas nos três ilícitos tributários descritos no relatório (falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros próprios; omissão de saídas de mercadorias tributadas, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de débito ou de crédito e falta de apresentação de Declarações de Apuração Mensal do ICMS).
- 4- O fato de o impugnante estar ou não inscrito no multicitado Regime Nacional é apenas uma questão que poderia ser prejudicial neste PAF, ou seja, a depender do que fosse constatado, através dos documentos de um eventual mandado de segurança, necessariamente com trânsito em julgado (se está ou não inscrito no Simples Nacional), caso fosse possível constatar (o que não é) o resultado determinaria um ou outro rumo ao mérito.

Insta ressaltar que a constatação só não é possível por meio da linha de argumentos da defesa, a do mandado de segurança. Os elementos dos autos permitem tal verificação, pois todos os outros documentos presentes no processo demonstram que, em verdade, o impugnante deve recolher o ICMS de acordo com a conta corrente fiscal.

Em obséquio à fundamentação exaustiva, concluo que, mesmo na hipótese de se admitir que o mandado de segurança (ainda em trâmite) trate de questões relativas à opção do impugnante pelo Simples Nacional, não se pode afirmar, em tal caso, que o provi

lançamento. Na verdade, o que a tutela do Poder Judiciário impede é a cobrança, a execução, a exigibilidade do valor lançado, situação diametralmente diferente.

Cabe à autoridade competente efetuar o presente lançamento, mormente para evitar a consumação da decadência, mas, na hipótese de o Estado restar vencido na ação judicial, caso esta venha a determinar a inclusão do contribuinte no Simples Nacional retroativamente, abster-se de cobrá-lo por qualquer meio. Nesse sentido, aliás, posicionou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

“A suspensão da exigibilidade do crédito tributário na via judicial impede o Fisco de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança de seu crédito, tais como inscrição em dívida, execução e penhora, mas não impossibilita a Fazenda de proceder à regular constituição do crédito tributário para prevenir a decadência do direito de lançar (STJ, 1ª S, REsp 572603/PR, Rel. Min. Castro Meira, j. em 08/06/2005, DJ de 05/09/2005, p. 109)”.

Não foram apensadas ao processo administrativo fiscal, pelo sujeito passivo, cópias do “writ”, tombado sob o número 2017389-1/2008, em trâmite na 4ª Vara da Fazenda Pública.

A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária (art. 142, RPAF/99).

Assim, uma vez que é desconhecido o teor da mencionada ação, que não resultou em ordem judicial para a inclusão do sujeito passivo no Simples Nacional, não é razoável elidir as infrações imputadas sob o fundamento de que, em relação à atividade do contribuinte, incidem as normas deste Regime.

Mais uma vez, sublinho que o mandado de segurança ainda não transitou em julgado (fl. 342), não foram demonstrados o pedido e a causa de pedir e, consoante publicação do Diário Oficial da Justiça de 25/07/2008, a respectiva liminar foi indeferida, nos termos abaixo transcritos.

“Sentença: ... Em sendo assim, indefiro o pedido liminar. Considerando que as informações já foram prestadas, e existindo manifestação do impetrante, sigam os autos com vista ao Ministério Público. Intime-se. Cumpra-se. Salvador, 25 de julho de 2008. GILBERTO BAHIA DE OLIVEIRA JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO”.

Portanto, laborou em equívoco a autoridade fiscal ao acatar as alegações de defesa relativas ao ilícito em comento.

Infração 01 caracterizada.

Os demonstrativos iniciais relativos à infração 02 estão às fls. 41 (exercício de 2004) e 46 (exercício de 2005).

Nos mesmos, foram consideradas as vendas com cartões constantes das reduções Z, as comercializações por meio de notas fiscais, aquelas informadas pela (s) administradora (s) e os percentuais tributáveis (proporcionalidade, que termina por reduzir as bases de cálculo em cada período em que houve lançamento).

O cálculo da proporcionalidade está às fls. 40 e 45, onde se percebe que o autuante, para efeito do alcance da sobredita redução, considerou apenas as operações sujeitas ao regime de substituição tributária em confronto com o total, sem ter observado as prestações de serviços.

Acertadamente, nos demonstrativos de fls. 336 a 341, na revisão fiscal, com base nos elementos apresentados pelo sujeito passivo em conjunto com a impugnação, o auditor fiscal discriminou, em relação ao total das receitas, que quantia foi originada de vendas de mercadorias e que quantia teve como origem a prestação de serviços, encontrando assim o índice de proporcionalidade previsto na Instrução Normativa 56/07. Desse modo, o ICMS lançado na infração 02 foi reduzido de R\$ 72.614,01 para R\$ 6.859,85.

Por exemplo, em janeiro de 2004, o autuante inicialmente lançou o crédito de R\$ 2.625,41, tendo aplicado o percentual tributável de 18,05% (fl. 41). De acordo com a informação prestada pelo contribuinte à fl. 165, considerou a receita com prestações de serviços neste mês no montante de R\$ 93.265,67 (fl. 338). Calculou, assim, à razão de 40,08%, que aplicou sobre a coluna “VENDA COM CARTÃO INFORMADA PELAS ADM.”, fato que resultou na diminuição do valor lançado para R\$ 300,32 (fl. 336, 1ª linha, última coluna da planilha).

A declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos das informações prestadas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02).

Acato o demonstrativo de fls. 336 a 341, elaborado pelo autuante, de modo que o imposto exigido na infração 02 reste diminuído de R\$ 72.614,01 para R\$ 6.859,85.

Infração 02 parcialmente elidida.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298950.0096/09-0**, lavrado contra **FOTOSYSTEM COMÉRCIO E SERVIÇOS FOTOGRÁFICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 27.034,83**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 20.174,98 e 70% sobre R\$ 6.859,85, previstas no art. 42, I, “a” e III da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos legais, além da penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 460,00**, prevista no art. 42, XV, “h” do citado dispositivo legal, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - JULGADOR