

**A. I. Nº** - 180459.0003/11-8  
**AUTUADO** - LAI COLOR LTDA.  
**AUTUANTE** - JOSÉ ALMIR LAGO DE MEDEIROS  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** 21.11.2011

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0284-05/11**

**EMENTA: ICMS. 1.** DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. A imposição da multa não é cabível, em março 2011, pois o autuado transferiu a sede do estabelecimento autuado, conforme certidão simplificada expedida pela Junta Comercial do Estado da Bahia, arquivada em 03.02.2011. Infração não caracterizada. **2.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO ICMS. Infração reconhecida. **3.** DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS PARA USO E CONSUMO. Comprovada aquisição de mercadorias para utilização na prestação de serviços. Infração não caracterizada. **4.** CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AQUELE FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. 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. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração foi lavrado em 15/08/2011 para constituir o crédito tributário no valor global de R\$ 15.197,37, em conformidade com as razões descritas a seguir:

**INFRAÇÃO 1.** Falta de apresentação da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Multa R\$ 460,00.

**INFRAÇÃO 2.** Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. Junho/06 e fevereiro/07. Valor R\$ 401,40. Multa 60%.

**INFRAÇÃO 3.** Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da federação e destinadas ao consumo do estabelecimento. Agosto e setembro/06; março/07 e novembro/09. Valor R\$ 1.383,58, com multa de 60%.

**INFRAÇÃO 4.** 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 instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Janeiro/fevereiro; abril/novembro 2006; março/dezembro 2007; janeiro/abril, junho e setembro/dezembro 2008; junho/dezembro 2009; janeiro, maio/dezembro 2010; janeiro/março 2011. Valor R\$ 12.952,39. Multa 70%.

O sujeito passivo, através de Procurador, documento fl. 180, apresenta defesa, fl. 183, justificando a exigência de cada uma das infrações.

Na infração 1, diz que não procede a multa pela não entrega da DMA porque transferiu a sede da empresa para Minas Gerais, em 03.02.2011, conforme prova documento da JUCEB que anexa.

Concorda com a exigência contida na infração 2. Na infração 3, aduz que apesar da atividade de comércio varejista de produtos fotográficos, sua maior atividade é de prestação de serviço em revelação de filmes, que enseja o recolhimento de ISS e não ICMS e, incabível o diferencial de alíquotas.

Reconhece também em parte a infração 4; pede, no entanto, a proporcionalidade em relação às vendas de prestação de serviço com a revelação de filmes. Diz que de 2007/2010 houve emissão de notas fiscais com vendas por cartão maior que o informado pelas administradoras.

O Auditor Fiscal autuante presta sua Informação Fiscal, fl. 195, acordando a argüição defensiva do encerramento das atividades em 29.01.2011. Já na infração 3, discorda da posição do contribuinte, pois o ICMS diferencial de alíquotas seria devido em qualquer circunstância.

Com relação à infração 4, diz que a substituição deixou de existir em março de 2008 e o autuado não observou. Aduz que o contribuinte faz alegações sem apresentar quaisquer provas.

Pede a procedência do auto de infração, com exceção da multa pela falta de entrega da DMA, cuja exigência foi equivocada.

## VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS, além de penalidades por descumprimento da obrigação acessória, tendo em vista a constatação das infrações, relatadas nas páginas precedentes e que serão objeto de apreciação a seguir anunciada, exceto para infração 2, falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, no valor de R\$ 401,40, cuja exigência reconheceu o sujeito passivo, não restando qualquer lide.

Na infração 1, Multa fixa de R\$ 460,00, pela não apresentação da DMA - Declaração e Apuração Mensal do ICMS, em março de 2011. O sujeito passivo rebate que a exigência não procede à multa, tendo em vista que a empresa efetuou a transferência do estabelecimento para outra unidade da federação. Verifico que deve ser acolhida a argüição defensiva, em face à certidão simplificada expedida pela Junta Comercial do Estado da Bahia, fl. 191, atestando a alteração que transferiu a sede do estabelecimento, arquivada em 03.02.2011. Exigência que não procede.

A infração 3 exige o pagamento de ICMS decorrente da diferença de alíquotas. A alegação do sujeito passivo é que sua atividade é preponderante na prestação de serviço em revelação de filmes, o que enseja ao recolhimento de ISS.

Examinando as peças que compõe a lide, verifico que o Auditor Fiscal elaborou demonstrativo de débito, anexo aos autos, às fls. 23, relacionado às notas fiscais que demandaram a exigência e cujas cópias foram encaminhadas para o autuado.

O ordenamento jurídico assim dispõe sobre a matéria em pauta:

A diferença de alíquotas encontra seu fundamento de validade na própria Constituição Federal (art. 155, § 2º, incisos VII e VIII), e incide nas operações interestaduais com bens de uso, consumo e ativo fixo e nas prestações interestaduais de serviço de transporte e de comunicação para consumidor final que seja contribuinte; o remetente do bem e o prestador do serviço pagarão, respectivamente, no seu Estado o ICMS, considerando a alíquota interestadual, e o destinatário pagará o mesmo tributo ao seu Estado e apurado pela diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

A LC 87/96 não faz feito alusão à hipótese, mas o ICMS diferencial de alíquotas tem em mira preservar a arrecadação dos Estados quando em seus territórios estiverem localizados

consumidores finais de mercadorias ou serviços tributáveis pelo ICMS e tem previsão no art. 2º, IV, Lei nº 7.014/96, regulamentada pelo Decreto nº 6.284/97 (art. 1º, § 2º, IV). Seu fato gerador, para efeito de pagamento, ocorre no momento da entrada, no estabelecimento do contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento (art. 4º, XV, Lei nº 7.014/96 e art.5º, I, RICMS BA). A base de cálculo do imposto (art.17, inciso XI) e, de acordo com o disposto no art. 69, parágrafo único, RICMS /BA, no cálculo do ICMS relativo à diferença de alíquota deve ser aplicado sobre o valor da operação, o percentual correspondente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual.

No caso concreto, o Auditor Fiscal elaborou demonstrativo fiscal, discriminado as notas fiscais de aquisição dos produtos, objeto da exigência, descrevendo um equipamento conversor de imagem digital (Nota Fiscal nº 432 fl. 64); papel para fotos, etiquetas, kit de revelação (Nota Fiscal nº 38157 fl. 66); binóculos, carregador de pilhas, telescópio (Nota Fiscal nº 50571 fl. 70). Observo que tais objetos denotam a aquisição de materiais para utilização na prestação dos serviços (papel para fotos, etiquetas, kit de revelação), em cujas aquisições não é devido o pagamento do diferencial de alíquotas, por conta da orientação contida no art. 7, I, RICMS BA.

Na aquisição de binóculos, carregador de baterias, tripé de mesa, telescópio, através da Nota Fiscal nº 50571, fl. 70, em quantidades e pela natureza das mercadorias que denotam compra para comercialização, igualmente não é devido o pagamento do diferencial de alíquota, conforme já vimos na fundamentação jurídica da exigência.

Dessa forma, resta descaracterizada a exigência perpetrada na infração 3.

Na quarta infração a exigência é da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio do levantamento de venda com pagamentos através de cartões, em diversos meses dos exercícios 2006/2011, no valor global de R\$ 12.952,39.

A infração apontada encontra amparo nas disposições contidas no art. 4º, §4º, VI, “b” da Lei nº 7.014/96, a seguir descrito:

*Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*

...  
§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

...  
VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

- a) instituições financeiras;
- b) administradoras de cartões de crédito ou débito;

Em se tratando de exigência de imposto por presunção legal, o dispositivo que a autoriza pressupõe que, a diferença apurada pelo fisco não esteja comprovado e, em sendo uma presunção relativa, assim identificada por admitir prova em contrário, cabe ao contribuinte trazer aos autos as provas de que os fatos não ocorreram conforme é o entendimento fiscal.

A defesa reconhece em parte a procedência da exigência; clama, contudo, aplicação da proporcionalidade em relação às vendas de prestação de serviço com a revelação de filmes.

Contra argumenta o Auditor Fiscal que a substituição deixou de existir em março de 2008.

Verifico, antes, que o relatório TEF de operações diários foi entregue ao autuado, conforme faz prova o Recibo de Arquivos Eletrônicos, fl. 10, de sorte a lhe possibilitar apresentar elementos de prova a favor de suas razões, permitindo os esclarecimentos da lide e dando azo a busca da materialidade dos fatos.

Cabe administração fazendária o ônus da prova no ilícito tributário, mas a lei não autoriza ao contribuinte eximir-se de sua responsabilidade de trazer aos autos elementos materiais à apreciação objetiva e subjetiva estabelecida na legislação tributária. Compete, portanto, a

administração fazendária e ao contribuinte, alegar, mas, sobretudo, produzir provas que criem condições de convicção favoráveis à pretensão.

Em se tratando das presunções, ainda mais, pois ocorre a inversão do ônus da prova. A tributação com base em presunção somente é cabível nos casos expressamente previstos na lei. Ao ser acusado da omissão de receita por ter detectado, por exemplo, diferença entre as vendas informadas e aqueles constantes nos banco de dados das administradoras de cartões, o contribuinte deverá provar os fatos com repercussão inversa da proposta pelo fisco (presunção relativa), ilidindo a presunção fiscal.

Disso, não cuidou diligentemente o autuado. Não trouxe aos autos qualquer prova a favor de sua tese; da existência de receitas originadas da prestação dos serviços de filmagem e que teriam sido pagas por seus clientes com a utilização de cartões de crédito ou de débito.

A proporcionalidade requerida pelo autuado foi atendida pelo Auditor Fiscal, conforme provam os demonstrativos anexados aos autos, que consignou, inclusive, as vendas efetuadas com a emissão de notas fiscais de venda a consumidor. Não houve a concessão do crédito presumido de 8% previsto no art. 408-S, do RICMS BA, porque o autuado, no período da autuação, estava inscrito no cadastro normal de contribuintes. O citado crédito foi admitido até 30.06.2007 apenas para contribuintes enquadrados no regime Simplificado de Apuração de ICMS – SimBahia (Lei nº 7.357/98).

Posto isso, diante da presunção fiscal de que houve saídas sem coberturas, no caso, em razão da constatação de diferença nas vendas através dos cartões de crédito, de débito, caberia ao autuado comprovar inequivocamente o contrário, demonstrando a efetiva emissão dos correspondentes documentos fiscais e, no entanto, não o fez. Correto, pois, o procedimento fiscal e procedente a exigência, no valor de R\$ 12.952,39.

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 **180459.0003/11-8**, lavrado contra **LAI COLOR LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$13.353,79**, acrescido da multa de 60% sobre o valor de R\$ 401,40, 70% sobre o valor de R\$10.498,93 e sobre R\$2.453,66, prevista no art. 42, II, “f” e III, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de novembro de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA