

A. I. N° - 298950.0095/09-4  
AUTUADO - FOTOSYSTEM COMÉRCIO E SERVIÇOS FOTOGRÁFICOS LTDA.  
AUTUANTE - DENNIS ALVIM ALVES SANTOS  
ORIGEM - INFAZ VAREJO  
INTERNET 23.12.2010

## 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N° 0351-05/10

**EMENTA:** ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE SAÍDAS E NO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO ICMS. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O contribuinte ao tempo da ocorrência dos fatos geradores se encontrava inscrito no CAD-ICMS na condição de normal. Mantidas as obrigações tributárias. Não provada a existência de medida judicial que impedisse o lançamento tributário pela sistemática de débito e crédito. Infração subsistente. **b)** RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração reconhecida. 2. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES E OS VALORES LANÇADOS NO ECF. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àqueles informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Empresa com atividade comercial mista de venda de mercadorias e prestação de serviços. Valor reduzido mediante aplicação de proporcionalidade conforme Instrução Normativa nº 5607. 3. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 30/09/2009, para exigir ICMS e multa, no valor total de R\$33.263,57, em razão das imputações abaixo descritas:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(s) referentes a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Períodos: junho a setembro e dezembro 2007, janeiro a agosto 2008. valor do imposto recolhido: R\$6.809,83 Multa 50%;

INFRAÇÃO 2 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de desconhecimento entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Valor do imposto reclamado: R\$ 152,42. Períodos: setembro 2005 e abril 2007. Multa 60%;

INFRAÇÃO 3 – Omissão de saída de mercadoria tributada 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. V R\$25.841,32. Períodos: abril a dezembro 2004, janeiro a dezembro 2005. Multa 70%;

INFRAÇÃO 4 – Falta de apresentação da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Multa de R\$460,00. Período: outubro 2008.

O contribuinte apresentou impugnação às fls. 213/215 do PAF. Contesta pontualmente as infrações da seguinte forma:

INFRAÇÃO 1: Alega que no período da autuação passou a ser SIMPLES NACIONAL e recolheu o imposto conforme guias e demonstrativos que anexa. Houve uma impugnação de sua opção pelo SIMPLES NACIONAL pela Prefeitura Municipal de Salvador, sob alegação de existência de créditos tributários, o que foi contestado judicialmente obtendo Medida Liminar no Processo nº 2017389-1/2008, em tramitação na 4ª Vara da Fazenda Pública, estando *sob judice*. Portanto, até a presente data não infringiu no art. 124, inciso I do RICMS-BA.

INFRAÇÃO 2: Reconhece como devidos seus valores.

INFRAÇÃO 3: Diz que exerce duas atividades: vendas de mercadorias e prestação de serviços que é tributada pelo ISS, cujo valor não informa em DMA ou DME, mas que as Administradoras dos cartões de créditos informam o valor global à SEFAZ.

Diz que não tem como separar os recebimentos de cada operação de venda de mercadoria e serviço nos recebimentos por cartões quando ambos são vendidos a um mesmo cliente, mas emite dois documentos fiscais, sendo um relativo à venda da mercadoria e outro da prestação do serviço, informando mensalmente à SEFAZ o somatório do primeiro através da DMA/DME, e os valores dos serviços à Prefeitura a quem paga o tributo através do DAM.

Alega que o autuante só poderá verificar a omissão de saídas se examinar o seu estoque físico, através de levantamento das notas fiscais de entrada e saída e dos livros Registro de Inventário e ele não fez este exame, pelo que não pode afirmar que houve omissão de saídas e que não existe este fato quando o somatório das vendas e prestação dos serviços é superior ao valor informado pelas Administradoras dos cartões de créditos.

INFRAÇÃO 4: Diz que está desobrigada da apresentação da DMA, por força da razão já explicada para a infração 1.

Informa que está solicitando a baixa de todos os seus estabelecimentos, sem cometer irregularidades, pretendendo pagar o que for devido, mas não o indevido, pelo que solicita seja o presente auto anulado na parte que não reconhece.

Aduz que os anexos à Defesa, demonstram a realidade dos fatos: O anexo I, informa a receita total do estabelecimento, ou seja: venda de mercadorias e serviços e o que foi recebido em cartões de crédito e débito, pelo que se vê que a receita está acima do recebido por cartões. O anexo II demonstra mensalmente a receita de serviços. O anexo III informa as vendas registradas nos livros de saídas, cujas leituras Z, já foram apresentadas ao autuante. O anexo IV informa os valores mensais recebidos nos cartões. O anexo V informa a receita total que serviu de base para calcular o Simples Nacional e a emissão dos D.A.S.

O auditor autuante prestou informação fiscal (fls. 348/350). Diz que, após verificar a Defesa, tem a esclarecer:

INFRAÇÃO 1: Diz que acata as razões defensivas, deixando de cobrar os débitos até o julgamento final.

INFRAÇÃO 3: Que, após conferência das Declarações Mensais de Serviços (fls. 301 a 345), retificou a planilha comparativa de vendas por meio de cartões de crédito/débito, considerando os percentuais das vendas de mercadorias, encontrando um valor histórico de R\$3.497,74.

INFRAÇÃO 4: Também acolhe as razões defensivas.

Às fls. 366/370, o autuado volta a se manifestar, dizendo que não aplicou coeficientes de proporcionalidade, sem, contudo, desrespeito ao enquadramento legal. Alega ser muito simplório ou imprudente atividade mista deva vender X% de mercadorias e Y% de serviços.

verificado sua escrita contábil, pois esta é verdadeira e apta a identificar a possível existência de “caixa sem fundos”, empréstimos mirabolantes, credores fictícios, suprimentos de caixa com saques inexistentes, o que não é o seu caso.

Repisa que o autuante deveria ter verificado seu estoque físico para, acaso encontrada diferença, aplicar a proporcionalidade e fazer o enquadramento legal e não alegar e não provar, pois ele tem o ônus da prova, consoante art. 333, I, do CPC.

Transcreve os arts. 212 e 226 do Código Civil, para dizer que o autuante não encontrou prova substancial para respaldar o Auto de Infração.

Conclui, dizendo ter demonstrado a inconsistência do Auto de Infração, pelo que requer seja julgado improcedente em parte.

À fl. 375, o autuante se pronuncia ratificando suas conclusões expostas na informação fiscal de fls. 348 a 362.

## VOTO

Considerando o expreso reconhecimento da infração 2 pelo contribuinte no instrumento de defesa, de logo afasto da presente lide a infração 2.

Por comportar direta repercussão nas infrações 1 e 4, preliminarmente apreciarei a alegação defensiva no tocante à existência de medida liminar judicial que obstaria a exigência de imposto (ICMS) pelo regime normal e a obrigação correspondente de apresentação de DMA's ou DME's, visto que a empresa litiga com o município de Salvador acerca da negativa ao seu pedido de inserção no regime simplificado de apuração de impostos e contribuições, denominado de Simples Nacional.

Entende a defendente que, enquanto estiver em curso a demanda judicial, o Estado da Bahia não pode lançar o ICMS pelo regime normal e exigir o cumprimento das obrigações acessórias decorrentes.

Posta a questão nestes termos, meu entendimento em relação a ela é divergente daquele apresentado na impugnação empresarial.

Primeiro, porque o pedido formulado pelo sujeito passivo carece de base probatória nos autos, considerando que a norma do art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia, RPAF, disciplina que a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa deve ser acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, sob pena de preclusão, com exceção das situações expostas no §5º desse artigo, o que não é o caso em apreciação.

Ademais, o autuado, ao tempo da ocorrência dos fatos geradores e no momento da ação fiscal em lide, figurava no cadastro estadual do ICMS da Bahia na condição de contribuinte normal, com apuração do imposto pelo regime de crédito e débito.

Não obstante a inexistência de base probatória que atestasse o trâmite da ação judicial, além da condição cadastral de contribuinte, faz-se importante ressaltar que, ainda que a demanda em juízo fosse um fato provado nos autos, não produziria efeito contra a Fazenda Pública Estadual, ao menos por duas claras razões. Primeiro, porque como diz o próprio nome da medida judicial, trata-se de uma decisão liminar que pode não se confirmar com a decisão final a ocorrer no trânsito do processo e segundo, porque a decisão judicial não impede a constituição do crédito tributário em análise, apenas suspende a sua exigibilidade. Nesse sentido, inclusive, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça no EREsp 572.603-PR (1ª Seção, Castro Meira, unânime, 8-6-2005, DJU de 5-9-2005, p. 199; Embargos: Fazenda Nacional), a teor da ementa a seguir, parcialmente transcrita:

“3. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário na via judicial qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança de seu crédito

Created with

*ativa, execução e penhora, mas não impossibilita a Fazenda de proceder à regular constituição do crédito tributário para prevenir a decadência do direito de lançar.*

*4. Embargos de divergência providos.”*

Portanto, sendo o crédito tributário um direito indisponível do Estado e, neste caso, a ser constituído por um ato administrativo decorrente de uma atividade fiscal vinculada à legalidade em todos os seus termos, o Estado tem o poder e o servidor público competente tem o dever de constituí-lo, sob pena de responsabilidade funcional. Neste aspecto, trago à baila a doutrina coerente e incisiva de Rubens Gomes de Souza:

*“Sempre que verifique que ocorreu uma situação prevista em lei como dando origem a uma obrigação tributária (isto é, um fato gerador) a Administração está obrigada a fazer o lançamento.”(Souza, Rubens Gomes de. Compêndio de legislação tributária. São Paulo: Resenha Tributária, 1975. P. 103. Edição póstuma.)*

Portanto, conforme fundamentação acima, não está nos autos, prova de qualquer decisão judicial que impeça o Estado de lançar o ICMS pelo regime normal de apuração, no período contemplado por este Auto de Infração. O autuado, no presente processo administrativo, tão-somente informou a existência de uma demanda judicial proposta contra o município de Salvador, com pedido de tutela liminar para inserção do demandante no regime do Simples Nacional, fato que, por si só, volto a enfatizar, não afasta o direito da Fazenda Pública Estadual de lançar os tributos de sua competência perante o contribuinte: Fotosystem Comércio e Serviços Fotográficos Ltda, Inscrição Estadual nº 31.563.183.

Isto posto, superada a questão preliminar, passo a apreciar o mérito das infrações.

De plano, verifico, após instrução do presente PAF, que o contribuinte não contraditou em direto os números apurados como devido na infração 1. Limitou-se a argumentar que recolheu o imposto devido dentro do sistema de tributação do Simples Nacional do qual contesta desenquadramento pela Administração Municipal em lide judicial, que, pelas razões já expostas, não repercute efeitos para a Fazenda Pública Estadual, no que se refere à constituição do crédito em lide. Nesse caso, reputo que o silêncio do contribuinte em relação aos valores apontados na infração confirma a certeza dos mesmos no sistema de apuração do ICMS por conta-corrente fiscal, até porque, em relação ao período junho a dezembro de 2007, os que constam na infração são os apurados pelo próprio autuado em seu livro Registro de Apuração do ICMS, cuja cópia consta dos autos nas fls. 155 a 206. Aplicam-se ao caso as disposições do art. 140 do RPAF/99, com a seguinte redação: *“O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas”*, pelo que vejo inteiramente procedente a infração 01.

Em relação à infração 03, embora na Defesa inicial o Impugnante sobre isto não tenha falado, na manifestação em contraditório à Informação Fiscal, o Impugnante, argui inconformismo com o enquadramento legal dessa infração, e sobre isso me pronuncio.

Inicialmente atento que, no presente caso, estamos diante de uma presunção legal prevista no inciso IV art. 334 do Código de Processo Civil, que assim se expressa:

*Art. 334. Não dependem de prova:*

*...*

*IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade.*

As presunções podem ser absolutas, que não admitem prova contrária ou as relativas, consideradas verdadeiras até prova em contrário. O fato presumido é tido como verdadeiro até que a ele se opuser a prova em contrário.

Neste caso em exame, estamos tratando de uma presunção legal relativa, prevista pelo §4º do art. 4º da Lei 7014/96, *“o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos de caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações j como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecida e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunç*

*mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção” (grifo nosso).*

Verifico que no procedimento fiscal original, o autuante não considerou a atividade mista da empresa e computou todo o seu faturamento como se tributável pelo ICMS. Contudo, após a apresentação pelo autuado dos documentos junto à Defesa, quais sejam demonstrativos de prestação de serviços e cópias de documentos relativos às operações de prestação de serviços não tributáveis pelo ICMS, o autuante refez o levantamento fiscal elaborando as Planilhas Comparativa de Vendas por Meio de Cartão de Crédito/Débito e demonstrativos de proporcionalidade de suas atividades comerciais, excluindo do total fornecido pelas Administradoras de cartões os valores constantes na DMS - Declaração Mensal de Serviços da Prefeitura (Recibo de Entrega da Declaração Mensal de Serviços) resultando em diminuição do ICMS devido de R\$25.841,32 para R\$3.497,74, conforme papéis de trabalho de fls. 354 a 360, do PAF.

Instado a se manifestar após a Informação Fiscal, o autuado seguiu inconformado, insistindo que o método de auditoria aplicado na apuração dos valores dessa infração haveria que ser outro, no caso, um levantamento físico de estoque. Neste particular, não assiste razão ao autuado, pois o procedimento adotado tem respaldo legal, como já acima ressaltado, e na ação fiscal foi corretamente aplicado, inclusive oportunamente ajustado com a consideração da proporcionalidade orientada pela Instrução Normativa nº 5607, mantendo exclusivamente o percentual das saídas de mercadorias tributáveis pelo ICMS. Cabe consignar que o autuado, apesar de contestar a metodologia do procedimento fiscal, não contrasta os novos números decorrentes do ajuste procedido na infração pelo autuante por ocasião da Informação Fiscal.

Assim, por todo o exposto, considero a infração 3 subsistente e com o ICMS devido no valor de R\$3.497,74, com base nos demonstrativos do ajuste já mencionado.

Em relação à infração 04 cujo argumento defensivo se restringe à desobrigação de cumprimento da obrigação acessória de apresentação da DMA por força da medida judicial liminar citada pelo Impugnante, empresto a ponderação que fiz na preliminar e na apreciação da infração 01, uma vez que nesta infração se aplicam com total serventia, razões pelas quais deve a mesma subsistir.

Isso posto, voto pela PROCÊDENCIA PARCIAL do Auto de Infração, modificando-se o demonstrativo de débito original apenas em relação à infração 3 que passa a ser o seguinte:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 3					
Data Ocorr	Data venco	Base Cálculo	Alíq. %	Multa %	ICMS devido
30/04/2004	09/05/2004	819,35	17	70	139,29
31/05/2004	09/06/2004	1.618,53	17	70	275,15
31/06/2004	09/07/2004	1.078,59	17	70	183,36
31/07/2004	09/08/2004	1.627,71	17	70	276,71
30/08/2004	09/09/2004	617,29	17	70	104,94
31/09/2004	09/10/2004	1.497,24	17	70	254,53
30/10/2004	09/11/2004			70	109,86
31/11/2004	09/12/2004			70	188,86
31/12/2005	09/01/2005	1.878,00	17	70	319,26
31/01/2005	09/02/2005	1.117,65	17	70	190,00
28/02/2005	09/03/2005	696,94	17	70	118,48
30/03/2005	09/04/2005	903,24	17	70	153,55
31/04/2005	09/05/2005			70	102,78
30/05/2005	09/06/2005			70	52,69
31/06/2005	09/07/2005	386,65	17	70	65,73
31/07/2005	09/08/2005	493,59	17	70	83,91
30/08/2005	09/09/2005	976,12	17	70	165,94
31/09/2005	09/10/2005	375,35	17	70	63,81
30/10/2005	09/11/2005			70	238,42
31/01/2006	09/02/2006	732,41	17	70	124,51
30/03/2006	09/04/2006	1.004,65	17	70	170,79
30/04/2006	09/05/2006			70	22,93
31/05/2006	09/06/2006			70	
30/06/2006	09/07/2006	228,29	17	70	
30/11/2006	09/12/2006			70	
Total Infração					

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

## 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 **298950.0095/09-4**, lavrado contra **FOTSYSTEM COMÉRCIO E SERVIÇOS FOTOGRÁFICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 10.459,98**, acrescido das multas de 50% sobre R\$6.809,83, 60% sobre R\$152,42 e 70% sobre R\$3.497,73, previstas no art. 42, incisos I, “a”, II, “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$460,00**, prevista no art. 42, inciso XV, “h”, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios contidos na norma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de dezembro de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

ALEXANDRINA NATALIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA