

A. I. N ° - 207162.0049/07-3
AUTUADO - VOVÔ CHOPPÃO REFEIÇÕES LTDA.
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO MACHADO DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 16. 07. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0217-01/09

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. A autuação foi feita em nome de pessoa ilegítima para figurar na relação jurídica tributária, haja vista que restou comprovado através diligência cumprida pela ASTEC/CONSEF, que o estabelecimento filial autuado já não funcionava no endereço indicado no cadastro de contribuintes da SEFAZ/BA, no período apontado no Auto de Infração. Cabível, no caso, a apuração no estabelecimento matriz que utilizou o POS do estabelecimento filial indevidamente. A pena está associada à pessoa do infrator, não podendo uma pessoa cometer uma infração e outra ser punida pelo ato. Infração nula. **2. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NOS PRAZOS REGULAMENTARES.** Restou comprovado que o autuado já não exercia as suas atividades no período autuado, decorrendo as receitas indicadas neste item da autuação da utilização do POS da filial pelo estabelecimento matriz, conforme diligência realizada pela ASTEC/CONSEF. Infração insubsistente. Auto de Infração **NULO** em relação à infração 01 e **IMPROCEDENTE** quanto à infração 02. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/06/2007, exige ICMS no valor de R\$ 17.967,41, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Falta de recolhimento do imposto constatada pela omissão de saídas 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 instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de agosto a dezembro de 2006, janeiro a maio de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 14.061,45, acrescido da multa de 70%. Consta na “Descrição dos Fatos” que a empresa protocolou pedido de baixa de inscrição cadastral, conforme Protocolo n. 002548/2006-7, em 04/01/2006, e que ao ser examinado o Relatório de Informações TEF-Anual das operações ocorridas em 2006, verificou-se que no período de janeiro a julho de 2006 não houve ocorrência de operações, como era de se esperar já que o pedido de baixa foi protocolado em janeiro de 2006. Ocorre que o TEF Anual informa operações corridas a partir do mês de agosto/2006 até dezembro de 2006 que continuam no exercício de 2007 até o mês de maio/2007.

2. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), nos meses de agosto de 2006 a abril de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 3.905,96, acrescido da multa de 50%. Consta que a

empresa protocolou pedido de baixa de inscrição cadastral, conforme Protocolo n. 002548/2006-7, em 04/01/2006, e que ao ser examinado o Relatório de Informações TEF-Anual das operações ocorridas em 2006, verificou-se que ocorreram operações a partir do mês de agosto/2006 até dezembro de 2006, e que continuam no exercício de 2007 até o mês de maio.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 149 a 159, esclarecendo, inicialmente, que tem por finalidade a exploração comercial de bar e restaurante, possuindo dois estabelecimentos localizados no shopping Center Aeroclube Plaza. Ou seja, o estabelecimento autuado, loja 11, e o estabelecimento matriz, CNPJ 02.279.358/0001-20, localizado na loja 19.

Diz que contratou junto a VISA, operadora de cartão, o fornecimento de dois terminais de crédito e débito (POS), sendo um para a matriz e outro para filial. Acrescenta que, no intuito de facilitar as suas operações contábeis, abriu duas contas-correntes na Caixa Econômica Federal, vinculando a movimentação de cada uma delas a um dos estabelecimentos e, conseqüentemente, também aos POS contratados junto às administradoras de cartões, portanto, possuindo tanto o estabelecimento matriz quanto o estabelecimento filial, POS e conta-corrente próprias. No caso, a matriz tinha como conta-corrente na CEF o nº. 4112-003-00000124/9 e a filial nº. 4112-003-00000433/7.

Prosseguindo, esclarece que por problemas comerciais o estabelecimento filial autuado foi obrigado a encerrar as suas atividades em meados do ano de 2005, motivo pelo qual, protocolou em 04/01/2006, pedido de baixa de inscrição, conforme Protocolo SIPRO n. 002548/2006-7, tendo solicitado também a operadora VISA que recolhesse o POS da filial, assim como o cancelamento da conta junto a Caixa Econômica Federal. Informa que o cancelamento da conta foi atendido em 31/01/2006, conforme Doc. 02ª, (fls. 165/166).

Afirma que, posteriormente a janeiro de 2006 o estabelecimento filial, CNPJ 02.279.358/003-92, não efetuou qualquer operação tendo em vista o encerramento de suas atividades.

Continuando, diz que muito embora tenha encerrado completamente as suas atividades, somente em 31/07/2006 a VISA foi ao estabelecimento do autuado para recolher o POS que não mais iria ser utilizado, incorrendo em erro ao recolher o POS vinculado à matriz e não o POS vinculado à filial. Alega que tal equívoco passou despercebido pela empresa que operou no estabelecimento matriz o POS da filial, deixado por engano pela VISA. Salienta que, por uma engano ainda maior da VISA, as operações realizadas no POS da filial foram creditadas na conta corrente do estabelecimento matriz, o que culminou com a lavratura do Auto de Infração.

Destaca que a autuação não merece prosperar, tendo em vista que as operações objeto de fiscalização foram efetivamente tributadas através da inscrição estadual do estabelecimento matriz, inexistindo prejuízo ao erário, pois se trata de mero equívoco formal decorrente de erro da operadora de cartão.

Reportando-se ao escopo da autuação, afirma que o Auto de Infração efetua a cobrança em duplicidade da suposta dívida, pois as duas infrações calculam e exigem, com igualdade de base de cálculo, o tributo teoricamente devido, por se referirem ao período de 31/08/2006 a 31/05/2007.

Acrescenta que as infrações não se encontram devidamente enquadradas, não sendo os dispositivos legais indicados suficientes para dar ciência ao autuado da infração que lhe está sendo imputada, muito menos a forma de cálculo como se chegou ao montante exigido.

Rechaça a infração 01, argüindo a nulidade da autuação sob a alegação de que esta não contém nenhum dos requisitos exigidos pelo artigo 39, incisos III e V do RPAF/99, portanto, descumprindo os preceitos contidos nos artigos 18, V, "a" e 39, III e V do RPAF/99.

Prosseguindo, sustenta que em decorrência do equívoco cometido pela operadora de cartão, as operações citadas na autuação ocorreram no estabelecimento matriz e não na filial, inexistindo a omissão de saídas apontada, haja vista que foram tributadas na matriz.

Registra que, após janeiro de 2006 outra empresa se instalou no local onde funcionava o estabelecimento autuado, o que pode ser verificado através da cópia da inscrição estadual fornecida pela SEFAZ/BA anexada à fl. (Doc. 04), restando claro que o estabelecimento filial não mais existia após aquela data, portanto, que os lançamentos verificados e autuados pertencem exclusivamente ao estabelecimento matriz.

Quanto à infração 02, diz que não há como subsistir a exigência pelas mesmas razões acima referidas. Ou seja, não há possibilidade de imposição da infração em razão da insubsistência da obrigação principal.

Alega a existência de duplicidade de exigência do tributo (*bis in idem*), pois as infrações pretendem cobrar o tributo devido supostamente no período de 02/2006 a 05/2007, sendo a única diferença que a infração 01 efetuou o cálculo procedendo ao desenquadramento desmotivado do regime SimBahia e a infração 02, pelo regime SimBahia, utilizando a mesma base de cálculo.

Pede que se ultrapassada a argumentação esposada, seja julgada improcedente a infração 01, não só pelo *bis in idem*, mas também pela nulidade argüida anteriormente.

Continuando, pugna pela realização de diligência, a fim de que Auditor Fiscal estranho ao feito verifique toda a documentação citada e confronte-a com a movimentação informada ao Fisco através do Relatório TEF.

Conclui requerendo a total improcedência do Auto de Infração ou, se ultrapassado o seu pedido, seja declarada a improcedência parcial, com a exigência apenas da infração 02.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 183/184, esclarecendo que, após 07 meses do pedido de protocolização do pedido de baixa, ou seja, a partir de agosto de 2006, se constatou com base nos relatórios de informações TEF-anual, que as operadoras de cartões voltaram a informar valores relativos às transferências eletrônicas de fundos vinculadas ao estabelecimento autuado, fato esse que perdurou até julho de 2007, primeiro mês subsequente a lavratura do Auto de Infração.

Contesta a alegação defensiva, afirmando que em nenhum momento a infração 01 trata de desenquadramento, tendo sido concedido o crédito presumido de 8% na apuração do ICMS devido, conforme planilha à fl. 09 dos autos, em razão de estar o autuado inscrito na condição de contribuinte SimBahia.

Finaliza manifestando a sua concordância com a realização de diligência solicitada pelo impugnante, sugerindo que esta contemple a realização de Auditoria Sumária de Cartão de Crédito do estabelecimento matriz, a fim de que seja comprovado se existiu ou não, prejuízo para a Fazenda Estadual.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, após discussão em pauta suplementar, converteu o processo em diligência à Assessoria Técnica do CONSEF - ASTEC/CONSEF, a fim de que fosse designado Auditor Fiscal, para verificar junto à Administradora de cartão de crédito VISA se eram verídicas as alegações defensivas de equívoco na coleta do POS da matriz e não da filial, o que implicou na indicação indevida de movimento no estabelecimento filial, e, por consequência, na exigência fiscal de que cuida o Auto de Infração em tela. Foi solicitado ainda que se verificasse, também, se efetivamente o estabelecimento filial – autuado – encerrou as suas atividades a partir de janeiro de 2006, conforme alegado na peça defensiva.

A diligente da ASTEC/CONSEF, através do Parecer ASTEC N. 205/2008, esclareceu que, segundo se constatou, o estabelecimento autuado se encontra fechado desde janeiro de 2006. Diz ainda a diligente que, conforme alegado na peça de defesa, nos cupons emitidos constam o CNPJ 02.279.358/0001-20 que se refere a matriz da empresa e o POS utilizado se refere ao CNPJ 02.279.358/0003-92 do estabelecimento autuado filial.

Acrescenta que constatou que os valores realmente se correlacionam e que tomando por base os documentos, cujas cópias foram anexadas às fls. 336 a 344, por amostragem, elaborou novos demonstrativos com base nas planilhas do autuante.

Diz que o impugnante comprovou exclusivamente valores referentes ao exercício de 2006, conforme planilha por ele elaborada às fls. 345 a 353, ficando dessa forma comprovadas vendas com pagamento através de cartão de crédito/débito correlacionadas com cupons fiscais e boletos nos valores que relaciona. Ressalta que os valores referentes ao exercício de 2007 permanecem aqueles registrados pelo autuante às fls. 80 e 146.

Acrescenta que excluindo estes valores dos apurados pelo autuante, a infração 01, no exercício de 2006, apresenta uma diferença não comprovada de R\$ 64.232,69, conforme demonstrativo à fl. 354.

Conclui a diligente que restou comprovado o pagamento com cartão de débito/crédito, das vendas efetuadas através de ECF, indicadas no demonstrativo às fls. 345 a 353, e que efetuadas as devidas retificações, conforme demonstrativo à fl. 354, o valor da infração 01 que era de R\$ 14.061,45, fls. 01 e 02 dos autos, passa a ser de R\$ 12.476,61, conforme demonstrativo.

Intimado o contribuinte para conhecimento sobre o resultado da diligência, este acusa a ciência e se manifesta às fls. 359 a 361, dizendo que a ASTEC reconheceu textualmente que o estabelecimento filial não funcionou desde janeiro de 2006. Acrescenta que a Auditora Fiscal ratificou também que o estabelecimento matriz, por engano, utilizou-se da máquina POS vinculada à filial para emitir cupons fiscais.

Afirma que, se a filial não funcionou desde janeiro de 2006 e se a máquina POS fora utilizada por equívoco pelo estabelecimento matriz, o autuado não praticou qualquer fato gerador apontado na autuação, decorrendo daí a sua ilegitimidade passiva.

Conclui requerendo nulidade do Auto de Infração em virtude de sua ilegitimidade passiva.

Consta à fl. 364, ciência do autuante sobre o Parecer ASTEC.

VOTO

O Auto de Infração em lide atribui ao contribuinte o cometimento de duas infrações à legislação do ICMS. A primeira, decorrente de omissão de saídas de mercadorias tributáveis 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. A segunda, por ter deixado de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia).

Do exame das peças processuais, verifico que o autuado impugna a autuação, sustentando que por problemas comerciais o estabelecimento filial autuado foi obrigado a encerrar as suas atividades em meados do ano de 2005, motivo pelo qual, protocolou em 04/01/2006, pedido de baixa de inscrição, conforme Protocolo SIPRO n. 002548/2006-7, tendo solicitado também a operadora VISA que recolhesse o POS da filial, não efetuando qualquer operação a partir de janeiro de 2006.

Alega também que muito embora tenha encerrado completamente as suas atividades, somente em 31/07/2006, a administradora de cartão VISA foi ao estabelecimento do autuado para recolher o POS que não mais iria ser utilizado, incorrendo em erro ao recolher o POS vinculado à matriz e não o POS vinculado à filial, passando tal equívoco despercebido pela empresa que operou no estabelecimento matriz o POS da filial, deixado por engano pela VISA, tendo a operadora de cartão cometido outro

engano ao creditar as operações realizadas no POS da filial na conta corrente do estabelecimento matriz, o que culminou com a lavratura do Auto de Infração.

Considerando a necessidade de comprovação das alegações defensivas para solução da lide, esta Junta de Julgamento converteu o processo à ASTEC/CONSEF, no intuito de que fosse verificado por Auditor Fiscal se efetivamente assistia razão ao autuado.

O resultado da diligência apresentado nos termos do Parecer ASTEC N.205/2008, confirmou que o estabelecimento autuado se encontra fechado desde janeiro de 2006.

Comprovou ainda que, conforme alegado na peça de defesa, nos cupons emitidos constam o CNPJ 02.279.358/0001-20 que se refere à matriz da empresa e o POS utilizado se refere ao CNPJ 02.279.358/0003-92 do estabelecimento autuado filial, bem como, que os valores realmente se correlacionam e que tomando por base os documentos, elaborou novos demonstrativos com base nas planilhas do autuante.

Verifico que a diligente da ASTEC esclarece ainda que o impugnante comprovou apenas valores referentes ao exercício de 2006, conforme planilha às fls. 345 a 353, ficando dessa forma comprovadas vendas com pagamento através de cartão de crédito/débito correlacionadas com cupons fiscais e boletos nos valores que relaciona. Ressalta que os valores referentes ao exercício de 2007 permanecem aqueles registrados pelo autuante às fls. 80 e 146.

Acrescenta que excluindo estes valores dos apurados pelo autuante, a infração 01, no exercício de 2006, apresenta uma diferença não comprovada de R\$ 64.232,69, conforme demonstrativo à fl. 354.

Conclui a diligente que restou comprovado o pagamento com cartão de débito/crédito, das vendas efetuadas através de ECF, indicadas no demonstrativo às fls. 345 a 353, e que efetuadas as devidas retificações, conforme demonstrativo à fl. 354, o valor da infração 01 que era de R\$ 14.061,45, fls. 01 e 02 dos autos, passa a ser de R\$ 12.476,61, conforme demonstrativo.

No caso em exame, o que se verifica é a ocorrência de utilização indevida do POS vinculado ao estabelecimento filial – autuado – que já não se encontrava em atividade, pelo estabelecimento matriz da empresa.

Em decorrência disso, a administradora de cartões informou como realizadas pelo estabelecimento autuado as operações apuradas através do POS a ele vinculado, somente coletado em junho de 2007.

A elucidativa diligência realizada pela ASTEC/CONSEF não deixa margem a dúvidas quanto a utilização do POS da filial pelo estabelecimento matriz, significando dizer que este estabelecimento, efetivamente, realizou todas as operações e auferiu as receitas de vendas informadas pela administradora de cartões.

Assim sendo, a existência de diferenças entre os valores fornecidos pela administradora de cartão de crédito/débito com as saídas declaradas pelo estabelecimento matriz que utilizou o POS da filial, autoriza a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado pela administradora de cartões, conforme apontado na diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, devendo a exigência fiscal recair, se for o caso, sobre o estabelecimento que, realmente, realizou as operações, independentemente do aspecto formal de estar o POS vinculado ao estabelecimento filial – autuado – que, comprovadamente, encerrara as suas atividades no período indicado na autuação.

Portanto, considerando que a autuação foi feita em nome de pessoa ilegítima para figurar na relação jurídica tributária, haja vista que restou comprovado através diligência cumprida pela ASTEC/CONSEF que o estabelecimento filial autuado já não funcionava no endereço indicado no cadastro de contribuintes da SEFAZ/BA, no período apontado no Auto de Infração, a infração é nula por ilegitimidade passiva.

No caso, cabe a apuração no estabelecimento matriz que utilizou o POS do estabelecimento filial indevidamente. A pena está associada à pessoa do infrator, não podendo uma pessoa cometer uma infração e outra ser punida pelo ato. Recomendo a autoridade competente que instaure novo procedimento fiscal, conforme o artigo 21 do RPAF/99.

Por derradeiro, no que diz respeito a esta infração, devo registrar que o autuante não efetuou o desenquadramento do contribuinte para exigir o imposto, conforme alegado pelo impugnante. Na realidade, sob esse aspecto a ação fiscal foi realizada corretamente, haja vista que, por ser o autuado contribuinte optante pelo Regime SimBahia, inscrito na condição de empresa de pequeno porte, o imposto apurado em razão de presunção de omissão de saídas de mercadorias, deve tomar como base os critérios e as alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos, conforme a Lei nº 8.534/02, de 13/12/02, que alterou o artigo 19 da Lei nº 7.357/98.

Por outro lado, os créditos fiscais devem ser apurados utilizando-se o percentual de *8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais*, a não ser que o contribuinte comprove a existência de créditos superiores ao acima indicado, consoante os §§ 1º e 2º do art. 19 da citada Lei nº. 7.357/98.

Relativamente à infração 02, observo que está diretamente vinculada à infração 01, ou seja, a acusação aponta a falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS -SimBahia, no mesmo período apontado na infração 01.

Ora, se restou comprovado que o estabelecimento autuado – filial-, já não exercia nenhuma atividade no período indicado no Auto de Infração, tendo o POS sido utilizado pela matriz, fica evidente que aquele estabelecimento não auferiu receita passível de tributação pelo Regime SimBahia.

Diante disso, considero insubsistente este item da autuação.

Voto pela NULIDADE da infração 01 e pela IMPROCEDÊNCIA da infração 02.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** no que refere à infração 01 e **IMPROCEDENTE** em relação à infração 02, o Auto de Infração nº 207162.0049/07-3, lavrado contra **VOVÔ CHOPPÃO REFEIÇÕES LTDA**. Recomenda-se a autoridade competente que instaure novo procedimento fiscal referente à infração 01, conforme o artigo 21 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de julho de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR