

A. I. Nº - 232115.0016/15-0
AUTUADO - RONALDO CARVALHO COMÉRCIO E ASSISTÊNCIA TÉCNICA LTDA. - EPP
AUTUANTE - FIRNALVON MIRANDA GUSMÃO
ORIGEM - INFAP VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 27.04.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JF Nº 0046-04/16

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração não contestada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. 2.1. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. a) MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigações acessórias. Razões de defesa não elidem a ação fiscal em relação ao item a) e, quanto ao item b), infração não contestada. No entanto, conforme dispõe o art. 106, II, “c”, do CTN a multa aplicada passa para o percentual de 1% vez que o inciso IX do art. 42, da Lei nº 7.014/96 foi alterado pela Lei nº 13.461, de 10/12/2015. 2.2. CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A legislação tributária estadual determina que os contribuintes do ICMS que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes desse imposto deverão utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações. O não atendimento resulta na aplicação da multa de 2% do valor da operação ao contribuinte usuário de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento nas situações em que está obrigado. Infração subsistente. No entanto restou comprovado nos autos que o contribuinte se ajusta às exceções indicadas pela legislação tributária. Infração elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/06/2015, exige ICMS no valor de R\$27.004,12, mais multas de caráter acessórias no valor de R\$153.288,48, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades à legislação tributária deste Estado:

Infração 01 – Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresa e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor do imposto: R\$27.004,12.

Infração 02 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal. Período: Janeiro de 2010 e julho de 2011. Consta descrito no corpo do Auto de Infração de que o contribuinte não havia lançado na sua escrita, documento fiscal de bens do ativo imobilizado. Valor: R\$26.216,40.

Infração 03 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal. Período: março de 2012. Consta descrito no corpo do Auto de Infração de que o contribuinte não havia lançado na sua escrita, documento fiscal com mercadorias cuja fase de tributação encontrava-se encerrada. Valor: R\$1.636,56.

Infração 04 – Emissão de documento fiscal diverso daquele decorrente do uso regular de equipamento de controle fiscal – ECF nas situações em que, legalmente, está obrigado. Período: exercícios de 2010, 2011 e 2012. Consta descrito no corpo do Auto de Infração: “A empresa, estando obrigada ao uso do ECF, utilizou documento fiscal de saídas de mercadorias diverso daquele definido pela legislação do ICMS-BA, no período fiscalizado”. Valor: R\$125.435,52.

Impugnando o lançamento fiscal (fls. 259/282) a empresa, por advogado constituído, inicialmente, informa a não contestação das infrações 01 e 03, inclusive objeto de parcelamento. Em assim sendo sua irresignação diz respeito às infrações 02 e 04.

Traz preliminar de nulidade da ação fiscal em relação à infração 04. Entende de que o autuante deveria ter verificado se que as notas fiscais foram emitidas no domicílio dos adquirentes, conforme canhotos e notas fiscais, apresentadas por amostragem, bem como, destinadas para contribuintes e não contribuintes conforme legislação pertinente, precisamente: art. 824-B, § 3º, II, “e” e art. 202, § 1º, VII, ambos do RICMS/97.

Diz que a autuação “ocorreu ao arrepio da lei e não merece guarida, porque é manifestamente nula a ação fiscal, uma vez que **não** traz qualquer prova de que não tenha ocorrido as hipóteses de exclusão da emissão de ECF”. Que a ausência de qualquer lastro probatório para afastar a presunção de legitimidade das notas fiscais emitidas impossibilita a sua plena defesa, além de não se poder assegurar com certeza o cometimento de qualquer infração à legislação tributária, como, aliás, tem sido o posicionamento deste CONSEF em diversos acórdãos. Assim, restam afrontados os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, CF/88), além da legalidade do ato administrativo de que trata o art. 37, caput, c/c o art. 150, I da CF/88 e do art. 2º e art. 41 do RPAF/BA (transcritos).

Reafirma de que faltam à autuação os elementos que a materializem, uma vez que o agente fiscal não adotou os critérios regulares do procedimento de auditoria, o que cerceia o seu direito à ampla defesa, pois não foram fornecidos elementos para impugnar a autuação. Neste momento transcreve o art. 18, II e IV, do RPAF/BA.

Que embora exista “um demonstrativo de omissão de receita, mas não se tem segurança e certeza dos dados lançados, vez que o Autuante foge às técnicas regulares de auditoria e afasta permissões regulamentares sem prova ou demonstrativo”.

Diz que o Agente de Tributos, com o seu levantamento infringiu, também, o art. 142, do CTN já que a atividade de lançar o crédito tributário é vinculada e obrigatória, e não como se efetivou a ação fiscal, apenas com a sua discricionariedade e com arbitrariedade, descambiando em abuso de poder, quando se exige imposto fora das hipóteses elencadas na legislação tributária.

Neste momento discorre sobre a nulidade de um processo administrativo onde exista cerceamento de defesa.

Apresenta decisão do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo, e afirma que “*todo ato administrativo pertinente à constituição do crédito público, somente terá eficácia jurídica e validade administrativa se estiver em perfeita sintonia, e perfeita conformação formal (isto é, obedeça a todas as formalidades intrínsecas e extrínsecas prevista na legislação em vigor) e ideológica com o fato, com a matéria e com a lei em seu sentido amplo*”, consequência direta dos

princípios a que a administração pública deve se submeter, ou seja, da legalidade e da moralidade, os quais, de forma detalhada, comenta.

Observa que muito embora o agente fiscal tenha certa dose de discricionariedade no ato administrativo do lançamento, prepondera no Direito Tributário que seu ato se encontra sempre vinculado e regrado estritamente à previsão legal. Portanto discricionariedade, não é sinônimo de arbitrariedade e, tampouco, absoluta. Assim, não cabe ao agente fiscal desconsiderar as hipóteses legais que são permitidas a emissão de documento fiscal ao invés de ECF, *“violando, assim, todas as regras pertinentes à auditoria e por ausência de normas legais, carecendo de certeza e segurança na determinação da infração, bem como cerceia o direito à ampla defesa do Autuado”*.

Ressalta, em seguida, de que o § 1º do art. 18, do RPAF/BA não pode dar albergue à ação fiscal, pois seu objetivo é evitar mora oriunda de eventuais incorreções ou omissões de um Auto de Infração, lavrado com observância dos ditames legais e não com o que ora se discute. Neste sentido, traz decisões deste Colegiado a respeito da decretação de nulidade de uma ação fiscal por falta de certeza e liquidez do lançamento.

Requer a nulidade do lançamento fiscal.

Adentra ao mérito das acusações impugnadas.

Em relação à infração 02, após transcrever o art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96 diz ser fato estranho que o autuante tenha aplicado a multa de 1% para os automóveis, porém para os caminhões aplicou a multa de 10%, como se estes bens integrantes do ativo fossem sujeito a tributação, o que não procede já que a partir de suas aquisições a sua futura alienação não sofre mais a incidência de ICMS, como dispõe o art. 3º, VIII do RICMS/97. E, nesta condição, sejam automóveis ou caminhões, eles se encontram a fase de tributação encerrada, posto que adquiridos e mantidos para uso próprio há mais de um ano, devendo fazer incidir a multa de 1% sobre o valor dos caminhões. Para corroborar o que argumenta, transcreve as determinações do art. 6º, VIII, do RICMS/97.

Transcreve as disposições do arts 75, § 4º e art. 83, I, do mesmo diploma legal, inclusive jurisprudência deste CONSEF, para argumentar que os caminhões *“independente de ser vendido com prazo superior ou inferior a um ano, tendo havido substituição tributária ou não, uma vez adquirido o veículo para integrar o ativo do contribuinte, este bem não está mais sujeito à tributação, o ICMS devido nestas operações com veículo usado é “0” (zero), pois como se disse não sofre mais a incidência do ICMS ou terá a redução de 100% da base de cálculo equiparando-se a uma isenção total”*.

Em assim sendo, estando a fase de tributação encerrada a multa que deve incidir é aquela de 1%. Solicita a procedência parcial da autuação.

Passa a discutir a infração 04. Afirma de que o agente fiscal não observou que a legislação estadual permite a emissão de nota fiscal quando a mercadoria for entregue no endereço do cliente. Assim, o cliente retirando parcela da mercadoria no próprio estabelecimento ela é emitida através do ECF. Para o restante, que será entregue no endereço do destinatário, há a emissão de nota fiscal. Inclusive adquiriu caminhões justamente com esta finalidade, posto que as mercadorias que revende, a exemplo de balcões refrigerados, são de grandes dimensões e devem ser entregues diretamente no endereço do cliente. A título de amostragem, trouxe algumas notas fiscais com o respectivo canhoto de recebimento das mercadorias. Observa que existe a necessidade de diligência, pois as fotocópias apensadas aos autos estão quase ilegíveis, sendo necessária a realização de diligência para conferir tudo diretamente dos originais.

Apresenta, novamente, as determinações do art. 824-B, § 3º, II, “e” (RICMS/97) e art. 202, § 1º, VII, do RICMS/12 para pontuar que é o ECF é obrigatório para não contribuinte, porém a norma admite a possibilidade de emissão de nota fiscal em pelo menos duas situações:

- a) quando a venda for realizada para contribuinte de ICMS com a devida inscrição estadual;
- b) quando a entrega for efetivada no domicílio do adquirente.

E reafirmando de que as notas fiscais foram emitidas na forma permitida pela legislação e que não cabe ao agente fiscal desobedecer a uma permissão legal, discorre de forma minuciosa sobre o princípio da legalidade em matéria tributária, do princípio “da supremacia da Constituição” e da vinculação do fisco ao princípio da legalidade.

Passa a discutir a respeito da necessidade de diligência fiscal por preposto estranho ao feito, caso se entenda necessário, a fim de que sejam conferidos os documentos fiscais emitidos, objetivando a verificação de que todas as notas fiscais emitidas foram para entrega fora do estabelecimento e alguma delas para contribuintes de ICMS, como autoriza a legislação do ICMS, sendo dispensadas as suas emissões através de ECF.

Neste tópico, discorre sobre: demonstração da finalidade de uma diligência; diligências e poder discricionário; das perícias sob a égide da administração tributária no direito brasileiro, desdobrando tal tópico em: conceituação – perícia e a prova e pedido de perícia e nulidade de uma decisão administrativa.

Por fim, requer o acolhimento da preliminar de nulidade da infração 04 e, caso, ultrapassada, no mérito, a sua improcedência. Requer, ainda, a procedência parcial da infração 02 para que se aplicar a multa de 1%.

Prestando informação, o autuante assim se posiciona:

Infração 02 – discorda das razões de defesa vez que aqui não se estar a falar de imposto e sim da aplicação de multa fixa por descumprimento de obrigação acessória, como dispõe o art. 42, IX e XI, da Lei nº 7.014/96 (transcritos).

Quanto à discordância do impugnante de que a multa de 1% deveria recair sobre as aquisições de automóveis e caminhões, ressalta:

1. De acordo com as determinações do art. 289 e Anexo I, Posição 42.1, do RICMS (NCM 8703.21.00) os automóveis encontram-se enquadrados no regime da substituição tributária. Observa, em seguida, que esta NCM consta expressamente indicada nas notas fiscais de entradas e ora autuadas. Com fase de tributação encerrada, a penalidade a ser exigida é de 1% sobre o valor da mercadoria.
2. No que diz respeito aos "caminhões", tais bens não têm a fase de tributação encerrada, não fazem parte do mesmo item 42, do Anexo I do RICMS e nem pertencem à mesma NCM. Assim, configuram-se mercadorias sujeitas à aplicação do percentual de 10% por descumprimento de obrigação acessória.

Infração 04 – mantém o lançamento fiscal apresentando os seguintes argumentos:

1. A maioria das Notas Fiscais de saídas emitidas pela empresa destina-se a não contribuintes do ICMS, com destaque do CPF, em cada documento, excetuados alguns poucos casos de operações de vendas a contribuinte do ICMS, conforme resta provado nas cópias dos mesmos documentos, acostados a este PAF às fls. 296/507.
2. As vendas realizadas são de mercadorias em muito pequenas quantidades, o que caracteriza movimentação varejista.
3. O contribuinte tem como atividade econômica principal o comércio varejista (código atividade 4753900), especializado de eletrodomésticos e equipamentos de áudio e vídeo, o que impõe, em todas as operações de vendas realizadas, o uso do ECF, conforme art. 824-B, do RICMS-BA.

Conclui afirmando: “*sob a égide do Artigo 824-B, e seus subitens, diversas vezes citado nesta Informação Fiscal, patente está o dever do Autuado utilizar em todas as suas operações comerciais, o ECF, como preceitua a norma legal*”.

Mantém em sua totalidade o Auto de Infração.

VOTO

Preliminarmente quanto ao pedido de revisão fiscal e/ou perícia solicitada pelo impugnante, ressalta-se de que é cediço ser a busca da verdade material e a certeza jurídica a finalidade de qualquer procedimento administrativo tributário, que se pauta nos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito (art. 2º, do RPAF/BA), tendo sempre em vista a conveniência da rápida solução do litígio, restringindo-se as exigências ao estritamente necessário à elucidação do processo e à formação do convencimento da autoridade requerida ou do órgão julgador por ato menos oneroso (§§ 1º e 2º do citado artigo). Por isso, o julgador administrativo pode, e deve, por competência (art. 30, III, do Regimento Interno deste CONSEF – Decreto nº 7.592/99), solicitar diligência ou perícia para que se cumpra, quando necessária, uma exigência processual ou para que se investigue a respeito do mérito de uma questão. No entanto, ao julgador cabe a direção do processo na fase instrutória, tendo a competência de autorizar ou rejeitar a produção de provas e na forma que entender necessária, sob o enfoque exclusivo da necessidade ou não das mesmas para o deslinde do feito.

Afora tais considerações, reza o art. 147, I, “a” do RPAF/BA que deve ser indeferido o pedido de diligência fiscal quando o *julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável*. No presente caso, entendo de que os documentos acostados aos autos são suficientes para decidir a lide.

Por consequência, indefiro o pedido de diligência requerida, com base nas determinações do art. 147, I, “a”, do RPAF/BA.

A empresa apresenta preliminar de nulidade da infração 04 sob o argumento, em síntese, de que o fiscal autuante desconsiderou a norma legal posta e vigente à época dos fatos geradores. Diante desta circunstância, houve afronta aos princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal, além da legalidade do ato administrativo (art. 142, do CTN), havendo cerceamento do seu direito de defesa já que faltam à autuação os elementos que a materialize, pois não foram adotados critérios regulares do procedimento de auditoria.

Aqui entendo que se devem distinguir os seguintes fatos:

1. Não houve cerceamento do direito de defesa. Ao contrário, o impugnante sobejamente se defendeu, apresentando provas documentais e discorreu, de maneira bastante minuciosa, sobre a matéria posta.
2. Os princípios do contraditório e do devido processo legal foram fielmente cumpridos. A auditoria foi realizada de forma legal, o contribuinte recebeu o Auto de Infração com toda a documentação necessária à sua compreensão, foi indicada a norma legal que o fiscal autuante entendeu afrontada. Afora que a empresa se defendeu e o autuante prestou sua informação fiscal.
3. De igual forma, entendo não ter havido afronta ao art. 142, do CTN. Ao analisar as peças processuais, o que se percebe é uma interpretação da legislação vigente feita pelo autuante em confronto com os documentos fiscais da empresa e que deram lastro à auditoria. Se tal interpretação encontra-se correta, ou não, é caso para posterior discussão, desaguando, na procedência ou improcedência da ação fiscal.

Em assim sendo, afasto a preliminar de nulidade argüida pelo impugnante em relação à infração 04.

No mérito, as infrações 01 e 03 não foram contestadas. Inclusive o contribuinte parcelou o débito apurado. Não havendo lide a ser discutida, são elas mantidas nos valores de R\$27.004,12 e R\$1.636,56, respectivamente.

Passo a decidir a lide em relação às infrações 02 e 04.

A infração 02 trata da multa percentual de 10% aplicada sobre aquisições de mercadorias tributadas sem que elas tenham sido lançadas na escrita fiscal do contribuinte. As aquisições foram de dois caminhões (NF-e às fls. 151/152) para compor o ativo imobilizado da empresa.

O impugnante não trata do mérito da autuação, apenas entende que a multa aplicada não poderia ser de 10%, mas sim, de 1%.

A respeito de sua argumentação, tenho a considerar:

1. Razão assiste ao fiscal autuante quando traz aos autos a legislação pertinente à natureza tributária de veículos automotores e dos caminhões adquiridos. Os primeiros, regidos, à época dos fatos geradores, pela sistemática da substituição tributária, conforme dispõe o art. 289 e Anexo I, Posição 42.1, do RICMS/97 (NCM 8703.21.00). Já os segundos possuem tributação normal. Em assim sendo, correta diferença da aplicação do quanto disposto no art. 42, IX e XI, da Lei nº 7.014/96.
2. O fato de tais caminhões terem sido adquiridos para compor o ativo imobilizado da empresa, esta situação não descaracteriza a natureza das operações realizadas, ou seja, aquisições com mercadorias tributadas e não enquadradas no regime da substituição tributária.
3. O fato dos caminhões terem mais de um ano de uso, estando sua revenda isenta de tributação, ou mesmo que possam ter redução de 100% da base de cálculo, eles não são pertinentes para a presente autuação, pois aqui além de não se estar a discutir imposto e sim penalidade de cunho acessório, estes fatos são, todos, posteriores às suas aquisições. Assim, os artigos do RICMS/97 nominados e transcritos pelo impugnante na sua peça impugnatória em nada lhe socorre.

Pelo exposto, os argumentos de defesa não possuem o condão de desconstituir a infração ora em discussão.

Entretanto, em obediência ao quanto disposto no art. 106, II, “c”, do CTN, a multa aplicada deve ser reduzida para o patamar de 1%, vez que o inciso IX do art. 42, da Lei nº 7.014/96 foi alterado pela Lei nº 13.461, de 10/12/2015, DOE de 11/12/2015, efeitos a partir de 11/12/2015, passando a ter a seguinte redação:

IX - 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;

Por tudo exposto, meu voto é no sentido da redução da multa de caráter acessório aplicada na infração 02 por força do que dispõe o art. 106, II, “c”, do CTN, combinado com a nova redação dada ao inciso IX, do art. 42, da Lei nº 7.014/96 pela Lei nº 13.461/15, passando o seu valor para R\$2.621,64, conforme demonstrativo a seguir.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO INFRAÇÃO 02

DATA OCORRÊNCIA	% MULTA	VALOR
31/01/2010	1%	1.651,64
31/07/2011	1%	970,00
TOTAL		2.621,64

A infração 04 cuida da exigência de multa de 2% sobre o valor das mercadorias saídas da empresa autuada com a emissão de documento fiscal diverso daquele decorrente do uso regular de equipamento de controle fiscal – ECF nas situações em que, legalmente, está obrigado.

O fiscal autuante entendeu que o autuado não poderia ter emitido notas fiscais - modelo 1 já que vendas realizadas a não contribuintes. Assim, obrigado a emití-las através do ECF.

Antes de adentrar nas provas existentes nos autos, necessário que se atente á norma regulamentar vigente à época dos fatos geradores, ressaltando, neste momento, de que a empresa era obrigada à utilização do ECF, quando de suas vendas á consumidor final, fato que aqui não se discute. O que se discute é se ela poderia, ou não, e em casos excepcionais, emitir documento fiscal fora do ECF.

O RICMS/97 assim determinava:

***Art. 218.** Os contribuintes, excetuados os produtores rurais e os extratores não equiparados a comerciantes ou a industriais (art. 38), emitirão Nota Fiscal, modelos 1 ou 1-A (Anexos 15 e 16):*

....

***III** - nas vendas a consumidor:*

a) a prazo;

b) a prazo ou a vista, quando as mercadorias não forem retiradas pelo comprador;

***Art. 824-B.** Os contribuintes do ICMS que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes desse imposto deverão utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações.*

§ 3º Não se exigirá o uso do ECF:

I - ...

***II** - nas operações ou prestações realizadas fora do estabelecimento, nas destinadas a entidade da administração pública ou nas promovidas por:*

....

e) pelo estabelecimento usuário de sistema de processamento de dados para emissão de Nota Fiscal em operação de saída de mercadoria para entrega no domicílio do adquirente;

Pela análise da legislação posta, uma das finalidades da nota fiscal modelo 1 e 1-A é a de acobertar vendas de mercadorias quando estas não foram retiradas, quando da compra, pelo consumidor final, quer seja não contribuinte ou contribuinte do ICMS. Como o Cupom Fiscal, emitido pelo ECF, substituiu a Nota Fiscal para consumidor final, deve ele seguir a mesma orientação. Em assim sendo, o § 3º, do art. 824-B excepcionava tal situação no seu § 3º, inciso II, alínea “e”.

O RICMS/12 segue a mesma linha, conforme se depreende dos seus art. 101, § 1º e 202, § 1º, inciso VII, a seguir transcritos.

***Art. 101.** A Nota Fiscal, modelos 1 ou 1-A, será emitida pelo contribuinte não obrigado à emissão de NF-e ou que não tenha optado pelo seu uso.*

§ 1º A Nota Fiscal, modelos 1 ou 1-A, também poderá ser emitida conjuntamente com a emissão de cupom fiscal, se a Legislação Federal dispuser desta forma, quando houver solicitação do adquirente dos bens ou quando não for possível a emissão de documento fiscal por meio do ECF.

***Art. 202.** O contribuinte fica obrigado a utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) no estabelecimento em que ocorrer vendas a varejo de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes do ICMS.*

§ 1º A obrigatoriedade prevista no caput não se aplica às seguintes operações ou prestações:

***VII** - promovida por contribuinte emissor de NF-e ou usuário de sistema de processamento de dados para emissão de nota fiscal em operação de saída de mercadoria para entrega no domicílio do adquirente;*

Como visto, estando provado nos autos de que as notas fiscais autuadas foram emitidas á consumidor final para entrega no seu domicílio, a autuação não tem suporte legal para se manter.

O fiscal autuante visando manter a autuação traz aos autos os seguintes argumentos:

1. A maioria das Notas Fiscais de saídas emitidas pela empresa destina-se á não contribuintes do ICMS. A discussão da lide não é esta. Resta patente, inclusive para o próprio autuante, de que as vendas foram realizadas, em sua maioria, á não contribuintes. O que se discute é se a situação aqui posta diz respeito à excepcionalidade prevista na legislação.
2. As vendas realizadas são de mercadorias em muito pequenas quantidades, o que caracteriza movimentação varejista, como inclusive é a atividade econômica principal do impugnante. Este é outro argumento que não caracteriza a infração. Em primeiro, sendo consumidores finais (não contribuintes ou mesmo contribuintes do ICMS), tais vendas são de varejo. Sendo de varejo, elas são, normalmente, vendas de pequenas quantidades. Em segundo, a atividade principal do autuado não caracteriza a infração.

Assim sendo, o que se deve analisar são as notas fiscais emitidas.

O impugnante, com péssima qualidade, trouxe aos autos, por amostragem, cópias de inúmeras notas fiscais autuadas (fls. 296/507). Embora tenha sido por amostragem, por seu volume (211 notas fiscais) tais documentos se prestam satisfatoriamente para se saber a motivação de suas emissões. Por esta razão entendi não ser necessária a diligência solicitada pelo impugnante.

Analisando estes documentos denota-se que:

1. Os produtos, embora alguns deles possam ser levados pelo consumidor final no momento da compra, muitos deles assim não podem a ex: estufa (fl. 330); amaciador stander (fl. 331); móvel expositor, vitrine (fl. 338). E aqui é bom lembrar, pela própria informação prestada pelo autuante de que a empresa vende eletrodomésticos e equipamentos de áudio e vídeo.
2. Ao analisar a data de saída das mercadorias e a data dos seus recebimentos pelo consumidor final, elas não diferem. Exemplos: NF nº 20046 emitida em 12/4/2011, recebida em 20/04/2011 (fl. 416); NF nº 022303 emitida em 02/04/2012, recebida pelo comprador em 04/04/2012 (fl. 470).
3. Todas, sem exceção, saíram da empresa através de transporte próprio do autuado que incluiu o frete no preço das mercadorias. Em todas elas tal informação encontra-se presente, ou seja, na identificação do transportador, como nas informações complementares. Isto, entendo, é prova mais que suficiente de que as mercadorias foram entregues no domicílio do comprador, pois um cupom fiscal não pode dar trânsito a mercadorias transportadas.

Diante de tais provas, total razão assiste ao impugnante. Na presente lide não restou caracterizada qualquer infração à legislação tributária do Estado no momento em que a empresa emitiu tais documentos, pois produtos entregues aos compradores em seus respectivos domicílios e tudo com base na legislação do RICMS/97 e RICMS/12, acima referida, não devendo ser emitido cupom fiscal, através de ECF, para acobertar a operação comercial realizada.

Pelo exposto, entendo ser improcedente a infração 04.

Por tudo exposto, voto pela PROCEDENCIA PARCIAL do Auto de Infração mantendo integralmente as infrações 01 e 03 (R\$27.004,12 e R\$1.636,56, respectivamente), infração 02 procedente c/ redução dada pela Lei 13.461/15 no valor de R\$2.621,64 e improcedente a infração 04.

Solicita-se ao órgão competente desta Secretaria de Fazenda a homologação dos valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232115.0016/15-0**, lavrado contra **RONALDO CARVALHO COMÉRCIO E ASSISTÊNCIA TÉCNICA LTDA. - EPP**, devendo ser

intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$27.004,12**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “d” da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos legais, além das penalidades por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$4.258,20**, prevista no art. 42, IX e XI, , com os acréscimos moratórios estatuídos na Lei 9.837/2005, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

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”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº **13.537/11**, com efeitos a partir de **20/12/11**.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de abril de 2016

MÔNICA MARIA ROTERS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO / RELATORA

ÁLVARO BARRETO VIEIRA- JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA