

A. I. Nº - 206954.0002/09-5  
AUTUADA - RESTAURANTE DALI LTDA.  
AUTUANTE - IONE ALVES MOITINHO  
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
INTERNET 05.07.2010

## 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº0164-05/10

**EMENTA:** ICMS. 1. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. 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 tributáveis sem pagamento do imposto devido. Mantida exigência fiscal no período em que o contribuinte se encontrava enquadrado no regime de apuração denominado SimBahia, compreendendo o exercício de 2006 e os meses de janeiro a junho de 2007. Excluídos, de ofício, os valores referentes ao período em que a empresa passou a apurar o imposto pelo Simples Nacional por falta de base de legal para a exigência do ICMS (meses de julho de 2007 a janeiro de 2009). Nulidade parcial do lançamento. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DADOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Infração não elidida pelo sujeito passivo. Mantida a multa, por período mensal, em conformidade com a prescrição contida no art. 42, inc. XV, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado, em 04/03/2009, para exigir ICMS e multa, no valor total de R\$ 88.578,13, em razão das irregularidades abaixo descritas:

INFRAÇÃO 1 – Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Conforme planilha comparativa de vendas de cartão de crédito/débito, cópias dos relatórios de informação TEF - anual e diários; e cópias da DME de 2006. Período autuado: janeiro de 2006 a junho de 2007. Valor do ICMS: R\$ 16.218,02.

INFRAÇÃO 2 - Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Conforme planilha comparativa de vendas de cartão de crédito/débito, cópias dos relatórios de informação TEF - anual e diários. Período autuado: julho de 2007 a janeiro de 2009, quando a empresa se encontrava cadastrada no Simples Nacional. Valor do ICMS: R\$ 66.380,11.

INFRAÇÃO 3 – Falta de apresentação da DMA (Declaração e Apura que a empresa não apresentou DMA no período de 01 a 12/2008 ( R\$ 5.980,00 (R\$ 460,00 por período mensal).

O contribuinte apresentou defesa, apensada às fls. 392 a 398 dos autos. Argüiu diversos vícios do procedimento, entre eles o fato de ter encerrado suas atividades em janeiro de 2006, e que as receitas lançadas no Auto de Infração são originárias de atividades de prestação de serviços executadas pela empresa Boity Vinil, na área de shows e eventos.

Em relação ao fato atinente ao encerramento das atividades disse que o fato se encontra comprovado, pois o próprio agente fiscal ao constar que o estabelecimento não mais funcionava, lavrou de imediato a Ficha de Localização do Contribuinte (FLC), para tornar inapta a inscrição do estabelecimento.

Argüiu a existência de nulidade do procedimento fiscal ao argumento de que houve cerceamento do direito de defesa visto que os documentos que integram o Auto de Infração só foram fornecidos através de arquivos das instituições do qual o autuado não é obrigado a possuir (planilhas fornecidas pelas administradoras de cartão). Disse que essas informações financeiras, que integram a infração 1, se referem a prestações de serviços realizadas pela Boity Vinil, sujeitas ao ISS de competência municipal, fato que revela que houve falha técnica no levantamento fiscal.

Quanto à infração 2 voltou a enfatizar que durante o período objeto da autuação não houve a realização de operações e caso houvesse o movimento comercial seria de responsabilidade de outra empresa, Boity Vinil, com incidência do ISS. Pediu também a nulidade desta acusação fiscal.

Em relação à infração 3, afirmou que não poderia apresentar as DMA's pois o estabelecimento não se encontrava em funcionamento.

Disse ainda que o caso envolve uma situação de ilegitimidade passiva, por não ser o autuado o sujeito passivo da relação tributária. Transcreveu na peça defensiva decisões exaradas por este CONSEF atinentes ao tema da ilegitimidade passiva.

Ao finalizar, formulou pedido pela nulidade ou improcedência do Auto de Infração, requerendo ainda provar o alegado por todos os meios previstos no Direito, inclusive revisão fiscal a ser executada pela Assessoria Técnica do CONSEF.

Prestada informação fiscal pela autuante, juntada às fls. 401 a 404 do PAF. Foi destacado, inicialmente, que o objetivo da defesa foi postergar o pagamento do imposto devido. Em seguida a autuante declarou que as alegações da impugnante não podem prosperar, pois o crédito tributário em discussão se encontrava devidamente respaldado no RICMS e acompanhado de todas as provas que sustentam a acusação fiscal, através dos valores integrantes dos relatórios TEF-Diários, fornecidos pelas administradoras de cartão que foram confrontados com os valores declarados pelo contribuinte na DME (Declaração de Movimento Econômico). Destacou ainda que a empresa não apresentou a DME do exercício de 2007 e as DMA's dos meses correspondentes ao ano de 2008.

Argumentou a autuante que as infrações se encontram claramente descritas no corpo da peça acusatória, com a indicação dos dispositivos infringidos e foram acostados aos autos todos os demonstrativos necessários, com a discriminação das vendas fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito, com a dedução das vendas praticadas pela autuada através de nota fiscal de venda consumidor. Rechaçou assim a tese da nulidade do procedimento fiscal, por cerceamento do direito de defesa.

Quanto à alegação de encerramento das atividades em 2006, disse que o contribuinte não o fez formalmente (legalmente), deixando de ingressar com pedido de baixa da inscrição estadual, sendo verificado, "in loco", quando da ação fiscal que a empresa não mais funcionava no local, sendo lavrada, na ocasião, a ficha FLC.

Ponderou que não obstante os argumentos defensivos, o autuado não trouxe aos autos razões que pudessem elidir a acusação fiscal, motivo pelo qual pediu que o Auto de Infração fosse julgado totalmente procedente.

Esta 5ª JfF determinou o encaminhado do presente processo em diligência a ASTEC/CONSEF, visando os esclarecimentos das questões abaixo transcritas:

*1 – informe, a partir dos dados existentes na INFRAZ, qual o regime de tributação adotado pelo contribuinte nos períodos objeto da autuação;*

*2 – informe, também, desde quando o contribuinte se encontra com as suas atividades encerradas no local indicado no Auto de Infração (consultar os dados cadastrais da Inspetoria);*

*3 – intime o autuado na pessoa do seu representante legal ou contador, para que produza a provas relacionadas às receitas que informa serem derivadas de prestação de serviços, não sujeitas à incidência do ICMS.*

*Verificada a veracidade das alegações defensivas, deverá o diligente efetuar as alterações no demonstrativo de débito que integra o Auto de Infração.*

*Caso remanesça débito em relação à infração 2, o PAF deverá ser encaminhado à SAT/DPF para que este órgão, através de gerência especializada, se pronuncie acerca da metodologia de apuração do ICMS – Simples Nacional, à luz da legislação em vigor à época da ocorrência dos fatos geradores.*

Em resposta, a ASTEC, através do Parecer nº 155/09, informou, em relação às primeira e segunda solicitações, que os dados que constam no INC – Informações do Contribuinte da SEFAZ revelam que o autuado foi incluso como Microempresa no dia 04/08/2005 e teve sua a baixa de sua inscrição indeferida no dia 17/11/2005. Informou também que não há qualquer recolhimento de ICMS efetuado pelo autuado nos exercícios de 2006, 2007 e 2008, correspondentes aos períodos fiscalizados. No tocante à terceira solicitação informou que após sucessivas intimações, formalizadas junto ao contador da empresa e ao responsável legal pela mesma, não logrou êxito em obter os documentos necessários ao cumprimento da diligência requerida, conforme atestam as intimações anexadas às fls. 418 a 420 do PAF.

Cientificados, autuante e autuado, do teor do Parecer da ASTEC, ambos não se manifestaram no processo, quedando-se silentes.

## VOTO

Inicialmente cumpre enfrentar o pedido de nulidade articulado pela defesa na inicial, ao argumento de que houve cerceamento do direito de defesa. O referido pleito, formulado de maneira abrangente, centra-se na questão atinente às informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito que serviram de lastro probatório para fundamentar a exigência fiscal. Não vislumbro o vício apontado pelo defendente, até porque as informações das administradoras de cartão, contidas nos relatórios TEF, diários e mensais, foram entregues ao sujeito passivo juntamente com o Auto de Infração, possibilitando ao mesmo o exercício do contraditório, com a juntada das provas que elidissem a acusação fiscal. Portanto, inexiste a falha processual argüida pelo impugnante.

No mérito, nas infrações 1 e 2, o contribuinte está sendo acusado de ter praticado omissão de saídas de mercadorias, apurada por meio 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/débito.

A infração 1 (exercícios de 2006 a jan a jul de 2007) se diferencia da infração 2 (jul/2007 a jan/2009), em razão da segunda imputação abranger períodos alcançados pela legislação do Simples Nacional. Na primeira infração a acusação compreende períodos, que segundo o Auto de Infração, a empresa se encontrava inscrita no Regime do SimBal.

Após a realização de diligência visando conceder ao autuado a oq que as operações informadas pelas administradoras de cartão de

receitas auferidas por outra empresa, no caso a Boity Vinil, sujeitas à incidência do ISS municipal, o contribuinte, apesar de sucessivamente intimado, através da sua contabilidade e do representante legal para trazer aos autos as provas de suas alegações, não se desincumbiu de seu ônus. Aplica-se ao caso, as disposições contidas no RPAF/99, nos seus arts. 142 e 143, que estabelecem os seguintes regramentos, “*in verbis*”:

**Art. 142.** *A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.*

**Art. 143.** *A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.*

Também que não restou provado, que no período objeto apuração fiscal, tenha o contribuinte encerrado as suas atividades operacionais, visto que não houve formalmente a sua exclusão do cadastro de contribuintes do ICMS, conforme atestou a ASTEC na diligência efetuada a pedido desta Junta de Julgamento. O fato atinente ao fechamento do estabelecimento foi verificado, “*in loco*”, somente quando da ação fiscal, empreendida no período entre janeiro a março de 2009, quando foi lavrado o Termo de Início de Fiscalização. O encerramento da ação se deu com a lavratura do Auto de Infração, verificada em 04/03/09.

Em decorrência, do acima exposto, julgo PROCEDENTE o item 1 do Auto de Infração, que compreende o período referente a todo o exercício de 2006 e os meses de janeiro a junho de 2007, no valor de R\$ 16.218,02.

Já a infração 2 não pode prosperar, visto que as omissões dizem respeito aos meses de janeiro/2007 a janeiro/2009, conforme já destacado acima. Ocorre que após 01/07/07, a empresa autuada já se encontrava cadastrada no Regime de Apuração do Simples Nacional, conforme se verifica no relatório INC - Informações do Contribuinte, anexo ao PAF. Em decorrência dessa novel sistemática de apuração do tributo, o CONSEF, em inúmeras decisões, acerca do imposto apurado por presunção, após a entrada em vigor da legislação do Simples Nacional, vem entendendo serem nulas as exigências fiscais na forma constante neste Auto de Infração pois não foram estabelecidas regras, através do Comitê Gestor do Simples Nacional, para disciplinar o lançamento de ofício nas situações que comportem exigência de tributos estaduais, federais e municipais, visto que as omissões de receitas têm repercussão nas três esferas de competência. Nessa linha de entendimento já se manifestou este órgão administrativo de julgamento, no processo de nº 210404.0010/08-2, concernente à exigência de ICMS a partir das informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito-débito. O mesmo raciocínio se aplica ao caso em exame. Assim, os valores concernentes ao período subsequente ao 01/07/07, quando a empresa já se encontrava cadastrada no Simples Nacional, devem ser expurgados da exigência fiscal, razão pela qual, decreto de ofício, a nulidade do lançamento, referente ao item 2 do Auto de Infração.

Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal com observância das regras que vierem a disciplinar o lançamento tributário atinente aos contribuintes enquadrados no Regime do Simples Nacional.

Na infração 3, a exigência é de multa pela não entrega das informações econômico fiscais (DMA), nos prazos previstos na legislação, compreendendo o período de janeiro a dezembro de 2008 e janeiro de 2009, totalizando assim 13 (treze) meses. Foi aplicada a multa de R\$ 460,00, para cada período mensal em que houve a omissão, perfazendo penalidade no valor total de R\$ 5.980,00. O contribuinte se defende alegando que no período em questão já não mais exercia atividades econômicas, razão pela qual entende que não estaria mais obrigado a cumprir a obrigação acessória em exame.

Ocorre que, conforme já alinhavada acima, somente em 27/02/09, ou seja, no curso da ação fiscal, foi constatado o estabelecimento comercial do autuado não estava mais lavrando-se a respectiva ficha de localização do contribuinte (FLC) o sujeito passivo, antecedendo o início da ação fiscal, deveria ter f

da sua inscrição no cadastro do ICMS do Estado da Bahia e enquanto não deferido tal pleito, continuar a cumprir as obrigações acessórias pertinentes. Diante da situação posta e das omissões existentes no período objeto da ação fiscal, a obrigação de entrega das DMA's para cada período mensal, se encontrava plena de eficácia. A inexecução da obrigação acarreta a aplicação de penalidade, de acordo com o estabelecido no art. 42, inc. XV, letra "h", da Lei nº 7.014/96, com a seguinte redação:

*Art. 42 – Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

*(...)*

*Inc. XV – R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais);*

*(...)*

*h) pela falta de apresentação, no prazo regulamentar, da Guia de Informação e Apuração do ICMS, da Guia Nacional de Informação e Apuração ICMS Substituição Tributária (GIA ST), da Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) ou de sua Cédula Suplementar (CS-DMA);*

Pelas razões expostas mantenho a multa lançada no item 3 do Auto de Infração.

Nosso voto, em conclusão, é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração para manter tão-somente as infrações 1 e 3 e anular a infração 2.

## 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 **206954.0002/09-5**, lavrado contra **RESTAURANTE DALI LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.218,02**, 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\$5.980,00**, previstas no art. 42, XV, "h", do mesmo diploma legal.

Esta Junta recorre de ofício, desta 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 de Sessões do CONSEF, em 18 de junho de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA