

A. I. Nº - 269114.0005/17-2
AUTUADO - ROCHA COMERCIAL DE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.
AUTUANTE - CARLOS RAIMUNDO DA SILVA PEREIRA DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 27.11.2020

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0126-05/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS. APURAÇÃO DE DECLARAÇÕES DE VENDAS EM VALOR INFERIOR AO INFORMADO PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E ADMINISTRADORAS DOS REFERIDOS CARTÕES. Afastada a arguição de nulidade. Dados obtidos conforme previsão legal. Alegações defensivas mitigam em parte a presunção, tendo apresentado elementos que comprovam saídas de mercadorias substituídas não computadas no cálculo da proporcionalidade de saídas tributadas. Infração subsistente em parte. 2. MULTA PERCENTUAL SOBRE A PARCELA DO IMPOSTO (ICMS) QUE DEIXOU DE SER PAGA POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Afastada a arguição de nulidade. Deferido o pedido de diligência. Comprovado o recolhimento de parte do valor lançado. Alegações defensivas confirmadas. Infração subsistente em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório, foi lavrado em 16/06/2017, no valor histórico de R\$75.481,63, e versa sobre duas infrações:

Infração 01 - 05.08.01 – Omissão de saída de mercadoria tributada 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. Refere-se aos meses de janeiro a novembro de 2013. Foi aplicada a multa de 100% e totaliza R\$72.707,54.

Infração 02 - 07.15.05 - Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Foi aplicada a multa de 60%. Refere-se ao mês de julho e agosto de 2013 no valor de R\$2.774,09.

Constata-se, que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento através dos documentos constantes às fls. 79 a 92, quando inicialmente discorreu sobre tempestividade da defesa, descreveu o Auto de Infração e apresentou o arrazoado de defesa relatado a seguir:

Ressaltou que todas as operações realizadas pela autuada foram rigorosamente registradas em Livros Fiscais, não se efetivando qualquer movimentação de mercadorias sem o uso de Nota Fiscal ou documento correlato.

Preliminarmente arguiu que quanto à infração 01 haveria nulidade por entender que o lançamento do crédito se deu de forma imprecisa, destituído de elementos de prova, o que afronta os princípios constitucionais consagrados do Contraditório e da Ampla Defesa, e em desrespeito aos Decretos nº 6.284/97 (RAICMS) e 7.629/99 (RPAF).

Reclamou não haver elementos suficientes para concluir que os valores “encontrados” pelo Autuante referem-se a “omissão de saídas” de mercadorias.

Disse que o método utilizado para o lançamento relativo à infração 01 se caracteriza 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 e por isso se consubstanciou em informações prestadas por terceiro.

Explicou que em sendo informada por terceiros não apresentou qualquer vinculação com a relação obrigacional da Impugnante, não sendo mais do que meros indícios para uma investigação minuciosa, que exige se celebre o direito ao contraditório.

Rematou que, como não há quaisquer outros indícios de sonegação, não se poderia concluir, com base exclusivamente no cotejo com as informações prestadas por terceiro, que os valores “encontrados” pelo Autuante se refeririam a “omissão de saídas” de mercadorias.

Afirmou que as supostas provas que lastrearam a acusação fiscal não foram oferecidas ao contraditório. E que não existe no Auto, elementos que materializem as infrações cometidas, e que isso fere 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, o qual reproduz.

Asseverou que o referido Auto de Infração, em relação à infração 01, tem por base a captação de informações do contribuinte fornecidas pelas operadoras de cartão de crédito e de débito e que esses dados, nunca foram oferecidos à Defendente durante a ação fiscal para que pudesse ser contraditado, violando frontalmente os dispositivos constantes no art. 41 do RPAF/99, que reproduz. Concluiu que a falta de documento essencial inquina de nulidade do lançamento em tela.

Disse ainda, que o comportamento do Autuante em constituir crédito tributário sem o cumprimento das formalidades legais, constituiu excesso de exação, vedado pelo parágrafo único do art. 142 do CTN e abuso de autoridade prevista na Lei nº 4.898 de 09/12/1965.

Tratando do título “*1. DO MÉRITO*” e sub título “*1.1. A metodologia de comercialização das empresas de vendas de móveis. Venda para entrega futura*”, asseverou 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, e que as operações mercantis de móveis se caracterizam pela venda de mercadorias para entrega futura, quando ao final o documento fiscal é emitido.

Explicou que 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, disse que o cliente pode pagar imediatamente o total da compra, como também pode dar um sinal e pagar o restante quando da entrega do pedido, ou até pagar que integralmente na entrega da mercadoria.

Ressaltou que na compra de alguns produtos que estejam no estoque da loja, geralmente móveis de pequeno tamanho, o consumidor já recebe o bem adquirido no momento da compra, se emitindo de imediato o documento fiscal.

Salientou que 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.

Lembrou que muitas vezes o consumidor não tem o veículo necessário para o transporte, havendo a necessidade dos mesmos procedimentos adotados nos óculos de grau, quando, do mesmo modo, ocorreria a venda para entrega futura.

Rematou 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.

Adentrando ao tema “2.2. *Adequação do Contribuinte à legislação baiana de regência da venda para entrega futura*”, afirma que o RICMS/2012 é claro ao determinar a obrigatoriedade de emissão de documento fiscal tão-somente no momento da entrega da mercadoria, e se fundamenta reproduzindo os artigos 337 e 338 do RICMS/2012.

Pontuou 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 para 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.

Entende que o art. 337, ao contrário do art. 338, 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.

Rematou 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 por isso esse controle é de mero controle interno da empresa, o qual pode ser efetuado por meio de um sistema informatizado ou de forma escrita (ordem de serviço escrita). O qual disse ser o caso da Autuada.

Explicou que a Impugnante emite para o consumidor um 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. E que tal documento serve de lastro para a **emissão do competente cupom fiscal quando o cliente receber a mercadoria**.

Afirmou que não houve a sensibilidade necessária do Autuante para verificar tal situação que disse não ser desconhecida pelo Fisco.

Adentrando ao título “2.3. *A emissão de cupons não fiscais para acobertar as operações de venda para entrega futura. Posterior emissão de cupons fiscais*”, aduz 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 pela Autuada 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. Explica ser 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.

Aduziu 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 do mês de **Dezembro de 2013**, mas que foi desprezado pelo mesmo, como se fosse possível o contribuinte querer pagar mais imposto do que deveria. Aponta que as 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.

Adentrando à infração 02, discorrendo sobre o título “2.4. *incorreção na forma da apuração da multa por falta de pagamento da Antecipação Parcial*”, alega que houve equívoco do Autuante ao apurar a suposta falta de pagamento da antecipação parcial do ICMS por parte do contribuinte. Disse que o Auditor ao não adotar em seu trabalho a legislação da época dos fatos geradores contaminou com nulidade o seu demonstrativo de débito.

Cita e transcreve o art. 332 do RICMS/2012, para destacar que o referido dispositivo regulamentar, conforme vigia à época da autuação, determinava como data a ser considerada como termo inicial para que se configure a obrigação do recolhimento da antecipação parcial, o qual deve ocorrer até o dia 25 do mês subsequente, **a data da entrada da mercadoria** e que o autuante adotou

como termo inicial **a data de emissão do documento fiscal**.

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

Destacou que tal erro inquinaria de nulidade a infração 02, afirmando que esse comportamento trouxe prejuízo ao contribuinte quando o Autuante tributou o resultado favorável ao Fisco, mas não levou em consideração os meses em que esse resultado foi favorável ao contribuinte.

Pede que seja feita 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.

Aponta como outro ponto relevante que deve ser ressaltado, que no Demonstrativo do Conta Corrente Fiscal laborado por este mesmo Auditor Autuante no **Auto de Infração nº 2691140006/17-9**, fl. 97, lavrado contra essa mesma empresa, **consta o pagamento da antecipação parcial do ICMS nos meses de setembro e outubro de 2013** e que deve ser levado em consideração na recomposição do demonstrativo de débito do Autuante.

Tratando do tópico “2.5. *A necessária diligência por auditor estranho ao feito*”, disse ser impossível apensar à presente defesa cópia de todos os cupons fiscais, não-fiscais e dos relatórios gerenciais que demonstrariam a regularidade das operações, considerando o volume de documentação diariamente produzida pela Autuada em suas operações.

Requer em homenagem ao princípio da VERDADE MATERIAL em que se sustenta o processo administrativo fiscal, a realização de Diligência, por fiscal estranho ao feito, na matriz da empresa Autuada, local onde estará disponibilizada toda a documentação necessária para constatar a veracidade do quanto se alega. Reproduz o inciso I, do art. 150 do RPAF.

Pede 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 se pronunciou às fls. 100 a 104, relata que a autuada foi formalmente excluída do Simples Nacional, pois faz parte de um grupo empresarial que estava erroneamente enquadrado como optante do Simples Nacional, para, aproveitando-se dessa situação usufruir das condições benéficas do Simples Nacional e recolher menor imposto para o Fisco Estadual e Federal, sonhando impostos e praticando a concorrência desleal, ao competir com empresas de muito menor porte.

Registrou que a Impugnante em momento algum apresentou ou discutiu os valores apontados pelas operadoras de cartões de crédito/débito.

Asseverou que as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, conforme estabelece o art. 35-A da Lei 7.014/96, e foram utilizados para o levantamento fiscal, e, por conseguinte, constituem prova para lançamento do crédito fiscal.

Acrescentou que se não fosse possível serem utilizadas pelo Fisco não haveria motivo para constar da legislação a obrigatoriedade para que as administradoras enviassem seus arquivos referentes a cada operação efetuada pela autuada para a Sefaz.

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

Asseverou que a defesa tentou justificar a saída de mercadoria sem nota fiscal, "lecionando" que no ato da venda para entrega futura, o Art. 337 permite a não emissão da nota fiscal de

simples faturamento na hora da venda, tratando-se de simples escolha a emissão ou não da nota de simples faturamento. Conclui que a defesa alegou que *"a legislação tributária não previu a emissão de qualquer documento anterior à emissão do cupom ou nota fiscal para a comprovação da venda futura"*.

Explicou que o vernáculo "poderá" pode expressar uma faculdade, mas que no caso em tela, a interpretação deverá respeitar os princípios gerais da contabilidade e os básicos da escrituração fiscal.

Questionou: *"Como pode qualquer quantia ingressar no caixa de uma empresa sem a devida comprovação de origem?"* Respondeu: *"Não pode ser simplesmente um controle interno da empresa como deseja a autuada, 'por meio de um sistema informatizado' ou 'ordem de serviço escrita'"*.

Afirma que ao contrário do que entendeu a Impugnante, os valores encontrados em caixa sem origem comprovada, ou seja, sem nota fiscal correspondente, seria uma infração tributária, uma omissão de receita.

Reproduziu o inciso I do próprio Art. 338 do RICMS/12, citado de forma incompleta na defesa:

Art. 338. Na saída global ou parcelada da mercadoria, o vendedor emitirá nota fiscal em nome do adquirente, na qual, além dos demais requisitos, constarão:

I - como valor da operação, aquele efetivamente praticado no ato da realização do negócio, conforme conste na nota fiscal relativa ao faturamento, sendo que a base de cálculo será a prevista na legislação para este tipo de operação;

II - o destaque do ICMS, quando devido;

III - como natureza da operação, a expressão "Remessa - entrega futura";

IV - o número de ordem, a série e a data da emissão da nota fiscal relativa ao simples faturamento.

Aduziu que o texto do citado artigo não deixa margem para dúvidas, 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.

Ressaltou que os demais argumentos tendo como base a discussão anterior não podem prosperar e quanto a valores apurados no livro de saída, 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 a autuada. Ponderou que poderia significar simplesmente que as vendas em cartão (crédito ou débito) mais vendas em espécie ou em cheque foram maiores que as vendas através de cartão (crédito ou débito) como sempre deveria ser. O contrário é que demonstra omissão de saída.

Em relação à infração 02, salientou que quanto ao argumento levantado pela autuada em relação a data de vencimento para pagamento da antecipação parcial, de que cumpria todas as condições necessárias para ter o direito ao vencimento dia 25 do mês subsequente, que a Impugnante esqueceu que não fazia jus por estar irregularmente no Simples Nacional quando seu faturamento não mais permitia.

Apontou que, apesar disso, 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 a autuada, confundindo emissão da nota fiscal com vencimento do imposto da antecipação parcial. Essa consideração do dia 30 é a mais benéfica ao contribuinte.

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

Rogou pela manutenção de todo o Auto de Infração.

Consta das fls. 114 a 115 memorial apresentado pela defesa. Disse em relação à infração 01, que na apuração da base de cálculo da omissão de saídas presumida por cartões de crédito, não foi aplicada a proporcionalidade sobre as saídas tributadas, uma vez que todas as saídas foram tomadas nesta condição, sem abater as saídas com fase de tributação encerrada, sujeitas ao regime de substituição tributária.

Ressaltou que identificou as saídas de mercadorias enquadradas como ST, cujas notas fiscais relacionadas disse ter anexado, sendo possível fazer a apuração correta da base de cálculo e consequentemente corrigir o valor exigido. Conforme demonstrativo que reproduzo abaixo:

MÊS	SAÍDAS TOTAIS	SAÍDAS ST	SAÍDAS TRIBUTADAS	% TRIB/TOTAL	SAÍDAS CARTÃO	OMISSÃO SAÍDAS	BASE CALCULO	ICMS 17%
1				100,00	11.149,00	11.149,00	11.149,00	1.895,33
2				100,00	28.975,00	28.975,00	28.975,00	4.925,75
3				100,00	57.606,00	57.606,00	57.606,00	9.793,02
4				100,00	41.795,90	41.795,90	41.795,90	7.105,30
5				100,00	32.589,00	32.589,00	32.589,00	5.540,13
6	41.410,00	6.040,00	35.370,00	85,41	41.568,00	158,00	134,95	22,94
7	38.103,96	1.829,00	36.274,96	95,20	40.199,00	2.095,04	1.994,48	339,06
8	81.072,16	18.556,37	62.515,79	77,11	142.056,00	60.983,84	47.025,43	7.994,32
9	75.664,10	44.524,20	31.139,90	41,16	162.732,00	87.067,90	35.833,19	6.091,64
10	54.222,20	-	54.222,20	100,00	148.363,00	94.140,80	94.140,80	16.003,94
11	173.706,05	59.996,00	113.710,05	65,46	184.837,00	11.130,95	7.286,45	1.238,70
12	190.221,09	56.028,00	134.193,09	70,55	150.044,00			
	654.399,56	188.352,57	467.425,99		1.041.913,90	427.691,43	358.530,20	60.950,13

Em vista do exposto, reclamou a redução do valor exigido pela infração 01 para **R\$60.948,46**.

Em relação à infração 02, relativamente à competência 07/2013, a multa por falta de pagamento do ICMS por antecipação tributária parcial, no valor de R\$4.545,95, referente à NF N° 123.838, emitida por Aramóveis Ind. Reunidas de Móveis e Estofados Ltda., sediada no Paraná, afirmou que na data dos fatos o recolhimento deveria ocorrer no dia 25 do mês subsequente à entrada da mercadoria no estabelecimento e o auditor considerou a data de emissão da nota fiscal.

Asseverou que a operação foi iniciada com a emissão da nota fiscal no dia 23/07/13 (doc. 1), teve seu transporte por via marítima, através da Aliança Navegação e Logística, conforme manifesto de transporte que disse comprovar que em 13.08.2013 a mercadoria ainda se encontrava em trânsito (doc. 2). Portanto, a chegada ao estabelecimento, descontado todos os "tempos" necessários ao transporte por esta via, teria ocorrido no mês de setembro/2013.

Salientou que no dia 25/10/13, conforme DAE que cita o número das notas a que se refere (doc. 3 e 4), o recolhimento foi feito juntamente com o de outras notas fiscais, cujos números constam do referido DAE, (docs. 5 e 6 – fls. 117 e 118), foi realizado a mais que o devido, tendo demonstrado:

NOTA FISCAL	VALOR	CRÉDITO	DÉBITO	ANTEC PARCIAL DEVIDA
59283	846,66	57,54	143,93	86,39
59284	592,67	40,28	100,75	60,47
123838	26.745,00	1.872,15	4.546,65	2.674,50
TOTAL DEVIDO				2.821,37
(-) RECOLHIDO				2.957,77
(=) PAGO A MAIOR				-136,40

Rematou, portanto, que o valor da multa cobrada, de R\$2.727,57 ref. 07/13, é indevida.

Consta da fl. 149 que na assentada para julgamento, decidiu a 2ª JJF remeter o processo para a Infaz de origem, em atendimento à seguinte diligência:

*“2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
DILIGÊNCIA A INFAZ DE ORIGEM*

Considerando que na assentada para julgamento do dia 17/12/2018 o patrono da Impugnante demonstrou que havia nos autos elementos que podem desconstituir ou relativizar a acusação fiscal, com relação à existência de documentos fiscais que comprovariam a sua alegação de que a empresa autuada também operava com mercadorias sujeitas ao regime de substituição

tributária, conforme denota a escrituração do livro de saídas no mês de julho/2013 às fls. 41 dos autos;

Considerando ainda, que foi avaliada plausível a alegação de que, de fato, parte do levantamento fiscal que se baseou na escrituração apresentada não tinha sustentação nos documentos fiscais;

Considerando a necessidade de que o presente processo administrativo esteja livre de qualquer dúvida, e para prestigiar a ampla defesa, ao contraditório e ao princípio da verdade material, os membros desta 2ª JF, na assentada para julgamento do dia 17/12/2018, objetivando sanear-lo para que esteja apto ao julgamento, decidiram pelo retorno do presente PAF para a INFAZ DE ORIGEM, requerendo seja atendida a seguinte diligência:

Quanto a infração 01:

1. Intimação a Impugnante:

a. Para que apresente, no prazo de dez dias, em arquivo digital os documentos fiscais e demonstrativo em planilha Excel, os elementos que embasam suas alegações de que a escrituração fiscal contém erros e de que a autuada operou com produtos sujeitos ao regime de substituição tributária;

b. E se for o caso o pedido a Autoridade Competente para refazimento da escrituração fiscal;

2. Em seguida deve o material apresentado pela Impugnante deve ser objeto de opinativo do Autuante, devendo, ser for o caso refazer o levantamento fiscal relativo à infração 01 para prestigiar no cálculo eventual redução proporcional às saídas de produtos sujeitos a substituição tributária.

Ao final, caso seja produzido novos elementos, cientificar a autuada sobre o resultado da diligência e reabrir o prazo de 10 dias para, em querendo, possa a defesa sobre eles se manifestar.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2018”

Às fls. 155 e 156 a defesa disse ter atendido o quanto solicitado pela diligência apresentando em arquivo digital, os documentos fiscais e demonstrativo em planilha Excel, contendo os elementos que embasam suas alegações de que a escrituração fiscal conteria erros e de que a autuada operou com produtos sujeitos ao regime de substituição tributária.

O Autuante apresentou às fls. 158 a 159, nova informação fiscal onde aquiesceu com as alegações defensivas, demonstrando novos cálculos que concordam com a redução da infração 01 de R\$75.481,63 para R\$60.948,46 e a infração 02 de R\$2.774,09 para R\$46,52.

A defesa volta a se pronunciar às fls. 164 a 166 e concorda com o resultado exarado na última informação fiscal.

Participou, fazendo sustentação oral na sessão de julgamento, o advogado Dr. Paulo Sérgio Barbosa Neves, OAB/BA 16.707.

VOTO

Trata-se de auto de infração lavrado em função de duas acusações fiscais: i) Omissão de saída de mercadoria tributada, apurada por meio de levantamento de declaração 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; ii) Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS), que deixou de ser pago por antecipação parcial.

Registro, inicialmente, que a despeito de ter constatado nos autos que todos os elementos, documentos, memória e planilha de cálculos, necessários para a formação da cognição sobre o lançamento do crédito tributário se encontravam acostados, de modo a indicar o indeferimento da diligência fiscal solicitada originalmente, ocorreu que a defesa, na assentada para julgamento

do dia 28/12/19, apresentou em memorial novos elementos, passíveis de indicar um reexame dos fatos, o que motivou o deferimento da diligência pretendida pela defesa, pelo Colegiado da 2ª JF. De modo que, fora prestigiado o princípio da ampla defesa e do contraditório.

Inicialmente, analisando a arguição de nulidade, com espeque na alegação de que as provas que lastrearam a acusação fiscal (relatório TEF), não foram oferecidas ao contraditório, verifico que deve ser afastada, em vista de que consta dos autos, à fl. 75, o recibo de entrega à Impugnante dos referidos arquivos eletrônicos, de forma que se comprova a efetiva aptidão da defesa para o exercício do contraditório.

Constatei também, que os elementos acostados aos autos são suficientes para concluir que os valores encontrados pelo Autuante, estão de acordo com o relatório TEF acostado à fl. 21, e com os valores de venda constantes dos documentos acostados às fls. 27 a 38, e que são aptos a comprovar a omissão de saídas de mercadorias, caso ao final se verifique que não foram devidamente oferecidos à tributação do ICMS.

Cabe ressaltar, que as informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito e de débito, a despeito de se tratarem de informações prestadas por terceiro, são exigidas por determinação legal (art. 35-A da Lei 7.014/96), e representam elementos com o condão de protagonizar a presunção legal de omissão de saídas (alínea “a” do inciso VI do § 4º do Art. 4º da Lei 7.014/96).

Assim sendo, a *prima facie*, descarto a arguição de nulidade quanto à infração 01, por entender que o lançamento do crédito se deu alinhado com os princípios constitucionais consagrados, do Contraditório e da Ampla Defesa, e em respeito aos Decretos nº 6.284/97 (RAICMS) e 7.629/99 (RPAF).

Quanto ao mérito, relativo à infração 01, alegou a defesa que as diferenças apuradas, decorrem das operações de vendas de mercadorias para entrega futura, porém, não verifiquei dos autos qualquer prova inequívoca neste sentido.

Ocorre que não é pertinente que em havendo uma operação de venda com o respectivo pagamento antecipado, integral ou mesmo parcial, seja por cartão de crédito ou débito, ou por qualquer outro meio, que esta transação não repercuta na emissão de um documento, fiscal ou mesmo extrafiscal, para que fique registrada a operação, seja para garantia do cliente ou para fins de registro contábil.

Destaco ainda, que a emissão de documento fiscal ou extrafiscal para registro de uma receita é uma obrigação fiscal prevista no artigo 1º da Lei nº 8.846, de 21 de janeiro de 1994:

Art. 1º A emissão de nota fiscal, recibo ou documento equivalente, relativo à venda de mercadorias, prestação de serviços ou operações de alienação de bens móveis, deverá ser efetuada, para efeito da legislação do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, no momento da efetivação da operação.

§ 1º O disposto neste artigo também alcança:

a) a locação de bens móveis e imóveis;

b) quaisquer outras transações realizadas com bens e serviços, praticadas por pessoas físicas ou jurídicas.

§ 2º O Ministro da Fazenda estabelecerá, para efeito da legislação do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, os documentos equivalentes à nota fiscal ou recibo podendo dispensá-los quando os considerar desnecessários.

Todavia, apesar da alegação da existência de documentos extrafiscais para registro dos recebimentos de pagamento decorrentes de venda para entrega futura, estes documentos não foram apresentados pela defesa, conforme exige o inciso IV do Art. 8º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Como é sabido, a presunção em questão, objeto da infração 01, aplicada com esopeque na norma prescrita na alínea “a” do inciso VI do § 4º do Art. 4º da Lei 7.014/96, se trata de presunção “*juris tantum*”, que consiste em uma presunção relativa, válida até prova em contrário.

Nessa esteira, foram apresentadas alegações defensivas, acompanhadas da documentação probatória, de que parte das saídas se tratava de mercadorias sujeitas à substituição tributária, conforme sua missiva às fls. 155 e 156, atendendo ao quanto solicitado pela diligência requerida pela 2ª JJF, constante da fl. 149. Tendo a autuada apresentado em arquivo digital, os documentos fiscais e demonstrativo em planilha Excel, demonstrando que parte de suas saídas se referiram a mercadorias tributadas pela entrada.

Considerando que o Autuante, após exames dos elementos probatórios acima especificados, concordou com os argumentos defensivos, acompanho seu opinativo no sentido votar pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da infração 01, e reduzir o valor reclamado de R\$72.707,54, para R\$60.948,46, conforme demonstrado pelo Autuante na planilha à fl. 159.

Adentrando ao exame da infração 02, verifico que a defesa alegou que relativamente à competência 07/2013, referente à NF Nº 123.838, no valor de R\$4.545,95, a antecipação tributária parcial fora quitada no dia 25/10/13, conforme DAE, como de fato verifico que comprovou através dos docs. 5 e 6 – fls. 117 e 118. Considerando que o Autuante também aquiesceu com a alegação defensiva, e reduziu o valor exigido de R\$2.774,09, para R\$46,52, voto pela procedência parcial da infração 02, pelo que deve ser reduzida para R\$46,52.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração, reduzindo seu valor original de R\$75.481,63, para R\$60.994,98.

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 **269114.0005/17-2**, lavrado contra **ROCHA COMERCIAL DE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$60.948,46**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa formal no valor de **R\$46,52**, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” c/c o § 1º do mesmo artigo, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2020.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR