

A. I. N° - 118973.0036/08-5  
AUTUADO - MÁRIO DE JESUS FIAES  
AUTUANTE - THILDO DOS SANTOS GAMA  
ORIGEM - INFAZ VAREJO  
INTERNET 03.11.2010

## 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACORDÃO JJF N° 0279-05/10

**EMENTA:** ICMS. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO ECF. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. Restou comprovado através de diligência fiscal realizada pela ASTEC que o autuado atua no ramo de prestação de serviços na atividade de borracharia, alinhamento e balanceamento de automóveis, fora da incidência do ICMS. Roteiro realizado pelo autuante revelou-se inadequado, com descumprimento à Instrução Normativa 56/2007. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/10/2008, aponta a omissão de saída de mercadorias tributadas, com ICMS no valor de R\$22.411,20, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira. Multa de 70%, relativo ao período de Janeiro de 2006 a dezembro de 2007.

O autuado, às fls. (27/31) dos autos, impugna tempestivamente o crédito tributário reclamado mediante auto de infração, ressaltando, inicialmente, que os juros cobrados no período de 01.01.2006 a 31.01.2007 seriam abusivos. Em seguida, aduz que o fiscal autuante não observou que a empresa apresenta duas situações diferentes para o período fiscalizado: de 01 de janeiro a 30 de junho de 2007 a empresa tinha feito opção pelo regime simplificado de apuração de impostos e estava enquadrada no SimBahia como microempresa; a partir de 01 de julho de 2007 passou para regime de tributação normal.

Diante desse fato, entende que a autuação deveria ter considerado como imposto devido, os valores determinados pela legislação do Simbahia, qual seja, no exercício de 2006, R\$55,00 mensais para faturamento acima de R\$100.000,00 e até R\$ 135.000,00, estando enquadrado nesta faixa, posto que, o valor de suas vendas para o período foi de R\$ 112.983,32 – conforme informado pelas administradoras de cartão. Para este período o imposto devido seria R\$660,00.

Relativo ao primeiro semestre de 2007 estaria enquadrado na faixa de isento de imposto, considerando que foi este tratamento conferido pela lei àquelas empresas com faturamento até R\$ 144.000,00, e suas vendas informadas pelas instituições financeiras, para este período, foi de R\$ 61.221,19. Prossegue dizendo que a partir de 01 de julho até 31 de dezembro de 2007, é que, pelo fato de ter retornado ao regime normal de apuração, a empresa deveria ser taxada com alíquota de 17%.

Alega que o cálculo do imposto deve obedecer ao acima exposto, e que o autuante desobedeceu a este critério técnico, desconsiderando uma norma imposta pelo governo do Estado que visa beneficiar o pequeno empresário e gerar mais emprego e renda para todos. Conclui requerendo seja o valor consignado em sua impugnação atualizado e concedido um prazo mínimo de 60 meses para o pagamento.

O autuante, em sua informação fiscal fls. 33/34, afirma que o auto de infração foi lavrado corretamente e com base no regulamento do ICMS, e que apurou divergência entre as vendas com cartão de crédito/débito e as DME's dos exercícios de 2006 e 2007.

Aduz que, o contribuinte foi intimado (fls.07) para apresentar sua documentação fiscal e não o fez. Deixou de apresentar as notas de fiscais de saídas, série D1, o demonstrativo das compras para estabelecer a proporcionalidade entre as mercadorias tributadas e não tributadas, o movimento de suas vendas mensais, a retificação da DME, visto que apresentou zeradas para os dois exercícios, os livros de inventário e Caixa, obrigatórios para sua condição de microempresa. Informa que a empresa não possuía ECF e que sem os documentos fiscais para confrontar com o relatório TEF ficou impossível estabelecer a diferença real. Conclui afirmando que até prova em contrário, o Auto de Infração deve ser mantido em seu valor integral.

Ao tomar ciência da informação fiscal, através de seu representante legal e no prazo que lhe confere a lei, o autuado apresenta nova manifestação (fls. 40/41) onde reitera argumentos delineados na defesa inicial, alegando que a empresa beneficiava-se da tributação simplificada estabelecida pelo Simbahia por tratar-se de microempresa, implicando em uma alíquota privilegiada, com exclusão da incidência da alíquota do ICMS em 17% sobre a base de cálculo pertinente. Que o autuante desconsiderou este fato para calcular o tributo referente ao período de 01 de janeiro de 2006 a 31 de junho de 2007, o que majorou a dívida tributária, não sendo justo nem legal que pague tributo em alíquota maior que a prevista na legislação específica para as pequenas empresas. Conclui afirmando que toda a documentação solicitada em intimação, pelo auditor (fls.07), como notas fiscais de saídas, Redução Z de ECF, livros Caixa e Inventário, Demonstrativo de compras, movimento mensal de vendas e DME's retificadas foram disponibilizados para o auditor, com atraso por conta das correções que necessitou fazer, mas que a autoridade fiscal não mais aceitou por conta da açodada lavratura do auto de infração.

Em nova informação fiscal (fls. 56/47), a autuante esclarece que o contribuinte foi intimado em 21 de agosto de 2008 para apresentar documentação em 48 horas e não cumpriu, sendo o auto lavrado em 30 de outubro, saneado em 11 de novembro e assinado pelo contribuinte em 01 de dezembro de 2008, o que evidencia que não se interessou em saber o motivo pelo qual estava sendo autuado; que é devido o imposto de julho a dezembro de 2007, posto que contribuinte não se cadastrou no Simples Nacional, portanto, como contribuinte do regime normal teria a obrigação de enviar DMA mensal e manter sua escrituração fiscal atualizada; que não realizou cálculo do ICMS utilizando alíquota de 17% e sim de 10%, pois lhe fora concedido crédito presumido de 7% conforme se depreende das planilhas anexas (fls. 17 e 18); que pela absoluta falta de emissão de notas fiscais, falta de apresentação das Reduções Z e não envio das DME/DMA, autuado perde todas as prerrogativas do SimBahia devendo ainda ser penalizado com multas pelo descumprimento de obrigações acessórias; conclui dizendo que se contribuinte pede parcelamento da dívida é porque reconhece como devido o auto de infração, sugerindo que o mesmo seja mantido em sua integralidade.

Considerando que o contribuinte está registrado no cadastro da SEFAZ, tendo como atividade principal o comércio a varejo de pneumáticos e câmaras-de-ar, mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, o processo foi submetido à apreciação da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que decidiu pela conversão em diligência, a fim de que fossem apresentados os documentos alegados pela defesa e aplicada a proporcionalidade nos termos da Instrução Normativa nº 56/2007, fl. 50.

A diligência realizada pela ASTEC/CONSEF resultou no Parecer ASTEC nº 106/2010, fls. 53/54, e a ilustre diligente informa que, devidamente intimado, o autuado não apresentou os documentos solicitados, alegando extravio decorrente das fortes chuvas em Salvador. Diz que o contribuinte expressa seu reconhecimento do débito de ICMS por ter optado pela SimBahia e que, nesse período em que esteve como tal, o débito seria de R\$7.441,93, sem serviços, e que, de seu faturamento, 95% é de prestação de serviços inseridas no campo de incidência do ICMS. A diligente afirma

esteve no local e constatou que realmente a empresa é uma Borracharia que também presta serviços de balanceamento, alinhamento etc., e que as poucas mercadorias que estavam à venda referem-se a produtos com ICMS substituído, como pneus e peças de automóveis (art. 353 Inciso II, alíneas 17 – pneumáticos novos, câmaras de ar e protetores de borracha para pneumáticos e 30 – peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores).

Notificado do Parecer ASTEC, fl. 78, o autuante não se manifestou.

## VOTO

O Auto de Infração, ora impugnado, está amparado no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, “*o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos de 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*” (grifo nosso).

Em sua defesa o autuado destaca que não comercializa com nenhum tipo de mercadoria, sua única atividade é a prestação de serviços, não existindo previsão legal para aplicação da presunção de omissão de serviços, pois não consta no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96.

Esta alegação foi comprovada *in loco*, conforme diligência realizada pela ASTEC, Parecer Técnico nº 106/2010, fls. 53/54, que informa ser o estabelecimento uma borracharia, cuja atividade econômica é a prestação de serviços no reparo de pneumáticos, alinhamento e balanceamento de automóveis. Neste passo, entendo que a autuação não deu cumprimento ao disposto no item 02 da Instrução Normativa nº 56/2007, que transcrevemos: “*No curso da ação fiscal, caso o preposto fiscal verifique que as operações habituais do contribuinte sejam integralmente isentas, não tributáveis e/ou sujeitas à substituição tributária, deverá abster-se de aplicar os roteiros fiscais relativos às presunções referidas no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 e aplicar outros roteiros de fiscalização*”.

No caso em lide, ficou constatado através de diligência realizada pela ASTEC que, além da atividade econômica da autuada ser a prestação de serviços de borracharia, alinhamento e balanceamento de automóveis, as mercadorias que se encontravam expostas com intuito de comercialização, tratava-se de produtos enquadrados no regime de substituição tributária, como, pneumáticas, câmaras de ar, peças e acessórios de automóveis etc., portanto, com fase de tributação encerrada.

A Lei do ICMS nº 7.014/96 ao prevê que “*o fato de a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito como no caso em lide, autoriza a presunção de omissão de **saídas de mercadorias tributáveis** sem pagamento do imposto, não existindo previsão para as prestações de serviços. A figura da presunção prevista na Lei nº 7.014/96, apenas aplica-se às operações com mercadorias, nos termos do §4º do art. 4º, acima transcrito.*

Esse entendimento já foi manifestado pelo CONSEF, ao analisar a mesma questão em Auto de Infração lavrado contra empresa do ramo de atividade de prestação de serviços, mediante Acórdão JJF Nº 0075-02/05, que decidiu pela nulidade de idêntica infração, cuja Ementa transcrevo abaixo:

### “ACÓRDÃO JJF Nº 0075-02/05

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INADEQUAÇÃO DE ROTEIRO DE FISCALIZAÇÃO VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO OU VALOR INFERIOR ÀS OPERAÇÕES REALIZADAS. PRESUNÇÃO LEGAL NÃO CONTABILIZADAS. A declaração de vendas pelo contribuinte em

Created with

 **nitroPDF** professional

download the free trial online at [nitropdf.com/professional](http://nitropdf.com/professional)

*fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito/débito, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamentos do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. Neste caso, impõe-se a nulidade do lançamento, por inadequação do roteiro de fiscalização adotado, em virtude do ramo de atividade do estabelecimento ser ótica, cujas mercadorias comercializadas estão enquadradas no regime de substituição tributária. Auto de infração NULO. Decisão unânime.”*

Comungo, integralmente, com o entendimento contido na decisão acima transcrita, por entender que a infração não foi embasada em norma prevista na lei do ICMS, infringindo os princípios da legalidade e da tipicidade na norma tributária, não se configurando a subsunção do fato concreto à hipótese prevista na lei, sendo inaplicável a imputação constante no Auto de Infração em lide.

Entendo que o roteiro aplicado pelo autuante revelou-se inadequado, descumprindo termos da IN 56/2007. Relativo a débito de ICMS/SIMBAHIA confessado pelo contribuinte, diante da impossibilidade de cobrança neste PAF, recomendo à INFAZ de origem verificar a possibilidade de cobrança através de novo auto a salvo das falhas apontadas.

Pelo exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **118973.0036/08-5**, lavrado contra **MÁRIO DE JESUS FIAES**. Recomenda-se a INFAZ de origem que, mediante novo procedimento fiscal, seja verificado se remanesce imposto a ser reclamado.

Sala das Sessões CONSEF, 15 de outubro de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR