

A. I. Nº - 206956.0006/17-7
AUTUADO - ROCHA COMERCIAL DE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA - ME
AUTUANTE - PAULO APARECIDO ROLO
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - 11.05.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0053-02/18

EMENTA: ICMS. 1. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES RESULTANDO EM DIFERENÇA NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Infração caracterizada 2. MULTA PERCENTUAL APLICADA SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO ANTECIPADO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. Comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, e restando caracterizada a infração, é devida a aplicação da multa equivalente a 60% do imposto não antecipado, prevista no artigo 42, inciso II, da alínea "d", da Lei nº 7.014/96. Infração não elidida. Rejeitadas as preliminares de nulidade e negado o pedido de diligência fiscal, por conter os autos todos os elementos para uma decisão sobre a lide. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 30/06/2017, para exigência do crédito tributário no valor de R\$40.221,70, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

01 - 05.08.01 - Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$38.396,26, referente a omissão de saídas de mercadorias tributadas, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e de débito em valores inferiores aos valores fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, setembro, outubro e dezembro de 2014, conforme demonstrativos e documentos às fls. 12-A a 54.

02 – 07.15.05 - Multa percentual, no valor de R\$1.825,42, sobre o imposto que deveria ter sido recolhido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses maio, julho, outubro e novembro de 2014, conforme demonstrativos e documentos às fls. 12-A a 54.

O autuado foi cientificado da autuação pessoalmente em 07/07/2017, e em 11/09/2017 mediante Processo SIPRO nº 162623/2017-6 (fls. 60 a 73), e por meio de seu advogado legalmente constituído nos autos, tempestivamente apresenta defesa, fez uma síntese fática e impugnou o lançamento consubstanciado no auto de infração, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

Argui que o presente Auto de Infração é NULO de pleno direito por ser impreciso, isento de elementos de prova, afrontando os princípios constitucionais consagrados do Contraditório e da

Ampla Defesa, desrespeitando a processualística legal firmada pelo Decreto nº 6.284/97 (RAICMS) e pelo Dec. 7.629/99(RPAF).

Sustenta que não há elementos suficientes que justifiquem a medida adotada na questionada autuação e não se pode concluir que os valores “encontrados” pelo autuante referem-se a “omissão de saídas” de mercadorias.

Argumenta que o método utilizado para o lançamento do auto de infração caracteriza-se por uma violência despropositada, uma vez que o Auditor baseou sua exação 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 em tela e insuscetível de qualquer punição caso as preste de forma errônea, do que se pode concluir que tais informações jamais podem ser consideradas como prova para lastrear um auto de infração, não sendo mais do que meros indícios para uma investigação minuciosa e que celebre o direito ao contraditório. Diz que como não há que se falar em quaisquer outros indícios de sonegação, não se pode concluir, com base exclusivamente no cotejo com as informações prestadas por terceiro, que os valores “encontrados” pelo Autuante se referem a “omissão de saídas” de mercadorias.

Comenta que o direito ao exercício da defesa por parte do contribuinte é uma garantia sedimentada no art. 5º, LV, da nossa Carta Magna, no qual se prescreve que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Aduz que tal garantia foi repetida no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal e não admite ressalvas ou mitigações. A plenitude do exercício da defesa demonstra que se pode exercê-la a partir do momento da acusação, do momento da lavratura do auto ou da constituição do crédito fiscal, evidenciando que o autuante não deveria proceder à autuação sem antes verificar os dados da própria Defendente, baseando-se tão somente em informações prestadas por terceiro alheio à relação obrigacional - e ainda se o fizesse, deveria ter, no mínimo, aberto prazo para que a empresa fornecesse as informações para que fosse realizado o devido cotejo antes da autuação vergastada.

Frisa que não há como se defender do que não se sabe, já que as supostas provas que lastrearam a acusação fiscal não foram oferecidas ao contraditório. Diz, ainda, que não havendo no auto de infração, elementos que materializem as infrações cometidas, fere-se frontalmente dispositivos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, o que, consequentemente, o enquadra nas hipóteses de nulidade elencadas nos incisos II e IV do art. 18, do referido diploma legal.

Observa que o referido Auto de Infração tem por base a captação de informações do contribuinte fornecidas pelas operadoras de cartão de crédito e de débito, todavia, esses dados nunca lhe foram oferecidos durante a ação fiscal para que pudessem ser contraditados, violando frontalmente os dispositivos constantes no art. 41 do RPAF/99.

Lembra que a própria cobrança do tributo é ato vinculado, ou seja, deve atender à formalidade que a legislação impõe, mais precisamente o art. 3º do CTN:

Comenta que a falta de documento essencial inquina de nulidade o auto de infração e o comportamento do Autuante em constituir crédito tributário sem o cumprimento das formalidades legais constitui excesso de exação, vedado pelo parágrafo único do art. 142 do CTN e, neste mesmo caminho, em abuso de autoridade previsto na Lei nº 4.898 de 9/12/1965, devendo ser imediatamente reparado pelo Egrégio Conselho de Fazenda.

No mérito, impugnou o lançamento tributário com base nos itens seguintes:

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

Salienta que as nulidades anteriormente aduzidas não desnaturam o fato de que não houve a alegada falta de emissão de documentos fiscais resultando em omissão de saídas, uma vez que a atividade de venda de móveis e eletrodomésticos apresenta peculiaridades que não são desconhecidas do Fisco. Leciona que as operações mercantis de móveis se caracterizam pela venda de mercadorias para entrega futura, quando ao final o documento fiscal é emitido.

Diz que em muitos casos, ao desejar comprar um determinado móvel em exposição na loja, o consumidor escolhe dentre aqueles que estão em exposição, mas que não estão disponíveis para entrega imediata; na maioria das vezes os móveis serão ainda adquiridos pela loja e entregues posteriormente ao consumidor final, momento em que a nota fiscal será emitida. Em vista disso, informa que 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.

Ressalta que: a) na compra de alguns produtos que estejam no estoque da loja, geralmente móveis de pequeno tamanho, o consumidor já recebe este bem adquirido no momento da compra, emitindo-se de imediato o documento fiscal; b) esses pagamentos nas compras de todos os produtos poderão ser efetuados em dinheiro, cheque à vista ou a prazo, ou, como na imensa maioria dos casos, por intermédio de cartão de crédito ou de débito; e c) muitas vezes o consumidor não tem o veículo necessário para o transporte necessariamente haverá a necessidade dos mesmos procedimentos adotados nos [óculos de grau], importando, do mesmo modo, em venda para entrega futura.

Pontua que em qualquer caso, o documento fiscal somente é emitido na efetiva entrega da mercadoria e isso depende do momento em que o cliente comparecer à loja para retirar o produto.

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

Quanto à correição do seu procedimento, diz que o RICMS/2012 é claro ao determinar a obrigatoriedade de emissão de documento fiscal tão-somente no momento da entrega da mercadoria, consoante artigos 337 e 338.

Chama a atenção de que a auditoria fiscal aplicada ao contribuinte não se coaduna com as regras previstas para vendas para entrega futura, pois as regras gerais que regem a emissão de documentos fiscais a maioria dos estabelecimentos não se aplicam àqueles que praticam vendas para entrega futura, uma vez que o RICMS determina um tratamento diferenciado para tais casos.

Explica que no ato da venda o próprio art. 337, expressa uma faculdade na emissão do documento fiscal quando atribui o vernáculo “poderá”, ou seja não há obrigatoriedade da emissão do documento fiscal no momento do ingresso de recursos provenientes da operação de venda para entrega futura e, se o contribuinte ainda assim emitir, ela deve expressar uma operação de crédito tão- somente (faturamento) e sem o destaque do ICMS.

Pondera que o vernáculo “emitirá” estabelecido no art. 338, não deixa margem à qualquer dúvida que é na SAÍDA DA MERCADORIA que o contribuinte deverá emitir o documento fiscal com destaque do ICMS, privilegiando, assim, o aspecto temporal da norma de incidência do tributo.

Conclui que a legislação tributária não previu a emissão de qualquer documento anterior à emissão do cupom ou nota fiscal para comprovação da venda futura. E que esse controle é interno da empresa, podendo ser efetuado por meio de um sistema informatizado ou de forma escrita (ordem de serviço escrita), como o seu caso. Ou seja, emite ao consumidor documento escrito, proveniente de bloco sequenciado de folhas, em que consta a natureza do pedido, a descrição do produto, o prazo de entrega, a identificação do consumidor, a modalidade de pagamento e o valor pago, cujo documento serve de lastro para a **emissão do competente cupom fiscal quando o cliente receber a mercadoria.**

No caso, aduz que não houve a sensibilidade necessária do Autuante para verificar tal situação que, repete, não é desconhecida pelo Fisco, como bem aduziu o Conselheiro José Bezerra. Negar a existência desta forma de procedimento por parte das óticas é querer negar a realidade.

Esclarece que são emitidos cupons não fiscais para acobertar as operações de venda para entrega futura, e posteriormente, a emissão de cupons fiscais.

Salienta que os valores encontrados pelo Autuante como sendo diferenças tributáveis entre os importes informados pelas empresas administradoras de cartões de crédito e as operações de venda e de prestação de serviços praticados pelo Autuado no mesmo período, 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. Diz 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. Explica: *Uma operação de venda para entrega futura (venda de um móvel que não está no estoque ou que será entregue posteriormente na residência do cliente) que ocorra, por exemplo, no dia trinta de um mês, necessariamente, importará na emissão do cupom fiscal no mês subsequente e se essa venda for efetuada mediante utilização de cartão de crédito ou de débito restará evidenciada as diferenças tais como aquelas imputadas pelo Auditor para autuar empresa.*

Aponta que essas diferenças são nitidamente observáveis quando o próprio Demonstrativo elaborado pelo Autuante apresenta meses em que os valores apurados no Registro de Saída são superiores àqueles informados pelas empresas de Cartão de crédito e de débito, como foi o caso dos meses de **Maio, Junho, Julho e Agosto de 2014**, mas que foram desprezadas pelo insigne Auditor, como se fosse possível o contribuinte querer pagar mais imposto do que deveria.

Assim, afirma que tais diferenças a favor do fisco e do contribuinte somente explicitam a metodologia de comercialização de seus produtos que se caracteriza pela venda para entrega futura.

A incorreção na forma da apuração da multa por falta de pagamento da Antecipação Parcial.

Alega ainda que ocorreu equívoco do Agente Autuante ao apurar a suposta falta de pagamento da antecipação parcial do ICMS por parte do contribuinte, visto que, está nítido que o Auditor ao não adotar em seu trabalho a legislação da época dos fatos geradores, contaminou com nulidade o seu demonstrativo de débito, à luz do § 2º do art.332 do RICMS.

Pontua que a redação atual do parágrafo segundo do art. 332 foi dada pelo Decreto nº 17.164, de 04/11/2016, com efeitos a partir de 01/11/2016, determinando que o pagamento da antecipação parcial do ICMS deverá ser **até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do documento fiscal.**

Desta forma, aduz que o equívoco está evidenciado no trabalho do Autuante quando ele, para fazer seu demonstrativo de débito, adotou o **momento da emissão** do documento fiscal para

fixar aspecto temporal da incidência tributária e não o **momento da entrada** da mercadoria no estabelecimento destinatário, consoante determinação contida na norma vigente no período fiscalizado.

Sem embargo de que tal erro inquinaria de nulidade esse item do auto de infração, aduz que esse comportamento traz evidente prejuízo ao contribuinte quando o Autuante tributa o resultado favorável ao Fisco, mas não leva em consideração os meses em que esse resultado foi favorável ao contribuinte.

Entende que, no mínimo é necessária a recomposição do demonstrativo de débito do autuante para que se ajuste à norma de regência do tempo dos fatos geradores e se determine ao final se realmente houve falta de recolhimento da antecipação parcial e de seu valor monetário para imposição da multa.

A necessária diligência por auditor estranho ao feito.

Informa que pelo volume de documentação diariamente produzida pelo estabelecimento 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. Com base nisso, diz 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 Autuada, a ser efetuada por fiscal estranho ao feito, local onde estará toda a documentação necessária para constatar a veracidade do quanto se alega, consoante disposto no artigo 150 do RPAF.

Em consonância com os argumentos de fato e de direito expostos, requer a recepção e o processamento da presente IMPUGNAÇÃO para que, ao final, seja decretada a **NULIDADE**, ou mesmo a **IMPROCEDÊNCIA** do auto de infração guerreado, determinando para os casos pertinentes a necessária **DILIGÊNCIA** por Auditor estranho ao Feito.

O autuante através do Processo SIPRO nº 004121/2018-2 (fls.79-B a 85), presta informação fiscal nos seguintes termos:

Relata que o sujeito passivo tenta invalidar o lançamento, em preliminar, afirmando que, para fiscalizar, foram utilizadas apenas informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito/débito e que deveria ter sido oferecido prazo para que a empresa fornecesse as informações para que fosse realizado o devido cotejo antes da autuação.

Registra de pronto que a Impugnante, em momento algum apresenta 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 7.014/96 foram utilizadas para o levantamento fiscal, e por conseguinte, constituem prova para alicerçar o feito fiscal e se não fossem utilizadas pelo Fisco não haveria motivo para constar da legislação a obrigatoriedade para que as administradoras enviassem seus arquivos referente a cada operação efetuada pela autuada para a SEFAZ.

Considerando que as informações que tiveram como lastro as operações realizadas pela própria Impugnante e esta não apresentou qualquer prova contrária aos valores apresentados, entende que não houve cerceamento ao direito de defesa da Impugnante, pois, é exatamente no momento da impugnação que esta pode exercer plenamente tal direito.

Em contrário senso do que afirma a defendente, esclarece que os valores encontrados em caixa sem origem comprovada, ou seja, sem nota fiscal correspondente, é uma infração tributária: omissão de receita.

Diz que os demais argumentos tendo como base a discussão anterior não podem prosperar e quanto a valores informados nas DMA's, maiores do que os informados pelas empresas de

cartão de crédito e de débito, existem várias explicações possíveis que não seja o desejo do contribuinte pagar mais impostos do que deveria, como afirma o autuado. Entende que pode significar simplesmente que as vendas em cartão (crédito ou débito) mais vendas em espécie ou em cheque são maiores que as vendas através de cartão (crédito ou débito) como sempre deveria ser. Já o contrário, aduz que é o que demonstra omissão de saída.

Quanto a alegação de que há necessidade da realização de diligência por fiscal estranho ao feito, sustenta que não procede, tendo em vista que o levantamento fiscal foi feito com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, e são suficientes e claros para análise do mérito da autuação.

Quanto à Infração 02 - 07.15.05, destaca que um ponto levantado pelo autuado é a data de vencimento para pagamento da antecipação parcial. Não concordou com a alegação defensiva de que cumpria todas as condições necessárias para ter o direito ao vencimento dia 25 do mês subsequente, visto que, não fazia jus por estar irregularmente no Simples Nacional quando seu faturamento não mais permitia.

Apesar disso, informa que o total devido por antecipação parcial mensal foi lançado na data do dia 30 de cada mês e não na data de emissão de cada nota fiscal como afirma o autuado, confundindo emissão da nota fiscal com vencimento do imposto da antecipação parcial. Frisa que essa consideração no dia 30 é a mais benéfica ao contribuinte.

Quanto a alegação de que há necessidade da realização de diligência por fiscal estranho ao feito, sustenta que a mesma não procede, pelos mesmos argumentos utilizados no item anterior.

Sendo assim, pelos argumentos expostos, pugna pela manutenção de todo o Auto de Infração.

VOTO

Preliminarmente, verifico presentes, no Processo Administrativo Fiscal em tela, os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos fiscais reclamados, estando o lançamento de ofício de acordo com o estabelecido nos termos dos artigos 39, RPAF BA (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal) e 142 do CTN (Código Tributário Nacional), ou seja, todos os itens da autuação estão acompanhados de levantamentos e demonstrativos constantes às fls.15A e 15B, 56 e 57, inclusive os Relatórios Diários por Operações TEF, fls.29 a 54, que foram entregues ao sujeito passivo conforme assinatura do seu preposto legal nos referidos, e Recibo à fl.28, os quais, permitiram a ampla defesa e o contraditório.

Portanto, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade da autuação suscitadas na peça defensiva, a pretexto de preterição do seu direito de defesa, pois, ao contrário do alegado na defesa, foram oferecidas ao contraditório as provas que serviram de base as acusações fiscais, mais precisamente, as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito e débito, bem como, o demonstrativo da antecipação parcial não adimplida, as quais servem como elementos de provas das imputações. Assim, residindo no campo das provas, as alegações defensivas acima citadas, não há que se falar em nulidade do lançamento, mas sim sobre a sua procedência ou improcedência, questão que será tratada por ocasião do exame do mérito.

Logo, não cabe a alegação de nulidade por falta de provas, bem assim, a arguição de nulidade por cerceamento do direito de defesa, uma vez que nos documentos acima citados, que embasaram as infrações, restou esclarecida a forma como foram apurados os valores objeto do lançamento tributário, o que, repito, possibilitou ao autuado exercer com plenitude seu amplo direito de defesa.

Igualmente, sobre a alegação do sujeito passivo de que o autuante deveria, antes da autuação, oportunizá-lo a demonstrar as diferenças, pois no prazo de defesa o contribuinte teve tempo

suficientes para apresentar as provas necessárias para impugnar as infrações, inclusive, até o momento deste julgamento nada apresentou neste sentido.

Assim, como base no acima alinhado, concluo que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando qualquer violação ao devido processo legal, ficando rejeitado o pedido de nulidade da ação fiscal argüído pelo defendente, por não estarem presentes os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA.

Quanto ao pedido do autuado de diligência para revisão do lançamento, com base no art. 147, inciso I, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido tal pedido, tendo em vista que o pedido do contribuinte foi no sentido de verificação de fatos vinculados à escrituração comercial ou de documentos que estejam de sua posse, e cujas provas poderiam ter sido juntadas aos autos. Além disso, o autuado não apresentou provas de suas alegações, nem justificou impossibilidade de trazer ao processo tais provas.

No mérito, quanto à Infração 01 – 05.08.01, a imputação diz respeito a falta de recolhimento do ICMS pela constatação de omissão de saídas de mercadorias tributadas, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e débito em valores inferiores aos valores fornecidos por administradoras de cartões de crédito.

A infração está fundamentada no § 4º do artigo 4º, inciso VI, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, que prevê *in verbis*: “O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimientos 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”.

Desta forma, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, independente de ter ocorrido através de ECF ou através da emissão de notas fiscais, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Em processo desta natureza faz-se necessário o fornecimento ao contribuinte dos “Relatórios de Informações TEF – Diário”, com especificação das vendas diárias, por operação, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administração de cartão, separadamente, de modo que possa ser efetuado o cotejo entre os valores registrados na escrita fiscal e no equipamento emissor de cupom fiscal com as operações informadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito.

Neste processo, observo que o autuado, conforme Declaração de fl.28, recebeu os Relatórios Diários Operações TEF, constantes às fls.29 a 54, relativos à cada administradora de cartão Rede Card S/A, e teve todas as oportunidades de elidir a presunção de omissão de saídas fazendo a correlação dos valores existentes em escrita fiscal para os valores informados pela referida administradora de cartões.

Quanto às alegações defensivas de que: a) atua na venda de móveis e eletrodomésticos, cujo seu procedimento fiscal está de acordo com os artigos 337 e 338 do RICMS/2012, regras previstas para vendas para entrega futura; b) para a comprovação da venda futura se utiliza de controle interno informatizado ou ordem de serviço escrita que serve de lastro para a emissão do cupom fiscal quando o cliente receber a mercadoria ; c) as diferenças apuradas pela fiscalização se referem aos diferentes momentos em que são realizadas as vendas e sua entrega, observo o que segue.

O sujeito passivo recebeu os TEFs Diários, e sendo assim, para que fosse elidida de modo válido a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, o autuado deveria ter feito o cotejamento entre o que consta nos “Relatório de Informações TEF – Diário”, com os valores correspondentes às notas fiscais emitidas por força de operação para entrega futura, de modo a comprovar que os valores informados pelas operadoras efetivamente foram lançados em sua escrita fiscal, haja vista que nos citados TEF’s diários estão especificadas as vendas diárias, por operações, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administradora de cartão, separadamente, no caso, Rede Card S/A.

Ademais, cabe consignar que na apuração do débito a fiscalização considerou todas as vendas constantes na DMA declaradas pelo autuado e as comparou com os valores dos TEFs Diários, procedimento este que derruba a tese da defesa, visto que todas as operações de saídas declaradas nos livros fiscais foram consideradas pelo autuante em seu trabalho fiscal.

Nestas circunstâncias, concluo que o sujeito passivo não elidiu a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

Mantido o lançamento.

Quanto à infração 02 –07.15.05

O débito lançado neste item se refere a multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido recolhido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outra unidade da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saídas posteriores tributadas normalmente, relativamente às notas fiscais relacionadas às fls. fl. 56 a 57, inclusive o demonstrado do cálculo da multa.

Cumprе observar, em atenção à legalidade do lançamento tributário, o que segue.

A obrigatoriedade no recolhimento do ICMS, a título de antecipação parcial, sobre as aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, entrou em vigor a partir de 01/03/2004, através do artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96, acrescentado pela Lei nº 8.967/03.

A redação original, com efeitos até 27/11/2007, do § 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, era: “§ 1º No caso de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração que deixar de recolher o imposto por antecipação, nas hipóteses regulamentares, mas que, comprovadamente, houver recolhido o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II.”

Pelo que se vê, à época do fato gerador objeto deste item (2013), a falta de pagamento da antecipação parcial do ICMS era tipificada como infração à legislação tributária, cuja multa de 60% lançada neste item da autuação, foi para punir o descumprimento da obrigação acessória de não recolher tempestivamente a antecipação parcial, constante do art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:(....)

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

(...)

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;

O sujeito passivo em sua peça defensiva, invoca a redação atual do parágrafo segundo do art. 332 dada pelo Decreto nº 17.164, de 04/11/2016, com efeitos a partir de 01/11/2016, que determina que o pagamento da antecipação parcial do ICMS deverá ser **até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do documento fiscal.**

Com base nisso, discordou da autuação dizendo que o equívoco está evidenciado no trabalho do Autuante, tendo em vista que foi adotado o **momento da emissão** do documento fiscal para fixar aspecto temporal da incidência tributária e não o **momento da entrada** da mercadoria no estabelecimento destinatário, consoante determinação contida na norma vigente no período fiscalizado.

Aduz que tal erro inquinaria de nulidade esse item do auto de infração, e que esse comportamento traz evidente prejuízo ao contribuinte quando o Autuante tributa o resultado favorável ao Fisco, mas não leva em consideração os meses em que esse resultado foi favorável ao contribuinte.

Entende que, no mínimo seria necessário a recomposição do demonstrativo de débito do Autuante para que se ajuste à norma de regência do tempo dos fatos geradores e se determine ao final se realmente houve falta de recolhimento da antecipação parcial e de seu valor monetário para imposição da multa.

Comungo com a informação do autuante de que o autuado não cumpria, conforme alegado, todas as condições necessárias para ter o direito ao vencimento dia 25 do mês subsequente, visto que, não fazia jus por estar irregularmente no Simples Nacional quando seu faturamento não mais permitia, inclusive, o contribuinte foi excluído do referido regime, conforme Termo de Exclusão constante à fl.08 dos autos. Ademais, por desconhecer as datas de entrada, o autuado considerou os respectivos meses em que ocorreram as entradas, consignando no demonstrativo de débito do auto de infração a data do final do mês.

Cabe consignar que na sessão de julgamento, o patrono autuado presente, arguiu que teria direito a redução de 20% sobre o imposto a título de antecipação parcial, pleito este, que é inaplicável, pois a referida redução somente é devida se houver o pagamento do imposto, o que no caso, não ocorreu, e foi exatamente motivo para a aplicação da multa em questão.

Nestas circunstâncias, restando caracterizado o cometimento da infração em comento, subsiste a aplicação da multa em questão.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206956.0006/17-7**, lavrado contra **ROCHA COMERCIAL DE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$38.396,28**, acrescido da multa de 100%, prevista no artigo 42, inciso III, V, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.825,42**, prevista no inciso II, “d”, do citado dispositivo legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de abril de 2018.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR