

A. I. Nº - 272466.0121/15-0
AUTUADO - ELETROZEMA S/A
AUTUANTE - RENATO AGUIAR DE ASSIS
ORIGEM - INFRAZ GUANAMBI
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 27.12.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0206-05/16

EMENTA: ICMS. 1. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE O VALOR DAS VENDAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO INFORMADO PELO CONTRIBUINTE E O VALOR FORNECIDO POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E ADMINISTRADORA DE CARTÃO. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àqueles informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o 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). Em nenhum dos pontos destacados pela defesa são apresentados elementos de provas que possa desconstituir o crédito tributário lançado. **Infração caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS.** O imposto lançado em função da omissão de entradas não é exigido em virtude desse fato em si, mas sim tendo em vista a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias, haja vista que a existência de entradas de mercadorias não contabilizadas denuncia a falta de contabilização de receitas, ficando evidente que a empresa efetuou pagamentos com recursos não declarados ao fisco, e esses recursos, até prova em contrário, presumem-se decorrentes de operações (vendas) anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Refeitos os cálculos, para correção de erros do levantamento, com redução do valor do imposto originalmente lançado. **Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 09/12/2015, constitui crédito tributário no valor de R\$127.137,11, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 - 05.08.01: Omissão de saída de mercadoria tributada 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 exercícios de 2012 e 2013. Lançado ICMS no valor de R\$20.825,56, com enquadramento no artigo 4º, §4º, inc. VI, da Lei 7.014/96, mais multa de 100% na forma do artigo 42, inc. III, do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 2 - 05.05.01: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas nos exercícios de 2012 e 2013. Lançado ICMS no valor de R\$106.311,55, com enquadramento no artigo 4º, §4º, inc. VI, da Lei 7.014/96, mais multa de 100% na forma do artigo 42, inc. III, do mesmo diploma legal.

O autuado apresenta defesa administrativa às fls. 30 a 35 dos autos, impugnando o Auto de Infração, em sua integralidade, conforme a seguir:

Da realidade dos fatos e da insubsistência do Auto de Infração no que toca a infração 1. Quanto à presunção em que se baseou o autuante, no sentido de que os clientes pagaram valores maiores, via cartões de crédito/débito, do que os que constam dos cupons fiscais, aduz que não procede.

Com efeito, conforme diz demonstrar, as diferenças entre os valores informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e os valores dos cupons fiscais consistem em outros valores, pagos pelos clientes a outras companhias, outras empresas ou financeiras, referentes a outros contratos, absolutamente desvinculados da operação de compra e venda, e que, embora transitem, provisoriamente, pelo caixa da defendente, são a estes repassados, não compondo, pois, a base de cálculo do ICMS.

Em outros termos, destaca que, as diferenças encontradas pelo nobre Fiscal Autuante, se referem às hipóteses em que, além do preço do produto adquirido pelo cliente da defendente, este paga, no mesmo ato, mediante débito ou crédito em seu cartão, por seguros ou outros produtos, fornecidos por outras empresas/seguradoras/financeiras, terceiras e alheias à defendente, embora transitem, provisoriamente, pelo caixa desta.

Observa também, que, outras hipóteses consideradas pelo autuante referem-se a casos de pagamentos efetuados numa certa data, para aquisição de produto(s) indisponível(is) no momento da compra, cujo(s) cupom(ns) fiscal(is) foram emitidos quando da entrega da mercadoria (a posteriori), que diz se encontram demonstradas nos autos.

Demais casos, diz consistir: (a) valores pagos por alguns clientes a título de garantia estendida, que optam por tal contratação com seguradoras, e que, embora transitem pelo caixa da defendente, são posteriormente repassados a estas; (b) valores pagos por alguns clientes a título de títulos de capitalização, também adquiridos de seguradoras, por meio dos quais eles concorrem a prêmios pela Loteria Federal, bem como seguro de vida, que optam por adquiri-los, e que, embora também transitem pelo caixa da empresa, são posteriormente repassados às instituições financeiras com quem são contratados; e (c) valores pagos por alguns clientes pela compra do direito de uso de cursos *on line*, via internet, fornecido pela empresa WOLI CONSULTORIA E TREINAMENTO LTDA.

Sobre a garantia estendida, também chamada de seguro garantia, diz tratar-se de uma extensão da garantia fornecida pelos fabricantes de certos produtos comercializados por empresas de varejo, como é o caso da defendente, contratada, opcionalmente, pelo cliente com companhias seguradoras, devidamente autorizadas pela SUSEP (Superintendência de Seguros Privados), como a CARDIF e ASSURANT, em que a defendente funciona apenas como intermediária em tal relação.

Além da garantia dada pelo fabricante, diz que o cliente do varejo pode optar por contratar uma garantia “extra”, com uma companhia seguradora, por um período posterior ao término do período daquela garantia ordinária, para que, em caso de ocorrência de algum problema técnico com o produto, ocorrida após o término da primeira, ele ainda possa contar com maior tempo para que, a expensas da seguradora, se dê o conserto deste.

Diz, portanto, que se trata de contrato distinto, efetuado entre o cliente e terceira pessoa, uma seguradora, pelo qual aquele paga a esta um prêmio, não integrando o preço da mercadoria, e, portanto, não compondo a base de cálculo do ICMS.

Aduz que o valor pago por tal seguro apenas transita no caixa da defendente, que, posteriormente, o repassa, em sua integralidade, à seguradora que faz parte da relação jurídica de direito material contratada com o cliente. Posteriormente, a defendente percebe apenas uma comissão sobre a intermediação na contratação.

Observa que a distinção entre a operação de compra e venda da mercadoria, contrato efetuado entre o cliente e a defendente, e o contrato de garantia estendida, firmado em momento posterior, entre o mesmo cliente e a companhia seguradora, é evidente: as partes são distintas e diversos são os seus objetos.

Destaca que, tanto isto é verdade, que, se o cliente assim o desejar, apenas a primeira operação (compra e venda) é que ocorre, sem que aconteça a segunda (garantia estendida). Diz, também, que os Tribunais pátrios já contêm decisões sobre o tema, todas no sentido de se concluir pela exclusão da base de cálculo do ICMS. Cita uma ementa do TJMG.

Por fim, diz que, não se pode dizer que a incidência se daria, por subsunção ao disposto no art. 13, II, “a”, da Lei Complementar 87/96. A expressão “seguros”, ali contida, só pode ser entendida como aquela relativa às verbas pagas a esse título que estejam integradas ao preço final do produto, o que, aqui, no seu entendimento, se encontra longe de ocorrer, conforme acima demonstrado.

Sobre título de capitalização e seguros de vida. Diz que, é comum, ainda, que, concomitantemente com a aquisição de um ou mais produtos comercializados pela defendente, os clientes adquirem, também, sob intermediação daquela, títulos de capitalização, por seguradoras (no caso, ASSURANT), por meio dos quais estes concorrem a prêmios pela Loteria Federal, bem como seguro de vida.

Destaca que, os valores pagos pela aquisição de tais títulos, e que, embora também transitem pelo caixa da empresa, são posteriormente repassados à seguradora. O valor debitado no cartão é composto do valor da operação de compra e venda do(s) produto(s) fornecido(s) pela defendente, em que incide, normalmente, o ICMS, e o valor do pagamento por tais títulos que, embora também transitem pelo caixa desta, são repassados à ASSURANT.

Diz, assim, que improcede, pois, também em tais hipóteses, a ilação laborada pelo Auto de Infração, de que houve omissão de saída de produto comercializado pela defendente.

Dos Cursos “WOLI”. Observa que não é raro ocorrer o fato de um cliente adquirir um produto da defendente (operação de compra e venda, sujeita à regular tributação do ICMS), e, no mesmo ato, adquirir um direito de participação de cursos fornecidos pela empresa WOLI CONSULTORIA E TREINAMENTO LTDA., cuja compra é intermediada pela defendente, que repassa tal valor a esta empresa, percebendo apenas uma comissão, paga *a posteriori*, cujo valor é somado àquele (preço da mercadoria) e pago, uma vez só, via cartão de crédito ou débito.

Diz que, tal verba paga pelo cliente para obter a senha, mediante a qual se lhe é disponibilizado o curso, via internet, compõe receita de terceiro (“WOLI”), embora transite pelo caixa da defendente. Observa que recebe, apenas, uma comissão pela intermediação no negócio. Diz que não se trata, pois, de fato gerador do ICMS, na medida em que não ocorre nenhuma circulação, física, jurídica ou econômica, de produto, e, ainda que houvesse, não seria a defendente quem o suportaria.

Conclui afirmando que não há que se falar, pois, em “omissão de saída de mercadoria”, e, conseqüentemente, em cobrança de ICMS, multa e assessórios. Diz insubsistente o Auto de Infração, em relação à infração 1.

Dos equívocos do Auto de Infração no que se refere à Infração 2. Os documentos que diz anexar aos autos (docs. infração 02) demonstram, que, diferentemente do que imputa o Auto de Infração, não há que se falar em “omissão de saídas de mercadorias tributáveis”, na medida em que foram, sim, registradas as notas fiscais para todas as respectivas entradas.

Chama a atenção para a obscuridade e inconsistência do Auto de Infração, no que pertine a tal ponto. Ao descrever a infração, diz que o nobre Fiscal Autuante expõe, *in litteris*, que consiste em “*omissão de saídas de mercadorias tributáveis*”.

Porém, ao intitular o “demonstrativo da presunção de omissão de receitas”, diz, também textualmente: “*Omissão de saídas de mercadorias tributáveis evidenciada pela constatação do não registro de entradas de mercadoria, bens e serviços na escrituração fiscal do contribuinte, tomando por base as aquisições constantes em notas fiscais eletrônicas e os lançamentos realizados no Livro de Registro de Entradas Presunção de omissão de operações tributadas sem o pagamento do ICMS, conforme determinação contida no art. 4º, parágrafo 4º, inciso IV, da Lei 7.014/96*”. Diz então que improcede, pois, a pretensão de cobrança do ICMS e da multa.

Em face do exposto, requer que se decida pela improcedência e insubsistência da autuação, com determinação de seu cancelamento e arquivamento.

Às fls. 67 a 73, o d. Fiscal Autuante, diz que, em atendimento ao despacho de fl. 66, passa a exarar a seguinte informação fiscal:

Da Infração 01 - Auditoria TEF X ECF (omissão de saídas). De início, registra inúmeras dificuldades em obter do contribuinte os arquivos referentes ao ECF do estabelecimento (vide anexo troca de e-mails cobrando o envio), no decorrer da ação fiscal. Ultrapassado este registro que reputa necessário, vai ao mérito da ação fiscal.

Diz que não há reparos a fazer, posto que, a defesa do contribuinte não apresentou provas cabais que poderiam macular a presente ação fiscal. Destaca que, no levantamento realizado, comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte com vendas realizadas com cartão de crédito e/ou débito, gerando a presunção legal de 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.

Observa que, o contribuinte, a seu turno, alega que as diferenças encontradas pelo autuante se referem às hipóteses em que, além do preço do produto adquirido pelo cliente, este paga, no mesmo ato, mediante débito ou crédito em seu cartão, por seguros ou outros produtos, fornecidos por outras empresas/seguradoras/financeiras, terceiras e alheias à autuada, embora transitem, provisoriamente, pelo caixa desta.

Enumera as situações a que se referem: (a) valores pagos por alguns clientes a título de **garantia estendida**, que optam por tal contratação com seguradoras, e que, embora transitem pelo caixa da defendente, são posteriormente repassados a estas; (b) valores pagos por alguns clientes a título de títulos de **capitalização**, também adquiridos de seguradoras, por meio dos quais eles concorrem a prêmios pela loteria federal, bem como seguro de vida, que optam por adquiri-los, e que, embora também transitem pelo caixa da empresa, são posteriormente repassados às instituições financeiras com quem são contratados; e (c) valores pagos por alguns clientes pela compra do direito de uso de **cursos on line**, via internet, fornecido pela empresa Woli Consultoria e Treinamento LTDA.

Todavia, diz que o raciocínio do autuado se contrapõe à legislação vigente do ICMS, que incluem na Base de Cálculo do ICMS todas as importâncias que representarem despesas acessórias, seguros, juros e quaisquer outros acréscimos ou vantagens pagos, recebidos ou debitados pelo contribuinte ao destinatário das mercadorias ou ao tomador dos serviços, inclusive o valor das mercadorias fornecidas ou dos serviços prestados a título de bonificação.

Destaca que, a situação em tela se verifica quando uma empresa comercial varejista vende uma determinada mercadoria e também uma garantia estendida em relação a essa mesma mercadoria, o valor pago relativamente à garantia estendida representa, para o consumidor final, uma típica

despesa acessória incorrida naquela aquisição. O caráter acessório dessa despesa fica claro quando se observa que aquela garantia estendida só existe em função da correspondente venda, de forma que se aquela venda não se concretizasse, também não haveria a venda daquele contrato de garantia estendida.

Para ilustrar o fato, aduz ser evidente que ninguém chega a um estabelecimento varejista e solicita ao vendedor a compra de tão-somente uma garantia estendida para um determinado produto sem a correspondente aquisição do mesmo, sob a alegação de que já fora adquirido em loja de concorrente.

Frisa que não pode prosperar a alegação do autuado de que a garantia estendida é contratada após a venda da mercadoria, sendo um negócio jurídico isolado e distinto. Não há como separar a venda da mercadoria à venda da garantia estendida, pois para toda venda da garantia estendida há uma correspondente venda de mercadoria. Não são, portanto, negócios jurídicos distintos, mas, na verdade, são negócios jurídicos que se complementam.

Uma vez que os valores recebidos pelo autuado a título de garantia estendida representam despesas acessórias cobradas do adquirente das mercadorias, por expressa determinação legal do RICMS/BA, portanto, tais valores devem ser incluídos na base de cálculo do ICMS.

Da simples leitura dos autos, observa que o contribuinte não foi capaz de comprovar (através das respectivas Notas Fiscais de Serviços referentes às supostas vendas de títulos de capitalização, cursos da empresa Woli consultoria e treinamento Ltda.), que não omitiu saída de mercadorias e nem foi capaz de demonstrar que as informações enviadas pela instituição financeira não estavam corretas, não sendo capaz de afastar a presunção legal de ocorrência de omissões.

Diz que, em processo desta natureza, para elidir a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributadas, basta que o contribuinte demonstre e comprove que os valores constantes dos TEF's foram submetidos à tributação do imposto, seja através do ECF (espelho dos cupons fiscais) ou das notas fiscais emitidas, seja por qualquer outro instrumento que comprove ter oferecido tais valores à tributação.

Registra, ainda, que em nenhum momento, a defesa apresentou cópias dos cupons fiscais (espelho) que dariam suporte a sua alegação.

Outra situação de irregularidade constatada no demonstrativo da defesa é que, venda ocorrida no dia 14/01/12 (cupom fiscal 029039 - fl. 36) e pagamento via cartão de débito ocorrido no dia 06/01/12 (fl. 36), ou seja 8 (oito) dias anteriores à respectiva compra; Idem venda ocorrida no dia 15/03/12 (cupom fiscal 025394 - fls. 36) e pagamento via cartão de débito ocorrido no dia 12/03/12 (fls. 36), ou seja 3 (três) dias anteriores à respectiva compra e assim por diante.

Com efeito, diz que as alegações trazidas à colação pelo contribuinte situam-se no terreno das assertivas, não havendo nos autos qualquer prova que elida a presunção de certeza e liquidez de que goza a Ação Fiscal.

Diz que na hipótese de uso de ECF, a legislação determina que os usuários de ECF, ao efetuarem transações cujo pagamento ocorra por meio de cartão de crédito ou de débito, sendo a transação de pagamento operacionalizada por meio de equipamento **eletrônico**, devem emitir o respectivo comprovante de pagamento através do ECF.

Para tanto, o equipamento eletrônico utilizado para operacionalizar a transação de pagamento com cartão deve estar integrado ao ECF sendo o comprovante de pagamento vinculado ao documento fiscal emitido para acobertar a operação de venda ou prestação de serviço respectiva. No caso dos autos, o contribuinte não interligou o ECF ao TEF, ocasionando a presente distorção na apuração do ICMS devido.

Infração mantida (R\$20.825,56).

Da Infração 02 - Auditoria SPED X NFe (omissão de saídas). Diz que, embora o contribuinte tenha reconhecido tacitamente parte do débito fiscal, conforme demonstrativo anexo (R\$725,00 – fl. 61), há reparos a fazer, visto que, as escriturações no SPED das NFe apresentam divergência entre os valores informados (ainda que em centavos), sendo cabível no caso a aplicação de autuação por multa formal.

Explica: NFe 140401 (R\$1.044,19), todavia, ao escriturar a mesma no LE (do SPED), o contribuinte registrou o valor de R\$1.044,00 quando o valor correto seria de R\$1.044,19. Ao realizar o batimento (NFe x SPED), o sistema de fiscalização sinalizou a omissão devida. Idem a NFe 140789 (R\$8.145,14), todavia, ao escriturar a mesma no LE (do SPED), o contribuinte registrou o valor de R\$8.145,00 quando o valor correto seria R\$8.145,14. No tocante à remessa de conserto e operações análogas, diz que manteve a autuação. "*mutatis mutandis*", o novo débito fiscal ficaria em R\$2.715,28.

Infração retificada (R\$ 2.715,28).

Conclui dizendo que ratifica a ação fiscal, ao tempo em que solicita a procedência parcial do auto em epígrafe, totalizando um novo débito em R\$23.540,84 por medida de inteira justiça.

Às fls. 84 a 85, consta carta do órgão competente da SEFAZ encaminhando a informação fiscal para ciência e manifestação do contribuinte autuado, através de AR, emitido pela empresa Correio, com assinatura do recebedor em 02/03/2016, porém se manteve silente.

Não obstante o autuado manter-se em relação ao resultado apontado na informação fiscal de fls. 67 a 73 dos autos, em consonância com o princípio da verdade material e certeza do crédito tributário, na sessão de julgamento do dia 10/05/2016, a 1ª JF, decidiu, conforme fls. 90/91, pela **conversão do presente processo em diligência à Inspeção Fazendária de origem, para encaminhar o presente PAF ao Fiscal Autuante no sentido de:**

- **1ª Providência:** produzir nova informação fiscal, **em relação à infração 2**, com clareza e precisão, sobre os aspectos que efetivamente levaram a alterar a exigência do crédito tributário de R\$106.311,55 para o valor de R\$2.715,28, com fundamentação na forma do § 6º, art. 127, do RPAF/BA, apresentando os novos demonstrativos de débito do saldo remanescente – DEMONSTRATIVO “C” e “T” – de forma impressa na sua totalidade.
- **2ª Providência: em relação à infração 1**, juntar aos autos, de forma impressa, todos os papéis de trabalho - DEMONSTRATIVO "C", "3B" e "Z", que dão sustentação ao débito lançado na autuação, que diz manter na sua totalidade.

O fiscal autuante, em informação fiscal complementar, atendendo a solicitação da diligência apresenta novos demonstrativos de débito com o saldo remanescente às fls. 95 a 132.

Foi dada ciência ao autuado desta informação fiscal, conforme recibo apostado à fl. 133, porém não mais se manifestou.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS no montante de R\$127.137,11, relativo a duas irregularidades, sendo a primeira em razão de ter constatado omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento através cartão de crédito/débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito/débito, no valor de R\$20.825,56, com enquadramento no artigo 4º, §4º, inc. VI, da Lei 7.014/96, a segunda infração, por presunção de omissão de saída de mercadoria tributada decorrente da existência de entradas de mercadorias não contabilizadas apuradas pelo confronto entre as Notas Fiscais Eletrônicas e os lançamentos no livro Registro de Entradas, no valor de R\$106.311,55, também, com enquadramento no artigo 4º, §4º, inc. VI, da Lei 7.014/96, apuradas nos exercícios de 2012 e 2013, todas impugnadas, pelo defendente, na sua totalidade.

No mérito, a infração 1 apontada, está consubstanciada no disposto do § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96. De acordo com este dispositivo legal, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, ocorrendo 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.

No caso em apreço, o débito da infração encontra-se devidamente especificado no Demonstrativo “C” – Demonstrativo de Falta de Pagamento do ICMS (fls. 11/12) apurado a partir da constatação de falta de emissão de documentos fiscais, evidenciado pelo confronto entre os valores constantes no Relatório Diário de Operações (TEF), informado pelas Administradoras de Cartões de Crédito/Débito, e os valores de pagamentos por meio de Cartão de Crédito/Débito, constantes em documentos fiscais emitidos pelo autuado.

Sobre a diferença apurada entre os valores extraídos do relatório diário de operações (TEF) e os valores levantados dos documentos fiscais (DF) foi aplicado o índice de proporcionalidade calculado na forma do Demonstrativo 3B (fls. 13/14), correspondente ao percentual de vendas de mercadorias, produtos e/ou serviços tributados pelo ICMS, obtidos tomando por base os valores constantes em documentos fiscais emitidos pelo autuado na forma da IN nº 56/2007. O resultado encontrado representa a base de cálculo do imposto por presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto. Em cima dessa base de cálculo é verificado o imposto devido calculado à alíquota de 17%.

Desta forma, a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada neste Auto de Infração é fruto de confronto de informações de vendas por notas fiscais e vendas por cupom fiscais. Esse confronto acontece, para os contribuintes do ICMS, independentemente da forma de apuração do imposto a que os mesmos estejam submetidos, se no regime de Microempresa/Empresa de Pequeno Porte (Simples Nacional) ou Regime de Apuração Normal.

Portanto, tanto o fornecimento das informações ao fisco pelas administradoras que é autorizado e de pleno conhecimento do contribuinte, quanto à obrigação de emissão de documento fiscal das operações de vendas de mercadorias está previsto na legislação.

Em sede de defesa, o defendente não questiona a forma de apuração da omissão de saída, mas sim, de que, as diferenças entre os valores informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito/débito e os valores dos cupons fiscais e notas fiscais, consistem em “*outros valores pagos pelos clientes a outras companhias, outras empresas ou financeiras*”, referentes a outros contratos, absolutamente desvinculados da operação de compra e venda, e que, embora transitem, provisoriamente, pelo caixa da defendente, são a estes repassados, não compondo, pois, a base de cálculo do ICMS.

Em outros termos, destaca que, as diferenças encontradas pelo d. agente Fiscal, se referem às hipóteses em que, além do preço do produto adquirido pelo cliente da defendente, este paga, no mesmo ato, mediante débito ou crédito em seu cartão, por seguros ou outros produtos, fornecidos por outras empresas/seguradoras/financeiras, terceiras e alheias à defendente, embora transitem, provisoriamente, pelo caixa desta.

Tais valores, diz consistir: (a) garantia estendida, também chamada de seguro garantia; (b) títulos de capitalização e seguros de vida; e (c) valores pagos por alguns clientes pela compra do direito de uso de cursos *on line*, via internet, fornecido pela empresa WOLI CONSULTORIA E TREINAMENTO LTDA.

Como bem destacou o d. agente Fiscal, o defendente não apresentou qualquer documento que pudesse comprovar tais justificativas, apenas se limitou a dizer que tais diferenças levantadas, *por quantum* relacionar a garantia estendida, títulos de capitalização, seguro de vida e compra de

cursos não estaria no campo de incidência do ICMS.

Há de se ressaltar que, nos termos do art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Entretanto os demonstrativos desenvolvidos pelo d. agente Fiscal, que dão sustentação a infração, são por demais contundentes para caracterizar a omissão de saída de mercadorias tributada 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 termos da inicial dos autos. Em sendo assim entendendo caracterizada a infração 1.

Quanto à infração 2, diz respeito a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, também consubstanciada no disposto do § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96.

Em sede de informação fiscal, o autuante reconhece alguns equívocos cometidos na autuação de ordem material que o fez corrigir de ofício, alterando o valor cobrado na infração de R\$106.311,55 para o valor de R\$2.715,28. Sobre o valor remanescente, diz que se relaciona a retorno de remessa para conserto que teria sido dado entrada no estabelecimento da autuada, sem tampouco ter registrado na escrita fiscal.

Por tal ocorrência, mantém a infração no valor remanescente apontado, sob a perspectiva de que a falta de registro de tal operação, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, consubstanciado nas disposições do art. 4º, § 4º, inc. VI, da Lei 7.014/96.

Às fls. 84 a 85 dos autos, consta carta do órgão competente da SEFAZ encaminhando a informação fiscal para ciência e manifestação do contribuinte autuado, através de AR, emitido pela empresa Correio, com assinatura do recebedor em 02/03/2016, porém se manteve silente.

Em que pese a ausência de manifestação do defendente quantos aos termos da Informação Fiscal, observa-se uma falta de clareza e precisão na significativa alteração do valor do crédito constituído através da infração 2, vez que os dois exemplos de erro formal na constituição do referido crédito, mais especificamente em relação às NF-e 140401 e 140789, não são suficientes para acobertar tal alteração. Como também não é juntado aos autos o novo demonstrativo de débito da referida autuação.

Ademais, a constituição do crédito relacionado à infração 2 (fl. 1) está caracterizada por cobrança do imposto (ICMS), relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entrada de mercadorias não registradas, decorrente de presunção consubstanciada *no artigo 4º, §4º, inc. VI, da Lei 7.014/96*, ao tempo em que na Informação Fiscal (fl. 72), o d. Agente Fiscal deixa a entender que seria cabível multa formal na autuação.

Isto posto, em consonância com o princípio da verdade material e certeza do crédito tributário, na sessão de julgamento do dia 10/05/2016, a 1ª JF, decidiu pela conversão do presente processo em diligência à Inspetoria Fazendária de origem, para encaminhar o presente PAF ao Fiscal Autuante no sentido de produzir nova informação fiscal, em relação à infração 2, com clareza e precisão, sobre os aspectos que efetivamente levaram a alterar a exigência do crédito tributário de R\$106.311,55 para o valor de R\$2.715,28, com fundamentação na forma do § 6º, art. 127, do RPAF/BA, apresentando os novos demonstrativos de débito do saldo remanescente – DEMONSTRATIVO “C” e “T” – de forma impressa na sua totalidade.

Às fls. 95/96 dos autos consta a nova **Informação Fiscal acompanhada dos novos Demonstrativos de Débitos** “C” (fl. 97/98) e “T” (fls. 99/113) da Infração 2, com fundamentação mais contundente, no que dispõe o § 6º, do art. 127, do RPAF/BA, em relação aos aspectos que levaram a alteração do débito da autuação original de R\$106.311,55 para o agora valor devido de **R\$234,32 (fl. 98)** e não o

valor de R\$2.715,28, vez que esse valor se relaciona ao somatório das entradas não registradas (fl. 113).

Dado ciência do resultado da nova Informação Fiscal ao defendente na forma da documentação acostada à fl. 133, onde consta a assinatura do Representante Legal constituído, inclusive com prazo de 60 dias para se manifestar, como assim orienta a legislação, este se manteve silente.

Em sendo assim, não observando qualquer destaque, à luz das documentações acostadas aos autos, que possa desabonar a redução do valor do débito da Infração 2, manifesto pela subsistência parcial do débito da autuação. Desta forma o valor do débito da Infração 2 deve ser alterado de R\$106.311,55 para o valor de 278,94 conforme demonstrativo de débito apontado pelo d. Agente Fiscal às fls. 97/98 dos autos.

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **272466.0121/15-0**, lavrado contra **ELETROZEMA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$21.104,50**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

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, 22 de Novembro de 2016.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR