

A. I. Nº - 2812310002/17-1
AUTUADO - MIRASUL FERRO E AÇO LTDA.
AUTUANTE - MARCO ANTONIO PORTO CARMO
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 27.09.2017

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0135-02/17

EMENTA: ICMS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS. VENDAS DECLARADAS COM PAGAMENTOS EM CARTÃO EM VALOR INFERIOR AO INFORMADO POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. Pedido de nulidade afastado. Presunção não elidida. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 20/03/2017 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$266.168,53, bem como aplicação de multa no percentual de 75%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 – 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.

TOMANDO-SE COMO BASE OS VALORES INFORMADOS NAS LEITURAS DE REDUÇÃO "Z" DE ECF E VALORES EM NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS DE SAÍDAS.

Constata-se, que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 14 a 25, quando apresentou seu arrazoado de defesa relatado a seguir.

Inicialmente infere que o dispositivo legal relacionado à exigência feita no auto de infração, é o art. 4º, parágrafo 4º, inciso VI da Lei 7.014/96, e conclui que a autuação decorreu da presunção de que valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte teriam sido menores do que os valores informados pelas operadoras de cartão de crédito ou débito.

Destaca que o Autuante juntou ao auto de infração planilha na qual compara os valores de vendas informados pelo contribuinte na máquina que emite o cupom fiscal - ECF com os valores de vendas que teriam sido informados pelas operadoras de cartões de crédito e débito.

E partindo da análise o que foi descrito no auto de infração (campo Descrição dos Fatos — pag. 01), afirma haver constatado que o auditor fiscal apenas considerou as saídas do contribuinte mencionadas como sendo por meio de pagamento de cartão de crédito ou débito, e posteriormente transcreve o texto da acusação fiscal constante do auto de infração.

Assevera que não cometeu a infração imputada e que a própria descrição da infração no auto de infração serve de confirmação dessa negativa, e acrescenta que para comprovar que não houve omissão de saídas, demonstrara que a fiscalização incorreu em inúmeros equívocos, destacando que os valores informados nas planilhas pelas operadoras como sendo de vendas com pagamentos através de cartão de crédito e débito não correspondem ao total das vendas da empresa por essa modalidade. Aduz que o valor das saídas da Impugnante foram devidamente registradas em sua escrita fiscal, e são bem superiores ao considerado pelo representante do fisco.

Afirma ter feito juntada de EXTRATOS das vendas realizadas por cartão de crédito e débito da operadora REDECARD, (doc 01.1) fls. 41 a 88, onde diz ser possível se constatar que os valores efetivos de vendas por meio desse pagamento são inferiores aos considerados pela fiscalização, mesmo que se computem os valores brutos das vendas registradas. E apresenta em seu arrazoado um quadro comparativo do que afirma, dizendo tratar-se de “dados exemplificativos e que foi

juntada planilha (doc. 02) referente aos anos 2015 e 2016”.

Acrescenta que a mesma situação se aplica às operações com a operadora CIELO, tendo sido considerado no auto de infração um montante superior às vendas efetivamente realizadas, conforme se infere nos extratos anexos dessa operadora (doc 1.2) o qual verifiquei não constarem dos autos.

Em seguida, requer diligência nos termos do art. 145, do RPAF, aprovado pelo Dec. 7.7629/99, para que sejam confrontados os valores informados nos extratos anexos da operadora CIELO, com os valores apontados na planilha elaborada pelo fisco.

Aduz que se faz necessária a juntada, por parte do Fisco dos documentos oficiais e integrais transmitidos eletronicamente pelas operadoras de cartões de débito e crédito, dos quais foram pinçadas as informações parciais, consideradas no auto.

Destaca ainda que os valores de saídas (vide planilha anexada doc. 03 fls. 90) registrados pela Impugnante, tanto no livro registro de saídas, como no livro de apuração do ICMS, resulta num montante bem superior ao levado em conta pelo fisco, dizendo ter juntado aos autos, demonstrativo do que alega, às fls. 92, apresentando um demonstrativo exemplificativo no corpo de seu arrazoado.

Discorre questionando o instituto da presunção legal buscando embasamento na doutrina de Luciano Amaro, e assevera que a discussão estabelecida não se prende, apenas, ao permissivo legal de admitir prova em contrário, já que se trata de presunção relativa (jûris tantum), trata-se de inequívoco erro de interpretação por parte do agente fiscal, pois parte de uma conclusão incorreta para presumir outra.

Neste sentido afirma que o auditor fiscal utilizou dados supostamente fornecidos pelas operadoras de cartão de crédito e débito, que não correspondem à realidade, já que são valores superiores aos efetivamente realizados pela autuada, CONFORME DEMOSNTRADO ANTERJORMENTE E NOS DOCUMENTOS ACOSTADOS (doc. 01 e 02).

Além da pretensa falha descrita acima acrescenta a Impugnante que o Autuante considerou valores de saídas inferiores ao efetivamente registrado pela empresa (doc 03, fls. 90), o que resultou na presunção que houve falta de pagamento de ICMS por saídas omitidas.

Alega ainda que ocorreram notas fiscais eletrônicas de saídas, em operações com pagamentos por cartão de crédito e débito, que não foram consideradas no levantamento fiscal. São elas:

Aduz que a tipicidade tributária não se aplica somente ao aspecto material da hipótese de incidência, pois diz respeito a todos os elementos (material, espacial, temporal, pessoal e quantitativo) formadores da obrigação tributária, e conclui que os equívocos apontados, sem prejuízo de outros, ferem frontalmente os elementos material e quantitativo, e indica como consequências a conclusão que o fato gerador em questão do ICMS não ocorreu e ainda que, caso tenha ocorrido o fato gerador, houve quantificação incorreta do quantum debeat.

Assevera que o agente fiscal partiu de dados incorretos, conforme alega haver demonstrado de forma ampla, e por isso fixou as saídas registradas pelo contribuinte, também de forma incorreta, para presumir que houve saídas omitidas.

Compreende que a matéria em questão é uma exceção a regra, onde se admite, por presunção, que valores registrados na escrita fiscal inferiores aos informados pelas operadoras de cartão de crédito e débito, sejam suficientes para se caracterizar como sendo operações tributáveis. E faz as seguinte ponderação: 1 - caso a empresa tenha emitido cupom fiscal de venda com valor pago por meio de cartão de crédito ou de débito, registrado pelo operador do ECF como tendo sido recebido por outra forma de pagamento, dinheiro, por exemplo, esse fato seria suficiente para dar nascimento a urna obrigação tributária principal? E responde: “*entendemos ser óbvio que não.*”

Explica que do seu ponto de vista a situação hipotética aventada no máximo geraria a possibilidade de imputação de penalidade por descumprimento de dever instrumental. Por este raciocínio depreende a Impugnante que “*os fatos demonstrados, tanto de utilização de dados*

incorretos, supostamente fornecidos pelas operadoras de cartão de crédito e débito, conforme demonstrado, corno o de não observar que o total das saídas do contribuinte ser bem superior ao informados pelas operadoras de cartão, mesmo que se utilizem, como visto, os dados incorretos, confirmam a negativa da autuada de cometimento da infração imputada.”

Afirma que da análise dos documentos acostados, conclui-se, também, que o agente fiscal partiu de elementos incorretos para fixar a base de cálculo tributável, tanto em ralação aos dados divergentes entre o que imputa como sendo de vendas por meio de cartão de crédito e débito com relação aos dados constantes nos extratos da operadora REDECARD (doc. 01) fls. 41 a 88, como também, em relação a notas fiscais eletrônicas de valores e datas idênticas aos constantes nos relatórios de vendas por meio dessa modalidade de pagamento.

Assevera que além da análise detalhada das questões até aqui abordadas, outro aspecto de fundamental importância para a adequada análise e julgamento do presente auto de infração, diz respeito a uma exigência de ICMS desse autuado feita em outro auto de infração, relacionado ao mesmo trabalho fiscal referente ao auto de infração de n°. 2812310001/17-5 que exige o pagamento de ICMS devido por antecipação parcial no valor de R\$ 37.923,28.

Lembra neste sentido que o inciso II do art. 309 do RICMS, aprovado pelo Decreto 13.780/2012, estabelece que o contribuinte tem direito ao crédito fiscal do valor relativo à antecipação parcial, para abatimento do imposto devido na apuração por meio de conta corrente fiscal e que essa permissão para aproveitamento do crédito decore do fato da antecipação parcial não encerrar a fase de tributação. E sugere ser necessário que o presente auto de infração seja julgado em conjunto com aquele.

Requer, nos termos do art. 123, combinado com o art. 145, do RPAF, aprovado pelo Dec. 7.7629/99, a realização de diligência por fiscal estranho ao feito, para verificação do alegado na defesa sobre as divergências entre os valores relacionados à operadora mencionada — REDECARD e CIELO, considerados na autuação fiscal e os valores constantes nos extratos colacionados pela autuada nesta defesa.

Requer ainda, diante das razões de fato e de direito apresentados na presente impugnação, após consideração de todos os argumentos e provas trazidas ao processo, em especial do confronto entre os documentos apresentados pela empresa com os valores que serviram para determinação da base de cálculo do lançamento do crédito tributário, a improcedência total do auto de infração em tela.

Reitera o pedido de diligência de juntada dos documentos enviados eletronicamente pelas operadoras relativas ao período objeto da autuação e confrontação dos valores informados pelas mesmas com os valores apontados na planilha elaborada pelo fisco.

O Autuante informa que a autuação decorreu da constatação de vendas efetuadas por meio de cartão de crédito e débito em valor superior às operações de vendas por essa modalidade de pagamento declarada pelo contribuinte, ocasionando a presunção de omissão de saídas tributáveis, conforme previsto no art. 4º, § 4º, incisos VI e VII da Lei nº 7.014/96.

Reafirma que o levantamento fiscal foi realizado tomando-se como base os valores informados nas leituras de redução "Z" do ECF e nos valores constantes das notas fiscais eletrônicas de saídas.

Acrescenta que além das informações presentes nas planilhas de fls. 06 à 09, constata-se que levantamento fiscal teve como base a comparação dos valores informados pelas operadoras de cartão de crédito/débito com os valores declarados em ECF — leitura/reduções "Z".

Salienta que aos valores registrados em ECF, foram adicionados os valores constantes em notas fiscais eletrônicas relacionados as vendas por essa modalidade de pagamento, fato que pode ser verificado nas discriminações feitas nas penúltimas linhas de cada coluna dos documentos de fls. 07 e 09.

Esclarece que, quando o contribuinte argumenta que o total de suas vendas registradas são

superiores aos valores informados pelas operadoras de cartão de crédito, ignora o fato que o resultado apontado nos demonstrativos de apuração, mencionados acima, decorreu de serem os valores informados pelas operadoras de cartões de crédito e débito superiores aos declarados pelo contribuinte como Vendas com pagamento por essa modalidade, em ECF — equipamento emissor de cupom fiscal e em notas fiscais eletrônicas.

Quanto ao argumento de que os valores os valores efetivos de vendas informados pela operadora REDECARD, são inferiores aos considerados pela fiscalização cumpre esclarecer que os valores considerados no levantamento fiscal foram obtidos no sistema corporativo da SEFAZ denominado INC — informações do contribuinte. Essas informações estão discriminadas Nos documentos "PLANILHAS TEF 2015" E "PLANILHAS TEF 2016", anexadas ao processo através da Mídia/CD (fls. 11), que o contribuinte recebeu cópia vide recibo de fls. 10.

Acrescenta que diante das informações constantes nessas planilhas "TEF", obtidas no sistema corporativo — INC, transportou-se os valores para a "PLANILHA COMPARATIVA DE VENDAS POR MEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO, conforme se verifica nos documentos de fls. 06 e 08, possibilitando, como dito anteriormente, o comparativo com os valores registrados pela empresa como vendas por meio de pagamento de cartão de crédito/débito.

Destaca que a autuada apresenta também o mesmo questionamento a respeito da operado CIELO. Mas que no entanto, apesar de mencionar em sua peça defensiva, não faz juntada de nenhuma comprovação do alegado.

Aduz que o procedimento fiscal foi desenvolvido dentro de todas as exigências procedimentais para execução deste roteiro de fiscalização, conforme discrimina e reproduz a seguir:

- 1- *"Intimação para apresentação de documentos fiscais, inclusive as leituras de reduções "Z" de seu equipamento emissor de cupom fiscal;*
- 2- *Obteve-se no sistema corporativo da SEFAZ — INC os valores informados pelas operadoras de cartões de crédito e débito como de vendas do contribuinte autuado;*
- 3- *contribuinte, como sendo de vendas por cartão de crédito e débito, transportando-os para as planilhas de fls. 07 e 09;*
- 4- *Procedimento idêntico ao acima foi feito em relação às notas fiscais de saídas do contribuinte;*
- 5- *Após totalização desses valores, foram transcritos para as planilhas comparativas de fls. 06 e 08;*
- 6- *Levando-se em conta os índices de proporcionalidade entre as saídas tributadas e não tributadas, as diferenças apuradas, resultantes da comparação entre os valores informados pelas OPERADORAS DE CARTÃO e os valores constantes nas leituras de redução "Z" e em notas fiscais, serviram de base de cálculo para apuração do ICMS lançado no auto de infração. Quanto as notas fiscais que o contribuinte argui não terem sido consideradas no levantamento fiscal, não há como se analisar, pois, salvo engano, a tabela que foi posta na defesa parece ter sido formatado com erro, pois as informações estariam incompletas."*

Por fim, quanto ao argumento de que teria direito ao creditamento fiscal em decorrência de cobrança em outro auto de infração de ICMS devido por antecipação parcial, afirma que não parece ser pertinente, porque art. 309, inc. II do RICMS aprovado pelo Decreto 13.780/12, estabelece, que o crédito deverá decorrer do ICMS efetivamente antecipado parcialmente e como o contribuinte não efetuou a antecipação, tanto é, que segundo afirma, foi objeto de cobrança em outro processo, não há como se admitir que tenha direito ao crédito pleiteado.

Requer que seja julgado o auto de infração de nº 2812310002/17-1 procedente na sua totalidade.

É o relatório.

VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal 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 infringidos.

Verifico dos elementos constatantes dos autos que o levantamento fiscal esta alicerçado na apuração de vendas através de cartão de débito ou crédito em valores superiores aos declarados na escrita fiscal da Impugnante através dos aludidos meios de pagamento.

A apuração do débito realizada pelo Autuante levou em consideração os dados obtidos no sistema corporativo da SEFAZ - INC, relativo aos valores informados pelas operadoras de cartões de crédito e débito em referência as vendas realizadas pela Impugnante realizadas através destes meios de pagamento, valores estes que foram sopesados com as vendas declaradas no equipamento ECF e nas notas fiscais da Impugnante, registrados como tendo sido objeto de recebimento através do pagamento pelo cliente com cartão de crédito ou débito, conforme constam dos demonstrativos acostados pelo Autuante às fls. 6 a 9. Registro ainda que da diferença apurada foram extraídas da base de cálculo da exação o percentual de vendas isentas e não tributadas, os qual foi devidamente apurado pelo preposto fiscal.

Sendo assim, preliminarmente, indefiro o pedido de diligência com base no Art. 8 inciso IV, 141, 142 e 143 do RPAF, tendo em vista que a Impugnante não apresentou os documentos da operadora CIELO, os quais pede que sejam confrontados com os valores apontados na planilha elaborada pelo fisco.

Indefiro também o pedido da juntada, por parte do Fisco, dos documentos oficiais e integrais transmitidos eletronicamente pelas operadoras de cartões de débito e crédito, pois verifico constarem da mídia entregue a autuada no momento da ciência do feito.

Passando a analisar o arrazoadado defensivo de mérito, verifico que a alegação a Impugnante de que os valores efetivos de vendas constante dos extratos da operadora REDECARD, (doc 01.1) fls. 41 a 88, são inferiores aos considerados pela fiscalização, não socorre a Impugnante, pois o extrato de vendas em questão refere-se apenas as vendas realizadas através da operadora REDECARD, todavia é facilmene verificável através do relatório de TRANSFERÊNCIA ELETRÔNICA DE FUNDOS –TEF, apresentado pelo autuante, que o levantamento fiscal levou em consideração as vendas da Impugnante informadas por todas as operadoras de cartão de crédito e débito utilizadas em seu estabelecimento (REDECARD S/A; BANCO BRADESCO CARTÕES S.A; CIELO) e que os valores adotados pelo Autuante em seu levantamento fiscal referem-se aos subtotais mensais dos valores constantes dos relatórios TEFs de 2015 e 2016. Portanto não há inconsistência no levantamento fiscal quanto aos dados referentes aos valores informados pelas empresas operadoras de cartão.

Verifico também que não procede a alegação de que os valores de saídas (vide planilha anexada doc. 03 fls. 90) registrados pela Impugnante, tanto no livro registro de saídas, como no livro de apuração do ICMS, resulta num montante bem superior ao levado em conta pelo fisco, dizendo ter juntado aos autos demonstrativo integral do que alega, às fls. 92, pois o comparativo feito pelo autuante limitou-se às vendas por ECF ou Nfe que se deram com pagamento através de cartões de débito ou crédito, portanto não tem cabimento trazer a baila as vendas totais, pois o que interessa é apenas as vendas através de cartões.

Não verifiquei nos autos a efetiva comprovação de que notas fiscais eletrônicas de saídas, em operações com pagamentos por cartão de crédito e débito, deixaram de ser consideradas no levantamento fiscal, nem mesmo restou comprovado pela Impugnante se as notas fiscais que listou, neste sentido, tiveram seus pagamentos através da modalidade em questão, portanto reputo insubsistente esta alegação.

Verifico que toda a doutrina apontada pela defesa carece de ancoragem em elementos fáticos que a matéria exige, pois se tratando de presunção legal, ou seja, presunção "*juris tantum*", que consiste na presunção relativa, apenas uma prova fática em contrário poderia lhe socorrer, elemento que não consta de seu arsenal defensivo. Sendo assim, a resposta dada pela defesa à sua própria ponderação: *“1 - caso a empresa tenha emitido cupom fiscal de venda com valor pago por meio de cartão de crédito ou de débito, registrado pelo operador do ECF como tendo sido recebido por outra forma de pagamento, dinheiro, por exemplo, esse fato seria suficiente para dar nascimento a uma obrigação*

tributária principal?”, quando responde: “*entendemos ser óbvio que não.*”, está absolutamente equivocada, pois em se tratando de presunção legal, este fato só poderia ser adotado a favor da Impugnante se fosse de alguma forma comprovado. Do contrário, a regra peremptória seria a presunção de direito.

Afasto também a alegação quanto a ser necessário que o presente auto de infração seja julgado em conjunto com o apontado pela defesa, de nº 2812310001/17-5, que exige o pagamento de ICMS devido por antecipação parcial no valor de R\$37.923,28, pois as acusações são diversas, devendo cada uma ser apreciada de per si. Em relação ao crédito que diz decorrer deste apontado auto de infração, é evidente que só representará crédito após a quitação, caso a autuação seja julgada procedente, e nesta situação o crédito será automaticamente franqueado em sua escrita fiscal.

Destarte voto pela PROCEDÊNCIA deste Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **2812310002/17-1**, lavrado contra **MIRASUL FERRO E AÇO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$266.168,53**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso III da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 17 de agosto de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR