

A. I. N° - 269114.0002/17-3
AUTUADO - JÚLIA ROCHA COMERCIAL DE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA - ME
AUTUANTE - CARLOS RAIMUNDO DA SILVA PEREIRA DE SOUZA
ORIGEM - DAT METRO / INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 12/04/2022

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0045-02/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. Argumentos da defesa apresentados frente a diligência, elidiram parte da infração. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. 2. 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 elidiram parcialmente a infração. Infração parcialmente subsistente. 3. MULTA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. PARCELA DO ICMS QUE DEIXOU DE SER PAGA. SAÍDAS SUBSEQUENTES TRIBUTADAS NORMALMENTE. Defesa apresentou argumentos que refutaram parcialmente a acusação. Infração parcialmente subsistente. Afastadas as arguições de nulidade. Deferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 16/06/2017 e refere-se à cobrança do crédito tributário no valor de R\$ 103.723,82, bem como aplicação de multa pela constatação das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 01 - 02.01.18 – Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros próprios, referente ao período de fevereiro a abril, novembro e dezembro de 2013. ICMS no valor de R\$ 31.820,65, acrescido de multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 25 e 32 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 332, inc. I do RICMS/2012.

Consta a seguinte informação do autuante: “*Falta de recolhimento do ICMS apurado nos termos da legislação do regime de conta corrente, mediante a verificação fiscal das operações de entradas e saídas, tendo em vista a exclusão do regime diferenciado do Simples Nacional a partir de janeiro de 2013, conforme consta do Termo de Exclusão do Simples em anexo, foram abatidos os valores recolhidos pela autuada na condição de Simples Nacional e valores recolhidos do imposto da Antecipação Parcial, conforme demonstrativo em anexo.*”

INFRAÇÃO 02 - 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, ocorrências de janeiro, março, julho a setembro, novembro e dezembro de 2013. ICMS no valor de R\$ 46.640,61, mais multa de 100% tipificada no art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 4º, § 4º inc. VI da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 03 - 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 registradas na escritura fiscal, com saída posterior tributada normalmente, para as ocorrências de março, maio, julho e novembro de 2013. ICMS no valor de R\$ 25.262,56, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 12-A da Lei nº 7.014/96.

O autuante acrescentou que: “*Os recolhimentos efetuados pela autuada sobre a rubrica do Imposto do ICMS da antecipação parcial foram abatidos conforme demonstrativo em anexo”002E*

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação, fls. 93 a 108, onde inicialmente assevera ter cabimento os argumentos da mesma e elenca os dispositivos que afirma lhes dar sustentação.

Abordando a infração 02, ressalta que todas as suas operações realizadas são registradas em Livros Fiscais e argui nulidade por entender que o lançamento ocorreu de forma imprecisa, destituído de elementos de prova, afrontando os princípios constitucionais consagrados do contraditório e da ampla defesa, em desrespeito ao RICMS/BA e ao RPAF/99.

Diz que o método utilizado 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 que se consubstanciam como informações prestadas por terceiro e assim, não apresenta qualquer vinculação com sua relação obrigacional, não sendo mais do que meros indícios para uma investigação minuciosa e que celebre o direito ao contraditório.

Remata que não havendo quaisquer outros indícios de sonegação, não se pode concluir, com base exclusivamente no cotejo com as informações prestadas por terceiro, que os valores encontrados se referem a omissão de saídas de mercadorias.

Afirma que as supostas provas que lastrearam a acusação fiscal não foram oferecidas ao contraditório e não existe no Auto, elementos que materializem as infrações cometidas, ferindo frontalmente dispositivos do RPAF, fato que o enquadra nas hipóteses de nulidade elencadas nos seus incisos II e IV do art. 18, reproduzidos.

Aponta que a infração 02, tem por base a captação de informações do contribuinte fornecidas pelas operadoras de cartão de crédito e de débito cujos dados nunca foram lhe oferecidos durante a ação fiscal para que pudesse ser contraditado, violando frontalmente os dispositivos constantes no art. 41 do RPAF/99, que copia.

Conclui que a falta de documento essencial inquia de nulidade do lançamento.

Diz ainda que 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 abuso de autoridade prevista na Lei nº 4.898 de 09/12/1965.

Ao adentrar no mérito, explica que foi excluída do regime do Simples Nacional em 15/06/2016, retroagindo os efeitos para 01/01/2013, momento em que deveria ter migrado espontaneamente para o regime NORMAL com a adoção da sistemática de conta corrente fiscal para escrituração e apuração do ICMS, sendo que durante o período que era optante do Simples Nacional, vinha recolhendo seus tributos na forma do Regime Simplificado de Tributação.

Acrescenta que no período do Simples Nacional, não escriturou e não apurou o ICMS na forma do regime da conta corrente fiscal, período em que todas as suas aquisições de mercadorias vinham lastreadas por documentos fiscais sem o destaque de ICMS, recolhia e pagava seus tributos de forma concentrada do Simples Nacional, de acordo com o faturamento ajustado.

Continuando, explica que quando foi determinada a sua exclusão do Simples Nacional com data retroativa, houve a necessidade de reconstituir toda a sua escrita fiscal, no regime da conta corrente fiscal, com apuração mensal em livros e demonstrativos próprios.

Esclarece, que a adoção retroativa dessa metodologia, a qual não estava subordinada, fez com que a escrituração dos livros e demonstrativos fosse extremamente prejudicada, fazendo que não levasse em consideração muitos dos créditos de ICMS, resultantes das aquisições de mercadorias.

Aponta como um exemplo a ocorrência de um equívoco na tomada dos créditos de março e abril de 2013 em que o Auditor apontou em seu Demonstrativo do Conta-Corrente Fiscal a apropriação de créditos de R\$ 25.174,80 (março) e R\$ 2.603,77 (abril), quando uma nova revisão apontará a existência de créditos no montante de R\$ 33.539,05 (março) e R\$ 21.302,46 (abril) e que deverão ser objeto de aproveitamento conforme demonstrativo que plota, fl. 101 e 102.

Relata que sua atividade empresarial é a venda de móveis e eletrodomésticos, onde as operações mercantis se caracterizam pela venda para entrega futura, quando ao final, o documento fiscal é emitido. Portanto, acontecem situações em que o cliente paga imediatamente o total da compra, ou, se preferir dar um sinal e pagar o restante quando da entrega do pedido ou até pagar integralmente no momento da entrega da mercadoria.

Acrescenta que também pode ocorrer na compra de alguns produtos, que estejam no estoque da loja, geralmente móveis de pequeno tamanho, o consumidor já receba o bem adquirido no momento da compra, emitindo-se de imediato o documento fiscal.

Diz que os pagamentos relativos às compras dos produtos podem ser efetuados em dinheiro, cheque à vista ou a prazo, ou, por intermédio de cartão de crédito ou de débito, mas, que em qualquer caso, o documento fiscal somente é emitido na efetiva entrega da mercadoria a depender do momento em que o cliente comparece à loja para retirar o produto.

Reitera que o procedimento adotado se adéqua à legislação do ICMS em relação à venda para entrega futura, e neste sentido reproduz os artigos 337 e 338 do RICMS/2012.

Ressalta que a auditoria fiscal aplicada não se coaduna com as regras previstas para vendas para entrega futura, pois no ato da venda, o próprio art. 337, do RICMS, expressa uma faculdade na emissão do documento fiscal quando utiliza o vernáculo “poderá”, ou seja, não há obrigatoriedade da emissão do documento fiscal no momento do ingresso de recursos proveniente 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.

Acrescenta, que o vernáculo “emitirá” estabelecido no art. 338 do citado regulamento, não deixa margem a 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. Ademais, diz, 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 entende que esse controle é interno da empresa, podendo ser efetuado por meio de um sistema informatizado ou de forma escrita, por exemplo, ordem de serviço escrita.

Afirma, que nestes casos, optou por emitir 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 esse documento serve de lastro para a emissão do cupom fiscal quando o cliente receber a mercadoria, procedimento esse não verificado pelo autuante.

Comenta que os valores encontrados pelo autuante como diferenças tributáveis entre os importes informados pelas empresas administradoras de cartões de crédito e as operações de venda que em verdade ocorreram em função dos diferentes momentos da realização das vendas e aqueles em que são entregues ao consumidor final, quando efetivamente são emitidos os cupons fiscais.

Assevera 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 de fevereiro, abril, maio, junho e outubro de 2013, mas desprezadas pelo autuante.

Referindo-se a infração 03, alega que houve um equívoco do autuante ao apurar a suposta falta de pagamento da antecipação parcial do ICMS quando não adotou em seu trabalho a legislação da época dos fatos geradores contaminando com nulidade o seu demonstrativo de débito.

Transcreve o art. 332 do RICMS/2012, para explicar 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 dia 25 do mês subsequente à 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 § 2º do art. 332, que foi dada pelo Decreto nº 17.164, de 04/11/2016, 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. Este erro inquia de nulidade a infração 03, uma vez que esse comportamento lhe trouxe prejuízo, pois o autuante tributou o resultado quando favorável ao Fisco, desconsiderando os meses em que esse resultado lhe foi favorável.

Pede que seja feito a recomposição do demonstrativo de débito 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.

Justifica que pelo volume de documentação diariamente produzida é impossível apensar à defesa cópia de todos os cupons fiscais, não-fiscais e dos relatórios gerenciais que demonstrariam a regularidade das operações, portanto, pede, em homenagem ao princípio da verdade material, que seja realizada uma diligência na matriz da empresa, local onde estarão disponibilizadas toda a documentação necessária para atestar a veracidade do quanto alegado, e neste sentido, cita e reproduz o inc. I do art. 150 do RPAF.

Requer ainda que essa diligência deverá ser efetuada por fiscal estranho ao feito na forma do inc. II do art. 148 do RPAF/99.

Pede ao final a recepção e o processamento da presente impugnação para que seja decretada a nulidade, ou mesmo a improcedência do presente Auto de Infração, determinando para os casos pertinentes a necessária diligência por Auditor estranho ao feito.

Na informação fiscal prestada às fls. 115 a 119, o autuante diz que o Auto de Infração trata do lançamento de crédito, tendo em vista a exclusão de ofício da autuada do regime do Simples Nacional a partir de 01/01/2013, conforme consta no Termo de Exclusão do Simples Nacional, devidamente registrado no Portal do Simples Nacional, em razão da participação de pessoa física inscrita como empresário, ou seja, sócia de outra empresa, com tratamento jurídico diferenciado nos termos da Lei Complementar nº 123/2006, tendo a receita bruta global ultrapassado o limite de que trata o art. 3º desta lei.

Informa que autuada foi formalmente excluída do Simples Nacional, porém coloca-se como vítima da situação, quando a verdade é que o grupo empresarial o qual pertencia, foi flagrado, erroneamente, como sendo optante do Simples Nacional objetivando recolher menor imposto para os Fiscos estadual e federal, aproveitando-se dessa situação para usufruir das condições benéficas do Simples Nacional e competir com empresas de muito menor porte, praticando a concorrência desleal e sonegando impostos.

Frisa que enquanto muitas empresas sofriam prejuízos e até mesmo fechavam as portas tentando cumprir suas obrigações durante a forte crise que se abateu em todos os segmentos do varejo, o grupo empresarial da autuada crescia de forma exponencial, mas de forma desorganizada, aproveitando-se da sua situação fiscal inapropriada. Assevera que todas as filiais do grupo empresarial foram excluídas de ofício como consequência de investigações.

Ressalta que mesmo tratando-se de empresa flagrada sonegando impostos, concederam-se prazos bem dilatados para que pudesse cumprir obrigações. Salienta que os prazos foram suficientes para o cumprimento do solicitado pela Fiscalização, mas não foi suficiente para resolver a desorganização contábil e fiscal da empresa.

Quanto à infração 01, resultante do regime de conta corrente, afirma que a autuada reconhece que os dados foram extraídos dos seus próprios Livros Fiscais, fornecidos e escriturados por ela mesma, por isso entende não haver nada a ser contestado nesta infração, pois todos os números foram retirados dos Livros Fiscais fornecidos pelo próprio contribuinte.

Assevera que se há problema na escrituração fiscal, a autuada deve procurar os procedimentos legais

para retificá-los, porquanto não considera pertinente uma empresa entregar os seus Livros Fiscais, escriturados por ela e depois alegar que são incompletos.

Afirma que a autuada, em sede preliminar, tenta invalidar a infração 02, sendo que em momento algum, contestou ou discutiu os valores apontados pelas operadoras de cartões de crédito/débito, cujas informações foram prestadas, conforme estabelece o art. 35-A da Lei nº 7.014/96 e por isso foram utilizados para o levantamento fiscal, e, por conseguinte, constituem prova.

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

Assevera que a autuada 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, e diz que a defesa concluiu 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”.

Entende que o vernáculo “poderá”, pode expressar uma faculdade, mas no caso em tela, a interpretação deverá respeitar os princípios gerais da contabilidade e os princípios básicos da escrituração fiscal, pois nenhuma quantia pode ingressar no caixa de uma empresa sem a devida comprovação de origem, cuja comprovação não pode ser simplesmente um controle interno da empresa como deseja a autuada, “por meio de um sistema informatizado” ou “ordem de serviço escrita”.

Ressalta que ao contrário do que afirma a defesa, valores encontrados em caixa sem origem comprovada, ou seja, sem nota fiscal correspondente, é uma infração tributária, pois se trata de omissão de receita. Cita e reproduz nesse sentido, o inc. I do art. 338 do RICMS/2012, cujo texto não deixa margem para dúvidas que a nota fiscal de simples faturamento deve ser emitida, e por isso, não há justificativa para a não emissão de notas fiscais.

Aduz que os demais argumentos defensivos que tiveram como base a discussão anterior não podem prosperar. Quanto ao argumento de que existiram 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 de pagar mais impostos do que deveria*”, como afirma a autuada, podendo significar que as vendas em cartão de crédito ou débito, mais as vendas em espécie ou em cheque são maiores que as vendas através de cartão de crédito ou débito, aliás, como sempre deveria ser. Pondera, entretanto que o evento contrário é que demonstra, de fato, omissão de saída.

Em relação ao argumento defensivo relativo à data de vencimento para pagamento da antecipação parcial, quando alegou que cumpria todas as condições necessárias para ter o direito a pagar no dia 25 do mês subsequente, diz que a autuada esqueceu de que não fazia jus a este prazo, por estar irregularmente enquadrado no Simples Nacional, quando seu faturamento não mais permitia.

Explica 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 a autuada confundindo emissão da nota fiscal com vencimento do imposto da antecipação parcial, consideração esta, mais benéfica ao contribuinte.

Assevera não proceder a alegação da 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 a autuada mediante recibo, são suficientes e claros para análise do mérito da autuação.

Requer a manutenção de todo o Auto de Infração.

A autuada volta a se pronunciar às fls. 125 e 126, onde diz que em observância ao princípio da verdade material, vem apresentar planilha confeccionada por seu auditor a fim de demonstrar as irregularidades no Auto de Infração.

Ressalta que devido ao grande volume de autos lavrados simultaneamente em seu desfavor, não foi possível anexar à defesa outrora apresentada, nova planilha demonstrativa de débitos e notas fiscais. Entretanto, em respeito ao que preceituam os princípios do devido processo legal, da ampla

defesa e da verdade material, vem informar que foram encontrados equívocos nas anotações constantes do Auto de Infração lavrado, os quais deram causa a uma significativa diferença entre o valor devido e o valor cobrado, o que merece atenção e reparo.

Afirma que na planilha elaborada pelo Fisco não foram considerados os valores pagos à título de antecipação tributária, isto porque se considerou para fins de levantamento, as datas da efetiva emissão da nota, mas em alguns casos, embora a emissão tenha ocorrido em um determinado mês, o recolhimento só foi realizado em mês posterior.

Assim, pode-se notar que das notas fiscais que compuseram o levantamento do mês 03 tiveram seu recolhimento efetivado no mês 04, conforme demonstrativo e cópia do DAE. Aduz ter acontecido o mesmo com notas do mês 05 que foram recolhidas no mês 06, notas do mês 06 recolhidas no mês 07, e do mês 07 recolhidas no mês 08.

Diante disso, registra que o débito devido não é aquele informado pelo Fisco, o que deve ser observado e retificado, tudo consoante planilhas que seguem colacionadas a esta. Assim, com relação a infração referente a multa de 60%, o valor a ser recolhido é de R\$ 12.104,20, e não R\$ 25.262,56 como apontado pelo Fisco.

Acrescenta que não foram consideradas as receitas de produtos submetidos ao regime de substituição tributária, o que gerou uma diferença significativa entre os valores cobrados no Auto e aqueles efetivamente devidos.

Remata que, apurada a base de cálculo e do débito para conta corrente, tem-se pra infração 01 e 02, respectivamente os valores de R\$ 8.138,46 e R\$ 41.077,10, tudo conforme planilhas que diz anexar.

Pugna para que se julgue procedente a impugnação apresentada para expurgar do demonstrativo de débito os valores indevidamente cobrados.

Pautado para julgamento em 29/11/2018, o patrono da autuada demonstrou que nos autos há elementos que poderiam desconstituir ou relativizar a acusação fiscal além de documentos fiscais que comprovariam a sua alegação de que a escrituração fiscal apresentada ao autuante, que gerou a lavratura do Auto de Infração, continha falhas.

Os julgadores consideraram plausível a possibilidade de que parte do levantamento fiscal que se baseou na escrituração apresentada não tinha sustentação nos documentos fiscais, e assim, decidiram pelo retorno dos autos à INFRAZ de origem, para fins de cumprimento da seguinte diligência: *(a)* para que a autuada apresente, no prazo de dez dias, em arquivo digital os documentos fiscais e demonstrativo em planilha Excel, os elementos que embasam suas alegações; e, *(b)* para que o autuante requeira o refazimento da escrituração fiscal, se for o caso.

À fl. 269 a autuada requer juntada de extratos do Simples Nacional do período de 2013, que diz comprovarem a apuração e pagamento dos valores de ICMS, conforme cópias juntadas às fls. 270 a 295.

Em nova intervenção nos autos, a autuada apresentou manifestação frente à diligência, fls. 299 a 304, onde relembra que excluído do Simples Nacional em 15/06/2016, retroagindo seus efeitos para 01/01/2013, momento em que deveria ter migrado espontaneamente para o regime Normal com a adoção da conta corrente fiscal para escrituração e apuração do ICMS.

Reafirma sua adimplência com os tributos enquanto enquadrada no Regime Simplificado de Tributação e repisa os demais argumentos da defesa.

Afirma que durante o curso do próprio PAF refez com cuidado sua escrituração fiscal, observando as seguintes situações que não tinham sido consideradas no momento da apresentação da escrita ao autuante, motivo pelo qual, não levou em consideração em seu demonstrativo de débito:

- 1) Os importes do ICMS contidos nos pagamentos do Simples Nacional no período fiscalizado, conforme demonstrados nos extratos dos PGDAS, já foram acostados aos autos, demonstrando o recolhimento do tributo estadual, devendo ser abatido do demonstrativo de débito apresentado pelo autuante;
- 2) Na revisão da escrituração verificou-se que na base de cálculo do tributo foram contabilizadas

notas fiscais de produtos submetidos ao regime da substituição tributária por antecipação no caso, o produto colchão foi vendido pela empresa e o ICMS relativo a essa mercadoria já tinha sido antecipado no momento da aquisição ou na venda pelo fabricante. Portanto, a venda de tais mercadorias não poderia compor a relação de saídas tributáveis, como aconteceu;

- 3) A venda de mercadorias com ICMS antecipado totalmente também deveria ter sido levada em consideração para adoção do índice de proporcionalidade, necessário quando da apuração do ICMS pelo roteiro dos cartões de crédito e de débito, consoante preconiza a Instrução Normativa nº 56/2007, determinando que ao adotar a metodologia de comparação das vendas por cartão de crédito e de débito com as reduções Z e demais documentos fiscais do contribuinte, o auditor ao laborar o seu demonstrativo de débito, estabeleça um índice de proporcionalidade entre as mercadorias tributáveis com aquelas imunes, isentas, substituídas, etc., que sejam objeto de venda do contribuinte no período fiscalizado e que não possam ser especificamente identificadas nas informações prestadas pelas empresas administradoras de cartões. No caso presente, acostou aos autos arquivo magnético contendo todas as notas fiscais de saídas de colchões, listando-as em planilha descritiva com número, data e valor de cada uma, estabelecendo também o índice de proporcionalidade mensal, aplicando-o ao demonstrativo de débito do autuante; e,
- 4) Apesar de não ter sido objeto de diligência, reforça que no item 3 do Auto de Infração, a antecipação tributária parcial relativa às notas fiscais emitidas em março de 2013 foi paga em abril do mesmo ano, o mesmo acontecendo em 05/2013, cuja antecipação foi quitada em junho e julho de 2013, e a antecipação relativa a julho foi paga em agosto de 2013. Apresenta planilha em que discrimina os valores e faz os expurgos necessários no demonstrativo de débito do autuante.

Por fim, esclarece que em sua última manifestação apresentada em 04/10/2018, o autuante equivocou-se em não lançar o crédito relativo ao estoque de 31/12/2012, uma vez que a partir de 2013 foi desenquadrada do Simples Nacional, cujo crédito foi apurado pelo autuante e lançado em seu demonstrativo de débito original.

Ao final apresenta planilha reconstitutiva do conta corrente fiscal de 2013, tomando as informações de crédito já apurados pelo autuante, incluindo os créditos relativos ao ICMS pago dentro do Simples Nacional, da Antecipação Parcial, dos créditos provenientes das aquisições e do estoque final de 2012, além da planilha reconstitutiva das operações com cartão de crédito e de débito ajustada ao índice de proporcionalidade em face às vendas de mercadoria com ICMS substituído totalmente por antecipação.

Por fim, apresenta planilha reconstitutiva do demonstrativo de débito do autuante consoante a aplicação de multa por falta de recolhimento da Antecipação Parcial no período fiscalizado.

Requer a recepção e o processamento da manifestação para que, ao final, seja expurgado do Auto de Infração os valores cobrados indevidamente.

O autuante presta nova informação, fls. 964 e 965, onde registra que a autuada apresentou lista de notas fiscais de saída e de documentos das mercadorias sujeitas a substituição tributária além das cópias desses documentos em arquivos digitais no CD.

Relata que os recolhimentos do Simples Nacional foram retificados sendo que os valores anteriores representavam o recolhimento total de todos os estabelecimentos, com o mesmo CNPJ. Os novos valores correspondem apenas aos recolhimentos da matriz, CNPJ nº 14.803.871/0001-58, preenchidos a partir do extrato do Simples Nacional apresentado pelo contribuinte.

Diz ter anexado novo demonstrativo, e afirma que acata integralmente os argumentos da defesa referentes as infrações 02 e 03.

Constata que as observações da autuada se mostram coerentes com os demonstrativos e documentos apresentados, portanto, acata os argumentos que modificam os demonstrativos das duas infrações e defende a procedência da autuação considerando os novos demonstrativos anexados às fls. 366 a 368.

Ao tomar conhecimento da diligência, a autuada apresenta nova manifestação, fls. 372 a 376 fazendo referência a este Auto de Infração, contudo, trata de outro processo, conforme registrado pelo autuante à fl. 380, tendo apresentado suas justificativas do fato, após ser notificado do equívoco, às fls. 389 a 400, onde ao final requer que o conteúdo desta manifestação, equivocadamente apresentado, seja desconsiderado, pois, em verdade, refere-se a outro processo, o de nº 2691140009/17-8.

Em 09/11/2021 o autuante, fl. 406, registra que até esta data, não houve manifestação da autuada frente ao resultado da diligência e devolveu os autos para o órgão preparador, que providenciou nova intimação à autuada, fl. 408 e 409 da qual a autuada tomou conhecimento via Correios em 17/11/2021.

Em manifestação, fls. 412 a 415, a autuada resumidamente relata os fatos, o resultado da diligência e passa a apresentar novas considerações.

Registra o reconhecimento por parte do autuante dos argumentos apresentados frente as infrações 02 e 03, e, referente a infração 01, procedeu a reconstituição do sua conta corrente de 2013, onde relocou os valores do Simples Nacional, distribuindo os valores pelas empresas do grupo, permanecendo no demonstrativo, apenas os valores recolhidos pela matriz.

Entretanto, na reformulação do demonstrativo não considerou o crédito fiscal no montante de R\$ 16.571,74, valor originalmente aproveitado. Este crédito, corresponde ao total de créditos decorrentes do estoque tomado no início de 2013, quando foi excluído do Simples Nacional.

Assim, requer a reforma do demonstrativo de débito, agora considerando o valor do crédito apontado, permanecendo os demais demonstrativos das infrações 02 e 03.

O autuante informa à fl. 418, que acata a solicitação da autuada, refez o demonstrativo da infração 01, devendo este substituir o anexado à fl. 366, e mantém os demais demonstrativos das infrações 02, fl. 367 e 03, fl. 368, acolhidos pela autuada.

O processo foi redistribuído, em 11/02/2022 para este relator em razão do antigo ter se aposentado.

Participou da sessão de julgamento virtual o representante da empresa o Dr. Paulo Sérgio Barbosa Neves, OAB/BA 16707, que em sustentação oral, registrou que se trata de matéria conhecida do CONSEF, cujas empresas foram desenquadradadas do Simples Nacional, retroagindo seus efeitos para 01/01/2013, conduzindo a reconstituição de sua escrita fiscal no regime de conta corrente fiscal de forma açodada, resultando em inconsistências.

Quanto as operações com cartão de crédito e débito, ficou a empresa prejudicada em demonstrar com assertividade os equívocos, sendo posteriormente demonstrada a inclusão de mercadorias com antecipação paga.

Em relação a infração 03, relata que identificou os recolhimentos em meses posteriores à entrada das mercadorias, refez o demonstrativo, acatado pelo autuante.

Para infração 01, registra que foi computado a seu pedido os valores recolhidos a título de ICMS no Simples Nacional, restando ao final, o crédito apurado no final de 2012, quando houve a mudança do regime de tributação, posteriormente acolhido pelo autuante.

Espera que os valores reconhecidos sejam acatados para posterior recolhimento.

É o relatório.

VOTO

O lançamento, imputou ao contribuinte, inscrito no Cadastro Estadual na condição de Microempresa, que apura o imposto na sistemática de conta corrente fiscal, atuante na atividade econômica principal de comércio varejista de móveis, estando atualmente na situação cadastral baixada, o cometimento de três infrações, todas tempestivamente impugnadas.

Compulsando os autos verifico que o processo está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do

endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação tidos como infringidos.

Preliminamente a autuada arguiu nulidade da infração 02 que exige o ICMS com base na ocorrência da situação fática prevista como presunção de omissão de saídas de mercadorias conforme previsto no inc. VI do § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, qual seja a ocorrência de valores das operações ou prestações declaradas pelo contribuinte inferiores aos informados por administradoras de cartões de débito e crédito.

Todavia, da análise dos autos, constato que não houve resistência da autuada quanto à valoração da infração 02, tendo fundamentado sua arguição de nulidade nas seguintes alegações: **I**) imprecisão da lançamento por não conter provas e elementos para fundar a conclusão de que os valores encontrados pelo autuante referem-se a omissão de saídas de mercadorias; **II**) fundar-se em informações fornecidas por terceiros, administradoras de cartões de crédito e de débito; e, **III**) que as supostas provas que lastrearam a acusação fiscal não foram oferecidas ao contraditório durante a ação fiscal.

Também houve arguição de nulidade em relação à infração 03 sob o argumento de que o autuante tributou o resultado favorável ao Fisco, mas desconsiderou os meses em que esse resultado foi favorável ao contribuinte.

Examinando tais arguições de nulidade, primeiro em relação à infração 02, constato que os elementos acostados aos autos são suficientes para concluir que os valores encontrados pelo autuante estão de acordo com o demonstrativo dos valores de receitas obtidas através de vendas com cartão de débito e de crédito, fl. 28, com a ciência de recebimento do contribuinte, portanto, aptos a comprovar a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, caso ao final se verifique que não foram devidamente oferecidos à tributação do ICMS, como também oportunizou ao sujeito passivo exercer plenamente seu direito de defesa e contraditório.

Lembro que as informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito e de débito a despeito de se tratar de informações prestadas por terceiro, são fornecidas ao Fisco, pelas administradoras de cartões de crédito e débito por determinação legal, prevista no art. 35-A da Lei nº 7.014/96 se constituindo em dados capazes de sustentar a presunção legal de omissão de saídas, conforme previsão contida no art. 4º, § 4º, inc. VI, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Portanto, os fundamentos da infração 02 tem fulcro na lei, descabendo o argumento suscitado.

Quanto à alegação de que as provas que lastrearam a acusação fiscal da infração 02 não foram oferecidas ao contraditório, verifico que também deve ser afastada, pois reitero, em vista de que consta dos autos à fl. 28 consta o recibo de entrega dos referidos arquivos eletrônicos à autuada, fato que comprova descabida a arguição.

Já quanto a arguição de nulidade em relação à infração 03, sob o argumento de que o autuante tributou o resultado favorável ao Fisco, mas não levou em consideração os meses em que esse resultado foi favorável ao contribuinte, verifico que o procedimento do autuante está correto, e lembro que não cabe na apuração do débito, para fins de lançamento de ofício, qualquer apontamento com fins de compensação fiscal com pretenso valor a que teria direito o sujeito passivo, uma vez que o indébito tributário deve seguir seu rito próprio, previsto no art. 74 do RPAF/99.

Destarte, afasto também a pretensão de nulidade da infração 03.

Assim sendo, descarto as arguições de nulidade quanto às infrações 02 e 03, por entender que o lançamento do crédito se deu alinhado com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, e em respeito ao CTN, RICMS/2012 e ao RPAF/99.

Quanto ao pedido de diligência, registro que foi deferida, apesar de dirigida ao autuante e não ao fiscal estranho ao feito, fato que desencadeou em diversas intervenções do autuante, cujos resultados foram notificados a autuada, que teve em todas as oportunidades a possibilidade de se manifestar livremente.

Registro, por oportuno, que a diligência deferida e as manifestações da autuada, resultaram na revisão de todas as infrações que culminou com o refazimento dos demonstrativos pelo autuante tendo ao final da última manifestação acatado integralmente os valores apontados pelo autuante.

Adentrando no mérito da infração 01, de que houve falta de contabilização dos créditos na elaboração da conta corrente fiscal, verifiquei que os dados fiscais foram coletados junto à escrituração fiscal do contribuinte, conforme cópias, fls. 29 a 88, e demonstrativo de memória de cálculo do levantamento fiscal à fl. 19, tendo, repito, sido revisado, restando como devido o ICMS no valor de R\$ 25.477,00, conforme fl. 419, o qual reproduzo a seguir.

Infração 01 - 02.01.18

Data Ocorrência	Data Vencimento	Multa	Valor do ICMS
31/03/2013	09/04/2013	60,0	1.956,28
30/04/2013	09/05/2013	60,0	946,23
30/11/2013	09/12/2013	60,0	13.230,34
31/12/2013	09/01/2014	60,0	9.344,15
Soma			25.477,00

Quanto ao mérito da infração 02, a acusação tem fundamento na constatação do contribuinte ter omitido operações de saídas de mercadorias tributadas, por presunção legal prevista art. 4º, § 4º, inc. VI, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

A defesa alegou que as diferenças apuradas decorrem das operações de vendas de mercadorias para entrega futura, relacionadas com metodologia de comercialização das empresas de vendas de móveis, em operações para entrega futura. Nesse aspecto, ressalto, não verifiquei nos autos qualquer prova neste sentido.

Lembro que neste caso não é pertinente o argumento da defesa de que 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 de pagamento, esta transação não implique na emissão de um documento fiscal ou mesmo extrafiscal, para que fique registrada a operação, ou mesmo para garantia do cliente ou para fins de registro contábil.

Destaco que a emissão de documento fiscal ou extrafiscal para registro de uma receita é uma obrigação fiscal prevista no artigo 34 da Lei nº 7.014/96, *in verbis*.

Art. 34. São obrigações do contribuinte: (...)

VI-A - emitir documento fiscal no momento da realização da operação ou do início da prestação, quando não previsto na legislação momento diverso para a sua emissão;

É cediço que a presunção, objeto da infração 02, aplicada com base na norma prescrita na Lei nº 7.014/96, trata-se de presunção *iuris tantum*, que consiste numa presunção relativa, válida até prova em contrário.

O contribuinte ao longo da instrução processual apresentou argumentos que não descharacterizaram a infração, contudo, promoveu a revisão dos valores inicialmente levantados decorrente de exclusão de valores que comprovadamente se mostraram indevidos, resultando no valor de ICMS a ser exigido de R\$ 47.077,11, conforme demonstrativo elaborado pelo autuante à fl. 367, que segue reproduzido.

Infração 02 - 05.08.01

Data Ocorrência	Data Vencimento	Multa	Valor do ICMS
31/01/2013	09/02/2013	60,0	12.792,40
31/03/2013	09/04/2013	60,0	302,49
31/07/2013	09/08/2013	60,0	1.102,40

31/08/2013	09/09/2013	60,0	1.125,23
30/09/2013	09/10/2013	60,0	9.974,20
30/11/2013	09/12/2013	60,0	4.818,14
31/12/2013	09/01/2014	60,0	10.962,25
Soma			41.077,11

Com relação à infração 03, a defesa alega que, em discordância com o art. 332 do RICMS/2012, conforme vigia à época, o autuante adotou como termo inicial a data de emissão do documento fiscal e não a efetiva data de entrada das mercadorias.

Contudo, verifiquei que na planilha que demonstra a memória de cálculo e relatório de documentos fiscais de entrada, fls. 20 a 27, os dados do levantamento foram colhidos na própria escrituração fiscal da autuada, assim, de fato foi adotado como termo *a quo* a data da emissão da nota fiscal e não a data de entrada da mercadoria, e assim foi feito tendo em vista que dessa forma se encontra escriturado no livro registro de entradas, a exemplo da nota fiscal nº 115.330 que alega a defesa, através de documento em PDF constante da mídia que anexou às fls. 90 no arquivo, tendo sido dado entrada em junho/2013, consta escriturada no livro de entradas em maio de 2013, fl. 35.

Portanto, não pode exigir a defesa que o autuante presumisse a data da efetiva entrada e, menos ainda, que adote informação destoante da escrituração fiscal do sujeito passivo.

Seguindo o que ocorreu nas infrações anteriores, os argumentos e provas trazidas pela autuada quando da realização da diligência, foram em parte acatados pelo autuante que revisou o levantamento reduzido o valor da multa exigida para R\$ 12.104,20, conforme demonstrativo, fl. 368, que segue reproduzido.

Infração 03 - 07.15.01

Data Ocorrência	Data Vencimento	Multa	Valor da Multa
31/03/2013	09/04/2013	60,0	1.015,71
31/05/2013	09/06/2013	60,0	10.932,19
31/07/2013	09/08/2013	60,0	148,57
30/11/2013	09/12/2013	60,0	7,73
Soma			12.104,20

Por fim, repto importante registrar que de todas as alterações e revisões dos valores das infrações promovidas pelo autuante foram procedidas pelo autuante devidamente fundamentada em fatos, provas trazidas pela autuada e na legislação vigente, aplicável à matéria tratada, e, portanto, as acato integralmente.

Saliento que de todas as modificações procedidas no levantamento, foram notificadas à autuada que textualmente não as contestou, tendo com estes valores concordado.

Por todo o exposto, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269114.0002/17-3, lavrado contra a empresa **JÚLIA ROCHA COMERCIAL DE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 66.554,11**, acrescido das multas de 60% sobre 25.477,00 e de 100% sobre 41.077,11, previstas no art. 42, inc. II, alínea “f” e III da Lei nº 7.014/96, além da multa percentual de 60% do imposto não recolhido a título de antecipação parcial no valor de **R\$ 12.104,20**, prevista no art. 42, inc. II, alínea “d” do

mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios, conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de março de 2022.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR