

PROCESSO - A. I. Nº 298950.0095/09-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - FOTOSYSTEM COMÉRCIO E SERVIÇOS FOTOGRÁFICOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0351-05/10
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 14/10/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0317-12/11

EMENTA: ICMS. LIVROS FISCAIS. VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE SAÍDAS E NO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO ICMS. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O contribuinte ao tempo da ocorrência dos fatos geradores se encontrava inscrito no CAD-ICMS com base no regime normal de apuração do imposto. Não provada a existência de medida judicial que impedisse o lançamento tributário pela sistemática de débito e crédito. Infração subsistente. **b)** RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração reconhecida. 2. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES 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. Empresa com atividade comercial mista de venda de mercadorias e prestação de serviços. Valor reduzido mediante aplicação de proporcionalidade conforme Instrução Normativa nº 56/07. 3. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida nos autos do presente PAF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 30/09/2009, para exigir imposto no valor de R\$33.263,57, em decorrência do cometimento das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(s) referentes a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Períodos: junho a setembro e dezembro 2007, janeiro a agosto 2008. Exigido imposto no valor de R\$6.809,83, acrescido da multa de 50%;

INFRAÇÃO 2 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de desconhecimento entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Períodos: setembro 2005 e abril 2007. Exigido imposto no valor de R\$ 152,42, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 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 Períodos: abril a dezembro 2004, janeiro a dezembro 2005, janeiro a novembro 2006. Exigido imposto no valor de R\$25.841,32, acrescido da multa de 70%;

INFRAÇÃO 4 – Falta de apresentação da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Período: outubro 2008. Multa de R\$460,00.

Entretanto, tendo em vista o expresse reconhecimento pelo sujeito passivo do cometimento da infração 2 e a procedência das infrações 1 e 4, remanesce, tão-somente a infração 3 como objeto do presente Recurso de Ofício.

Em sua impugnação o sujeito passivo asseverou que exerce duas atividades distintas, a de vendas de mercadorias e a de prestação de serviços que é tributada pelo ISS. Destaca que o montante de sua receita auferida nos serviços prestados não é informado na DMA ou DME, e que as administradoras de cartão e financeiras informam à SEFAZ o valor global de suas operações.

O autuante acolheu as comprovações das receitas auferidas pelo contribuinte na prestação de serviço e aplicou a proporcionalidade reduzindo o valor do débito.

Ao se manifestar acerca da informação fiscal que reduziu o valor da infração, o sujeito passivo ainda se manteve inconformado com a redução apurada, aduzindo que a fiscalização deveria ter aplicado outro roteiro de auditoria que verificasse sua escrita fiscal ou seu estoque físico.

A 5ª JF entendeu, por unanimidade, julgar o Auto de Infração Procedente em Parte em virtude de considerar caracterizadas as infrações 1, 2 e 4 e parcialmente procedente a infração 3 pelo fato do autuante, no lançamento original ao apurar a omissão de saída de mercadorias tributáveis, não ter considerado a atividade mista do estabelecimento autuado, e corrigido a impropriedade ao proceder à informação fiscal, ocasião em que elaborou novo demonstrativo de débito reduzindo a diferença exigida no lançamento de ofício original.

A Decisão recorrida fundamentou a procedência parcial da infração 3, objeto do presente Recurso de Ofício na forma a seguir sintetizada.

[...]

“Em relação à infração 03, embora na Defesa inicial o Impugnante sobre isto não tenha falado, na manifestação em contraditório à Informação Fiscal, o Impugnante, argui inconformismo com o enquadramento legal dessa infração, e sobre isso me pronuncio.

Inicialmente atento que, no presente caso, estamos diante de uma presunção legal prevista no inciso IV art. 334 do Código de Processo Civil, que assim se expressa:

Art. 334. Não dependem de prova:

[...]

IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade.

As presunções podem ser absolutas, que não admitem prova contrária ou as relativas, consideradas verdadeiras até prova em contrário. O fato presumido é tido como verdadeiro até que a ele se opuser a prova em contrário.

*Neste caso em exame, estamos tratando de uma presunção legal relativa, prevista pelo §4º do art. 4º da Lei 7014/96, “o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos de 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 nosso).*

Verifico que no procedimento fiscal original, o autuante não considerou a atividade mista da empresa e computou todo o seu faturamento como se tributável pelo ICMS. Contudo, após a apresentação pelo autuado dos documentos junto à Defesa, quais sejam demonstrativos de prestação de serviços e cópias de documentos relativos às operações de prestação de serviços não tributáveis pelo ICMS, o autuante refez o levantamento fiscal elaborando as Planilhas Comparativa de Vendas por Meio de Cartão de Crédito/Débito e demonstrativos de proporcionalidade de suas atividades comerciais, excluindo do total fornecido pelas Administradoras de cartões os valores constantes na DMS - Declaração Mensal de Serviços da Prefeitura (Recibo de Entrega da Declaração Mensal de Serviços) resultando em diminuição do ICMS devido de R\$25.841,32 para R\$3.497,74, conforme papéis de trabalho de fls. 354 a 360, do PAF.

Instado a se manifestar após a Informação Fiscal, o autuado seguiu inconformado, insistindo que o método de auditoria aplicado na apuração dos valores dessa infração haveria que ser outro, no caso, um levantamento físico de estoque. Neste particular, não assiste razão ao autuado, pois o procedimento adotado tem respaldo legal, como já acima ressaltado, e na ação fiscal foi corretamente aplicado, inclusive oportunamente ajustado

com a consideração da proporcionalidade orientada pela Instrução Normativa nº 56/07, mantendo exclusivamente o percentual das saídas de mercadorias tributáveis pelo ICMS. Cabe consignar que o autuado, apesar de contestar a metodologia do procedimento fiscal, não contrasta os novos números decorrentes do ajuste procedido na infração pelo autuante por ocasião da Informação Fiscal.

Assim, por todo o exposto, considero a infração 3 subsistente e com o ICMS devido no valor de R\$3.497,74, com base nos demonstrativos do ajuste já mencionado.

Em relação à infração 04 cujo argumento defensivo se restringe à desobrigação de cumprimento da obrigação acessória de apresentação da DMA por força da medida judicial liminar citada pelo Impugnante, empresto a ponderação que fiz na preliminar e na apreciação da infração 01, uma vez que nesta infração se aplicam com total serventia, razões pelas quais deve a mesma subsistir.

Isso posto, voto pela PROCÊDENCIA PARCIAL do Auto de Infração, modificando-se o demonstrativo de débito original apenas em relação à infração 3 que passa a ser o seguinte:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 3					
Data Ocorr	Data vencido	Base Cálculo	Alíq. %	Multa %	ICMS devido
30/04/2004	09/05/2004	819,35	17	70	139,29
31/05/2004	09/06/2004	1.618,53	17	70	275,15
31/06/2004	09/07/2004	1.078,59	17	70	183,36
31/07/2004	09/08/2004	1.627,71	17	70	276,71
30/08/2004	09/09/2004	617,29	17	70	104,94
31/09/2004	09/10/2004	1.497,24	17	70	254,53
30/10/2004	09/11/2004			70	109,86
31/11/2004	09/12/2004			70	188,86
31/12/2005	09/01/2005	1.878,00	17	70	319,26
31/01/2005	09/02/2005	1.117,65	17	70	190,00
28/02/2005	09/03/2005	696,94	17	70	118,48
30/03/2005	09/04/2005	903,24	17	70	153,55
31/04/2005	09/05/2005			70	102,78
30/05/2005	09/06/2005			70	52,69
31/06/2005	09/07/2005	386,65	17	70	65,73
31/07/2005	09/08/2005	493,59	17	70	83,91
30/08/2005	09/09/2005	976,12	17	70	165,94
31/09/2005	09/10/2005	375,35	17	70	63,81
30/10/2005	09/11/2005			70	238,42
31/01/2006	09/02/2006	732,41	17	70	124,51
30/03/2006	09/04/2006	1.004,65	17	70	170,79
30/04/2006	09/05/2006			70	22,93
31/05/2006	09/06/2006			70	21,91
30/06/2006	09/07/2006	228,29	17	70	38,81
30/11/2006	09/12/2006			70	31,51
Total Infração					3.497,73

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração”.

Em face da Decisão acima da 5ª JJF, recorreu, de ofício, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

VOTO

O presente Recurso interposto de ofício pela 5ª JJF deste CONSEF por objeto reapreciar o Acórdão de nº 0351-05/10, no tocante à infração 3 que impõe sucumbência à Fazenda Pública Estadual, tudo na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA.

A Decisão submetida à revisão desta Câmara de Julgamento Fiscal não merece reforma, senão vejamos.

A infração 3 acusa o contribuinte de omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

O sujeito passivo, em sede de defesa, informou que além de atividade comercial exerce a atividade de prestação de serviços e carreteu aos autos comprovação da receita auferida na prestação de serviços no período fiscalizado, através de cópias de Documento de Arrecadação do Simples Nacional - DAS e Recibo de Entrega da DMS – Declaração Mensal de Serviços, fls. 216 a

345, para requerer a inclusão dessa receita no total comparado com as vendas informadas pelas administradoras de cartão de crédito e financeiras.

Com exceção da não inclusão, no levantamento fiscal que apurou o débito exigido, de suas receitas oriundas dos serviços por ele prestados, não aponta qualquer outra inconsistência na determinação da base de cálculo.

O autuante, depois de examinar a documentação colacionada, acolheu a pretensão do contribuinte e refez o levantamento de apuração contemplando a receita auferida na prestação de serviço adotando o percentual de proporcionalidade obtido para cada um dos períodos mensais de apuração, consoante “*Demonstrativo de Proporcionalidade Serviços/Mercadorias*”, fls. 354, 357 e 360, e “*Planilha Comparativa de Vendas por meio de Cartão de Crédito/Débito*”, fls. 352 e 353, 355 e 356, 358 e 358. Tal procedimento resultou na redução do débito originalmente lançado de ofício de R\$25.841,32, para R\$3.497,74.

Da análise das peças que instruem e compõem os autos constato que o autuante procedeu de forma correta, eis que atendeu à orientação estatuída pela Instrução Normativa 56/07 que contempla, nesses casos, a aplicação da proporcionalidade para exclusão de receitas sem incidência do imposto do cálculo do ICMS devido.

Desse modo, entendo que a 5ª JF, com muita propriedade, reconheceu a redução da exigência originalmente lançada, proposta pelo autuante com base na comprovação carreada aos autos de receitas oriundas da prestação de serviços auferidas pelo autuado no período fiscalizado e considerou parcialmente caracterizada a infração 3.

Assim, diante de tudo o quanto exposto, me alinho à Decisão prolatada em primeiro grau, que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração. Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298950.0095/09-4**, lavrado contra **FOTOSYSTEM COMÉRCIO E SERVIÇOS FOTOGRÁFICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$10.459,98**, acrescido das multas de 50% sobre R\$6.809,83, 60% sobre R\$152,42 e 70% sobre R\$3.497,73, previstas no art. 42, incisos I, “a”, II, “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$460,00**, prevista no art. 42, inciso XV, “h”, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios contidos na norma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de outubro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS