

**A. I. Nº.** - 110120.0301/07-1  
**AUTUADO** - CMP ALIMENTOS LTDA.  
**AUTUANTE** - VERA MARIA PIRES DA PURIFICAÇÃO  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 25. 08. 2009

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0267-01/09

**EMENTA:** ICMS. 1. 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. NULIDADE DO LANÇAMENTO. A existência de vícios insanáveis no procedimento fiscal, no que se refere à apuração do montante do débito, bem como a falta de apresentação dos elementos necessários ao exercício da ampla defesa, conduzem à decretação, de ofício, da nulidade do lançamento fiscal, com fulcro no artigo 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99. Infração NULA. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME. OMISSÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS. MULTA. Correção de equívoco ocorrido nos cálculos reduz o montante do débito. Infração parcialmente caracterizada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigações acessórias. Multas de 10% e 1% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Ajustes efetivados através de revisão fiscal alteram o montante da multa relativa à infração 03, que fica mantida parcialmente, enquanto que a infração 04 resta integralmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 29/06/2007, foi efetuado o lançamento do crédito tributário correspondente à exigência de ICMS no valor de R\$3.338,60 e de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$10.729,04, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – deixou de recolher o ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento efetuado através de cartão de crédito ou de débito em valor inferior àquele fornecido por instituições financeiras e administradoras dos citados cartões, nos meses de abril a novembro de 2003, sendo exigido o pagamento do imposto no valor de R\$3.338,60, acrescido da multa de 70%;

02 – omitiu entradas de mercadorias no estabelecimento nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DME (declaração do movimento econômico de microempresas e empresas de pequeno porte), em relação aos exercícios de 2003, 2004, 2005 e 2006, sendo sugerida a multa de 5% sobre o valor das mercadorias, que resultou no valor de R\$6.750,80;

03 – deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de dezembro de 2005 e dezembro de 2006, sendo aplicada a multa de 10%, no valor de R\$3.835,46;

04 – deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de dezembro de 2005 e dezembro de 2006, sendo aplicada a multa de 1%, no valor de R\$142,78.

O autuado impugnou o lançamento tributário à fl. 142, salientando em relação à infração 01, que o valor exigido de R\$3.338,60 já foi pago através do processo nº 1172270019048A, conforme cópias reprográficas anexadas às fls. 148/149.

Quanto às infrações 02, 03 e 04, argumenta que as notas fiscais de compra foram todas lançadas em seu livro Registro de Entradas e que efetuara o pagamento do ICMS referente à antecipação tributária correspondente às notas fiscais relativas às aquisições interestaduais. Acrescenta que toda a documentação pertinente se encontra à disposição da fiscalização, para verificação de suas alegações.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 157 a 159, salientando que na infração 01 foi apurada uma omissão de saídas de mercadorias no valor de R\$ 103.440,07, resultante do confronto entre as saídas declaradas mensalmente e as informações constantes do Relatório de Informações TEF Anual, que contém as vendas efetuadas através de cartões de débito/crédito. Esclarece que tendo em vista as alegações defensivas de que efetuara o pagamento do referido débito através do Auto de Infração nº 117227.0019/04-8, realizou uma pesquisa, constatando que a diferença apurada nos meses de abril a julho de 2003 realmente tinha sido objeto da autuação anterior.

Observa que naquela autuação a exigência correspondente aos mencionados meses foi sempre em valores superiores àqueles consignados no presente lançamento, explicando que essa situação decorreu do fato de ter apurado o imposto com base nos percentuais correspondentes ao enquadramento do contribuinte naquele período como empresa de pequeno porte, enquanto que na referida autuação o cálculo foi feito considerando a alíquota de 17%, com a concessão do crédito presumido de 8%.

Dessa forma, entende que a infração 01 deve ser reduzida para o montante de R\$ 1.752,96, valores referentes aos meses de agosto a novembro de 2003, tendo em vista que os débitos relativos aos demais meses já haviam sido autuados.

Ao tratar a respeito das infrações 02, 03 e 04, argúi que apesar de o impugnante ter alegado que todas as notas fiscais arroladas na autuação tinham sido escrituradas no livro Registro de Entradas, as notas fiscais de compras apontadas nos demonstrativos de fls. 09, 10, 40, 41, 78, 79, 109 e 110 não foram escrituradas nem declaradas nas DMES de 2003, 2004 e 2005. Ressalta que a despeito de o contribuinte nos exercícios de 2003, de 2004 e de 2005 até o mês de abril, estar enquadrado no Regime do SimBahia, o que o desobrigava de escriturar livros, continuou escriturando-os. Assim, mantém as referidas infrações.

Sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente, com a redução do montante do débito de R\$ 14.067,64 para R\$ 12.482,00.

Considerando que em relação à infração 01 não consta dos autos a comprovação de que o sujeito passivo tivesse recebido cópia dos Relatórios de Operações TEF, contendo as informações individualizadas, relativas às operações informadas pelas administradoras de cartões de crédito e de débito e instituições financeiras, nem constam a Planilha Comparativa de Vendas por meio de Cartão de Crédito/Débito, a Planilha das Reduções Z, nem as informações correspondentes às notas fiscais emitidas correlacionadas com as vendas realizadas através dos referidos cartões;

considerando que na apuração do imposto, no caso da mencionada infração, devem ser seguidos os mesmos critérios estabelecidos para os contribuintes inscritos no regime normal, conforme previsão

do artigo 408-S do RICMS/97, devendo ser aplicada a alíquota de 17%, com a concessão do crédito presumido calculado à alíquota 8% sobre a receita omitida, nos termos do § 1º do mesmo artigo, alterado pelo Decreto nº 8.413/02;

considerando inexistir nos autos a comprovação de que o sujeito passivo tivesse recebido cópias dos demonstrativos elaborados pela autuante, assim como das notas fiscais coletadas através do Sistema CFAMT e tendo em vista que alguns desses documentos não se encontram acostados ao PAF, a exemplo das Notas Fiscais de nºs 78.219, 38.071 e 6.706;

considerando que no período alcançado pela autuação o contribuinte esteve enquadrado alternadamente na condição de empresa de pequeno porte e no regime normal de apuração do imposto: esta 1ª JJF, em pauta suplementar, deliberou pelo envio do processo à INFAZ Varejo (fls. 165/166), para que a autuante adotasse as seguintes providências:

- 1) anexasse aos autos cópia do Relatório de Operações TEF contendo as informações individualizadas, concernentes às operações informadas pelas administradoras de cartões de crédito e de débito e instituições financeiras, a Planilha Comparativa de Vendas por meio de Cartão de Crédito/Débito, a Planilha das Reduções Z e a planilha contendo as informações relativas às notas fiscais relacionadas com as vendas realizadas através dos referidos cartões, elaborando, se fosse o caso, novo demonstrativo de débito;
- 2) anexasse ao PAF as vias das notas fiscais colhidas através do CFAMT que não foram juntadas aos autos durante a ação fiscal, excluindo do lançamento aquelas não localizadas;
- 3) elaborasse novos demonstrativos referentes às infrações 02, 03 e 04, devendo ser mantidas em cada período de apuração tão somente as notas fiscais pertinentes à obrigatoriedade do sujeito passivo vinculada ao seu enquadramento, isto é, no caso da infração 02 deveriam ser excluídas as notas fiscais referentes aos meses nos quais o contribuinte se encontrava na condição de normal, enquanto que em relação às infrações 03 e 04 deveriam ser excluídas as notas fiscais atinentes aos meses em que o autuado se encontrava cadastrado no Regime do SimBahia.

Em seguida, a Repartição Fazendária deveria entregar ao autuado cópias reprográficas dos papéis de trabalho constantes das fls. 07, 09, 10, 40, 41, 78, 79, 109 e 110, assim como dos Relatórios de Informações TEF Operações contendo todas as suas operações individualizadas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito/débito referentes ao exercício de 2003, das notas fiscais do CFAMT utilizadas no levantamento fiscal, dos novos demonstrativos elaborados e da solicitação de diligência. Naquela oportunidade deveria ser informado ao sujeito passivo quanto à reabertura do prazo de defesa em 30 (trinta) dias, para, querendo, se manifestar nos autos.

Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência à autuante, para que elaborasse informação fiscal.

Atendendo ao pedido de diligência, às fls. 168/169 a autuante prestou as seguintes informações:

- 1) tendo em vista que o sujeito passivo não conseguiu localizar as reduções Z do exercício de 2003, assim como parte das notas fiscais série D-1, optara pela cobrança da diferença entre os valores das vendas declaradas pelo contribuinte na planilha do ICMS de empresa de pequeno porte comparada com o relatório do TEF, conforme demonstrativo que anexou à fl. 170, revisado de acordo com os esclarecimentos prestados na informação fiscal.

Observa que o imposto foi calculado de acordo com o art. 408-S do RICMS/97 em vigor. Salienta que quando da autuação considerara a alíquota relativa à empresa de pequeno porte, uma vez que a diferença de vendas não declaradas somada àquelas declaradas pelo contribuinte não ultrapassava a faixa limite de empresa de pequeno porte;

- 2) como as notas fiscais não anexadas ao processo não foram localizadas quando da solicitação ao CFAMT, as excluiu dos novos demonstrativos;

3) anexou às fls. 171 a 181 os demonstrativos solicitados, com a exclusão das notas fiscais não localizadas.

Após tais ajustes, as infrações passaram a ter a seguinte conformação:

- infração 01, de acordo com o demonstrativo de fl. 170:

OCORRÊNCIA	ICMS A COBRAR
31/08/2003	523,71
30/09/2003	387,89
31/10/2003	651,67
30/11/2003	189,69

- infração 02, de acordo com os demonstrativos de fls. 171 a 176 e 181:

OCORRÊNCIA	ICMS A COBRAR
28/02/2004	1.392,16
28/02/2005	2.142,11
28/02/2006	778,19
31/12/2006	1.529,90

- infração 03, de acordo com os demonstrativos de fls. 177 e 179:

OCORRÊNCIA	ICMS A COBRAR
31/12/2005	1.446,04
31/12/2006	732,42

- infração 04, de acordo com o demonstrativo de fl. 178 e 180:

OCORRÊNCIA	ICMS A COBRAR
31/12/2005	102,68
31/12/2006	40,10

Conforme Termo de Intimação e Aviso de Recebimento (fls. 184/185), o autuado foi cientificado quanto ao resultado da diligência, quando recebeu todos os elementos acostados ao processo, porém não consta que tivesse se manifestado a respeito.

#### VOTO

Observo que foram imputadas ao sujeito passivo quatro irregularidades, tendo sido impugnados todos os lançamentos. A primeira infração decorreu da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos efetuados por meio de cartão de crédito e de débito em valores inferiores àqueles fornecidos por instituições financeiras e administradoras dos referidos cartões.

Observo, entretanto, que em referência a essa infração, o lançamento contém falhas formais, que não foram sanadas, apesar de a 1ª JJF ter convertido o processo em diligência nesse sentido, razão pela qual não adentrarei no mérito da imputação atribuída ao sujeito passivo. Ocorre que tendo em vista que o contribuinte no período em referência se encontrava enquadrado como optante do regime do SimBahia, na apuração do imposto, no caso da mencionada infração, deveriam ter sido seguidos os mesmos critérios estabelecidos para os contribuintes inscritos no regime normal de apuração, conforme previsão do artigo 408-S do RICMS/97, devendo ser aplicada a alíquota de 17%, com a concessão do crédito presumido calculado à alíquota 8% sobre a receita omitida, nos termos

do § 1º do mesmo artigo, alterado pelo Decreto nº 8.413/02. De forma diversa, no levantamento fiscal os valores dos débitos foram apurados de acordo com os percentuais correspondentes ao enquadramento do contribuinte como empresa de pequeno porte.

Considerando que esse método de apuração implica em prejuízo à Fazenda Estadual, uma vez que os valores apontados na autuação não representam aqueles efetivamente devidos pelo contribuinte e tendo em vista que o crédito tributário é indisponível, a autuação não pode prosperar, por inobservância do devido processo legal.

Vale aqui registrar que, além disso, no pedido de diligência fora estabelecido que fossem anexados aos autos e entregues ao impugnante as cópias dos Relatórios de Operações TEF, contendo as informações individualizadas, relativas às operações informadas pelas administradoras de cartões de crédito e de débito e instituições financeiras, assim como a Planilha Comparativa de Vendas por meio de Cartão de Crédito e Débito, a Planilha das Reduções Z e as informações correspondentes às notas fiscais emitidas que tivessem correlação com as vendas realizadas através dos referidos cartões. Observo que como tais providências não foram cumpridas na realização da diligência, este fato representa cerceamento do direito de defesa do autuado.

Acrescento que foi trazida ao PAF a comprovação de que através de outro processo, o sujeito passivo já promovera o recolhimento parcial correspondente à presente exigência, o que deve, também, ser analisado objetivando expurgar da cobrança os valores efetivamente recolhidos e quais os débitos corretos a serem exigidos do contribuinte no que se refere a todos os períodos compreendidos pelo Auto de Infração em lide.

Sobressai, no caso em exame, que nos moldes como foi apurada a infração, a mesma foi feita sem observação dos requisitos essenciais previstos no roteiro de Auditoria de Apuração das Operações Realizadas com Cartões de Crédito/Débito, ficando caracterizado que o lançamento foi efetuado em desacordo com as normas que regem a matéria, ou seja, o lançamento não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração.

Deste modo, a falta de clareza na apuração dos valores imponíveis, geram incerteza no que se refere aos montantes dos valores realmente devidos pelo contribuinte. Ademais, a falta de apresentação ao sujeito passivo de elementos essenciais à elaboração de sua impugnação, implicam em ofensa ao direito do contribuinte do exercício de ampla defesa, pela incerteza do que a ele esteja sendo imputado, acarretando a nulidade do Auto de Infração, como bem determina o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99 ao estabelecer:

*“Art. 18. São nulos:*

*IV - o lançamento de ofício:*

*a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;”*

Desta forma, considerando que em se tratando da infração 01, o Auto de Infração apresenta vícios insanáveis, concluo pelo nulidade da referida infração e represento à autoridade competente, nos termos do art. 21 do RPAF/99, no sentido de programar nova ação fiscal junto ao estabelecimento autuado, para exigir o imposto efetivamente devido, a salvo de falhas.

As infrações 02, 03 e 04 tratam respectivamente de omissão de entradas de mercadorias nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DME, assim como da entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, de mercadorias sujeitas à tributação e de mercadorias não tributáveis.

Considerando que no período alcançado pela autuação o contribuinte esteve enquadrado alternadamente na condição de empresa de pequeno porte e no regime normal de apuração do ICMS,

na solicitação de diligência acima mencionada foi requerida a elaboração de novos demonstrativos, quando deveriam ser mantidas em cada período de apuração, tão somente as notas fiscais pertinentes à obrigatoriedade do sujeito passivo vinculada ao seu enquadramento, isto é, em relação à infração 02 deveriam ser excluídas as notas fiscais atinentes aos meses nos quais o contribuinte se encontrava na condição de normal, enquanto que em relação às outras duas infrações deveriam ser excluídas as notas fiscais relativas aos meses em que o autuado se encontrava cadastrado no Regime SimBahia.

Fora estabelecido, também, que fossem excluídas das referidas exigências as notas fiscais colhidas através do CFAMT que não fossem localizadas.

Constato que a autuante, em atendimento dos pedidos contidos no Termo de Diligência, elaborou novos demonstrativos correspondentes a essas três imputações, com os quais concordo totalmente, ficando mantida na íntegra a infração 04 e de forma parcial as infrações 02 e 03, nos valores respectivos de R\$5.842,36 e R\$2.178,46, conforme tabela que apresento em seguida:

OCORRÊNCIA	INFRAÇÃO 02	INFRAÇÃO 03	INFRAÇÃO 04
12/2003	1.392,16		
12/2004	2.142,11		
12/2005	778,19	1.446,04	102,68
12/2006	1.529,90	732,42	40,10
TOTAL	5.842,36	2.178,46	142,78

Consigno que o sujeito passivo tomou ciência da revisão procedida através da diligência e não se pronunciou a respeito, o que considero como uma aceitação tácita desses novos resultados.

Diante do exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração, considerando nula a infração 01, parcialmente caracterizadas as infrações 02 e 03, e totalmente caracterizada a infração 04.

## 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 110120.0301/07-1, lavrado contra **CMP ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas decorrentes do descumprimento de obrigações acessórias, no valor total de **R\$8.163,60**, previstas nos incisos XII-A, IX e XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios estabelecidos na forma da Lei nº 9.837/05. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal em referência à infração 01, a salvo de falhas, a teor do art. 21 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de agosto de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR