

**A. I. N°** - 281105.0088/08-1  
**AUTUADO** - VALDETE PASSOS SAMPAIO DE ANDRADE  
**AUTUANTE** - JALON SANTOS OLIVEIRA  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 15.12.2010

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**  
**ACÓRDÃO JJF N° 0369-02/10**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INADEQUAÇÃO DE ROTEIRO DE FISCALIZAÇÃO. VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO OU DE DÉBITO. DECLARAÇÃO EM VALOR INFERIOR ÀS OPERAÇÕES REALIZADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. A 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. Neste caso, apesar de caracterizada a infração, impõe a nulidade do lançamento, por inadequação do roteiro de fiscalização adotado, em virtude do ramo de atividade do estabelecimento ser comércio varejista de bebidas, cuja totalidade das mercadorias já havia tido o ICMS pago por substituição ou antecipação tributária na operação anterior. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/09/2008, para exigência de ICMS no valor de R\$26.054,03, com base na acusação de omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e de débito através de equipamento Emissor de Cupom Fiscal em valores inferiores aos valores fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, no período de agosto de 2006 a junho de 2007, conforme planilhas e documentos às fls.07 a 23.

Em complemento consta na descrição dos fatos que tal ocorrência levou à presunção de que houve omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Foi informado que com base na Instrução Normativa n° 56/2007, não foi aplicada a proporcionalidade, por falta de elementos legais que amparem a sua concessão, bem como, pelo fato de já ter sido considerado o benefício de oito por cento de crédito presumido, no cálculo do imposto.

O autuado, através de seu representante legal, em sua defesa às fls.27 a 34, impugnou o Auto de Infração com base nas seguintes razões de fato e de direito.

Esclarece que o seu Contrato Social aponta que o estabelecimento atua no ramo de comércio varejista de bebidas, as quais, estão sujeitas ao recolhimento do ICMS por substituição tributária.

Para elidir a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, o defendente alega que as mercadorias objeto da autuação fiscal (cervejas, água mineral, refrigerantes) estão sujeitas ao regime de substituição tributária, tendo transcrito os artigos 353, I e II, 356, 359, do RICMS/97.

Em seguida, comenta sobre os princípios da personalidade e da legalidade para argüir que ao ser aplicada a alíquota de 17% na apuração do imposto, a fiscalizadora deve interpretar o princípio da razoabilidade.

Quanto ao imposto apurado no trabalho fiscal, repete que o estabelecimento atua na área de comércio varejista de bebidas, cujas mercadorias estão com fase de tributação encerrada pelo regime de substituição tributária, no momento da saída do estabelecimento do fabricante.

Pondera que o tratamento tributário previsto no RICMS/Ba é de que o imposto é cobrado em valores fixos mensais determinados em função da receita bruta ou do valor de compras declarado na DME do ano anterior.

Protestou contra a penalidade aplicada de 70% de multa, por entender que a cobrança do imposto sobre uma alíquota de 17% sobre o valor das mercadorias diz respeito à emissão de documento fiscal em operação com débito do imposto. Aduz que no presente caso, por se tratar de mercadorias com fase de tributação encerrada, não é devida a aplicação da citada alíquota.

Foram juntadas cópias de DMES, Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica – Simples da Receita Federal, DAES, e notas fiscais de compras de cerveja, refrigerantes e água mineral dos anos de 2006 e 2007 (fls.42 a 305).

Concluindo, requer a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal às fls.307 a 308, o autuante inicialmente chama a atenção de que o autuado à fl.28 de sua defesa faz referência a infração diversa da que foi autuada.

Esclareceu o real motivo da autuação, e argüiu que os argumentos defensivos são frágeis e descabidos de qualquer meio de prova admitido em direito. Observa que foram anexadas cópias de notas fiscais de aquisição de mercadorias enquadradas sob o regime de substituição tributária como se comercializasse, exclusivamente, esses itens.

Salienta que o autuado não anexou qualquer documento fiscal para comprovar sua alegação, e por isso pugnou pela procedência de sua ação fiscal.

Considerando que o autuado juntou ao processo cópias de notas fiscais relativas a aquisições de mercadorias enquadradas na substituição tributária (cerveja e refrigerante), o então Relator do PAF, submeteu o processo a pauta suplementar do dia 23/03/2010, sendo decidido pelo encaminhamento do mesmo à Infaz de origem para que o autuante cumprisse o determinado no despacho de diligência à fl.311, qual seja, aplicasse a proporcionalidade das mercadorias tributadas, prevista na IN nº 56/2007, sobre o débito apurado, informando o real valor da exigência fiscal.

Na informação fiscal à fl.314, o autuante diz que o autuado, atendeu sua intimação e apresentou demonstrativo e documentação onde informa que nos anos de 2006 e 2007 praticamente só adquiriu mercadorias isentas e/ou enquadradas no regime de substituição tributária. Destacou que a única exceção foi no mês de setembro de 2007, quando adquiriu R\$ 4,56 de mercadorias tributadas, do total de R\$ 28.208,32. Anexou o levantamento intitulado de “Notas Fiscais de Aquisição de Mercadorias”, docs.fl.317 a 329.

Conforme Intimação à fl.338, o autuado foi cientificado da conclusão da diligência, com a reabertura do prazo de defesa por 30 (trinta) dias, porém, sem qualquer manifestação por parte do mesmo.

#### **VOTO**

O fato que ensejou a lavratura do Auto de Infração diz respeito a acusação fiscal de que o contribuinte omitiu saídas de mercadorias, relativamente a vendas realizadas com cartão de crédito/débito extraídas do ECF, leitura Z, em valores menores do que as vendas informadas pelas Administradoras de Cartões de Créditos.

O lançamento em discussão tem por fundamento o § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, em razão da constatação de vendas realizadas com cartão de crédito/débito extraídas do ECF, leitura Z, em valores menores do que as vendas informadas pelas Administrações de Cartões de Crédito, cuja presunção legal é que de tal ocorrência autoriza a presunção

(anteriores) tributáveis sem pagamento do imposto. A diferença constatada no levantamento fiscal que serviu de indício para a aplicação da presunção legal de ocorrência de saídas de mercadorias efetuadas anteriormente e não declaradas ao fisco, foi apurada através das planilhas às fls.07 e 08.

Analisando tais planilhas, observo que se encontram devidamente demonstrados em cada coluna os valores mensais das vendas com cartão de crédito/débito constantes da Redução Z, e as vendas com cartão de crédito informadas pelas administradoras (débito mais cartão de crédito), valores esses, extraídos dos dados das Reduções Z da ECF, e através do Relatório de Informações TEF – Anual constantes no INC – Informações do Contribuinte, inclusive existe ainda uma coluna correspondente ao crédito presumido de 8% que foi deduzido do imposto decorrente da diferença apurada entre as vendas Redução Z para as vendas informadas pela administradora de cartão de crédito, dada a condição de empresa de microempresa enquadrada no SIMBAHIA.

A declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, independente de ter ocorrido através de ECF ou através da emissão de notas fiscais, 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.

A infração está devidamente caracterizada, visto que nos demonstrativos às fls.07 e 08 não foi apurado nenhum valor na Redução Z ou em notas fiscais de saídas, conclusão essa, não contestada pelo autuado.

Ao defender-se o autuado alegou que atua no ramo de comércio varejista de bebidas, e que nessa condição, opera exclusivamente com produtos cuja tributação se dá quando da aquisição, por substituição tributária ou por antecipação tributária, resultando, em quaisquer dos casos, com encerramento da fase de tributação, e desoneradas as saídas quanto ao pagamento do ICMS.

Ou seja, para elidir a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, o defendente alega que as mercadorias objeto da autuação fiscal (cervejas, água mineral, refrigerantes) estão sujeitas ao regime de substituição tributária, inclusive juntou à peça defensiva cópias de notas fiscais de aquisição (docs.fl.49 a 304).

Considerando tal alegação, e tendo em vista que realmente as provas apresentadas na defesa comprovam que houve a aquisição de cervejas e refrigerantes no período fiscalizado, conforme despacho à fl.311, o processo foi baixado em diligência para que o autuante elaborasse demonstrativo relacionando as mercadorias sujeitas à substituição tributária, isentas e/ou não tributadas, calculasse os respectivos índices, e aplicasse a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, tomando por base o percentual das mercadorias tributadas.

O autuante cumpre a diligência solicitada pelo órgão julgador, conforme informação fiscal à fl.314, elabora levantamento intitulado de “Notas Fiscais de Aquisição de Mercadorias”, docs.fl.317 a 329, concluindo que nos anos de 2006 e 2007 o contribuinte autuado apenas adquiriu dentro do Estado mercadorias isentas e/ou enquadradas no regime de substituição tributária, e por isso, opinou pela procedência parcial da autuação, com a conversão da exigência fiscal em multa por falta de emissão de notas fiscais de saídas de mercadorias.

Desta forma, restou confirmado pelo próprio autuante que o estabelecimento tem como atividade econômica o comércio varejista de bebidas e que todas as aquisições de mercadorias no período fiscalizado se referem a mercadorias com fase de tributação encerrada por força do sistema de substituição tributária.

O Conselho de Fazenda – CONSEF tem entendido, em reiteradas decisões, através de diversos processos em nome de contribuintes com atividade econômica o comércio de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, que não é adequada a aplicação da presunção legal de que cuida o § 4º do a

as operações na quase totalidade, estiverem sujeitas ao pagamento do imposto por antecipação.

Em conformidade com o posicionamento que este Conselho de Fazenda vem adotando, para situações similares, entendo que este tipo de auditoria não deve ser aplicada para a atividade da empresa autuada, tendo em vista que no período objeto do levantamento fiscal, todas as operações de aquisições de mercadorias estão enquadradas no regime de substituição tributária, e, portanto, com fase de tributação encerrada, sendo inaplicável o disposto no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, o que torna nula a exigência.

Assim, fica representada a Inspeção Fiscal para que, em nova ação fiscal, do período fiscalizado, sejam aplicados outros roteiros de Auditoria Fiscal/Contábil, para averiguação de supostas irregularidades.

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 **281105.0088/08-1**, lavrado contra **VALDETE PASSOS SAMPAIO DE ANDRADE**.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de dezembro de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR