

PROCESSO - A. I. N° 114155.0003/10-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - M E M SOM ACESSÓRIOS E SERVIÇOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1ª JJF nº 0285-01/11
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 21/09/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0272-11/12

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0285-01/11), que julgou Procedente em Parte a presente autuação, através da qual foram atribuídas ao sujeito passivo as irregularidades distintas a seguir descritas:

INFRÇAÃO 1 – 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;

INFRÇAÃO 2 – deixou de apresentar documentos fiscais, quando regularmente intimado, sendo aplicada a multa fixa de R\$460,00;

INFRÇAÃO 3 – deixou de apresentar livros fiscais, quando regularmente intimado, sendo aplicada à multa fixa no valor de R\$460,00.

A Junta de Julgamento Fiscal, na Decisão submetida à revisão desta Câmara de Julgamento Fiscal, dirimiu a lide administrativa posta à sua apreciação da seguinte forma:

“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, sujeitar-se-ão às 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 conlui 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 observo 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.

Saliente 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 transcrito, 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”.

Em atendimento ao art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, o órgão julgador de Primeira Instância recorreu de Ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

VOTO

O Recurso de Ofício não merece provimento, pois, no que concerne à infração 1, a análise dos autos revela que, de fato, o crédito tributário relativo ao exercício de 2007 não foi adequadamente constituído pelo preposto fiscal, que deixou de considerar qualquer valor a título de vendas registradas pelo sujeito passivo no período de agosto a dezembro.

Em que pese o autuante tenha utilizado, para o exercício de 2008, o valor das vendas consignado nas DMA's apresentadas pelo contribuinte para fazer o comparativo com as vendas informadas pelas administradoras de cartões de crédito ou de débito - metodologia que, diga-se de passagem, não é acertada, consoante bem exposto na Decisão combatida -, para o exercício de 2007, nenhum valor foi lançado no demonstrativo de fl. 7 a título de vendas oferecidas à tributação.

Vale registrar que, de fato, a correção do vício não se revela possível no bojo desse Auto de Infração, pois a DME de 2007 (fl. 22) apresenta, de forma consolidada, as vendas realizadas no segundo semestre deste exercício, enquanto a exigência recai sobre os meses de agosto a dezembro, sendo impossível saber o volume de vendas dos meses de junho e julho para excluir do montante de operações oferecidas à tributação.

Evidenciada a insegurança na acusação, o afastamento da exigência é medida que se impõe, a teor do art. 18, do RPAF vigente.

Com relação às infrações 2 e 3, também está correto o entendimento firmado pela Junta de Julgamento Fiscal, porque o art. 42, XX, a, da Lei nº 7.014/96, estabelece: *“àquele que, dentro do prazo de 48 (quarenta e oito) horas, deixar de prestar esclarecimento ou informação, de exibir livro ou documento, arquivo eletrônico ou similar (exceto os arquivos previstos no inciso XIII-A), ou de mostrar bem móvel ou imóvel, inclusive mercadoria, ou seu estabelecimento a funcionário fiscal, quando por este regularmente solicitado”*, aplicando-se ao contribuinte faltoso multa de *“R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais), pelo não atendimento do primeiro pedido”*.

Logo, a multa leva em consideração o pedido não atendido, e não o livro ou documento que deixou de ser apresentado. *In casu*, como houve apenas uma intimação, é defeso à Administração Tributária impor duas penalidades.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **114155.0003/10-9**, lavrado contra **M E M SOM ACESSÓRIOS E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$86.222,07**, acrescido da multa de 70%, prevista no inciso 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, com os acréscimos moratórios conforme previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de agosto de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FABIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS