

**A. I. Nº - 206825.0018/07-1**  
**AUTUADO - TEMES COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**  
**AUTUANTE - ANTONIO MEDEIROS DOS SANTOS**  
**ORIGEM - INFAZ ATACADO**  
**INTERNET - 05. 04. 2011**

## **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0056-01/11**

**EMENTA: ICMS. 1. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos das informações prestadas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02). Fato demonstrado nos autos. Aplicada a proporcionalidade na forma prevista pela Instrução Normativa 56/2007. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Não comprovado pelo impugnante que o pagamento do imposto foi feito na saída, conforme alegado na peça defensiva. Infração subsistente. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Restou comprovada a falta de entrega dos arquivos magnéticos solicitados mediante intimação. Infração caracterizada. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. Apesar de ter sido realizada diligência no intuito de que o contribuinte comprovasse sua alegação de que o pagamento do imposto ocorreu de forma normal na saída, não houve qualquer comprovação nesse sentido. Infração subsistente. 5. LIVROS FISCAIS.**

REGISTRO DE APURAÇÃO. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. TRIBUTO RECOLHIDO A MENOS. Alegação defensiva de que parte do débito exigido nesta infração havia sido objeto de parcelamento posteriormente interrompido não restou comprovada. Infração subsistente. 6. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Fato demonstrado. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Não acolhida a arguição de decadência. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/12/2007, exige ICMS no valor de R\$ 76.580,88, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 26.848,47, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

1. Falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saída de mercadoria tributáveis apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito nos meses de janeiro, fevereiro, julho, outubro a dezembro de 2003, janeiro a junho de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 52.627,46, acrescido da multa de 70% ;
2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no anexo 88 [artigo 353, II, do RICMS/BA], nos meses de janeiro a setembro, novembro e dezembro de 2002, janeiro, fevereiro, abril, junho, julho, setembro a dezembro de 2003, fevereiro, março e setembro de 2004, fevereiro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 3.358,60, acrescido da multa de 60%;
3. Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, nos meses de janeiro a dezembro de 2002, janeiro a dezembro 2003, janeiro a julho de 2004, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 26.848,47;
4. Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação destinadas a comercialização, nos meses de março, abril, maio e setembro de 2004, maio de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 11.432,50, acrescido da multa de 60% ;
5. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no mês de julho de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 8.684,81, acrescido da multa de 50%;
6. Recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de setembro de 2003 e maio de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 477,51, acrescido da multa de 60%.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls. 142 a 165), na qual rechaça a infração 01, afirmando que em muitas das vendas feitas com pagamento por meio de cartão de crédito/débito, por um mero erro de digitação, ao invés de registrá-las como “*vendas realizadas com cartão de crédito/débito*”, vinha registrando-as como “*cheque pré-datado*”.

Diz que tal fato é facilmente percebido com a análise dos cupons fiscais e suas respectivas faturas de pagamento que anexa aos autos (docs. 02 a 04, fls.173 a 178). Justifica o erro dizendo que a encarregada da digitação entendia que não estava havendo omissão, ao registrar uma venda com cartão de crédito/débito como sendo cheque pré-datado, tendo em vista que a soma do valor total das vendas não era alterado, e normalmente era tributada no final do mês.

Cita como exemplo o cupom fiscal com “Venda Número 19117”, no valor de R\$ 9,46, cuja fatura no mesmo valor foi paga por meio de cartão de débito em conta Visa Electron, verificando-se no documento fiscal que a venda foi registrada como sendo em cheque pré-datado (“04:CHEQUE PRE”), ao invés de ser registrada como venda por “cartão de crédito/débito”. Acrescenta que o próprio valor de R\$ 9,46 afasta a possibilidade de que o pagamento tenha sido realizado através de cheque pré-datado, por ser tratar de um valor ínfimo que não seria aceito pelo estabelecimento comercial, considerando as inúmeras taxas bancárias incidentes, assim como tributos, a exemplo do ICMS, tornando a operação financeira inviável financeiramente. Afirma que outros exemplos ocorrem em inúmeros cupons fiscais, citando o cupom fiscal de nº 26062, cujo pagamento no valor de R\$ 45,63 ocorreu mediante cartão de débito e não com cheque pré-datado.

Ressalta que o ICMS em nenhum momento deixou de ser recolhido ou foi recolhido de forma irregular em decorrência de tais imprecisões, contrariamente, o pagamento foi feito corretamente, com base no valor total de suas vendas, independentemente do modo pelo qual estas tenham sido realizadas, seja por cartão de crédito/débito, cheque pré-datado, pagamento à vista, etc.

Prosseguindo, assevera que a ação fiscal não levou em consideração que no ramo de atividade do estabelecimento - supermercado -, a grande maioria dos itens que adquire ou já são tributados antecipadamente por substituição tributária, como bebidas alcoólicas, refrigerantes, cigarros, ou são isentas como frutas, verduras etc. Diz que tal fato fica registrado nos cupons fiscais que são emitidos, de modo que na discriminação de cada produto consta a porcentagem da alíquota do ICMS a ser cobrado sobre o mesmo ou não consta nenhuma porcentagem em caso de não incidência por ser o produto tributado antecipadamente por substituição ou isento. Menciona como exemplos os cupons fiscais nº 26062, 226117 e 19117.

Alega que a Fiscalização acabou por tributar todo o valor informado pelas instituições financeiras e administradora de cartões, sem levar em consideração que sobre boa parte dele não incide o ICMS, por já ter sido tributado antecipadamente ou por isenção, pretendendo tributar novamente as mercadorias com ICMS recolhido o que é inadmissível. Cita e reproduz o Acórdão nº 0181-12/06, para dizer que o entendimento deste CONSEF, por meio da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal é que esta presunção deveria ser improcedente.

Pede a realização de uma revisão fiscal, a fim de que seja apurada a inexistência de omissão de saídas de mercadorias, levando-se em conta a existência do erro de digitação.

No que concerne à infração 02, assevera que o ICMS exigido foi pago pelo regime normal, ao invés de ter sido recolhido por antecipação no regime de substituição tributária. Requer que seja realizada revisão fiscal, a fim de que não ocorra uma injustiça, por não ter havido nenhum prejuízo para os cofres públicos, por ter sido o ICMS devidamente recolhido.

Com relação aos meses de janeiro a setembro e novembro de 2002, argui a decadência dos créditos cobrados, sob o argumento de que o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário, através do Auto de Infração combatido, lavrado apenas em 27/12/2007, não pode alcançar lançamentos anteriores a 30/11/2002. Cita e reproduz decisões tanto da instância administrativa como judicial, para sustentar que é incontroversa a aplicação do artigo 150, § 4º, do CTN, pois não se pode admitir que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a exemplo do ICMS, o prazo decadencial seja superior a 5 (cinco) anos. Diz que a acusação não é de que tenha deixado de pagar o ICMS mensal de forma integral, mas sim de alguns apontamentos específicos, o que afasta a

aplicação do art. 173, I, do CTN. Pede que sejam excluídos os valores exigidos nos meses apontados.

No respeitante à infração 03, utiliza os mesmos fatos e fundamentos utilizados na infração 02, para argüir a decadência dos créditos referentes aos meses de janeiro a dezembro de 2002.

Diz que houve omissão da Fiscalização em especificar quais foram os registros/arquivos que não foram apresentados nos arquivos magnéticos, não restando clara a infração. Registra que a intimação não lhe foi disponibilizada, de forma a documentar que os registros específicos foram efetivamente solicitados.

Alega descaber a multa de 1%, prevista no artigo 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, sob o pretexto de que “deixou de fornecer arquivos(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas”, calculada sobre 1% do valor contábil de todas as saídas do período descrito nesta infração.

Sustenta que a infração apontada no Auto de Infração refere-se expressamente a descumprimento de intimação para apresentação dos arquivos magnéticos de determinado período, sendo aplicável a multa prevista no artigo 42, XX, “b”, da Lei nº 7.014/96, o que resultaria em R\$ 180,00, ao invés do exorbitante valor apontado no Auto de Infração.

Diz que sua pretensão acima exposta já foi analisada e reconhecida por este CONSEF, a exemplo do julgamento do Auto de Infração nº 269141.0008/03-9, cujo voto do relator da 2ª CJF transcreve. Acrescenta que no mesmo julgamento o ilustre Conselheiro Tolstoi Seara Nolasco também registrou o seu voto o qual restou “vencedor”, igualmente acolhendo o deslocamento da multa prevista no artigo 42, XII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, para aquela prevista no inciso XX do mesmo artigo, apenas divergindo quanto à cumulação das multas de R\$ 90,00 e R\$ 180, tendo em vista que decorrentes da mesma conduta do autuado. Cita, ainda, reproduzindo a ementa, o Acórdão nº 0294-12/05 da 2ª CJF, no sentido do alcance do verdadeiro objetivo da multa imposta relativa a arquivos magnéticos.

Afirma que a substituição da multa aplicada é medida que se impõe, especialmente porque aquela indicada no valor de R\$ 180,00, é a que efetivamente decorre da conduta tipificada nesta infração.

Relativamente à infração 04, assegura que o ICMS foi pago pelo regime normal, ao invés de ter sido pago por antecipação, motivo pelo qual requer a realização de revisão fiscal.

Quanto à infração 05, esclarece que fez o parcelamento referente ao pagamento do débito desta infração, contudo, por motivo de força maior, o parcelamento foi interrompido, de modo que só parte do débito foi quitado, conforme se verifica dos DAES e extratos bancários que anexa (docs. 05 a 11, fls. 179 a 186). Alega que o autuante não considerou os valores pagos, motivo pelo qual pede revisão fiscal para que tais pagamentos sejam considerados.

Com relação à infração 06, alega que não tem conhecimento do que foi recolhido a menos, pois realizou uma pesquisa junto a sua contabilidade, não tendo constatado qualquer irregularidade. Pede que seja realizada revisão, a fim de que seja apurada a existência de algum erro.

Conclui dizendo que confia no julgamento desta Junta de Julgamento, pela improcedência da autuação, de forma a excluir os valores alcançados pela decadência, os lançamentos indevidos, bem como pela adequação da multa aplicada na infração 03.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 189 a 193), na qual contesta os argumentos defensivos relativos à infração 01, afirmando que o impugnante não conseguiu provar a improcedência da presunção de omissão de vendas de mercadorias tributáveis e com vistas ao, pelo menos o Acórdão nº 0181-12/06 que este traz aos autos (fl. 148), sendo a exigência subsistente.

No que diz respeito à arguição de decadência das infrações 02 e 03, afirma que a posição do impugnante não encontra respaldo no ordenamento jurídico pertinente à matéria. Diz que no Estado da Bahia o prazo para se registrar o efeito da decadência é de 05 (cinco) anos, contado a

partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme previsto no artigo 28, §1º, do Código Tributário do Estado da Bahia-COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81 e no artigo 965, I, do RICMS/BA. No que concerne à multa aplicada diz que mantém a indicada no Auto de Infração.

Reportando-se sobre a alegação defensiva relativa à infração 04, afirma que tendo o autuado confessado a intempestividade do recolhimento deverá adimplir com a pertinente obrigação tributária e, se comprovado, requerer o indébito.

No que tange à infração 05, diz que cabe ao autuado recolher com os devidos acréscimos, o restante do débito após a pertinente análise da autoridade revisora, se indicada.

Relativamente à infração 06, esclarece que os valores apontados nesta infração, foram decorrentes das diferenças registradas entre os escriturados no livro Registro de Apuração do ICMS, conforme cópias às fls. 64, 65, 83 e 84, que apresentam os valores a serem recolhidos de R\$ 1.615,13 e R\$ 874,48 e os valores efetivamente recolhidos de R\$ 1.592,50 e R\$ 419,60, respectivamente, sendo tais diferenças encontradas na realização do Roteiro AUDIF-201-Auditoria do Conta-corrente do ICMS.

Finaliza mantendo integralmente a autuação.

Consta à fl. 195, despacho da Coordenação Administrativa do CONSEF, no sentido de que seja entregue ao autuado, mediante recibo, o Relatório Diário Operações TEF, reabrindo o prazo de defesa de 30 dias, para que o autuado, querendo, faça o confronto dos valores informados pelas administradoras de cartões com o lançado no ECF. Há ainda a determinação de que seja produzida nova informação fiscal e, posterior, retorno do PAF ao CONSEF.

O autuante cumprindo a solicitação do CONSEF esclareceu que foram anexadas 1.334 laudas referentes ao Relatório Diário Operações TEF do período fiscalizado, sendo 856 laudas para o período de janeiro a dezembro de 2003 e 478 laudas referentes ao período de janeiro a junho de 2004.

Observa o autuante que à fl. 02 dos autos está informado que foram anexados demonstrativos de vendas com cartões de crédito, pertinente CD e notas fiscais do CFAMT. Acrescenta que na oportunidade é anexado cópia do termo de recebimento, referente a um CD com demonstrativo de vendas em cartão de crédito e mais trinta e seis laudas referentes aos demonstrativos dos levantamentos das vendas dos exercícios de 2002 a 2004.

À fl. 197, consta “Termo de recebimento” firmado pelo autuado, no qual este declara ter recebido, além das laudas referentes ao Auto de Infração, demonstrativo de débito e CD com demonstrativo de vendas em cartão de crédito, 36 laudas referentes aos demonstrativos dos levantamentos das referidas vendas nos exercícios de 2002, 2003 e 2004.

Consta à fl. 198, ciência do contribuinte da intimação, confirmando o recebimento dos Relatórios TEFs do período 01/01/2003 a 31/12/2003, 01/01/2004 a 30/06/2004 e cópia das fls. 195, 196 e 197, bem como da reabertura do prazo de defesa de 30 dias.

A 1ª JJF, considerando a indispensabilidade de esclarecimentos e comprovações, tanto em relação às alegações defensivas quanto em relação à acusação fiscal, para convencimento sobre a decisão da lide, após discussão em pauta suplementar, deliberou pela conversão do processo em diligência à INFAZ/ATACADO(fl. 201/202),a fim de que fossem adotadas as providências apontadas relativas às infrações 01, 02, 04, 05 e 06.

Intimado o contribuinte (fl. 206), este se manifestou à fl. 209, requerendo a prorrogação do prazo, por mais 30 (trinta) dias, a fim de atender a solicitação contida na diligência, referente à infração 01, alegando o grande número de operações diárias para justificar o pedido.

O Inspetor Fazendário considerando a alegação do impugnante deferiu o pedido de prorrogação, conforme despacho à fl. 211/211-v.

Intimado o autuado (fl. 212), este acusa o recebimento, via postal(AR), contudo, silêncio.

A 1ª JJF, após discussão na assentada do julgamento do Auto de Infração, considerando que apesar de o impugnante não haver atendido as solicitações contidas na diligência anteriormente realizada, inclusive, com a reabertura do prazo de defesa de 30(trinta) dias, conclui que as demais solicitações contidas na diligência não haviam sido devidamente observadas pela repartição fazendária, o que poderia suscitar alegação de cerceamento do direito de ampla defesa e do contraditório, converteu o processo em diligência, a fim de que atendesse o solicitado.

Intimado para atendimento da diligência(fl. 221/222) o autuado apresentou requerimento(fl. 224) de prorrogação do prazo concedido por mais 30 (trinta) dias, sob o argumento de que o número de operações diárias, em razão de seu ramo de atividade (supermercado), representar um grande número de operações diária.

O Inspetor Fazendário exarou despacho (fl. 226), no qual consigna: *“Tendo em vista que, passados 60(sessenta) dias sem manifestação do autuado, no sentido de atender a diligência solicitada e 50 (cinquenta) dias que a autuada pediu 30 dias de prorrogação de prazo, encaminho o presente Processo para o CONSEF.”*

A 1ª JJF, considerando que apesar de o despacho do senhor Inspetor da IFEP/Comércio não deixar dúvida de que o contribuinte teve prazo superior ao requerido, contudo, não se manifestou nesse período sobre as infrações 01, 02 e 04, após discussão em pauta suplementar, deliberou pela conversão do processo em diligência a INFAZ de origem(fl. 228/229), tendo a vista indispensabilidade de atendimento das demais solicitações contidas no termo de diligência, a fim de evitar que fosse alegado cerceamento de defesa ou nulidade da decisão.

Encaminhado o processo para o autuante, a fim de que atendesse a diligência, este se pronunciou à fl. 232, dizendo que considerando as reiteradas solicitações feitas para o contribuinte no tocante a elaboração de demonstrativos e comprovação de suas alegações, sem que o mesmo tenha perpetrado nenhuma atividade nesse sentido, mesmo tendo se registrado vários períodos de prorrogação, *“entende a Autoridade Fiscal autuante que, em nome do uso racional dos recursos públicos, a mesma não deverá despender tempo em atividade que, tudo indica, seria muito mais produtivamente realizada pelo sujeito passivo.”*

Consignou ainda o autuante que entende não ser possível com exatidão, em se tratando de omissão de receita, a determinação do quanto é referente à venda de mercadorias tributáveis ou não.

Concluiu afirmando que cabe ao contribuinte efetuar lançamentos, planilhas, escrituração, etc referentes à apuração e recolhimento do tributo devido, ficando tais atividades na dependência de posterior averiguação por parte da Autoridade Fiscal e não vice-versa.

A 1ª JJF, considerando que dentre os argumentos defensivos referente à infração 01, existia uma alegação que ainda não fora objeto de intimação para que este comprovasse o alegado, no caso, de que a exigência fiscal recaía sobre mercadorias já tributadas por substituição ou isenção, converteu o processo em diligência à INFAZ de origem(fl. 236/237), a fim de que o senhor Inspetor Fazendário designasse o autuante ou outro Auditor Fiscal, para intimar o autuado a fornecer dados que possibilitassem o cálculo da proporcionalidade na forma do item 1 da Instrução Normativa nº 56/2007, inclusive,elaborando demonstrativos, se fosse o caso. Foi solicitado ainda, que caso o autuado atendesse a intimação, deveria o diligente elaborar novos demonstrativos aplicando a proporcionalidade, conforme a Instrução Normativa nº 56/2007.

O Auditor Fiscal José Roberto Oliveira Carvalho, designado para atender a diligência, emitiu parecer (fls. 254/255), esclarecendo que o autuado foi intimado em 05/08/2010 por fax(fl. 240) e

pessoalmente(fl. 241) e cobrado por telefone diversas vezes e pelo correio eletrônico(fl. 243 a 244), dias 30/08/2010 e 13/09/2010, sendo que este teve dificuldades para apresentar os documentos fiscais, no caso, notas fiscais de aquisição., tendo apresentado no dia 27/09/2010 petição com pedido de proporcionalidade pelas saídas(fl. 245).

Consigna que considerando o pedido do autuado, bem como considerando que a Instrução Normativa nº 56/2007, no item 3, faculta ao Auditor Fiscal a utilização do cálculo da proporcionalidade pelas operações de saídas apuradas, elaborou os novos demonstrativos baseados no livro Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS, constantes às fls. 47 a 99, do presente processo.

Registra que às fls. 246 a 248, constam os “Demonstrativos de Cálculos da Proporcionalidade – Formulário AUDIF 201 – AUDITORIA DO CONTA CORRENTE FISCAL – AUDITORIA DOS LANÇAMENTOS NOS LIVROS FISCAIS: SAÍDAS”, onde estão consignados os percentuais dos valores tributáveis e não tributáveis, por ano e mês e na última coluna, o número da folha do processo onde foram coletados os dados. Acrescenta que às fls. 249 e 250 constam as planilhas dos DEMONSTRATIVOS DE APURAÇÃO MENSAL das Omissões de Saídas apuradas pelas vendas por cartões de débitos/créditos, sendo em 2003 apurado o ICMS devido no valor de R\$ 6.362,74 e em 2004 no valor de R\$ 12.877,41.

Observa que às fls. 251 a 253 constam a planilha “DEMONSTRATIVO DE DÉBITO APÓS DILIGÊNCIA FISCAL”, passando o valor histórico para R\$ 70.042,02.

Conclui o diligente dizendo que após verificações nos demonstrativos elaborados pelo autuante e documentos fiscais, foram feitas as deduções relativas à proporcionalidade pelas saídas tributáveis e não tributáveis, conforme previsto no item 3 da Instrução Normativa nº 56/2007, atendendo à solicitação da 1ª JJF, conforme planilhas anexadas às fls. 249 a 253, que resume no parecer.

Intimado para conhecimento do resultado da diligência(fl. 261/262), o autuado não se manifestou.

#### **VOTO**

O Auto de Infração em lide atribui ao contribuinte o cometimento de 06(seis) infrações à legislação do ICMS.

A infração 01, diz respeito à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

O levantamento levado a efeito pelo autuante comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas como cartão de crédito/débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão contida no artigo 4º, §4º da Lei 7.014/96, *in verbis*:

*“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*

*(...)*

*§ 4º 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”.*

Ao examinar as peças processuais especialmente a defesa apresentada pelo impugnante, verifiquei que este alegara a existência de erros de digitação por parte da encarregada da digitação, afirmando que em muitas das vendas feitas por com pagamento por meio de cartão de crédito/débito, por um mero erro de digitação, ao invés de registrá-las como “vendas realizadas com cartão de crédito/débito”, vinha registrando-as como “*cheque pré-datado*”.

Por considerar razoável e possível a ocorrência sustentada pelo impugnante a matéria foi submetida à discussão em pauta suplementar, tendo a 1ª JJF deliberado pela conversão do processo em diligência à INFAZ de origem, a fim de que o autuado elaborasse demonstrativo contendo a totalidade dos documentos, com a finalidade de comprovar as suas alegações defensivas. Solicitou-se ainda que, caso o contribuinte atendesse a intimação, o diligente deveria conferir o demonstrativo apresentado pelo autuado e, se fosse o caso, elaborar novo demonstrativo de débito em relação aos valores não comprovados.

Ocorre que, apesar de o impugnante ter o prazo de defesa de 30 (trinta) dias reaberto, por recomendação do CONSEF e, posteriormente, para atendimento da diligência ter solicitado a prorrogação do prazo de 30 (trinta) dias, o que foi deferido pelo Inspetor Fazendário, simplesmente silenciou.

Ora, nos termos dos artigos 142 e 143 do RPAF/99, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, sendo que, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Vale registrar que apesar de o autuado alegar que a ação fiscal não levou em consideração que no ramo de atividade do estabelecimento - supermercado -, a grande maioria dos itens que adquire ou já são tributados antecipadamente por substituição tributária, como bebidas alcoólicas, refrigerantes, cigarros, ou são isentas como frutas, verduras etc, esta 1ª JJF converteu o processo em diligência, a fim de que o autuante apurasse o percentual da receita oriunda de operações de circulação de mercadorias tributáveis normalmente pelo ICMS na saída, em relação à receita total do estabelecimento autuado nos exercícios de 2003 e 2004 e após elaborasse novo demonstrativo de débito, o que não foi feito.

Nos termos da Instrução Normativa nº 56/2007, poderá o preposto fiscal excluir do cálculo do ICMS devido, os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, desde que provados pelo contribuinte autuado por meio de dados e informações das operações mercantis que costumeiramente realiza.

É certo que o autuado teve oportunidade para apresentar dados e informações que permitissem a apuração da proporcionalidade, contudo, não os apresentou, tendo o autuante lançado o ICMS devido utilizando como base de cálculo o valor total da omissão de operações de saída.

Apesar disso, considerando que na defesa apresentada o impugnante suscitara a aplicação da proporcionalidade, esta 1ª JJF converteu o processo em diligência em nova oportunidade, a fim de que fosse verificada a possibilidade de aplicação da proporcionalidade, conforme a Instrução Normativa nº 56/2007.

O Auditor Fiscal José Roberto Oliveira Carvalho, cumprindo a diligência, emitiu parecer no qual esclarece que apurou a proporcionalidade pelas operações de saídas, elaborando novos demonstrativos com base no livro Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS, passando o ICMS originalmente exigido no valor de R\$ 52.627,46 para R\$19.240,13, conforme novo demonstrativo de débito à fl. 251.

Verifico que o diligente apurou a proporcionalidade de forma correta, razão pela qual ratifico o resultado apontado.



Diante disso, considero parcialmente subsistente esta infração.

No que concerne à infração 02, apesar de impugnante alegar que o ICMS exigido foi pago pelo regime normal, ao invés de ter sido recolhido por antecipação no regime de substituição tributária, inclusive, requerer a realização da revisão fiscal, em nenhum momento comprovou sua alegação.

Vale observar que esta 1ª JJF converteu o processo em diligência em diversas oportunidades, no intuito de que o autuado comprovasse alegação, contudo, nada foi trazido aos autos que pudesse elidir a autuação. Infração subsistente.

Com relação à infração 03, constato que intimado o contribuinte para apresentar os arquivos magnéticos este não apresentou, incorrendo na irregularidade apontada neste item da autuação. Importante registrar que a multa de 1% sobre as saídas se encontra correta, pois prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “g” da Lei n. 7.014/96, não procedendo a pretensão do autuado de que seja aplicada a multa prevista no inciso XX do mesmo Diploma legal.

Nos termos do artigo 708-A do RICMS/97, o contribuinte do ICMS usuário de SEPD para emissão de documentos fiscais e/ou livros fiscais, deverá entregar o arquivo magnético, referente ao movimento econômico de cada mês, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas, devendo ser incluídos todos os registros exigidos pela legislação.

Já o § 4º do citado art. 708-A, determina que o arquivo magnético será entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético cancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa Validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Convênio nº ICMS 57/95.

Vale registrar que o arquivo magnético é recebido e submetido a teste de consistência, e por isso, a legislação prevê que a sua recepção pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, de acordo com o § 6º do mesmo artigo 708-A do RICMS/BA, abaixo transcrito:

*“§ 6º A recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas”.*

Independentemente da entrega mensal prevista no art. 708-A do RICMS/97, acima referido, o contribuinte também é obrigado a entregar, quando intimado, os referidos arquivos, conforme a previsão do art. 708-B, do mesmo RICMS/97, in verbis:

*“Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.*

Entretanto, observo que o autuante incorreu em equívoco ao consignar no Auto de Infração como datas de ocorrência os meses referentes ao período em que os arquivos deveriam ter sido entregues, quando deveria ter indicado nos campos “Data de Ocorrência” e “Data de Vencimento” a data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados, conforme, inclusive a OTE-3005 - Orientação Técnica-Diretoria Planejamento Fiscal-3005.

Assim sendo, como o contribuinte tomou ciência da intimação em 31/10/2007, (fl. 18), retifico de ofício a data de ocorrência e vencimento da infração para 05/11/2007, bem como retifico a alínea da

multa indicada no Auto de Infração no art. 42, XIII-A, de “g” para “j”, pois vigente à época da intimação.

Vale registrar que não procede a pretensão do autuado de que seja aplicada a multa prevista no Art. 42, inciso XX do mesmo Diploma legal, invocando, nesse sentido, decisão proferida pela 2ª CJF no julgamento do Auto de Infração nº 269141.0008/03-9, assim como o Acórdão nº 0294-12/05, haja vista que as decisões prevaletentes neste CONSEF invariavelmente apontam no sentido de aplicação da multa prevista no art. 42, XIII-A, “j”.

No que concerne à infração 04, apesar de impugnante alegar que o ICMS exigido foi pago pelo regime normal, ao invés de ter sido recolhido por antecipação no regime de substituição tributária, inclusive, requerer a realização da revisão fiscal, em nenhum momento comprovou sua alegação.

Ressalto que esta 1ª JJF converteu o processo em diligência em diversas oportunidades, no intuito de que o autuado comprovasse alegação, contudo, nada foi trazido aos autos que pudesse elidir a autuação. Infração subsistente.

No respeitante à infração 05, noto que o impugnante alega que realizou o parcelamento referente ao pagamento do débito desta infração, contudo, por motivo de força maior, o parcelamento foi interrompido, de modo que só parte do débito foi pago, conforme alega se verifica dos DAES e extratos bancários que anexa (docs. 05 a 11, fls. 179 a 186). Afirma que o autuante não considerou os valores pagos, motivo pelo qual pede revisão fiscal para que tais pagamentos sejam considerados.

Ocorre que, apesar da alegação defensiva de que os DAES e extratos bancários que anexou comprovam o pagamento de parte do débito parcelado, verifico que não é possível estabelecer uma vinculação entre o alegado pagamento com o débito exigido neste item da autuação com base apenas na documentação apresentada. Vale registrar que também nesta infração o processo foi sido convertido em diligência, a fim de que o impugnante comprovasse o alegado, porém nada foi apresentado.

Noto que apesar de indicar a multa corretamente no percentual de 50%, o autuante incorreu em equívoco ao apontar no Auto de Infração como prevista no art. 42, inciso III da Lei 7.014/96, quando o correto é art. 42, inciso I, alínea “a” do mesmo Diploma legal, razão pela qual retifico de ofício o enquadramento da multa.

Diante disso, considero integralmente subsistente a infração.

No que tange à infração 06, apesar de o impugnante alegar desconhecimento do que foi recolhido a menos, inclusive requerendo uma revisão fiscal por parte da Fiscalização, a fim de que fosse apurada a existência do alegado erro, a diligência realizada por esta 1ª JJF, a fim de que fosse entregue ao impugnante cópia da informação fiscal, na qual o autuante esclarece a forma como apurou o imposto recolhido a menos, afasta o argumento defensivo.

Na realidade, conforme dito pelo autuante, *“os valores apontados nesta infração, foram decorrentes das diferenças registradas entre os escriturados no livro Registro de Apuração do ICMS, conforme cópias às fls. 64,65,83 e 84, que apresentam os valores a serem recolhidos de R\$ 1.615,13 e R\$ 874,48 e os valores efetivamente recolhidos de R\$ 1.592,50 e R\$ 419,60, respectivamente, sendo tais diferenças encontradas na realização do Roteiro AUDIF-201-Auditoria do Conta-corrente do ICMS.”* Portanto, restando clara a acusação fiscal, considero subsistente a infração.

Diante do exposto, a infração 01 é parcialmente subsistente e as infrações 02, 03, 04, 05 e 06, integralmente subsistentes.

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 **206825.0018/07-1**, lavrado contra **TEMES COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$43.193,55**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 8.684,81, 60% sobre R\$ 15.268,61 e de 70% sobre R\$ 19.240,13, previstas no artigo 42, incisos I, “a”, II, “b”, “d”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$26.848,47**, prevista no artigo 42, inciso XIII-A, “j”, do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de março de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR