

A. I. N° .. - 010119.0002/10-1
AUTUADO - OGUNJÁ – COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÕES LTDA.
AUTUANTE - ROZENDO FERREIRA NETO
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET 14.09.2011

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N°0233-05/11

EMENTA: ICMS. **1.** VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Legalmente presume-se ocorrida operação tributável sem pagamento do imposto quando os valores de vendas forem inferiores aos informados por administradoras de cartões de crédito, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, o que ocorreu em parte. **2.** LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. ENTRADA DE MERCADORIA, SUJEITA A TRIBUTAÇÃO, SEM O DEVIDO REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MULTA. Exigência comprovada em parte. Indeferido o pedido de nulidade e de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado, em 07/06/10, para exigir ICMS no valor de R\$ 61.466,27, em decorrência da constatação de 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 fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, relativo aos meses de julho/2005 a dezembro/2006, conforme planilhas às fls. 115 a 120 dos autos, como também para exigir a multa percentual de 10%, no montante de R\$ 4.081,87, incidente sobre o valor comercial das mercadorias sujeitas a tributação, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, nos exercícios de 2005 e 2006, conforme planilhas às fls. 67 e 68 dos autos.

O contribuinte ingressou com defesa tempestiva, às fls. 152 a 183 dos autos, onde alegou atuar na atividade de comércio varejista de materiais de construção e que a autuação refere-se às vendas realizadas pelo estabelecimento que se constitui em um “Show Room”, assim entendido aquele que exibe mercadorias e realiza operações de venda em virtude da exibição. Em consequência, o estabelecimento autuado emitia nota fiscal destinada simples controle do faturamento, sendo certo que tanto as notas fiscais ao consumidor, quanto as que acompanhavam as mercadorias eram emitidas pela Loja 01, onde estava localizado o Depósito que servia às filiais. Assim, a omissão, objeto da autuação, não passa de um lamentável equívoco da empresa, que a utilizar as maquinetas de cartões de crédito vindas da Filial 03 (quando deveria ter sido substituída por maquinetas específicas para aquela loja), tinha as notas fiscais emitidas pela Loja 01, matriz/depósito, que efetivamente fazia a entrega da mercadoria. Diz que tais fatos podem ser facilmente comprovados com a fiscalização efetuada sobre a Loja 01 – matriz, onde se detectou uma grande quantidade de nota fiscais de vendas emitidas, com recolhimento do ICMS superior as vendas faturadas por aquela loja.

Sustenta que não se pode falar em omissão de saída de mercadoria pelo estabelecimento autuado, uma vez que se constituía em “show room” e a mercadoria somente foi entregue pelo estabelecimento matriz, onde se localiza o depósito da empresa, cuja nota fiscal emitida possuía destaque do ICMS, indicando como natureza da operação “transferência simbólica”, o número série e data da nota fiscal de venda, anteriormente emitida em face das operações contratadas

pelo estabelecimento autuado, o que será apurado em perícia, prova que de logo requer seja produzida, conforme se pode constatar através das notas fiscais anexas às fls. 200 a 998 dos autos.

Esclarece, também, que a fiscalização desprezou a existência de ICMS pago por substituição tributária encontrando, desta forma, uma base de cálculo inexistente, do que cita exemplos.

Ainda em relação a este item da autuação, alega que recolheu todo o ICMS incidente sobre as vendas que efetuara a ordem ou para entrega futura, na forma demonstrada das notas fiscais anexadas aos autos e da perícia a ser realizada, onde demonstrará que o imposto foi recolhido.

Salienta que a hipótese apontada nestes autos demanda grande volume de documentos para análise e, considerando a exiguidade do tempo e da grande quantidade de documentos juntados, como também se tratar de operações que envolvem dois estabelecimentos do autuado, vez que se refere à venda para entrega futura pelo Show Room, entregues pelo estabelecimento matiz, não foi possível fazer a apresentação a tempo, motivo que protesta pela juntada posterior de documentos, salvaguardado seu pleito no princípio da verdade material.

Quanto à segunda infração, alega que a autuação se refere à falta de registros fiscais e contábeis das Notas Fiscais nºs 544721, 544722, 544254, 74689, 51071, 560573, 50102, 50299, 50300 e 50458, sem, entretanto, informar a origem de tais notas, o que dificulta sobremaneira o seu exercício da ampla defesa.

Reitera que o “show room”, pela sua restrita área e cumprindo tão somente a sua finalidade, apenas expunha, aos consumidores em geral, produtos comercializados pelas demais lojas das empresas, ou seja, expunha produtos recebidos para demonstração e que não tiveram saídas tributadas. Assim, entende que não há qualquer crédito fiscal sobre as referidas notas.

Ressalta que pelos termos da autuação, todas as mercadorias estavam acobertadas por nota fiscal, documentos que protesta pela juntada segundo a listagem elaborada pelo autuante, desde que informe o nome das empresas que emitiu as referidas notas, quando poderá comprovar que os referidos documentos encontram-se regularmente escriturados em seu livro próprio, o que pode ser constatado através de uma diligência fiscal, do que requer. Diz que em situações idênticas o CONSEF já decidiu pela conversão da cobrança do imposto em multa fixa. Cita Resolução nº 1843/99, do que conclui que não resta alternativa senão o julgamento deste Auto de Infração pela improcedência e, eventualmente, a aplicação da multa de R\$ 50,00, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96.

Em seguida, argui a nulidade da autuação, tendo em vista que a multa aplicada teve por base um levantamento de saídas equivocado o que resultou numa cobrança completamente desproporcional e fora da realidade de operações da empresa, vez que vendas para entrega futura, além da falta de indicação de como a fiscalização chegou aos valores da base de cálculo informados no demonstrativo mensal, sem considerar a substituição tributária e a condição de “show room”, contaminando todo o procedimento, pois ocasiona o cerceamento do direito de defesa do contribuinte e, consequentemente, a nulidade da ação fiscal como um todo, de acordo com a previsão do art. 18, IV, do RPAF/97. Cita legislação, jurisprudência.

Requer, também, o cancelamento ou redução da multa, sob o argumento de que, em nenhum momento, causou prejuízo ao erário estadual, pois sempre cumpriu com suas obrigações e nunca deixou de efetuar, de forma correta, o recolhimento do imposto. Cita art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96 e o art. 158 do RPAF.

Aduz que não há comprovação de que tenha efetuado vendas sem o devido registro e que inexistindo a suposta omissão de saída, no máximo o fisco poderia reclamar o descumprimento de obrigação acessória, caso se comprove alguma falha na emissão dos cupons fiscais, e não a cobrança de imposto, do que requer a aplicação da multa de R\$ 50,00, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96. Alega, ainda, ser a multa fiscal confiscatória e enriquecimento ilícito, caso se mantenha o Auto de Infração, como também, ser inaplicável a taxa SELIC, conforme decisão do STJ.

O autuante, ao prestar a informação fiscal, às fls. 1005 a 1007, aduz que nos meses de janeiro a julho/2005, o autuado praticava suas atividades na condição “NO”, isto é, comércio de compra e

venda, conforme valores significantes informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito, às fls. 34, e que somente a partir de agosto/2005 passou a funcionar como show room (antiga filial), não podendo mais praticar compras e vendas, mas, sim, exclusivamente, exibição das mercadorias, entretanto, continuou realizando vendas em cartões de crédito/débito, conforme Relatório de Informações TEF, às fls. 34 e 35.

Classifica como confissão o contribuinte ter alegado em sua defesa, às fls. 154 e 155, que o estabelecimento só emitia notas fiscais destinadas a simples controle do faturamento (venda para entrega futura), e que tais valores informados no Relatório TEF de agosto/05 a dezembro/06, são referentes a um lamentável equívoco da empresa que utilizou as maquinetas de cartões de crédito da filial 03, quando deveria ter utilizado as maquinetas específicas da matriz (que efetivamente emitia as notas fiscais e fazia as entregas das mercadorias). Diz que sem Ordem de Serviço e sem documentação não poderia executar uma ação fiscal esclarecedora junto à matriz. Assim, provada a inexistência de erro ou engano do autuante e a falta de elementos probatórios para o autuado contestar, requer a subsistência da primeira infração.

Quanto à infração 2, o autuante aduz que após confrontar as notas fiscais registradas nos livros fiscais e a relação do CFAMT (fls. 61/66), não encontrou registradas as notas fiscais que relacionou nos demonstrativos às fls. 67/68, do que diz está juntando como meio de prova (fls. 1008 a 1013).

Intimado a tomar ciência da informação fiscal, o autuado apresenta manifestação (fls. 1018/1028), na qual reitera todas as suas alegações, quanto à primeira infração, e, inerente à segunda infração, aduz que a exigência refere-se às notas fiscais de remessa para show room de equipamentos da DECA, Nota Fiscal nº 560573 – referente à remessa de DISPLAY para a loja do Ogunjá na Paralela, e as Notas Fiscais nºs 50102 (amostra), 50458 (remessa material), 50300 (outras saídas e no seu descriptivo faz referência à mesa de atendimento e cadeira para promotora), todas da Cecrisa e Nota Fiscal nº 50299, cuja cópia não anexou. Diz não prosperar a multa aplicada, haja vista as notas fiscais foram registradas junto aos livros de controle, do que protesta pela juntada dos referidos documentos no prazo de 20 dias e reitera o pedido de diliggência fiscal, assim como a redução da multa (art. 158 RPAF).

Instado a se pronunciar, o autuante, em nova informação fiscal, às fls. 1037 e 1038, aduz que, após analisar todas as notas fiscais, anexadas pela defendant, com os valores informados pelas administradoras de cartões no Relatório Diário de Operações TEF, concluiu que de fato em sua grande maioria os valores das notas fiscais emitidas pela matriz conferem com os valores do aludido relatório. Assim, acata as notas fiscais, levando em consideração a data de emissão e o valor total da nota, podendo tal valor ser encontrado somando-se diversas notas fiscais, a exemplo das fls. 293 e 294 e/ou 958 a 962, ou valor menor que o valor total da nota, quando destacado o valor da entrada e o valor pago em cartão (exemplo fls. 366; 423; 551 e 730).

Registra que após considerar as notas fiscais plausíveis, remanesceu o imposto a recolher de R\$ 7.429,26, do que, para cálculo da proporcionalidade, utilizou os valores apresentados nas DMA da matriz, em virtude do estabelecimento fiscalizado apresentar as DMA zeradas, conforme demonstrado às fls. 1040 a 1061 dos autos.

Sobre a infração 2, informa que a defendant, em momento algum, juntou cópia do livro Registro de Entradas, de modo a comprovar o devido registro na escrita fiscal das notas listadas nos demonstrativos de fls. 67 e 68 e anexadas às fls. 1008 a 1013. Assim, mantém a infração 2.

Intimado para tomar ciência da informação fiscal, conforme documentos às fls. 1071 e 1072 dos autos, o autuado se mantenha silente.

VOTO

Trata-se de lançamento fiscal de crédito tributário para exigir o ICMS, no montante de R\$ 61.466,27, relativo à presunção legal de ocorrência de operações de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, 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, inerente ao período de julho/2005 a dezembro de 2006 (fls. 115 e 120), prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542/02, ressalvado ao autuado a prova da improcedência da presunção, como também para exigir a multa de R\$ 4.081,87, correspondente a 10% sobre o valor comercial das mercadorias, sujeitas à tributação, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal.

Inicialmente, rejeito o pedido de nulidade arguido pelo autuado, em relação à primeira infração, uma vez que preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, a qual foi exercida plenamente, visto que a infração foi devidamente tipificada e documentada, sendo seus demonstrativos inteligíveis.

Inerente ao pedido para realização de diligência e/ou perícia, nos termos do art. 147 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, indefiro o referido pleito, pois considero suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, assim como em razão de destinar a verificar fatos vinculados à escrituração fiscal ou a documentos que estão na posse do requerente e cuja prova (levantamentos e demonstrativos referentes às alegações defensivas) simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos, como também em razão da prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos.

Quanto à alegação referente à taxa SELIC, ressalto que sua aplicação está prevista na Lei nº 9.250/95, cuja constitucionalidade já foi confirmada nos Tribunais Superiores, que têm reiteradamente exarado decisões neste sentido.

Igualmente descabe a alegação de que as multas são confiscatórias, pois são as legalmente previstas às infrações apuradas, como também indefiro o pedido de redução da multa, pois não restou comprovado que não causou prejuízo aos cofres públicos, como alega o autuado.

No mérito, da análise das peças processuais, se verifica que, em relação à primeira infração, o autuado recebeu o Relatório Diário por operações TEF, como prova o documento à fl. 148, cujo relatório consigna todas as operações, autorização, dia e valor do pagamento realizado pela administradora do cartão de crédito/débito, relativo às suas vendas com modalidade de pagamento em cartão de crédito ou de débito.

Sendo assim, por se tratar de uma presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, caberia ao sujeito passivo provar a improcedência da presunção, conforme determina o dispositivo legal citado, demonstrando que ofereceu à tributação os valores informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e/ou débito, anexando documentos fiscais que comprovem as vendas com pagamento na modalidade em cartão de crédito ou de débito, a exemplo de Redução “Z” ou notas/cupons fiscais que contenham identidades entre os valores e datas informadas no relatório TEF, de forma a comprovar a tributação dos referidos valores.

Por sua vez, quando da sua defesa, o contribuinte anexa, às fls. 199 a 999 dos autos, documentos fiscais e extratos os quais comprovam sua alegação de que parte das operações realizadas sob a modalidade de pagamento com cartão de crédito ou de débito foi oferecida a tributação através do seu estabelecimento matriz/depósito, que efetivamente fazia a entrega da mercadoria, por se tratar o estabelecimento autuado de um “show room”, assim entendido aquele que exibe mercadorias e realiza operações para vendas para entrega futura.

Tal fato foi comprovado pelo autuante em sua informação fiscal, às fls. 1037 e 1038 dos autos, que, após analisar os recolhimentos do estabelecimento matriz e correlacionar todas as notas fiscais, anexadas à defesa, com os valores no Relatório Diário de Operações TEF, concluiu que, de fato, em sua grande maioria os valores das notas fiscais emitidas pela matriz conferem com os valores do citado Relatório TEF, levando em consideração a data de emissão e o valor total da nota fiscal emitida, cujos valores foram excluídos do levantamento fiscal, apurando, a final, o valor remanescente do ICMS a recolher de R\$ 7.429,26, após considerar as notas fiscais plausíveis e também a proporcionalidade às mercadorias tributadas comercializadas, conforme previsto na Instrução Normativa nº 56/2007, consoante levantamento às fls. 1040 a 1061 dos autos, do que concordo. Sendo assim, *subsiste em parte a infração 01 no valor de R\$ 7.429,26 (fls. 1047 e 1061).*

Quanto à segunda infração, a multa exigida é relativa às Notas Fiscais de nºs 544721, 544722, 544264, 74689, 51071, 560573, 50102, 50299, 50300 e 50458, conforme demonstrativos às fls. 67 e 68 dos autos, cujos dados foram obtidos através da Relação CFAMT (fls. 61/66), cujos documentos fiscais, como prova da acusação, apenas foram anexados aos autos os de nºs: 560573, 50102, 50458, e 50300, às fls. 1009 e 1011 a 1013 dos autos, tendo, naquela oportunidade, sido o contribuinte intimado para se manifestar sobre elas, conforme procedeu, às fls. 1018 a 1028 dos autos.

As decisões reiteradas deste CONSEF tem sido no sentido de que a relação do CFAMT não é suficiente para fundamentar a acusação fiscal, inclusive por ensejar cerceamento ao direito de defesa do contribuinte.

Sendo assim, por não ter o contribuinte comprovado o registro das notas fiscais anexadas aos autos e, em consequência, elidido a acusação fiscal, relativas aos citados documentos fiscais, como também por não ter o preposto fiscal apensados aos autos as demais notas fiscais constantes do levantamento fiscal (fls. 67/68), subsiste a infração 2 apenas quanto aos valores relativos às Notas Fiscais de nºs: 560573, 50102, 50458 e 50300, no valor remanescente de R\$ 540,58, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias entradas no estabelecimento ser o devido registro na escrita fiscal, consoante art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96, por se tratarem de *mercadorias tributadas*, a exemplo de “display”, “expositor mesa”, “mesa e cadeira”, conforme a seguir:

DATA Ocorência	Base de Cálculo	Valor da Multa 10%	Número do Documento Fiscal	Fl. dos Autos
31/12/05	797,08	79,71	560573	1009
31/12/06	.4.430,72	443,08	50102 , 50300, 50458	1011, 1013, 1012
TOTAIS:	5.227,80	522,79		

Portanto, a infração 2 subsiste em parte no valor de R\$ 540,84.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 7.952,05, sendo a primeira infração no valor de R\$ 7.429,27, conforme demonstrado à fl. 1.039 dos autos, e a infração 2 no valor de R\$ 522,79, consoante acima demonstrado, ressaltando que a data da ocorrência, desta exigência, é em decorrência da emissão dos documentos fiscais.

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 **010119.0002/10-1**, lavrado contra **OGUNJÁ – COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.429,27**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$522,79**, previstas no art. 42, inciso IX, do mesmo dispositivo legal, com os acréscimos moratórios conforme previsto 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 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de agosto de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/ RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA