

PROCESSO - A. I. Nº 269114.0016/17-4
RECORRENTE - JÚLIA ROCHA COMERCIAL DE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA. (TOP MÓVEIS) - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0021-05/18
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 18/07/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0158-12/22-VD

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. Presume-se, por força de lei, que ocorreu 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. Depurada a proporcionalidade para as vendas que se evidenciaram, em sede de diligência fiscal, estar sujeitas à antecipação da tributação, por se encontrarem submetidas à substituição tributária. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração *Procedente em Parte*. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de Recurso Voluntário em face da Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração foi lavrado em 25/06/2017 e notificado ao Sujeito Passivo em 07/07/2017, para exigir ICMS no montante de R\$ 122.521,28, além de multa (100% sobre o valor lançado) e acréscimos legais, em decorrência da acusação de cometimento de uma infração, nos períodos de apuração de jul/2014, set/2014, out/2014, nov/2014 e dez/2014.

A acusação foi enunciada da seguinte maneira:

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. (...) **Enquadramento Legal:** artigo 4º, § 4º, inciso VI da Lei nº 7.014/96. **Multa aplicada:** art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

Ainda restou consignado 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.

Em 05/02/2018 (fls. 50 a 54) a 5ª JJF julgou o Auto de Infração Procedente, consoante voto acolhido à unanimidade e redigido nos seguintes termos:

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:

Ser impreciso, isento de elementos de prova, não se podendo concluir que os valores encontrados referem-se a omissão de saídas de mercadorias;

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:

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 dos autos, o que demonstra inexistir cerceamento ao direito de defesa;

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.

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, inexistia 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.

Regularmente intimado, o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário, pedindo a reforma do Acórdão pelas seguintes razões, em parte reiterativas da tese de defesa, aqui expostas em síntese:

- a) teceu considerações sobre a metodologia de vendas de móveis para entrega futura, em que pagamentos são efetuados quando da celebração da compra (acerto do preço e da mercadoria, em loja), mas a emissão das notas fiscais somente ocorre em momento futuro, com a entrega da mercadoria, e que a legislação baiana assim o determina;
- b) aduziu que não foi apurado o índice de proporcionalidade das vendas de mercadorias submetidas ao regime de antecipação tributária, e anexou demonstrativo no qual reconhece devido o valor histórico de R\$ 119.411,61.

Os autos, após recebidos, foram convertidos em diligência por ordem desta 2ª CJF, para que a Inspetoria de origem se manifestasse sobre a eventual depuração, do lançamento, em relação às mercadorias sujeitas à substituição tributária (nominalmente, as mercadorias classificáveis como “colchão”).

Houve manifestação da INFAZ, anuindo com a depuração e anexando novo demonstrativo (fls. 84 e 85).

Recebidos uma vez mais, redistribuídos a esta Relatoria ante o afastamento do Conselheiro que me antecedeu, estes autos saíram em diligência por ordem desta 2ª CJF, desta feita para que se insistisse na tentativa de dar vista dos autos à Recorrente (em atenção ao disposto no art. 137, parágrafo único do RPAF/99). A diligência foi cumprida, manifestando-se a Recorrente favoravelmente à diligência às fls. 103 a 105.

Recebidos mais uma vez os autos, considerei-os devidamente instruídos e solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse a sua inclusão em pauta. Trago-os, pois, a esta sessão de 26/05/2022, para julgamento, oportunidade se fez presente o representante da recorrente, o Dr. Paulo Sérgio Barbosa Neves, OAB/BA nº 16.707.

O conselheiro Fernando Antonio Brito de Araújo declarou impedimento no julgamento, por ter participado da composição da decisão de piso.

VOTO

Conheço do recurso, pois vislumbro presentes os pressupostos de admissibilidade, com destaque à tempestividade e ao cabimento (arts. 169 e 171 do RPAF/99).

À rigor, não há mais lide. O pleito da Recorrente foi integralmente atendido quando da diligência fiscal. E tal pleito - que, ademais, implicou mínima redução do valor histórico lançado (de R\$ 122.521,28 para R\$ 119.411,61) - é aplicação insofismável do disposto na Instrução Normativa nº 56, de 21/09/2007.

Tal ato normativo, determina que em levantamentos conclusivos pela omissão de saídas, seja considerado que parte desses valores se refere a operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária, excluindo-as do cálculo do ICMS aquilo que o contribuinte autuado provar, por meio de dados e informações das operações mercantis que costumeiramente realiza.

Precedentes: Acórdão CJF nº 0161-11/21-VD, j. em 09/06/2021; Acórdão CJF nº 0365-11/20-VD, j. em

14/12/2020; Acórdão CJF nº 0149-11/20-VD, j. em 06/07/2020.

Pelo exposto, sou pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, julgando o presente Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.

É como voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** 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 recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 119.411,61**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de maio de 2022.

MAURÍCIO DE SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

LEÔNICIO OGANDO DACAL - REPR. DA PGE/PROFIS