

**PROCESSO** - A. I. Nº 232953.0068/06-9  
**RECORRENTE** - CAMPOBELLO COMÉRCIO DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4º JJF nº 0154-04/07  
**ORIGEM** - INFAS VAREJO  
**INTERNET** - 22/07/2008

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0231-11/08

**EMENTA:** ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. 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 tributáveis sem pagamento do imposto devido. Foram refeitos os cálculos mediante diligência fiscal, com a exclusão de valores anteriormente exigidos referentes às mercadorias isentas. Modificada a Decisão recorrida. Infração parcialmente caracterizada. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário à Decisão relativa ao Auto de Infração em tela, lavrado em 25/09/2006, o qual exige o ICMS no valor total de R\$31.353,65, acrescido da multa de 70%, em virtude da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas 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.

A ilustre JJF tendo em vista a suficiência dos elementos constantes do processo, os entende aptos para formar a convicção, conforme disposto no art. 147, I, “a” do RPAF/99. Destaca que, além dos 30 dias para a apresentação da defesa, foram concedidos outros 30 dias após a entrega dos relatórios TEFs diários, não tendo o autuado anexado os documentos que mencionou possuir, exaurindo a possibilidade de, conforme artigo 123 do RPAF/99, impugnar por escrito o lançamento tributário acompanhado das provas que tiver.

Comentam a alegação do autuado, de que 70% de suas mercadorias comercializadas são isentas e o agente fiscal não segregou estas referidas mercadorias. Opinam que o referido argumento não pode ser acatado, pois que a presunção legal prevista no inciso IV ao § 3º do art. 2º do RICMS/97-BA estatui que, havendo divergência entre os valores lançados no ECF em comparação com os informados pelas administradoras de cartão de crédito e de débito, a mesma decorre de vendas de mercadorias tributáveis sem a emissão dos respectivos documentos fiscais.

Aduzem que somente nos casos em que restem comprovadas, serem as saídas constituídas exclusivamente, ou de forma preponderante (acima de 90%) por mercadorias isentas e/ou não tributadas é que estará afastada a mencionada presunção de vendas de mercadorias tributáveis. E que este tem sido o entendimento manifestado em reiteradas decisões emanadas da Segunda Instância do CONSEF a exemplo dos Acórdãos nº 0139-02/02 (Câmara Superior); nº 2170-12/01 (2ºCJF); e nº 0279-11/03 (1ºCJF).

Recusam também o argumento da emissão de diversas outras notas fiscais, em substituição ao cupom fiscal, pois, o artigo 238, § 2º, do RICMS/97 prevê que o contribuinte só pode emitir Nota

Fiscal de Venda a Consumidor Final, em substituição ao Cupom Fiscal, quando o equipamento estiver paralisado em decorrência de sinistro ou por motivos técnicos, e, nesses casos, deve o autuado proceder conforme determina o artigo 293, § 2º, do RICMS/97, a fim de documentar o fato.

Em relação à alegação de que o operador vem lançando no campo equivocado as vendas como dinheiro, em prejuízo aos lançamentos como cartão de crédito, entendem os srs. Julgadores ser esta uma questão administrativa da empresa, dentro da qual que deveria orientar seus funcionários a procederem de forma correta.

Ao julgarem pela Procedência do Auto de Infração em comento, transcrevem o § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, o qual caracteriza esta infração.

O Recurso Voluntário apresentado às fls. 37 a 45 dos autos, por representante da empresa autuada versa nas preliminares acerca da legalidade do ato público, para a qual o agente público deve observar fielmente todos os requisitos e minúcias previstos em Lei. Destaca a previsão normativa do pedido de diligência, consoante art. 145 do RPAF/99 que estabelece o direito à realização da mesma para melhor configuração e compreensão dos fatos presumidos e alegados pelas partes. E que não concedendo a realização de diligência, o julgador de primeira instância afrontou as normas mencionadas, gerando em decorrência cerceamento ao direito de defesa.

Aduz mais que a autuação sequer permitiu-se analisar as notas fiscais de entradas de mercadorias, assim como o Registro de Inventários ou mesmo a verificação in-loco dos estoques.

Informa juntar aos autos documentos comprobatórios das operações mercantis, das quais mais de 90% trata-se de mercadorias beneficiadas pela isenção do ICMS prevista no art. 20, incisos I, III, e XI do RICMS/BA.

Requer em sede de pedido, que o caráter de arbitrariedade seja removido frente às provas materiais apresentadas e disponibilizadas, não diligenciadas, e que o Recurso Voluntário apresentado seja conhecido e provido, julgando-se pela improcedência da decisão recorrida.

O Parecer emanado da PGE/PROFIS, através ilustre procuradora Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, destaca que as razões recursais versam exclusivamente acerca do pedido da diligência formulada, mas desacompanhadas de elementos quaisquer capazes a sustentar seu deferimento. Opina a ilustre procuradora que as razões trazidas em grau de Recurso Voluntário não apresentam capacidade a elidir a presente acusação, pautada que está na mais absoluta regularidade, entendendo que o julgamento de Primeira Instância apreciou todas as questões ventiladas nos autos do presente processo.

No enfrentamento das alusões vindas no PAF, esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF solicitou Diligência à ASTEC no sentido de apurar efetivamente através a documentação contida no período da autuação, levantando e correlacionando os percentuais de mercadorias isentas, das não-tributadas, e das que foram objeto de redução de imposto, com a totalidade das saídas do estabelecimento no exercício fiscalizado, cotejando a somatória desses totais individuais que receberam qualquer forma de benefício fiscal com a totalidade das saídas no mesmo período; para o caso de interferência na correção do lançamento de ofício, elaborar planilha demonstrando o real débito tributário, oriundo da aplicação dos respectivos índices percentuais às acusadas omissões de vendas pelas não emissões de cupons fiscais.

A Diligência realizada sob nº 005/2008 (fls. 57 e 58) informa ter o autuado atendido ao quanto solicitado, apresentando os dados constantes da intimação, quanto às mercadorias que receberam alguma forma de benefício fiscal, conforme fl. 189 dos autos.

Informa que os dados constantes das fls. 60 a 188 do PAF foram conferidos e confrontados com as notas fiscais de entradas apresentadas.

E que de conformidade ao que foi possível apurar, dado que saídas por notas fiscais não tinham destaque do imposto (isentas) e as saídas por cupom fiscal do ECF não indicavam na Redução Z as saídas por modalidade de tributação, elabora Planilha às fl. 58 demonstrando as proporções

mensais das mercadorias isentas, e a exclusão correspondente a R\$16.112,33, o que reduz o valor do Auto de Infração em testilha para R\$15.241,32.

Em novo pronunciamento a ilustre procuradora da PGE/PROFIS, observa a diligência solicitada ter logrado comprovar que efetivamente parte das saídas do sujeito passivo referiam-se a mercadorias isentas, e que o recorrente não impugnou o seu resultado, tendo ao revés parcelado o valor do débito consoante valores apontados pela diligente fiscal.

Assim, modifica opinativo anterior, para redução do débito consoante Demonstrativo às fl. 58 dos autos, e emite Parecer pelo conhecimento e Provimento Parcial do Recurso Voluntário interposto.

Despacho efetuado pelo ilustre Procurador Assistente da PGE/PROFIS Dr. José Augusto Martins Júnior, concorda em todos os termos com o opinativo da ilustre procuradora tendo em vista a correta aplicação da proporcionalidade na mensuração da presunção de omissão de saídas.

O recorrente, ciente do débito levantado pela diligência realizada pela ASTEC nº 005/2008, procedeu ao parcelamento do mesmo, consoante o extrato apensado às fls. 197 dos autos.

## VOTO

Ao início, conforme protocolo anexo à fl. 24 do processo, o autuado declara que recebeu do autuante uma cópia do arquivo TEF em CD-ROM, onde consta demonstrativo dos valores informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito referente ao período de 01/01/2006 a 30/06/2006 e o relatório diário, operação por operação, sendo-lhe concedido prazo de 30 dias para se manifestar, entretanto, não se pronunciou.

O inicial argumento de que sua comercialização compreendia parte significativa de mercadorias isentas foi desconsiderado, consoante expresso na Decisão de primeira instância, a qual especificou que somente em situações que restarem comprovadas saídas acima de 90%, constituídas por mercadorias isentas e/ou não tributáveis é que estaria afastada a mencionada presunção de vendas de mercadorias tributáveis. Assim, teria sido o entendimento manifestado em reiteradas decisões emanadas da Segunda Instância do CONSEF a exemplo dos Acórdãos nº 0139-02/02 (Câmara Superior); nº 2170-12/01 (2<sup>a</sup>CJF); e nº 0279-11/03 (1<sup>a</sup>CJF).

Para firmar meu entendimento acerca das premissas da defesa, e dando azo ao recente avanço neste CONSEF quanto à matéria da proporcionalidade, reiteradas em sede de Recurso Voluntário, no qual o recorrente narrava que suas mercadorias vendidas isentas ou não tributáveis, superavam a 90% das operações totais, solicitei Diligência Fiscal com o intuito de efetiva apuração da verdade material.

Aludida Diligência nº 005/2008 apensa às fls. 57 e 58, a partir de comparativos tendo por base documentos já dispostos nos autos, mais notas fiscais de entradas obtidas através intimação ao recorrente, logrou elaborar planilha demonstrativa dos ajustes efetuados sobre os valores da acusação original, ocorrências de 31/01/2006 a 30/06/2006 as quais foram reduzidas em sua somatória para R\$15.241,32, sobre os quais o recorrente não se manifestou, tendo procedido a parcelamento e assim entendo ter anuído a esse débito.

Consoante o disposto no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, “*o fato de a escrituração indicar saldo credor de Caixa, suprimentos a 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*”.

Assim, restando caracterizada parcialmente a infração, o meu voto é pela redução do valor da autuação originalmente lançado, finalizando em R\$15.241,32.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado, devendo ser homologado os valores efetivamente pagos.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232953.0068/06-9, lavrado contra **CAMPOBELLO COMÉRCIO DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.241,32**, acrescido da multa de 70%, prevista no arts. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de julho de 2008.

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS