

A. I. Nº - 269114.0016/17-4
AUTUADO - JÚLIA ROCHA COMERCIAL DE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA. (TOP MÓVEIS) - ME
AUTUANTE - CARLOS RAIMUNDO DA SILVA PEREIRA DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 08.03.2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0021-05/18

EMENTA: ICMS. VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Legalmente presume-se ocorrida operação tributável sem pagamento do imposto quando os valores de venda, sob a mesma modalidade de pagamento, forem inferiores aos informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, o que não ocorreu. Rejeitada a preliminar suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 25/06/2017, para exigir o montante de R\$ 122.521,28, inerente aos meses de julho e setembro a dezembro de 2014, conforme documentos às fls. 5 a 17 dos autos, nos termos a seguir: 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Foi consignado ainda no campo “Descrição dos Fatos” que: *O Auto de Infração versa sobre o(s) lançamento(s) de crédito, tendo em vista a exclusão de ofício do regime diferenciado do Simples Nacional a partir de 01/01/2013, conforme consta no Termo de Exclusão do Simples Nacional em anexo, devidamente registrado no Portal do Simples Nacional, também em anexo, em razão da participação da pessoa física inscrita como empresário, ou seja, sócia de outra empresa, com tratamento jurídico diferenciado nos termos da Lei Complementar 123/06 tendo a receita bruta global ultrapassado o limite de que trata o art. 3º desta lei. Na apuração dos valores conforme demonstrativo, foram considerados os valores do imposto recolhidos correspondentes a cada infração, pela autuada.*

Às fls. 21 a 32 dos autos, o sujeito passivo, após demonstrar a tempestividade da impugnação, apresenta as seguintes razões de defesa:

1. DAS NULIDADES.

Ressalta que todas as operações realizadas são rigorosamente registradas em livros fiscais, não se efetivando qualquer movimentação de mercadoria sem o uso de nota fiscal ou documento correlato.

Destaca ser o Auto de Infração nulo por ser impreciso, isento de elementos de prova, afrontando os princípios constitucionais consagrados do contraditório e da ampla defesa, pois não há elementos suficientes que justifiquem a medida adotada, não se podendo concluir que os valores encontrados referem-se a omissão de saídas de mercadorias.

Salienta, ainda, que o método utilizado para o lançamento caracteriza-se por uma violência

despropositada, já que se baseou tão-somente nas informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito e de débito que se consubstanciam como informações prestadas por terceiro, sem qualquer vinculação com a relação obrigacional e insuscetível de qualquer punição caso as preste de forma errônea, do que concluiu que tais informações jamais podem ser consideradas como prova para lastrear um auto de infração, por se tratarem de mero indícios para investigação e sem antes verificar os dados da própria defendente, inclusive com direito ao contraditório, do que invoca o art. 18, IV, “a”, do RPAF, como também o art. 41 do mesmo diploma legal, uma vez que esses dados nunca foram oferecidos ao contribuinte durante a ação fiscal para que pudessem ser contraditados, o que inquina de nulidade o Auto de Infração.

2. DO MÉRITO

2.1 A metodologia de comercialização das empresas de vendas de móveis. Venda para entrega futura.

Afirma o defendente que não houve falta de emissão de documentos fiscais resultando em omissão de saídas, conforme alega o fisco, uma vez que sua atividade de venda de móveis e eletrodomésticos apresenta peculiaridades que não são desconhecidas, pois se caracterizam pela venda de mercadorias para entrega futura, quando ao final o documento fiscal é emitido. Em vista disso, o cliente pode pagar imediatamente o total da compra, como pode também dar um sinal e pagar o restante quando da entrega do pedido ou até pagar integralmente na entrega da mercadoria.

2.2 Adequação do contribuinte à legislação baiana de regência da venda para entrega futura.

Aduz que cumpre as determinações contidas nos artigos 337 e 338 do RICM/2012, os quais determinam a obrigatoriedade de emissão de documento fiscal tão-somente no momento da entrega da mercadoria. Assim, segundo o apelante, a auditoria fiscal aplicada ao contribuinte não se coaduna com as regras previstas para vendas para entrega futura, visto que o RICMS determina um tratamento diferenciado para tais casos.

2.3 A emissão de cupons não fiscais para acobertar as operações de venda para entrega futura, com posterior emissão de cupons fiscais.

O autuado aduz que os valores exigidos traduzem, em verdade, os diferentes momentos em que são realizadas as compras de mercadorias e aqueles em que elas são entregues ao consumidor final, quando efetivamente são emitidos os cupons fiscais. Registra que é nesse instante que pode ocorrer as diferenças alegadas pelo autuante, bastando, para tanto, que a venda do produto e a sua entrega ocorram em meses distintos.

Diz que essas diferenças são nitidamente observáveis quando o próprio demonstrativo fiscal apresenta meses em que os valores apurados no Registro de Saída são superiores àqueles informados pelas empresas de cartão de crédito e de débito, conforme ocorreu nos meses de janeiro a junho e agosto de 2013, as quais foram desprezadas pelo autuante, como se fosse possível o contribuinte querer pagar mais do que deveria. Assim, o defendente concluiu que, em verdade, tais diferenças a favor do fisco e do contribuinte somente explicam a metodologia de comercialização de seus produtos que se caracteriza pela venda para entrega futura.

2.4 A necessária diligência por auditor estranho ao feito.

O sujeito passivo alega que pelo volume de documentação diariamente produzida em suas operações fica impossível apensar à presente defesa cópia de todos os cupons fiscais, não-fiscais e dos relatórios gerenciais que demonstrariam a regularidade das operações. Daí que, em homenagem ao princípio da verdade material em que se sustenta o processo administrativo fiscal, torna-se imperiosa a realização de diligência na matriz da empresa, local onde estará disponibilizada toda a documentação necessária para constatar a veracidade do quanto se alega.

Diante do exposto, requer que seja decretada a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração, determinando para os casos pertinentes a necessária diligência por preposto estranho ao feito.

O autuante ao prestar a informação fiscal, às fls. 39 a 42 dos autos, reitera que se trata de

lançamento de crédito tendo em vista a exclusão de ofício do regime diferenciado do Simples Nacional, conforme consta do Termo de Exclusão do Simples Nacional, devidamente registrado no Portal do Simples Nacional, e que na apuração dos valores exigidos foram considerados os valores do imposto recolhidos e créditos.

Ressalta que o sujeito passivo, em momento algum, contesta ou discute os valores apontados pelas operadoras de cartões de crédito/débito.

Salienta que as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, conforme estabelece o art. 35-A da Lei nº 7.014/96, foram utilizadas para o levantamento fiscal e, por conseguinte, constituem prova para a autuação fiscal e se não fossem utilizadas pelo fisco não haveria motivo para constar da legislação a obrigatoriedade das administradoras enviarem para a SEFAZ seus arquivos referentes a cada operação efetuada pelo autuado.

Assim, considerando que as informações que tiveram como lastro as operações realizadas pelo próprio contribuinte e que este não apresentou qualquer prova em contrária aos valores apresentados, o autuante concluiu que não houve cerceamento ao direito de defesa, pois, é exatamente no momento da impugnação que se pode exercer plenamente tal direito.

Registra que o art. 337 do RICMS/12 ao utilizar o vernáculo “poderá”, no caso em tela, a interpretação deverá respeitar os princípios gerais da contabilidade e os princípios básicos da escrituração fiscal, pois como pode qualquer quantia ingressar no caixa de uma empresa sem a devida comprovação de origem? Não pode ser simplesmente um controle interno da empresa como deseja a autuada, “por meio de um sistema informatizado” ou “ordem de serviço escrita”.

Aduz que o texto do art. 338 do RICMS não deixa margem para dúvidas de que a nota fiscal de simples faturamento deve ser emitida e que, obviamente, essa não foi a rotina da autuada, ou seja, não há justificativa para a não emissão de notas fiscais.

Quanto aos demais argumentos, o autuante sustenta que, com base na discussão anterior, não podem prosperar e quanto aos valores apurados no livro de Registro de Saída serem maiores do que os informados pelas empresas de cartão de crédito e de débito aduz que existem várias explicações possíveis que não seja “o desejo do contribuinte pagar mais impostos do que deveria”, como afirma a autuada, pois pode significar simplesmente que as vendas em cartão de crédito/débito mais venda em espécie ou em cheque são maiores que as vendas através de cartão informadas, como sempre deveria ser, pois o contrário é que demonstra omissão de saída.

Por fim, o autuante concluiu não proceder a alegação de que há necessidade da realização de diligência por fiscal estranho ao feito, tendo em vista que o levantamento fiscal e os documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado mediante recibo, são suficientes para análise do mérito da autuação. Pede a manutenção do Auto de Infração.

VOTO

O lançamento de ofício, ora em análise, imputa ao sujeito passivo o cometimento de infração, com o débito exigido no montante de R\$ 122.521,28, objeto da insurgência do sujeito passivo, sob a acusação de “*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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito*”.

Inicialmente, quanto às preliminares do pedido de nulidade do Auto de Infração sob alegações de:

1. Ser impreciso, isento de elementos de prova, não se podendo concluir que os valores encontrados referem-se a omissão de saídas de mercadorias;
2. Se fundamentar em informações prestadas por terceiro, as quais se tratam de mero indícios para investigação, devendo serem confrontadas com os dados da escrita fiscal do contribuinte, com direito ao contraditório, uma vez que esses dados nunca foram oferecidos ao contribuinte durante a ação fiscal para que pudessem ser contraditados.

Há de se salientar ser descabida a pretensão do recorrente de nulidade do lançamento, visto que:

1. O Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, cujo demonstrativo que fundamenta a acusação fiscal é inteligível e foi entregue cópia ao autuado, conforme recibo à fl. 17 do autos, o que demonstra inexistir cerceamento ao direito de defesa;
2. Por se tratar de uma presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributadas e por ficar comprovado que as vendas sob a modalidade de cartão de crédito e/ou débito oferecidas à tributação pelo sujeito passivo foram em valor inferior ao praticado efetivamente, em razão dos valores recebidos pelo próprio contribuinte das instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, fato este inquestionável e irrefutável financeiramente, não se deve atribuir a tal fato o status de *prova indiciária*, diante do confronto com as aludidas informações e os documentos fiscais do contribuinte, pois tal fato comprova de forma inequívoca a existência de receitas de vendas não oferecidas à tributação, cabendo a presunção legal apenas quanto à condição de mercadorias tributáveis.
3. Registre-se que nas informações financeiras, cuja cópia foi entregue ao autuado, conforme estabelece o art. 35-A da Lei nº 7.014/96, o acusado sabe quem é o informante, o valor informado por operação e data, cujos dados, inclusive o montante financeiro, pode ser confrontado com o efetivamente recebido, de modo a se comprovar suposta divergência.

Assim, diante de tais considerações, rejeito as preliminares de nulidade do Auto de Infração.

Também, nos termos do art. 147, I, alíneas “a” e “b”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, em razão de considerar suficientes os elementos contidos nos autos, como também por se destinar a verificar fatos vinculados à escrituração fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos, indefiro o pedido de diligência fiscal.

Registre-se ainda que, por se tratar a acusação de uma presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributadas, conforme previsto no art. 4º, §4º, VI, “a”, da Lei nº 7.014/96, excepcionalmente, neste caso, o ônus da prova de tornar improcedente a presunção legal é do contribuinte, não cabendo utilizar-se do aparato fiscal para produzir provas de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativo a fatos modificativos ou extintivos do crédito tributário, por ele alegado e de único e pleno conhecimento dele.

Portanto, diante de tais considerações, não há como deferir a diligência ou acolher as nulidades suscitadas, já que o processo administrativo fiscal preenche todas formalidades legais e encontra-se devidamente instruído, salvo provas contrária de ônus do contribuinte.

Quanto às razões de mérito resume-se, unicamente, na alegação de que opera com vendas para entrega futura, quando ao final o documento fiscal é emitido, conforme previsto no art. 338 do RICMS. Assim, o defendente vislumbra que a auditoria fiscal aplicada não se coaduna com as regras previstas para entrega futura.

Contudo, da análise do demonstrativo, à fl. 15 dos autos, verifica-se que tal alegação defensiva não se sustenta porque o preposto fiscal, para apuração da base de cálculo do valor do ICMS ora exigido, deduziu do montante mensal informado pelas instituições financeiras todos os valores de vendas mensais oferecidos pelo contribuinte, conforme coluna “SAÍDAS Apuradas nos DMA’s”, cujo valor remanescente denominou de “Diferença Base de Cálculo” e aplicou a alíquota de 17% para apurar o ICMS devido. Em consequência, todas as saídas das diversas modalidades de pagamento, a exemplo de em espécie, cheque, etc., foram já consideradas e deduzidas dos valores informados pelas instituições financeiras e relativos à modalidade única de cartão de crédito/débito e, mesmo assim, resultaram em diferenças, ou seja, saídas sem notas fiscais.

Caso não houvesse já sido abatido o montante de todas as saídas oferecidas à tributação pelo sujeito passivo dos valores informados pelas instituições financeiras, também não se sustentaria a

alegação de defesa porque poderia o alegante apresentar a prova documental quando da entrega futura, cujo documento fiscal poderia ser confrontado com a receita financeira informada, em que pese a divergência entre as datas.

Assim, por se tratar de uma presunção "*juris tantum*", que consiste na presunção relativa, válida até prova em contrário, o contribuinte não conseguiu elidir o valor remanescente, devendo-se manter a exação fiscal.

Por fim, inexistente previsão legal para dedução dos valores informados pelas instituições financeiras em relação às quantias oferecidas à tributação pelo contribuinte sob as diversas modalidades de pagamentos, conforme ocorreu no lançamento de ofício, razão da existência no Registro de Saída de valores superiores àqueles informados pelas empresas de cartão de crédito e de débito, fato este que beneficiou o autuado.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269114.0016/17-4, lavrado contra **JÚLIA ROCHA COMERCIAL DE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA. (TOP MÓVEIS) - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$122.521,28**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de fevereiro de 2018.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAÚJO – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR