

A. I. N°. - 114155.0003/10-9
AUTUADO - M E M SOM ACESSÓRIOS E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - PAULO CÉSAR CARVALHO DA SILVA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 08. 11. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0285-01/11

EMENTA: ICMS. 1. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO POR ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Sendo excluído do total lançado o montante atinente ao exercício de 2007, face declaração de nulidade, por não se determinar com segurança o citado item da imputação, permanecendo o crédito tributário dos demais valores concernentes a todo o período de 2008. Fica a infração parcialmente subsistente. 2. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTAS. O contribuinte foi multado duas vezes, os dois fatos fazem parte da mesma infração: falta de apresentação de livro ou documento. A multa não é por cada livro ou documento, separadamente, não importa se um ou vários itens, a infração é uma só. Mantida apenas uma das multas, a primeira. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 31/03/2010, foi efetuado o lançamento do crédito tributário correspondente ao valor total de R\$135.986,74, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – deixou de recolher o ICMS, em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento efetuado através de cartão de crédito ou de débito em valor inferior àquele fornecido por instituições financeiras e administradoras dos citados cartões, nos meses de dezembro de 2007 e janeiro a dezembro de 2008, sendo exigido o imposto no valor de R\$135.066,74, mais multa de 70%. Consta que os valores foram apurados em confronto com as informações prestadas através da DME de 2007 e das DMA de 2008;

02 – deixou de apresentar documentos fiscais, quando regularmente intimado, sendo aplicada a multa fixa de R\$460,00;

03 – deixou de apresentar livros fiscais, quando regularmente intimado, sendo aplicada a multa fixa no valor de R\$460,00.

O contribuinte apresentou impugnação à fl. 60, argumentando que em 09/02/2010 fora intimado a apresentar livros e documentos fiscais, porém no dia seguinte informara ao Auditor Fiscal, por telefone, que tais documentos se encontravam de posse de outro preposto fiscal (fl. 64), que os

solicitara no mesmo período, razão pela qual não poderia atender o quanto solicitado. Como não foi novamente intimado, concluirá que o assunto fora resolvido.

Ressalta que tendo em vista que o levantamento fiscal se sustentou em informações repassadas por empresas financeiras e administradoras de cartões, porém com base nos elementos que está anexando, faz-se necessária uma análise precisa dos débitos a serem exigidos.

Enfatiza que em 2007 promoveu uma alteração em seu contrato social (fls. 68/69), incluindo nas atividades desenvolvidas a prestação de serviços não tributados pelo ICMS, de modo que a partir de agosto de 2007 sua receita passou a se originar de vendas e de serviços, o que significa que no faturamento informado pelas referidas empresas se incluem os serviços realizados, os quais se encontram devidamente declarados junto ao respectivo órgão (fls. 72 a 88).

Acrescenta ter realizado a apuração do ICMS devido no período, com base nas notas fiscais de entrada e de saída, conforme planilha que anexou à fl. 65.

Argumenta que outra questão importante se refere ao fato de que os produtos que comercializa se referem a equipamentos de som para veículos automotores, que se encontram enquadrados no regime da substituição tributária.

Informa que a documentação já se encontra disponível para esclarecer qualquer dúvida ou para refazer a fiscalização.

Requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente e aguarda uma resposta, para que possa declarar, através da DMA, o valor real do imposto, conforme planilha que anexou, para pagar os seus débitos.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 90 a 93, contestando, inicialmente, as alegações defensivas atinentes à falta de entrega dos livros e documentos fiscais, realçando que de acordo com os documentos juntados pelo contribuinte, o Termo de Fiscalização de 08/04/2009 (fl. 64) indica que o autuado foi cientificado a respeito de levantamento fiscal para apurar débitos referentes à antecipação tributária, quando lhe foram entregues as cópias das planilhas e das notas fiscais correspondentes. Assim, não existe evidência de qualquer motivo que o impedissem de entregar os livros e documentos fiscais solicitados em 09/02/2010.

No que concerne à infração 01, ressalta que foi apurada com base no confronto entre as informações prestadas pelo contribuinte através das DMA, uma vez que não apresentou os documentos fiscais solicitados, com as informações prestadas pelas instituições financeiras relativas às vendas realizadas com pagamento recebido em cartão de crédito ou de débito. Aduz que para preservar o contribuinte e como não tinha outros dados, considerou todos os valores por ele declarados, como se estivessem incluídos nos valores declarados pelas referidas instituições.

Ressalta que ao tomar ciência do Auto de Infração, o contribuinte recebeu as cópias dos Relatórios Diários das Operações TEF de 2007 e de 2008 (fl. 53), onde constam os números de autorização de cada operação, sendo que nenhuma dessas operações foi contestada pelo autuado.

Frisa que a entrega das Declarações Mensais de Serviços somente ocorreu após a ação fiscal e a ciência do Auto de Infração.

Assevera que na defesa não foi apresentada qualquer prova material em favor dos argumentos do impugnante, que não demonstra quais dos valores informados pelas instituições financeiras se referem a serviço ou a material ou a ambos.

Por entender que o autuado não conseguiu provar que os valores reclamados são improcedentes, mantém integralmente a ação fiscal, sugerindo que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Considerando que ao se insurgir contra a infração 01, o contribuinte alegou que de acordo com a sua Alteração Contratual (fls. 68/69) em todo o período compreendido pelo levantamento fiscal também realizou serviços tributados pelo ISS, conforme declarações prestadas à Prefeitura Municipal do

Salvador (fls. 72 a 88), realçando que os valores informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e de débito incluíam valores recebidos a título de serviços prestados, além de ter asseverado que os produtos que comercializa se encontram subordinados ao regime da substituição tributária, com fase de tributação encerrada:

Esta 1ª. JJF, após análise e discussão em pauta suplementar, deliberou pela conversão do processo em diligência à INFRAZ VAREJO (fl. 96), para que o autuante ou outro Auditor Fiscal a ser designado adotassem as seguintes providências:

- 1) intime o autuado a identificar todas as situações nas quais as infrações contidas nos Relatórios TEF se referem aos valores correspondentes aos serviços realizados e tributados exclusivamente pelo imposto municipal, disponibilizando os respectivos documentos comprobatórios, bem como a disponibilizar todos os elementos necessários à apuração dos percentuais correspondentes às operações relativas às mercadorias normalmente tributadas e às mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária;
- 2) à vista das provas oferecidas pelo contribuinte, efetue uma revisão do lançamento referente à mencionada infração, excluindo da exigência os valores atinentes às prestações de serviços tributadas pelo ISS;
- 3) elabore, se for o caso, nova planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito e de débito, adotando a proporcionalidade relativa às operações concernentes às mercadorias normalmente tributáveis.

Em seguida, a Repartição Fazendária deverá entregar ao autuado, através de recibo específico, cópias reprográficas dos elementos juntados pelo diligente e desta solicitação, devendo ser informado ao sujeito passivo quanto à concessão do prazo de 10 (dez) dias, para que ele, querendo, se manifeste.

O autuante presta informação às fls. 99 a 101, dizendo que para atender o pedido de diligência intimou o autuado, e este apresentou notas fiscais de compras de mercadorias, notas fiscais mod. 1 referentes as suas vendas; notas fiscais de vendas a consumidor mod. 2; recibo de entrega da Declaração Mensal de Serviços do período de 08/2007 a 12/2008 – Todos enviados em 17/05/2010.

Frisa que diante da documentação apresentada pelo autuado, não tem condições de excluir os valores que o contribuinte alega como sendo receita auferida por prestações de serviços efetuados, haja vista que o mesmo não apresenta as Notas Fiscais de Prestações de Serviços emitidas no período que corroborem os valores constantes nos Recibos de Entrega da Declaração Mensal de Serviços.

Registra que outro fato que chama atenção, é que estes Recibos (fls. 72 a 88) foram todos entregues no mesmo dia (17/05/2010), após a lavratura deste Auto de Infração.

Quanto a afirmação de que os produtos vendidos pela empresa são mercadorias enquadradas no regime da Substituição Tributária, aduz que não conseguiu comprovar nas Notas Fiscais de compras apresentadas.

Sustenta que não havendo óbices, é favorável à procedência do Auto de Infração.

O autuado apresenta manifestação à fl. 105, dizendo que foi intimado para apresentação de livros e documentos no período de 2007 e 2008 para comprovar a origem da receita (vendas e serviços), informada pelos cartões de crédito e débitos e para análise do direito de crédito do ICMS, porque algumas mercadorias estão sujeitas a substituição tributária, salienta que após a análise o autuante conclui que as provas apresentadas não teriam condições de excluir os valores que o contribuinte alega como sendo receita auferida de prestação e dos créditos no ICMS.

Alega que as receitas informadas pelos cartões de créditos e débitos são de origem de duas receitas, a de vendas e a de serviços, no entanto, a comprovação dos serviços está nas DMS, que como

exemplo da DMA é uma denúncia, e que tais valores já estão no sistema da SEFAZ MUNICIPAL para cobrança. Afirma que as DMS foram enviadas depois dos prazos previsto, devido a empresa não ter consultoria contábil, e que na época não tinha nota fiscal de serviços, possuindo apenas recibos de prestação de serviços emitidos.

Salienta que quanto a afirmação do autuante de não ter conhecimento dos créditos nas mercadorias sobre substituição, “anexa aqui algumas NFS na defesa de varias NFS sobre o calculo do regime como demonstra a planilha”.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante presta informação fiscal sobre a manifestação às fls. 117 e 118, dizendo que todos os seus argumentos já foram apreciados na informação fiscal às fls. 90 a 93, bem como, na diligência às fls. 99 a 101, aduz que esta manifestação no seu entendimento não acrescenta fatos novos que já não tenham sido analisados anteriormente, ciente de que procedeu dentro das normas de auditoria, com a certeza de ter dirimido quaisquer dúvidas sobre a ação fiscal executada.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado para lançar crédito tributário em decorrência do cometimento de três infrações que passo a analisá-las.

A Infração 01 refere-se à exigência de ICMS, por omissão de saída de mercadoria tributável 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, no mês de dezembro de 2007 e nos meses de janeiro a dezembro de 2008.

Inicialmente, verifica-se que em razão de o contribuinte não ter exibido à fiscalização livros e documentos fiscais para exame, mediante intimação, o autuante considerou, na planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito, como sendo vendas realizadas com pagamentos totalmente efetuados com cartões de crédito e de débito os valores das saídas consignados nas DME e nas DMA constantes dos bancos de dados da Secretaria da Fazenda informados pelo contribuinte, sendo que comparativamente com as vendas com cartões de crédito e de débito informadas pelas administradoras de cartões a partir das diferenças não comprovadas as emissões de documentos fiscais coincidentes com os valores das TEF, encontrou a base de cálculo correspondente e apurou o imposto consubstanciado no Auto de Infração, consoante planilhas às fls. 07 e 08.

Fazendo consulta no sistema de cadastro público da SEFAZ, constata-se que o sujeito passivo encontrava-se inscrito junto ao Estado sob a condição de microempresa optante do SIMBAHIA, até 30 de junho de 2007, sendo que a partir de 1º de julho de 2007, até 31 de dezembro de 2008, o contribuinte encontrava-se sob a égide do artigo 5º da Lei estadual nº 10.646, de 03 de julho de 2007:

Lei nº 10.646/07:

art. 5º As microempresas e as empresas de pequeno porte, nos termos da Lei Complementar Federal nº 123/2006, não optantes do Simples Nacional, sujeitam-se à normas de tributação aplicáveis aos demais contribuintes do ICMS, podendo o Poder Executivo conceder opção por forma de apuração do imposto com base na receita bruta, nos termos do art. 27, §3º, inciso II, da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996.

O sujeito passivo sob exame só fez a opção pelo Simples Nacional em 01/01/2009.

Observa-se que na descrição dos fatos consignada no Auto de Infração, consta que no exercício de 2007 os valores foram apurados em confronto com as importâncias informadas através de DME. Examinando a “planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito” atinente ao exercício

de 2007, verifica-se que os dados ali consignados divergem do fulcro da imputação, na informação das vendas com cartão de crédito/débito concedida pelas administradoras e instituições financeiras consta os registros de valores relativos aos meses de agosto, a dezembro enquanto na coluna venda informada através de DME não existe qualquer importância mensal registrada. Ademais, nem o montante de R\$95.655,45 consignado no citado demonstrativo fez parte da base de cálculo da autuação. Portanto não ficou caracterizada a imputação. Os valores apurados não resultaram do alegado confronto com os valores informados através da DME.

Tendo em vista os fatos narrados acima o equívoco incorrido pelo autuante não pode ser sanado mediante diligência fiscal neste processo, já que implica mudança de fulcro da autuação, posto que, ainda que pudesse se obter junto ao sujeito passivo os valores de vendas pagas com cartões nos meses de janeiro a junho de 2007, período em que se encontrava inscrito na condição de SIMBAHIA, tais importâncias estariam incompatíveis com os valores de agosto a dezembro de 2007, informados pela administradora de cartões de crédito e de débito e que embasaram a autuação. Entendo que no caso em exame, nos moldes como foi descrita a ocorrência infracional apurada, ficou caracterizado que o lançamento foi efetuado em desacordo com as normas que regem a matéria, não ficou determinado com segurança a infração, portanto conluso que é nulo esse item do lançamento de ofício atinente ao exercício de 2007, com base no art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99. Nos termos do art. 21 do RPAF/99, represento a autoridade competente para repetição dos atos, a salvo de falhas.

Em relação ao crédito tributário atinente ao exercício de 2008 observei que foram fornecidos ao sujeito passivo as planilhas citadas e os Relatórios Diários Operações TEF, o que possibilitou fazer o confronto dos valores obtidos nas DMA com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito.

Na defesa, o contribuinte alegou que no faturamento informado pelas instituições financeiras estariam incluídos os valores relativos à prestação de serviços realizados e de vendas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Considerando as alegações apresentadas pelo sujeito passivo, o presente PAF foi convertido em diligência à INFRAZ Varejo, que designou o próprio autuante para realizar a diligência, tendo este informado que face documentação apresentada pelo sujeito passivo mediante intimação, não excluiu os valores atinentes à receita auferida decorrente de prestações de serviços efetuados, bem como relativos às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. O autuante informou que o contribuinte não apresentou as Notas Fiscais de Prestações de Serviços emitidas no período, e as Declarações Mensais de Serviços apresentadas foram entregues no dia 17/05/10, após a lavratura do Auto de Infração, 31/03/10. Informou também que as notas fiscais de compras apresentadas não comprovaram a existência de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Quando da manifestação do resultado da diligência o contribuinte alegou que na época não tinha nota fiscal de prestação de serviço e que emitia recibos para comprovar tais prestações, e quanto às mercadorias enquadradas no regime de substituição juntou as notas fiscais nº 14058 e 102004 no intuito de provar a compra de mercadorias enquadradas no mencionado regime de tributação. Entretanto, não acolho a alegação defensiva, haja vista que o sujeito passivo, intimado, não provou que os valores constantes dos relatórios TEF, se referem a serviços realizados tributados pelo imposto municipal, bem como as operações de saídas decorrentes de vendas de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária.

Saliento que à vista dos elementos trazidos aos autos pelo autuante e pelo contribuinte não há comprovação de emissão de notas fiscais de prestação de serviços correspondentes aos valores consignados na “Declaração Mensal de Serviços” – DMS. Do mesmo modo, não ficou provado pelo contribuinte de que houve compra e venda de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Verifico que o autuante informou que não constatou nas notas fiscais de compras apresentadas na diligência, mercadorias com tal regime de tributação. Examinando as DMA, às fl. 26

a 49, verifica-se que não constam nas mesmas os registros de compras e de vendas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não estão registrados inclusive os valores das notas fiscais trazidas às fls. 113 e 114 dos autos.

Analizando a planilha acostada à fl. 08, bem como os “Relatórios Diários Operações”- TEF, às fls. 09 a 21, e as DMA às fls. 26 a 49, constato que o autuante apontou de forma bastante elucidativa as diferenças verificadas que fundamentaram esta infração, sobre as quais exigiu o imposto, que foi calculado sobre operações tributáveis. Verifica-se ainda que todos os valores de vendas informados pelo contribuinte nas DMA foram considerados pelo autuante com pagos com cartões de crédito e de débito, beneficiando o sujeito passivo.

Observo que foi apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, e tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96:

“Art. 4º

§ 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”.

Deste modo, tendo em vista que no presente caso se está diante de uma presunção legal relativa, prevista no dispositivo acima transscrito, caberia ao contribuinte o ônus da prova, mediante a apresentação dos elementos necessários à desconstituição dos fatos presumidos, o que efetivamente não ocorreu.

Assim, com a exclusão do valor lançado referente ao exercício de 2007 em razão de sua anulação e considerando a ausência de elementos de provas hábeis capazes de elidir a acusação fiscal atinente ao período de janeiro a dezembro de 2008, a Infração 01 foi reduzida do valor de R\$135.066,74, para a importância R\$86.222,07, ficando parcialmente subsistente.

Tendo em vista que todos os valores de vendas informados pelo contribuinte nas DMA foram considerados pelo autuante como sendo pagos com cartões de crédito e de débito, beneficiando o sujeito passivo, e o autuante não trouxe aos autos elemento para que pudesse ser aferida tal assertiva, represento a autoridade competente para renovar o procedimento fiscal em relação às operações atinentes ao período de janeiro a dezembro de 2008, nos termos do art.156 do RPAF/99.

Quanto às Infrações 02 e 03, restou comprovado o seu cometimento, visto que o contribuinte intimado, deixou de apresentar os livros e os documentos fiscais à fiscalização. Contudo, o sujeito passivo foi multado duas vezes, os dois fatos fazem parte da mesma infração: falta de apresentação de livro ou documento. A multa não é por cada livro ou documento, separadamente, não importa se um ou vários itens, a infração é uma só. Assim, fica mantida apenas uma das multas, a da primeira imputação, consubstanciada na Infração 02 devendo ser exigido o valor de R\$460,00, por descumprimento de obrigação acessória. Assim, fica a Infração 02 julgada procedente e a Infração 03 improcedente, por estar contida na segunda infração.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 114155.0003/10-9, lavrado contra **M E M SOM ACESSÓRIOS E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o ACORDÃO JJF nº 085-01/11

pagamento do imposto no valor de **R\$86.222,07**, acrescido da multa de 70%, prevista nos incisos III, do art. 42 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 inciso XX, dos referidos artigo e Lei, e dos acréscimos moratórios conforme previsto pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, 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, 24 de outubro de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR