

A. I. N° - 207668.0024/20-5
AUTUADO - MERCADINHO E LANCHONETE MILK MARLEY LTDA.
AUTUANTE - REJANE MARIA RAMOS BARBOSA FERRUZZI
ORIGEM - INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO - INETRNET - 08/07/2021

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0082-03/21-VD

EMENTA: ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O defendant não apresenta elementos com o condão de modificar ou elidir a acusação fiscal. Infração caracterizada. Não acolhidas as nulidades arguidas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 21/09/2020, traz a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$669.800,84, acrescido da multa de 100%, tendo em vista a constatação da irregularidade abaixo citada:

Infração 1 – 05.08.01 – omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, nos meses de janeiro de 2015 a dezembro de 2019 e fevereiro de 2020.

O autuado impugna o lançamento às fls.45/51. Reproduz a acusação fiscal. Aduz que é empresa registrada sob o código de atividades 4712100 na condição de empresa de pequeno porte e baixado do cadastro do ICMS a partir de 08/05/2013 e desde de 24/01/2008 encontra-se com inscrição estadual cancelada/suspensa, estando, desde então, sem adquirir ou revender quaisquer mercadorias conforme pode ser confirmado pelos sistemas corporativos da própria SEFAZ/BA, tais como Sintegra, Notas Fiscais Eletrônicas, Escrituração Fiscal Digital – ou qualquer outro, que fuja ao seu conhecimento. Diz solicitar estas provas inversas da Secretaria.

Afirma que para sua infelicidade, pois não mais exerce qualquer atividade mercantil, desde meados de 2008, quando teve sua inscrição cancelada, foi surpreendido com o presente Auto de Infração, sob a alegação de que, no período 31.01.2015 a 29.02.2020, teria omitido a saída de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento de venda com pagamento com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao fornecido pelas administradoras dos cartões. Repete a infração que lhe foi imputada e o enquadramento legal.

Argui cerceamento de seu direito de defesa por descumprimento do devido processo legal, visto que junto aos documentos que instruíram a peça acusatória, inexistiu cópia de qualquer documento fornecido por instituição financeira que justificasse a pretensão da Autuante.

Frisa que o simples demonstrativo elaborado pelo fisco, não carregam a materialidade probatória quanto aos dados fornecidos pelas instituições financeiras significando uma simples memória apuratória do pretenso valor exigido.

Afirma que não existe junto aos documentos acostados, a indicação das instituições financeiras que teriam fornecido as declarações, tornando impossível o exercício do pleno contraditório, o que conduz a nulidade do levantamento fiscal, sobretudo porque não realizou movimentação de compras e vendas de mercadorias.

Reproduz o enquadramento legal, para apontar erro na situação fática indicada pela autuante, pois entende, que o referido dispositivo se aplica apenas, a contribuinte de ICMS, condição essa,

que não mais desfrutava, desde 2008. Reitera sua condição de baixado no cadastro da SEFAZ desde 08.05.2015. Conclui dessa forma, que não tem obrigação de prestar informações sobre sua movimentação junto a instituições financeiras, não podendo ser incluída no conjunto de presunções regulados no art. 4º, § 4º da Lei 7014/96.

Assevera que nos últimos 12 anos, inexiste qualquer registro de compras ou vendas em seu nome, o que não significa que os sócios não exerceram outra atividade econômica no período, o que entende que não vem ao caso, visto que a empresa não exerce mais a atividade mercantil, portanto, não é mais contribuinte do ICMS.

Acrescenta que o mais agravante, é que todo o levantamento apurado pelo servidor fazendário, sequer leva em consideração que à época usufruía condição de empresa optante pelo regime do Simples Nacional-EPP, e como pode ser observado, no levantamento realizado foi aplicada a alíquota integral, sem direito inclusive a crédito fiscal, ou seja, uma sistemática mais severa.

Pergunta aos Julgadores como pode uma empresa que se encontra inativa e posteriormente baixada em definitivo do cadastro de ICMS, ser penalizada com a exigência exorbitante deste auto de infração, baseada apenas, em uma suposta declaração de instituições financeiras.

Sustenta que a presunção prevista na Lei, admite prova contrário e para tanto faz as proposições que devem ser confirmadas nos registros da SEFAZ: (i) edital de cancelamento da empresa desde 2008; (ii) baixa da inscrição desde 08/05/2013; (iii) Certificação através de seus sistemas, NFe, Sintegra, EFD, que desde 2008, não compra ou vende mercadorias.

Por fim, chama a atenção para a proporcionalidade aplicável aos casos de presunção dos dispositivos anteriormente citados. Afirma que como possui zero de saídas de mercadorias tributáveis e zero também de aquisições de mercadorias tributáveis, nada existe a ser cobrado pelo Fisco. Roga pela improcedência da autuação.

A Autuante presta a informação fiscal fls.58/61. Repete a irregularidade imputada ao contribuinte e sintetiza os argumentos defensivos. Afirma que inicialmente, é importante salientar que a autuada (e seus sócios), intimada via AR e edital (em julho e agosto/2020) para apresentação de documentos, registros fiscais e/ou prestação de informações, se manifestou através do sócio regular, Sr. Zacarias Soares de Andrade Filho, somente após ciência do Auto de Infração, com a apresentação da peça defensiva, 02 (dois) meses após a lavratura.

Afirma que a empresa foi indicada para fiscalização pelo Centro de Monitoramento On-line – CMO – para ação fiscal (conforme O.S.503427/20), uma vez terem sido detectadas irregularidades fiscais graves, como realizações de transações constantes de vendas, via cartão de crédito/débito (TEF's 2015 a 2020), durante período longo e em grande quantidade, mesmo possuindo IE em situação de Baixa e sem registros de Entradas/Saídas, nem recolhimento de impostos. Aduz ter sido verificado o funcionamento de uma outra empresa (IE diversa), com igual atividade comercial (4712100), no seu endereço cadastral e com o mesmo sócio.

Afirma que o lançamento tributário foi efetuado, com a devida observância de todos os princípios legais e constitucionais, especialmente o devido processo legal, assegurando à autuada, o amplo direito de defesa e do contraditório, sendo a ação fiscal executada principalmente, a partir das transmissões eletrônicas de fundos – TEF - fornecidas ao fisco por instituições financeiras e administradoras de cartões de débito/crédito.

Sustenta que a alegação de cerceamento de defesa não procede, uma vez que consta do PAF os envios e devidas comprovações dos recebimentos, tanto das intimações fiscais como do Auto, Demonstrativo de Débito, Planilhas dos Levantamentos, Demonstrativos e Relatórios (anuais e diários) TEF em papel e em mídia digital (fls. 28 a 36 e 09 a 13 do PAF), não há o que se falar de cerceamento ao direito de defesa, muito menos, de nulidade do levantamento fiscal.

Relativamente a Infração, informa que o levantamento fiscal foi realizado em total consonância com os procedimentos estatuídos pela Instrução Normativa nº 56/2007, que nas situações de

presunção legal de omissão de saída, inexistindo informações ou que não tenham sido apresentados pelo contribuinte dados, que possibilitem o cálculo da proporcionalidade, o lançamento do ICMS devido, terá como base de cálculo, o valor da omissão de operações de saída apurada.

Destaca que as informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito e de débito ao fisco, a despeito de serem informações prestadas por terceiros, são exigidas por determinação legal (art. 35-A da Lei Estadual 7.014/96) e representam elementos de provas legais inequívocas, para embasar a presunção legal de omissão de saídas (alínea “a”, do inciso VI, do § 4º, do art. 4º da Lei nº 7.014/96). Trata-se de informações vindas das operações comerciais realizadas, mediante cartões de débito/crédito, autorizadas e promovidas pela própria empresa.

Comenta que nestes casos, presume-se que as receitas do Sujeito Passivo, via cartão de débito/crédito, são receitas operacionais decorrentes das vendas efetuadas. O valor das operações de vendas é base de cálculo do ICMS e, neste caso, a alíquota aplicada foi a normal, dado o caráter das mercadorias comercializadas e atividade do mesmo.

Acrescenta que considera também, descabidas todas as alegações da defesa, quanto ao seu não enquadramento como “contribuinte” perante o Cadastro do ICMS da Bahia. Aponta o que preceitua o art. 5º da Lei nº 7014/1996, que reproduz. Ou seja, apesar de possuir a situação de BAIXADA, a empresa autuada continuou sendo considerada “contribuinte” pelo volume de vendas habituais realizadas no período de 2015 a 2020, nas máquinas de cartões atreladas ao seu CNPJ, que totalizam até a lavratura do Auto o valor histórico de R\$3.768.721,01.

Ressalta que, de acordo com o § 1º, do art. 29 do RICMS/Ba, a baixa da inscrição estadual não impede que, posteriormente, sejam lançados ou cobrados tributos e respectivas penalidades decorrentes da falta do cumprimento de obrigações apurada em processo administrativo ou judicial, de outras irregularidades praticadas pelos contribuintes.

Aduz que a defesa da Autuada não explica a movimentação comercial promovida nos 06 (seis) exercícios fiscalizados, nem apresenta elementos necessários que se oponham aos fatos presumidos. Inclusive, mesmo e apesar da situação de baixada (e de ter sido autuada), continuou fazendo uso da IE e CNPJ para vendas (sem notas), via cartões de débito e crédito, conforme atuais relatórios do CAD/SEFAZ, dos meses de janeiro a dezembro do exercício de 2020 e dos meses de janeiro e fevereiro do presente exercício (fazendo-se necessária nova ação fiscal).

Assim, por ter apenas apresentado argumentos incoerentes, sem qualquer respaldo legal, na tentativa de justificar Entradas e Saídas irregulares que causou (e continua, inclusive), reafirma na íntegra o Auto de Infração em questão, pedindo sua total procedência.

VOTO

Preliminarmente, o Autuado arguiu nulidade do lançamento fiscal, alegando cerceamento de seu direito de defesa por descumprimento do devido processo legal, visto que junto aos documentos que instruíram a peça acusatória, inexistiu cópia de qualquer documento fornecido por instituição financeira que justificasse a pretensão da Autuante. Acrescentou, que o simples demonstrativo elaborado pelo fisco, não carrega materialidade probatória quanto aos dados fornecidos pelas instituições financeiras, significando uma simples memória apuratória do pretenso valor exigido.

Analizando estas argumentações, verifico que não assiste razão ao Autuado, pois não possuem suporte fático ou jurídico.

Compulsando os autos, observo que consta do PAF os envios e devidas comprovações dos recebimentos, tanto das intimações fiscais como do Auto, Demonstrativo de Débito, Planilhas dos Levantamentos, Demonstrativos e Relatórios (anuais e diários), TEF, em papel e em mídia digital (fls. 28 a 36 e 09 a 13 do PAF). Consta Edital com Intimação ao Autuado, DOE de 07/08/2020, cópia fl. 09, demonstrativos fls.14/25, CD fl.26, comprovante de entrega dos demonstrativos e CD

contendo TEF, documento fl. 28, (frente e verso), portanto, não resiste aos fatos, a alegação de cerceamento ao direito de defesa, ou de nulidade do levantamento fiscal.

Assim, verifico que não existe qualquer vício de forma, na lavratura do presente Auto de Infração que resultasse em sua nulidade. Observo que se verifica, no próprio corpo do auto de infração, a descrição detalhada dos motivos que resultaram em sua lavratura. A descrição dos fatos, o enquadramento legal e os demonstrativos que acompanham o Auto de Infração permitem o conhecimento da acusação imputada e do débito tributário lançado, possibilitando, assim, o pleno exercício do direito de defesa pelo contribuinte.

Constatou que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com a Lei 7014/96 e com o RPAF-BA. Ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois, a sua lavratura obedeceu ao disposto no art. 39 do RPAF/99, inocorrendo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, capaz de inquinar de nulidade o lançamento de ofício.

No mérito, o autuado foi acusado de omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, nos meses de janeiro de 2015 a dezembro de 2019, e fevereiro de 2020.

A matéria ora discutida, encontra-se normatizada pelo inciso VII, § 4º, do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, in *verbis*:

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:

(...)

VII - valores totais diários das operações ou prestações declaradas pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito inferiores aos informados pelas respectivas administradoras.

Pelo que se vê, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal. Portanto, o ônus da prova para esta ocorrência é do contribuinte.

No presente processo, para que o contribuinte pudesse se defender da acusação fiscal, foi fornecido o “Relatório Diário Operações TEF”, pois, através dos TEFs, o contribuinte pode elidir a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, fazendo o cotejo entre o que consta nos aludidos relatórios TEF, e o que foi registrado no equipamento ECF e nas notas fiscais, de modo a detectar valores, porventura incluídos indevidamente no levantamento fiscal.

O defendente alegou a impossibilidade de sua empresa ter realizado estas movimentações comerciais via cartões de crédito ou débito, considerando que se encontra baixado do cadastro do ICMS a partir de 08/05/2013, e desde de 24/01/2008, encontra-se com inscrição estadual cancelada/suspensa, estando, desde então, sem adquirir ou revender quaisquer mercadorias, o que poderia ser confirmado pelos sistemas corporativos da própria SEFAZ/BA.

Não acato esta pretensão, visto que o fato de o defendente se encontrar com seu Cadastro do ICMS Suspensão ou Cancelado, não o exime do cumprimento de suas obrigações tributárias. É o que dispõe o § 1º, do art. 29 do RICMS/12, que reproduzo:

Art. 29. A baixa de inscrição será efetivada após a entrada do pedido pelo contribuinte.

§ 1º. A baixa da inscrição nos termos deste artigo não impede que, posteriormente, sejam lançados ou cobrados tributos e respectivas penalidades, decorrentes da falta do cumprimento de obrigações ou da prática comprovada e apurada em processo administrativo ou judicial de outras irregularidades praticadas pelos mesmos.

Observo que ao encerrar suas atividades comerciais, é obrigação do contribuinte desativar todos os equipamentos ligados ao seu CNPJ e Inscrição Estadual, o que não aconteceu no presente caso, considerando as operações de vendas realizadas nas máquinas de cartões atreladas ao seu CNPJ, que conforme informa a Autuante, até a lavratura do Auto de Infração totaliza o valor histórico de R\$3.768.721,01. Cabe apontar, que as operações autuadas foram informadas pelas instituições financeiras e se encontram na base de dados dos sistemas corporativos desta SEFAZ.

O defensor afirmou que o lançamento de ofício não subsiste, porque baseado apenas em uma suposta declaração de instituições financeiras.

Esta alegação não se sustenta, considerando que a declaração das movimentações comerciais com pagamento via cartões de crédito/débito, pelas instituições financeiras, decorre de determinação legal, estando prevista nos termos do art. 35-A da Lei Estadual 7.014/96, *in verbis*:

Art. 35-A. As administradoras de cartão de crédito ou de débito deverão informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto através de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

O defensor alegou também, que todo o levantamento apurado pelo servidor fazendário, sequer levou em consideração, que à época em que se encontrava com cadastro ativo na SEFAZ, usufruía da condição de empresa optante pelo regime do Simples Nacional-EPP, e que, no levantamento realizado, foi aplicada a alíquota integral, sem direito inclusive a crédito fiscal, ou seja, uma sistemática mais severa. Invocou a aplicação da proporcionalidade.

Cabe ressaltar, que o enquadramento de uma empresa no Simples Nacional não a exclui de ser submetida a todos os procedimentos de fiscalização determinados na norma de regência para averiguação, ou mesmo homologação, dos lançamentos realizados e apresentados ao fisco estadual, uma vez que tal auditoria encontra-se expressamente determinada no art. 34 da LC nº 123/06, que assim estabelece:

Art. 34. Aplicam-se à microempresa e às empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional.

Vale lembrar, que embora requeira crédito fiscal e aplicação da proporcionalidade para apuração do *quantum* devido, o próprio contribuinte frisa não ter realizado qualquer compra ou venda de mercadorias, e por isso, nada informou à SEFAZ no período autuado. Sendo assim, ainda que tivesse direito a créditos fiscais, a fiscalização estaria sem a base de dados para concedê-lo.

O defensor disse ainda, que pelo enquadramento legal, percebe erro na situação fática indicada pela Autuante, pois entende, que o referido dispositivo se aplica apenas a contribuinte de ICMS, condição essa, que não mais desfrutava, desde 2008, considerando o cancelamento de seu cadastro junto à SEFAZ.

Sobre esta alegação, importante lembrar o conceito de contribuinte, exposto no art. 5º da Lei nº 7014/1996, que reproduzo, para melhor entendimento:

Art. 5º. Contribuinte do ICMS é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Da leitura do dispositivo retomencionado, dúvidas não há, de que o Autuado, ao realizar no período fiscalizado uma movimentação de mais de R\$3.000.000,00, conforme documentos

constantes deste PAF, ao contrário do alegado, é sim, contribuinte do ICMS.

Registro, que o artigo 123 do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143 do mesmo regulamento.

Considerando que não foram trazidos aos autos elementos consistentes, a provar que os valores apontados pela fiscalização em levantamento fiscal são indevidos, entendo que a infração está materialmente caracterizada.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o auto de infração nº **207668.0024/20-5**, lavrado contra **MERCADINHO E LANCHONETE MILK MARLEY LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$669.800,84**, acrescido da multa de 100%, prevista no artigo 42, inciso III, do art. 44 da Lei 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 02 de junho de 2021.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR