

**A. I. N °** - 178891.5016/06-4  
**AUTUADO** - COMERCIAL DE ALIMENTOS GOES LTDA.  
**AUTUANTE** - NELSON LIMA GARCEZ MONTENEGRO  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 02.04.2007

#### 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACORDÃO JJF N° 0084-01/07

**EMENTA.** ICMS. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. 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. Comprovada que a totalidade das mercadorias comercializadas está enquadrada no regime de substituição tributária ou são isentas, o que leva à inadequação do método de auditoria realizada. Insubsistência da infração quanto à obrigação principal. Comprovado o cometimento de infração à obrigação acessória vinculada à imputação, cabendo a aplicação da multa prevista no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96. Rejeitada a preliminar argüida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/09/2006, atribui ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS decorrente de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior àquele fornecido por instituições financeiras e administradoras dos respectivos cartões, nos meses de janeiro a junho de 2006, exigindo imposto no valor de R\$7.159,65, acrescido da multa de 70%.

O sujeito passivo apresentou impugnação às fls. 24 a 29, argüindo a nulidade do Auto de Infração, devido ao fato da entrega dos demonstrativos/planilhas ter se efetivado através de mídia magnética (disquete), o que, a seu ver, se constitui em descumprimento do devido processo legal, por cerceamento de defesa, considerando que, no caso, caberá ao autuado produzir provas contra ele próprio, se eventualmente a acusação fiscal vier a se configurar.

No mérito, afiançou que a presunção da fiscalização concernente à omissão de saídas de mercadorias não procede, considerando que jamais omitiu qualquer saída de mercadorias, alegando que eventualmente poderia ter ocorrido de vendas a crédito terem sido registradas como operações de venda a vista, o que pode ser confirmado pela análise a ser realizada por um fiscal estranho ao feito, através da verificação dos cupons fiscais.

Assegurou que apesar da fiscalização estar respaldada em presunção, em nenhum momento ficou caracterizada a existência de má-fé ou o intuito de sonegar do contribuinte, haja vista que os resultados apurados decorreram tão somente de um equívoco nos registros da operação TEF, o que não deve conduzir à mudança de sua faixa de recolhimento, pelo seu enquadramento no SimBahia, o que implicará, no mínimo, no refazimento dos cálculos, com a aplicação da alíquota de 3,5%, de acordo com seu enquadramento como empresa de pequeno porte.

Esclareceu que não opera com mercadorias tributáveis, porém, exclusivamente com produtos com fase de tributação encerrada, já que sua atividade é o comércio de carnes (açougue ou boutique de carnes), mercadorias que sempre adquiriu no mercado interno e que já teriam sua fase de tributação encerrada. Para fazer prova do alegado, anexou cópias reprográficas de notas fiscais de entrada (fls. 30 a 169), relativas às mercadorias adquiridas no período.

Salientou que o CONSEF já tem se pronunciado sobre o assunto, transcrevendo a propósito as ementas concernentes aos Acórdãos CJF 0291/00, JJF 0396/00 e JJF 1288/99, que tratam de imposições fiscais correlacionadas com produtos enquadrados na substituição tributária, quando, por esse motivo, foi desconsiderada a figura da presunção de omissão de saídas, considerando que as mercadorias já haviam tido a tributação encerrada em relação às operações subsequentes.

Pugnou pela nulidade da imputação e, de forma acautelatória, que seja convertida em multa formal pelo descumprimento de obrigação acessória.

Requeru a nulidade do Auto de Infração, conforme argüição preliminar ou a sua improcedência, por contradizer os elementos probatórios suscitados, o que prejudica inquestionavelmente a aplicabilidade dos dispositivos legais utilizados na fixação da base de cálculo, gerando um levantamento fictício e sem sustentação, por não estar amparado na lei, acarretando um irreversível prejuízo para o autuado.

Pleiteou, ainda, o direito de provar tudo quanto alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive através de laudos periciais, revisões fiscais, documentos ou testemunhas, na forma da lei.

O autuante informou à fl. 172 que *“constatou que o contribuinte não acrescenta dados inéditos ao PAF e limita-se a questionar a legalidade da autuação, no que não concorda este autuante com o mesmo, dado que considera a autuação plenamente pertinente.”*

Considerando que o Processo Administrativo Fiscal é regido pelos princípios do contraditório e da verdade material, devendo se fazer acompanhar das provas necessárias à demonstração dos fatos argüidos, para que não se configure em cerceamento ao direito de defesa do autuado; considerando as alegações do sujeito passivo de que desenvolve exclusivamente o comércio de mercadorias que já tiveram sua fase de tributação encerrada, tendo, inclusive, juntado aos autos grande quantidade de notas fiscais de aquisição.

Esta 1ª JJF, em pauta suplementar (fl. 177), deliberou que o processo fosse encaminhado à ASTEC - Assessoria Técnica do CONSEF, para que diligente revisor procedesse *in loco*, com base na documentação fiscal acostada ao PAF, bem como nos livros e documentos fiscais apresentados pelo contribuinte, relativos ao período alcançado pela autuação, ao exame necessário a apurar se as argüições defensivas tinham pertinência. Deveria ser apresentada a distribuição percentual correspondente às operações isentas, às sujeitas à antecipação tributária e àquelas tributadas normalmente, se fosse o caso.

Em seguida, a Repartição Fiscal deveria entregar ao autuado, através de recibo específico, cópias reprográficas do parecer elaborado pelo revisor. Naquela oportunidade, deveria ser informado ao sujeito passivo quanto à concessão do prazo de 10 (dez) dias, para, querendo, se manifestar nos autos. Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência ao autuante.

Em atendimento à solicitação supra, a diligente emitiu o Parecer ASTEC nº 230/2006 (fls. 178/179), quando informou que após análise dos documentos fiscais apresentados, constatou que no período fiscalizado, de janeiro a junho de 2006, o autuado apresentou todas as saídas como “outras”, conforme se verifica nas cópias reprográficas do livro Registro de Saídas às fls. 180 a 188, de acordo com demonstrativo que elaborou, no qual relacionou os totais das saídas tributadas, que foram zeradas, e das saídas isentas ou não tributadas, que representaram um valor

total de R\$ 171.983,32, constituindo-se em 100% das saídas praticadas pelo sujeito passivo no período alcançado pelo levantamento.

Concluiu, afirmando que à luz dos documentos apresentados ficou constatado que todas as vendas efetuadas pelo autuado no período de janeiro a junho de 2006, corresponderam a vendas de mercadorias isentas ou com imposto recolhido pelo regime de substituição tributária.

Às fls. 205/206, consta intimação dando ciência ao sujeito passivo, via AR - Aviso de Recebimento, quanto ao teor do Parecer da ASTEC, não constando nos autos que ele tenha se manifestado a respeito do resultado. Foi dada ciência, também, ao autuante.

## VOTO

Na presente ação fiscal foi exigido ICMS por omissão de saída de mercadorias, apurada mediante levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e débito em valor inferior ao fornecido pelas administradoras de cartões de crédito e instituições financeiras.

O autuado suscitou preliminar de nulidade do Auto de Infração, sob a alegação de que a entrega dos demonstrativos e planilhas elaborados pela fiscalização através de meio magnético, implicaria em cerceamento do seu direito de defesa. Saliento que o lançamento contém os elementos suficientes para a determinação da infração e do infrator, tendo a descrição dos fatos sido efetuada de forma clara, ficando evidente o enquadramento legal da irregularidade apurada. Ademais, pela leitura da peça defensiva, verifico que o autuado entendeu perfeitamente a infração que lhe foi imputada. Assim, concluo que o PAF está revestido das formalidades legais, haja vista que estão determinados o autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, não estando presentes os motivos ensejadores de sua nulidade, elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

Saliento que tendo em vista as alegações do sujeito passivo de que desenvolvia sua atividade apenas com mercadorias com fase de tributação encerrada, a 1ª JJF converteu o PAF em diligência, para que revisor da ASTEC/CONSEF verificasse *in loco* e com base na documentação fiscal acostada ao PAF, bem como nos livros e documentos fiscais apresentados pelo contribuinte, ao exame necessário a apurar as arguições defensivas. Observo que o resultado do levantamento apontou que no período alcançado pelo autuação, as saídas de mercadorias isentas ou não tributadas, representaram 100% das saídas praticadas pelo sujeito passivo.

Verifico, ademais, que as cópias reprográficas das notas fiscais de entrada acostadas aos autos, se referem a aquisições do mercado interno e as mercadorias em sua quase totalidade ou são isentas nas saídas internas (pescados) ou estão enquadradas na substituição tributária (refrigerantes e produtos derivados do abate de aves e de gado bovino e suíno), de acordo com os dispositivos do RICMS/97, que transcrevo em seguida:

*“Art. 14. São isentas do ICMS as operações com hortaliças, frutas, animais, produtos agropecuários e produtos extrativos animais e vegetais:*

*XIII - de 01/10/91 até 30/04/99, nas saídas internas de pescados, exceto em se tratando de (Convs. ICMS 60/91, 148/92, 121/95 e 23/98):”*

*“Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:*

*II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:*

3.2 - refrigerantes - NCM 2202;

9 - produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino, e suíno, em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados, exceto charque - NCM 0201, 0202, 0203, 0206, 0207, 0209.00 e 0210 (Lei nº 7.753/00);”

Deste modo, restou comprovado que o estabelecimento autuado comercializa, na sua quase totalidade, com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, sujeitas à antecipação do imposto com a fase de tributação encerrada, ou com produtos beneficiados por isenção, motivo pelo qual considero inadequado o método de auditoria empregado, haja vista que a diferença apurada pela fiscalização conduziu à presunção de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis, sendo que nesta situação específica, o imposto já havia sido pago quando da sua aquisição ou, conforme o caso, se tratava de produtos isentos do ICMS.

Como, entretanto, ficou comprovada a falta de emissão de documentos fiscais relativos à saída de mercadorias cujo imposto foi pago por antecipação, fato admitido pelo contribuinte, deve ser aplicada a multa de R\$ 50,00, por descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 42, inciso XXII, da Lei nº 7.014/96.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **178891.5016/06-4**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS GOES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 50,00**, prevista no art. 42, inciso XXII, da Lei nº 7014/96, com a redação dada pela nº Lei 9.430/05, considerando os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de março de 2007.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – JULGADOR