

A. I. N° - 269275.0009/12-9  
AUTUADO - NARCISO MAIA TECIDOS LTDA.  
AUTUANTE - JOSÉ RICARDO SANTOS CORREIA DA CUNHA  
ORIGEM - INFRAZ PAULO AFONSO  
INTERNET - 21/03/2013

### 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0060-03/13

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO PARCIAL MULTA SOBRE A PARCELA DO IMPOSTO NÃO RECOLHIDO. As mercadorias provenientes de outros Estados adquiridas com fins de comercialização, devidamente registradas e tributadas nas operações seguintes, devem sofrer a imposição de multa percentual pelo inobservância do pagamento da antecipação parcial ex vi do Art. 42, II,"d"da Lei 7.014/96. Exigência procedente. 2. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, autoriza a presunção de operação tributável sem pagamento do imposto quando os valores de vendas através do equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), sob a modalidade cartões de crédito ou débito, forem inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção. o que ocorreu em razão da exigência proporcional às operações com mercadorias tributadas. Exigência procedente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/09/2012, lança o valor total de R\$ 9.376,90 em decorrência das seguintes irregularidades:

1<sup>a</sup>. Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago 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, sendo por isso aplicada multa equivalente a 60% do valor que deveria ter sido antecipado, lançado R\$1.352,36 referente ao mês de novembro de 2011.

2<sup>a</sup>. Imposto (ICMS) no valor de R\$ 8.024,54 e multa de 100%, em razão da 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 fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, relativa ao período de 31/01/2011 a 09/10/2011

Os fatos foram assim descritos pelo Sr. Auditor Autuante: Infração 01 - “*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 escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente*”. Infração 02: *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, conforme planilha anexa. Contribuinte que, após intimado, não justificou as saídas com cartões de crédito ou de débito. Relação das saídas entregue ao contribuinte.*

O autuado, às fls. 68 a 92 dos autos, através da sua representante (fls.91), apresenta impugnação ao lançamento do crédito tributário. Em seu arrazoado não impugna a infração descrita no item 01 do lançamento de ofício.

Em relação a infração 02 entende “*ser indevida a exigência, posto que, consoante acima transrito, restou presumida a suposta omissão de saída através “levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor fornecido por instituições financeiras e administradora de cartão de crédito”*”. Acrescenta que a “*autuação se baseia em absurda presunção de presunção ao tentar exigir o ICMS sobre “receitas” recebidas das operadoras de cartões de créditos*”. Diz que agindo desta forma “*o autuante subverte a lógica do tributo e tenta atribuir às “receitas” decorrentes de operações de recebimentos com cartões o caráter de fato gerador do imposto*”. Faz referência ao fato gerador do ICMS é aduz: “*Vender através de cartões de crédito não impõe ao contribuinte penalidade alguma notadamente quando o tributo já foi recolhido quando da emissão do cupom fiscal, na oportunidade da venda*”. Atribui a um certo autor um texto em que o mesmo comenta que os “*meios de prova são os fatos, os acontecimentos do mundo real, os documentos, os depoimentos, os indícios, não podendo um processo mental, como o é o juízo presuntivo, ser inserido em tal categoria. Neste sentido, o meio de prova propriamente dito é o fato cujo conhecimento se fez de forma direta, sendo “a base de raciocínio presuntivo” (prova em sentido objetivo), enquanto que a presunção representa a expressão da convicção do sujeito sobre a ocorrência do fato indiretamente provado. É a prova em sentido subjetivo*””. Menciona também outros autores que comentam a respeito do tema e concluem: “*quem chama em seu favor uma presunção deverá necessariamente demonstrar que está na situação de poder invocá-la. Em outras palavras: não basta alegar a presunção, mister se faz que a parte comprove a existência dessa presunção em seu favor.*” Faz comentários a respeito do princípio da verdade material vinculando-o ao princípio da oficialidade. Citando uma autora diz que este princípio “*exprime que a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos. Assim, no tocante às provas, desde que obtidas por meios lícitos (como impõe o inciso LVI do art. 5º da CF), a Administração detém liberdade plena de produzi-las.*” Em seguida questiona por que “*tendo o fisco acesso a todas as informações relativas às operações praticadas pela defendant, qual o motivo para de forma simplória, injusta e dissonante da verdade material, simplesmente promover uma autuação comparando exclusivamente as saídas tributadas (sujeitas à incidência do ICMS) declaradas pela defendant em cotejo com os valores recebidos das empresas administradoras de cartão de crédito?*”. Declara que “*obtém receitas não sujeitas à incidência do ICMS, notadamente as (i) decorrentes de vendas de apólice de seguros (garantia estendida), que não são mercadorias e por sua natureza não podem ser tributadas pelo imposto e/ou (ii) aquelas vinculadas a encargos financeiros (pagos pelo cliente a instituições financeiras e não à Defendant) decorrentes de compras financiadas, sendo apenas e tão somente o valor da mercadoria “excluídos os encargos financeiros” sujeitos ao ICMS.*” Diz que estes fatos não foram considerados na autuação, “*que se limitou a indicar divergência entre as “receitas” declaradas pela defendant e os “os valores recebidos das empresas administradoras de cartão de crédito”*”. Menciona que “*não restou comprovada a origem da divergência, a natureza e montante das operações (se tributadas ou não pelo ICMS) e qual seriam a base de cálculo e alíquota aplicáveis (considerando que a Defendant comercializa produtos de informática para os quais não se aplica a alíquota geral de 17%), ensejando nítida preterição do direito de defesa e nulidade da autuação!*” e acrescenta: “*Não bastasse o fato de utilizar-se de PRESUNÇÃO (sem amparo legal) de omissão de saídas sem base em qualquer levantamento quantitativo de estoques ou de adotar, de forma genérica e generalizada, a alíquota de 17% para quantificação do ICMS supostamente devido, deixou de observar o autuante que a Defendant obtém receitas*

*não sujeitas à incidência do ICMS, notadamente as (i) decorrentes de vendas de apólice de seguros (garantia estendida), que não são mercadorias e por sua natureza não podem ser tributadas pelo imposto e/ou (ii) aquelas vinculadas a encargos financeiros (pagos pelo cliente a instituições financeiras e não à Defendente) decorrentes de compras financiadas, sendo apenas e tão somente o valor da mercadoria “excluídos os encargos financeiros” sujeitos ao ICMS”. Faz referência a Súmula 237 do STJ segundo a qual “nas operações com cartão de crédito, os encargos relativos ao financiamento não são considerados no cálculo do ICMS”.*

Solicita “que se proceda a diligência nos documentos do contribuinte, objetivando que se verifiquem todas as saídas, muitas delas pagas através de cartões de créditos/débito, o que trará à tona a verdade dos fatos” em virtude de não ter tido acesso “aos elementos que baseiam a autuação ora impugnada”. Fundamenta o seu pedido nos Artigos 7º, §2º, 123, §3º e 145, parágrafo único, do RPAF. Acrescenta que o autuante, “quando da apuração da suposta omissão de saídas, desconsiderou a peculiaridade de suas operações” e que é impossível não admitir o seu flagrante desinteresse em verificar o real motivo da discrepância entre as “receitas” e os “recebimentos de administradoras de cartão de crédito”.

Ao final pugna “que essa Autoridade Julgadora declare a nulidade da autuação seja (i) pela utilização da presunção de omissão de saídas sem fundamento em análise das operações, mas de mera comparação entre o que se julgou por “receitas” e o que restou recebido das administradoras de cartão de crédito, sem indicar a origem dos recebimentos e caracterizar que tais valores correspondem a fato gerador do ICMS (ii) por força da adoção generalizada da alíquota ordinária e genérica de 17% para determinação ICMS supostamente devido (iii) em virtude da não segregação (e consequente exclusão de tributação, pelo ICMS) das receitas oriundas de operações de venda de apólice de seguro (garantia estendida) e encargos financeiros” e “caso não se admitam as nulidades apontadas (o que não se espera), fica de logo requerido que reste declarada a improcedência da autuação, em todos os seus termos, na medida em que não houve a omissão de saídas presumida pelo autuante, o que será cabalmente demonstrado através da realização da Diligência já requerida”.

O Sr. Auditor Fiscal autuante apresenta a sua informação fiscal onde ratifica o seu procedimento destacando que o mesmo “foi realizado de forma estritamente legal, dando completa oportunidade de defesa ao contribuinte, que, antes da lavratura do Auto de Infração, foi intimado para apresentação de justificativa contra as presunções de irregularidades apontadas, conforme o próprio contribuinte menciona em sua defesa, ressaltando-se que, relativamente à infração da presunção de omissão de receitas tributáveis por informações das administradoras de cartões de crédito ou débito, o contribuinte recebeu um relatório diário de operações TEF de 2.011, com a discriminação por operação (por venda) durante o período indicado.” Diz que “as justificativas apresentadas, a critério desta fiscalização, não foram suficientes para desconstituir as presunções, e somente aí foi lavrado este Auto de Infração” afastando-se assim segundo ela “a possibilidade de nulidade do Auto de Infração” Quanto ao mérito da impugnação aduz que : “a) Com relação à Antecipação Parcial, o contribuinte sequer a menciona em sua peça defensiva, talvez por falta de argumentos. Claro está que, desta forma, implicitamente reconhece a procedência da ação fiscal”; “b) Com relação à infração relativa à presunção de omissão de receitas tributáveis por informações das administradoras de cartões de crédito ou débito, o contribuinte não apresenta prova alguma de que tais saídas foram acobertadas por notas fiscais de vendas ou cupons fiscais, provavelmente pela impossibilidade de fazê-lo, pois certamente tais notas fiscais de vendas ou cupons fiscais não existam, configurando-se assim a omissão de ICMS.” Salienta que o Decreto 6.284/97 prevê em seu art. 2º, § 3º, VI que: § 3º Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar: VI - valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito. Conclui mencionando que “a defesa não acrescenta elementos que possam desconfigurar a ação fiscal, esta fiscalização pede que este Auto de Infração seja julgado totalmente PROCEDENTE, por questão de justiça”.

## VOTO

Trata-se de lançamento de ofício: 1º. para exigir multa percentual de 60 % do valor do imposto (ICMS) que deveria ter sido pago 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 e 2º exigência de ICMS por presunção legal de ocorrência de operações de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito/débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, conforme prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº. 7.014/96, alterada pela Lei nº. 8.542/02.

Quanto à infração 01 o contribuinte não apresentou nenhuma impugnação o que representa uma conformidade com o lançamento realizado e que pela forma como foi descrito e comprovado manifesta-se pela sua total precedência.

Quanto a segunda os argumentos apresentados pelo contribuinte entendo não terem sido suficientes para impugná-la senão vejamos:

A presunção prevista na Lei encontra substrato fático e jurídico na medida em que tomando conhecimento das operações realizadas pelo contribuinte intima-o para que comprove qual a origem do recurso recebido pela administradora de cartões. Esta solicitação é imprescindível para que reste ou não caracterizada a ocorrência de fato ou fatos geradores do imposto estadual. Não é portanto absurda a presunção *exigir o ICMS sobre “receitas” recebidas das operadoras de cartões de créditos nem tampouco subverte a lógica do tributo atribuir às “receitas” decorrentes destas operações o caráter de fato gerador do imposto como pretendeu induzir o impugnante. Como ele afirmou “vender através de cartões de crédito não impõe ao contribuinte penalidade alguma notadamente quando o tributo já foi recolhido quando da emissão do cupom fiscal, na oportunidade da venda”*. Ocorre que foi exatamente o fato do cupom fiscal não ter sido emitido que ocasionou a falta de correspondência entre o que foi vendido e o efetivamente recebido pelo autuado. As citações a respeito dos “meios de prova” merecem o nosso acolhimento e foram corretamente observados pois dentre outros argumentos a presunção legal em comento expressa a convicção do sujeito sobre a ocorrência do fato indiretamente provado. Há pertinência também nos comentários a respeito do princípio da verdade material e em particular quando o vincula ao princípio da oficialidade. O lançamento realizado exprime que a Administração tributária estadual toma decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos e para tanto carreia para este procedimento todos os dados, informações e documentos necessários à sua constatação respeitando, como mencionou o contribuinte, dentre outros o inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal.

Se o contribuinte “obtém receitas não sujeitas à incidência do ICMS” estes fatos poderiam ser considerados na autuação desde logicamente que fossem comprovados através das diversas formas em direito permitidas e não simplesmente mencionados. A atribuição genérica da alíquota de 17% para quantificação do ICMS supostamente devido, foi feita pela fato da Defendente não apresentar um demonstrativo sequer das supostas vendas de “apólice de seguros (garantia estendida), ou aquelas vinculadas a encargos financeiros decorrentes de compras financiadas. A referência a Súmula 237 do STJ segundo a qual “nas operações com cartão de crédito, os encargos relativos ao financiamento não são considerados no cálculo do ICMS” não tem pertinência com a presente autuação.

Entendo que não procede o pedido de diligência pois se o impugnante tivesse como comprovar que os valores recebidos das administradoras não eram referentes a “saída de mercadorias tributáveis pelo ICMS deveria fazê-lo quando da intimação específica procedida pelo autuante ou até mesmo quando da apresentação das suas razões de defesa inaplicável ao presente PAF os Artigos 7º, §2º, 123, §3º e 145, parágrafo único, do RPAF.

Não há razões para que seja declarada a *nulidade da autuação: a utilização da presunção de omissão de saídas foi muito bem fundamentada.*

*Inclino-me por entender que a autuação é procedente em todos os seus termos, na medida em que 1º: não houve o pagamento do ICMS devido a título de 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, e 2º restou comprovada a omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.*

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, no valor de R\$ 9.376,90, sendo R\$ 1.352,36, relativo à primeira infração, conforme demonstrado à fl. 1, e R\$ 8.024,54, inerente à segunda infração conforme demonstrado à fl. 2

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269275.0009/12-9**, lavrado contra **NARCISO MAIA TECIDOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da do imposto no valor de **R\$8.024,54**, acrescido da multa de 100%, prevista, no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$1.352,36** prevista no art. 42 inciso II “d”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de março de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR