

**A. I. N°** - 207108.0001/08-4  
**AUTUADO** - COMERCIAL DE BEBIDAS E CEREAIS SÃO JORGE LTDA.  
**AUTUANTE** - JORGE ANTÔNIO OLIVEIRA SOUZA  
**ORIGEM** - INFAZ JUAZEIRO  
**INTERNET** - 01.04.2009

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF N° 0049-02/09**

**EMENTA:** ICMS. 1. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. A descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. A imputação refere-se à antecipação parcial, ao passo que a matéria fática diz respeito à antecipação por substituição tributária. A autuação foi feita de modo equivocado. Por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Infração nula. 2. INADEQUAÇÃO DO ROTEIRO DE FISCALIZAÇÃO ADOADO. Saldo credor de caixa autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. Neste caso, contudo, impõe-se a nulidade do lançamento, por inadequação do roteiro de fiscalização adotado, haja vista que todas as operações efetuadas pelo estabelecimento dizem respeito a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Infração nula. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração foi lavrado em 31/03/2008 para exigir o ICMS no valor de R\$14.792,85, sob a acusação do cometimento das seguintes infrações:

Infração 01. Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, no valor de R\$3.383,79, acrescido de multa de 60%.

Infração 02. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa, no valor de R\$11.409,06, acrescido da multa de 70%.

O autuado apresenta sua defesa às fls. 49 a 53, alega que, o autuante não trouxe aos autos as notas fiscais elencadas no demonstrativo da infração, fl. 09. (juntou na informação fiscal, mas são primeiras vias, e o contribuinte tinha conhecimento, fls. 62 a 69).

Aduz que em relação à infração 01, a falta de recolhimento por antecipação, de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação, são apenas relativamente comprovadas, admitindo-se provas em contrário, as ausências de notas fiscais de entradas e comprovante de pagamento do imposto ou o devido registro no conjunto das escritas fiscais e contábeis. Transcreve a ementa do Acórdão JJF n° 0083-01/02, que fala da antecipação tributária por substituição.

Salienta que a listagem emitida pelo CFAMT serve apenas de elementos para verificação dos registros fiscais do contribuinte, devendo o autuante apresentar as vias das notas fiscais colhidas no trânsito.

Reproduz escrito da professora Suzy Gomes Hoffmann, sobre teoria da prova no direito tributário. Diz que deve ser excluído do demonstrativo juntado pelo autuante, as notas fiscais de entradas que não se encontram comprovadas nos autos e declara não ter adquirido as mercadorias.

No que diz respeito à infração 02, argumenta que contesta integralmente o procedimento fiscal, por ter sido fundamentado em presunção de omissão de saídas que não foi comprovada. Diz que o atuante não considerou as notas fiscais, e que não ficou comprovada a existência de compras a prazo, nem comprovação de aumento ou integralização de capital. Alega que a autuação foi baseada em suposição e por se originar de documentação incompetente deve ser julgado nulo. Cita o CTN, a CF e o art. 18 do RPAF para defender a sua tese.

Conclui pedindo que seja declarada a nulidade da infração ou a improcedência total do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal, fls. 60 e 61, diz que em nenhum momento juntou listagem do CFAMT. Alega que anexou cópias de primeiras vias de todas as notas fiscais cobradas, referentes a bebidas quentes.

Pede que seja retificado o número da nota fiscal 3028, fl. 63, digitado com o nº3828. Afirma que as notas fiscais são procedentes.

Solicita que sejam excluídos da infração 02, os valores de R\$74,03, R\$394,70, R\$2.357,29 e R\$557,77, lançados por engano, visto que referidos valores já havia sido lançados na infração 01. Aduz que com a retificação o montante da infração 01 é de R\$3.383,79 e o da infração 02 é de R\$8.025,27, totalizando o Auto de Infração a importância de R\$11.409,06. Complementa dizendo que os dados lançados na conta caixa foram fundamentados em documentos fornecidos pelo autuado, após intimação.

Observa que, embora não tenha sido citado na defesa, chama a atenção para a Instrução Normativa nº 56/2007, que dispõe sobre a cobrança do imposto na proporcionalidade de mercadorias tributáveis e não tributáveis. Profere que o valor cobrado em relação à infração 02 teria que ser revisto e cobrada a proporcionalidade, para tanto anexa cópias do livro de apuração do ICMS, para que mo Conselho possa opinar.

O processo foi convertido em diligência, porque na Infração 01 não ficou claro se tratar efetivamente de antecipação parcial ou antecipação total (substituição tributária). Pelo enquadramento transcrito, dá a entender tratar-se de antecipação parcial, entretanto, examinando as peças que compõem o PAF, especificamente os efeitos da planilha resumo colacionada às fls.9 e as notas fiscais-las vias, de aquisições de bebidas alcoólicas, fls. 100 a 107, depreende-se tratar-se de mercadorias enquadradas, à época, no regime de substituição tributária, passível de se processar a substituição por antecipação total do imposto.

Já na infração 02 consigna omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa. Ao serem analisando os “Demonstrativos de Caixa” analíticos, às fls. 11 a 85, na coluna “fornecedor”, foi percebido que constam descrições de marcas de produtos, a exemplo de “coca-cola” e “schincariol”, que dão a entender referir-se a aquisições de refrigerantes e cervejas, sujeitos à substituição tributária, que no caso de omissão por presunção legal recebem tratamentos normativos especiais. O autuante não atentou para as regras determinantes da IN 56/2007, que diz que quando apuradas omissões de saídas presumidas, dentre elas, saldo credor de caixa, devem ser excluídas ditas mercadorias do cálculo do ICMS devido, na proporção de sua participação na omissão correspondente.

Diante o exposto, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar, deliberou que o processo fosse encaminhado à INFAZ de origem, para que, em relação à Infração 01 o autuante elaborasse demonstrativo determinando de forma clara e específica, valor da mercadoria, percentual de MVA utilizado e o seu valor, o cálculo do imposto, os valores dos créditos fiscais

corretamente destacados nas notas fiscais a serem compensados com o imposto devido, indicando nos períodos correspondentes os valores a serem exigidos no Auto de Infração.

Foi solicitado ainda, considerando que a mercadoria “vodka russinoff,” constante da nota fiscal nº 254419 foi adquirida no dia 07/11/2005, deve a mesma ser excluída do demonstrativo solicitado, conseqüentemente dos cálculos do imposto, uma vez que com a alteração nº66 do RICMS/97, a partir de 01/10/2005, deixou de fazer parte da relação de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Quanto à infração 02, foi pedido que se intimasse o contribuinte a apresentar relação de documentos fiscais atinentes às mercadorias cujas saídas subseqüentes não haja incidência do imposto, em razão de isenção, não incidência ou substituição tributária. Caso não fosse possível atender o pedido em relação às saídas, que apresentasse tais elementos com base em documentos fiscais de entradas dessas mercadorias.

Foi solicitado também, que, de posse do demonstrativo fornecido pelo sujeito passivo, que se processasse novas planilhas, determinando os percentuais de proporcionalidades de participação das mencionadas mercadorias em relação às omissões de saídas presumíveis apuradas, objeto da autuação, e que a partir dos valores lançados no auto de infração, aplicasse os percentuais de participação das saídas substituídas, isentas e não tributadas e excluísse os seus valores do Auto de Infração e com efeito, apurasse os novos valores do ICMS a ser exigido.

Foi solicitado à Inspetoria Fazendária que fizesse entrega ao autuado das cópias dos demonstrativos elaborados pelo auditor fiscal diligente, mediante recibo a ser juntado aos autos; que reabrisse o prazo de defesa 30 (trinta) dias, para que o autuado pudesse se manifestar, se quisesse; e caso o autuado se manifeste, encaminhasse o processo para ao autuante para que o mesmo produzisse nova informação fiscal.

O autuante presta nova informação fiscal, diz que o texto do Auto de Infração cita equivocadamente Antecipação Parcial, quando a cobrança se refere a Antecipação por substituição tributária. Solicita a retificação com base art.18, §1º DO RPAF/99, e informa que está excluindo a nota fiscal nº254419, referente a vodka.

Frisa que está anexando, em relação à Infração 01, uma nova planilha com todos os cálculos discriminados, observando que o valor a ser cobrado passa a ser de R\$5.287,53, referente às notas fiscais anexas ao processo.

Salienta que quanto à infração 02 anexa cópias do livro Registro de Apuração do ICMS, com entradas e saídas, no período de 01/2003 a 12/2005, atestando que o autuado só trabalha com mercadorias outras, não passível de ser enquadrado na Instrução Normativa 56/2007.

Conclui dizendo que acredita que o valor devido pelo autuado é de R\$5.287,53.

#### **VOTO**

Preliminarmente não acato o pedido de nulidade suscitada pelo contribuinte sob a alegação de que na Infração 02 a autuação foi baseada em suposição e por se originar de documentação incompetente, visto que consoante afirmado pelo próprio contribuinte a autuação se baseou nos registros do ICMS, cujo livro de Apuração do imposto consigna os totais das entradas e das saídas de mercadorias para processar a sua conta corrente fiscal, cujas cópias encontram-se nos autos, fls.70 a 109.

Quanto ao mérito, o Auto de Infração em lide atribuiu ao contribuinte o cometimento de 02 infrações, que passo a apreciá-las.

Com relação à Infração 01, atendendo a diligência solicitada para corrigir as suas omissões por não ter ficado claro se tratar efetivamente de antecipação parcial ou antecipação por substituição tributária, com base nas notas fiscais de bebidas alcoólicas acostadas ao processo, o autuante refez o seu demonstrativo, e apresentou nova a memória de cálculos, onde ficou claro que o valor

exigido diz respeito a antecipação tributária por substituição. No novo demonstrativo o autuante registrou novos valores não consignados na planilha originária que deu suporte à autuação, inclusive elevando o total da infração de R\$3.383,79 para o montante de R\$5.287,53 (fls. 115).

Ressalto que a descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. A imputação refere-se à antecipação parcial, ao passo que a matéria fática diz respeito à antecipação por substituição tributária. A autuação foi feita de modo equivocado. A diligência realizada não sanou as incorreções. Por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Portanto, com base no art.18, inciso II do RPAF/99, considero nula esta infração.

Quanto à Infração 02, foi solicitado na diligência que o autuante intimasse o contribuinte para juntar documentos para se estabelecer a proporcionalidade. Entretanto o próprio autuante que realizou a fiscalização, disse que o sujeito passivo só vende mercadorias Isenta, não tributada e enquadrada no regime de substituição tributária.

Dessa forma o procedimento foi inadequado, visto que, a orientação do item 2, da Instrução Normativa 56/2007, é que no curso da ação fiscal, caso o preposto fiscal verifique que as operações habituais do contribuinte sejam integralmente isentas, não tributáveis e/ou sujeitas à substituição tributária, o autuante deverá abster-se de aplicar esse roteiro de fiscalização.

Destarte, consoante revisão fiscal e com base no livro Registro de Apuração do ICMS que não consta qualquer registro de mercadoria tributável, consignando todos os seus lançamentos em valor contábil e outras, ficou patente a ineficácia do procedimento fiscal. Saldo credor de caixa autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. Neste caso, contudo, impõe-se a nulidade do lançamento, por inadequação do roteiro de fiscalização adotado, haja vista que todas as operações efetuadas pelo estabelecimento dizem respeito a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Infração nula.

Represento a autoridade fazendária da INFAZ de origem, para instaurar novo procedimento fiscal, para que sejam refeitos os lançamentos em outro auto de infração, a salvo de falhas, a teor do disposto no art.156 do RPAF/99.

Diante ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **207108.0001/08-4**, lavrado contra **COMERCIAL DE BEBIDAS E CEREAIS SÃO JORGE LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de março de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR