

PROCESSO - A. I. Nº 207185.0012/15-5
RECORRENTE - ELETROSOM S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5º JJF nº 0056-05/17
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/07/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0163-12/19

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÕES REGULARMENTE ESCRITURADAS. Operações de saídas processadas através de cupons fiscais ECF e notas fiscais eletrônicas (NF-e). Acusação fiscal lastreada no confronto entre os valores a débito de ICMS lançados na escrita fiscal (EFD) e os efetivos recolhimento mensais realizados pelo contribuinte. Insubsistentes os argumentos defensivos de que não foram consideradas na ação fiscal as operações com redução de base de cálculo ou com alíquota zero do imposto. Mantida a Decisão recorrida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Recorrente trouxe provas materiais no curso do processo fiscal que elidiram parcialmente a infração posta. Modificada a Decisão recorrida. Preliminares afastadas. Recurso **PROVIDO EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 5ª JJF, através do Acórdão nº 0056-05/17, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 25/06/2015, no valor histórico de R\$507.847,04, contendo as seguintes imputações objeto do presente Recurso Voluntário:

Infração 03 – 03.02.05: ICMS calculado e escriturado mensalmente a menor, nos meses de Agosto/2013 a Dezembro/2014. Apurou-se no período examinado, que o somatório das operações apuradas de saídas com emissão de cupons fiscais (através de ECFs) e com emissão de NF-eletrônicas, apuradas nos bancos de dados da SEFAZ, superaram mensalmente os valores declarados pelo contribuinte nos Livros RSM e RAICMS, ou com utilização de base de cálculo ou alíquota incorreta. Conforme Planilhas anexas, apurou-se mensalmente, valores de ICMS normal devidos, superiores aos escriturados pelo contribuinte. **Valor total de R\$46.361,11.** Artigos 17 a 21; e art. 23 da Lei 7.014/96 (a depender da hipótese). Multa aplicada: Artigo 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Infração 04 – 05.08.01: Vendas pagas por meio de cartão de crédito/débito, não declaradas ou declaradas pelo contribuinte em valores inferiores aos informados pelas administradoras diária e mensalmente: no período de Agosto/2013 a Agosto/2014, o contribuinte não declarou as operações nas leituras Z diárias de ECF, e na escrita EFD, “Registros Fiscais – Operações com cartões de crédito e/ou débito”, consta conforme cópias de formulários anexos: “Não há registros para serem exibidos”. No período de Setembro/2014 a Dezembro/2014, embora na escrituração – EFD, também não constem registros, o contribuinte declarou nas leituras Z diárias, valores a menor que os informados pelas administradoras. Após constatação da falta total ou parcial de registros nas leituras Z diárias, das operações com cartões de crédito e/ou débito, procedeu-se à Intimação do contribuinte em 27 de maio de 2015, com prazo de cinco dias, para que o mesmo explicasse e demonstrasse como efetuou tais registros na sua escrita fiscal. Até a presente data, o contribuinte não apresentou qualquer demonstrativo ou explicação para a falta de registros, o que resultou na apuração de ICMS devido, por omissões de saídas caracterizadas por falta de registros nas leituras Z diárias, de operações de saídas pagas com cartões de crédito e/ou débito no período de 08/2013 a 08/2014 e, registros a menor que os informados pelas administradoras, no período de setembro a dezembro/2014. **Valor total de R\$443.545,93.** Enquadramento: Artigo 4º, §4º, inciso VI da Lei nº 7.014/96. Multa aplicada: Artigo 42, inciso III da Lei

7.014/96.

Por unanimidade, os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual entenderam por bem julgar totalmente Procedente o Auto de Infração mantendo o valor de R\$489.907,04, conforme voto abaixo transcrito:

VOTO

“O Auto de Infração em lide é composto de 04 imputações conforme foi detalhadamente apresentado no relatório.

Em relação às infrações 01 e 02 o contribuinte, por ocasião da defesa, informou que iria realizar o recolhimento dos valores exigidos, todavia, não trouxe aos autos os comprovantes de pagamentos que atestassem a quitação das parcelas relacionadas a essas ocorrências. Diante da manifestação do contribuinte de que promoveria o recolhimento das multas lançadas nas infrações 01 e 02, ficou explicitado o reconhecimento dessas ocorrências por parte da defesa, razão pela qual mantenho inalterado o lançamento, declarando a procedência dessas imputações.

A defesa concentrou a sua irresignação tão somente em relação às infrações 03 e 04. Requereu, em relação a ambas as imputações a realização de diligências ou perícias fiscais, medidas saneadoras que foram em parte acolhidas pela JJF e cujos resultados serão abordados no enfrentamento das questões de mérito.

Suscitou, a impugnante, em razões preliminares, a nulidade das cobranças ao argumento de ausência de detalhamento da forma como foi apurada a infração 03 e o consequente cerceamento ao seu direito de defesa, valendo-se o autuante de uma presunção não prevista na legislação.

Observe, todavia, conforme se encontra detalhado nos autos, que a empresa autuada foi sucessivamente intimada a exibir para exame no curso da ação fiscal, bem como na fase de defesa, do ECF 002, que foi retirado do estabelecimento do contribuinte e que lá esteve durante vários meses sem operações oficialmente registradas. Ressalto que o não atendimento dessas intimações e a falta de apresentação do documento de cessação de uso do equipamento fiscal acima mencionado, resultaram na cobrança das multas que compõem as infrações 01 e 02, relacionadas ao descumprimento de obrigações acessórias de não atendimento de sucessivas intimações e a ausência de documento que comprovasse a cessação de uso do equipamento emissor de cupom fiscal (ECF).

Por sua vez, no que se refere ao aspecto formal, verifico que às fls. 28 a 29, do PAF, encontram-se anexados os seguintes documentos : “Demonstrativo de Apuração de ICMS devido Mensalmente P/Saídas”, envolvendo tão somente as operações tributadas, com identificação mensal das bases de cálculo e alíquotas incidentes, nas saídas documentadas com Cupons de ECF e Notas Fiscais eletrônicas emitidas. Esse relatório foi confrontado com a escrita fiscal apurando-se divergências em relação às bases de cálculo e valores devidos do imposto, registradas nos Livros RAICMS (Registro de Apuração do ICMS) do contribuinte, conforme dados extraídos das Leituras Mensais da Memória Fiscal de ECF dos equipamentos 001, 002 e 003, além das Notas Fiscais eletrônicas emitidas pelo contribuinte, constantes dos relatórios anexos, às fls. 36 a 41, do PAF: dados constantes do banco de dados da SEFAZ-BA e dos arquivos EFD (escrituração fiscal digital) declarados pelo contribuinte. Nas mesmas folhas constam os valores mensais das diferenças de imposto devidas, apuradas a menor.

Às fls. 30 a 31, do PAF, foi anexado o “Demonstrativo de Apuração de ICMS devido mensalmente p/ Saídas”, com explicação de divergências apuradas nos registros escriturados pelo contribuinte, os valores mensais de bases de cálculo e valores de imposto devido, nas operações com ECF. Nas planilhas anexadas, consta a Relação detalhada mensalmente de bases de cálculo e ICMS destacado, nas operações de saídas registradas em ECF e Notas Fiscais eletrônicas e, respectivos totais apurados.

Às fls. 32 a 35, do PAF, foi juntada a “Planilha de Verificação de Operações c/ECF”, com detalhamento dos nº de cupons emitidos e respectivas leituras mensais, podendo-se identificar nesta Planilha, os valores totais mensais de operações, enquanto que, nas Planilhas anteriores (fls. 28 a 31), foram computadas apenas as operações efetivamente tributadas, com respectivas alíquotas, identificadas nas Leituras mensais de memória fiscal, apresentadas no curso da ação fiscal.

Às fls. 36 a 70, do PAF, foram anexados os “Extratos de Notas Fiscais”, emitidos mês a mês, nos exercícios de 2013 e 2014, com identificação mensal dos valores de bases de cálculo e valores de imposto destacados, além de Registros Fiscais dos documentos de saídas de mercadorias e prestação de serviços, copiados dos arquivos EFD declarados pelo contribuinte, com identificação de bases de cálculos, por CFOP e valores de imposto destacados.

Ora, conforme detalhado acima, o conjunto probatório anexado pelo autuante ao PAF, cujas cópias foram entregues ao contribuinte por ocasião da intimação do A.I., revela como se operou a apuração do imposto que resultou na cobrança que integra a infração 03. Observe que o autuante se valeu da própria escrita do

contribuinte e das informações constantes dos arquivos EFD enviados pelo sujeito passivo para a SEFAZ-BA. Ao final da ação fiscal, foi apurado nos meses de agosto/2013 a dez/2014, recolhimento a menor do ICMS resultante do confronto do total mensal dos valores apurados por documento fiscal (cupons ECF e Notas Fiscais Eletrônicas – NFe) e as declarações e recolhimentos mensais efetuados pelo sujeito passivo.

Não houve, portanto, a alegada imprecisão ou falta de detalhamento da forma como o imposto foi apurado, inexistindo, em decorrência, cerceamento ao direito de defesa do contribuinte.

Ademais, não se valeu o autuante de presunções ou do uso extremo da apuração do imposto pela via do arbitramento. Muito pelo contrário: o autuante partiu, conforme já alinhado acima, dos dados da EFD e das apurações e recolhimentos efetuados pelo contribuinte para produzir as planilhas em que se fundamenta o lançamento fiscal que resultou no item 03 do Auto de Infração.

Diante do quadro acima exposto afasto as nulidades suscitadas em relação à infração 03.

No mérito verifico que a defesa apresentou uma amostra de vendas de mercadorias com tributação reduzida ou com alíquota zero (fls. 136/137) para demonstrar que o lançamento de ofício não levou em consideração essa circunstância envolvendo determinadas mercadorias comercializadas pela autuada. Observo de início que sequer foram nominadas, ainda que a título exemplificativo, quais as mercadorias que preenchiam essa condição. Entretanto, as diferenças apuradas no Auto de Infração não partiram dessa premissa aventada pela defesa, pois conforme já deduzido linhas acima, as diferenças foram detectadas confrontando os dados da escrita fiscal constantes da EFD, cupons ECF e notas fiscais emitidas pelo contribuinte (base de cálculo vs. imposto a recolher) com os valores efetivamente pagos de ICMS nos respectivos períodos mensais. Por essa razão não há porque remeter o PAF em diligência, pois qualquer discordância entre valores lançados a débito do imposto e as quantias recolhidas, o ônus probatório necessariamente recai sobre o sujeito passivo que produziu a escrita fiscal e enviou os arquivos EFD para a SEFAZ-BA. Nesse sentido dispõe os arts. 142 e 143 do RPAF/BA, que prescrevem sucessivamente que, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa em presunção de veracidade da afirmação (e das provas) da parte contrária e ainda, a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Pelas razões acima expostas mantenho, no mérito, inalterada a exigência fiscal que integra o item 03 do Auto de Infração.

A infração 04 se refere à exigência de ICMS em razão da omissão de saídas de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, nos períodos mensais de agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2013 e de janeiro a dezembro de 2014. Foi apurada diferença entre os valores das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e/ou débito e os valores informados pelas administradoras de cartão, e tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96.

Trata-se de exigência de imposto por presunção legal, o que pode ser elidido pelo sujeito passivo, tendo em vista que neste caso, cabe ao impugnante exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99, tendo sido entregue ao sujeito passivo cópia dos Relatórios Diários por Operação TEF, o que possibilitou que fosse feito o confronto dos valores obtidos nas reduções “Z” e notas fiscais de vendas com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito.

O defendente alegou, inicialmente, que o lançamento padece do vício de nulidade vez que no lançamento do crédito tributário não foram desconsiderados os documentos e escrita fiscal da impugnante, tomando-se por base tão somente as informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito em confronto com os valores acumulados nas reduções “z” dos ECFs com registros dessa modalidade de pagamento. No mérito, afirmou que a fiscalização não considerou a totalidade do faturamento da empresa devidamente contabilizado, não havendo omissão de saídas e sim erro escusável nos controles das máquinas de cartões de crédito / débito e ECFs que registraram os pagamentos em cartão sob a forma de outras modalidades: “dinheiro”, “cheque” ou “outros meios”.

Percebe-se claramente que a nulidade suscitada pela defesa está entreteçada com as questões mérito alegadas na peça impugnatória.

Visando elucidar a questão o colegiado desta 5ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o PAF em diligência para que o contribuinte no prazo razoável de 60 (sessenta) dias, a partir dos relatórios TEF diários contidos na mídia digital (CD Anexo – doc. fl. 118), efetuassem a vinculação de valores e datas, por operação, entre as informações fornecidas pelas administradoras de cartão e aqueles registrados nas fitas - detalhe (diárias) dos ECFs do sujeito passivo. determinou-se, ainda, que a partir das operações registradas nas fitas - detalhe com pagamentos efetuados nas modalidades: “financeira”, “dinheiro”, “cheque” ou “outros”, em confronto com as operações acumulados nos TEFs diários dos ECFs, o contribuinte, em relatório específico, apresentasse de forma detalhada as situações em que se verificasse ou se apresentasse a plena coincidência de valores e de

datas.

Esta diligência foi determinada em razão do contribuinte ter alegado que lançou valores pagos através de cartões em outras modalidades, de forma que foi concedido mais prazo para a apresentação de provas documentais vinculando valores ou operações vinculadas a cartões de créditos ou débitos, porém registrados nos ECFs em outra modalidade de quitação, reabrindo-se inclusive prazo de defesa, de 60 dias, para a produção dessa prova.

Todavia, após o esgotamento do prazo para o cumprimento da diligência, verificado em 17 de janeiro de 2017, nada foi apresentado ao processo que atestasse a veracidade das alegações defensivas.

Somente em 03 de março de 2017, o contribuinte atravessou petição nos autos pedindo a realização de nova diligência e afirmando que além das vendas das mercadorias que estão registradas nos cupons fiscais emitidos, ofereceu aos seus clientes a contratação de seguros e garantias estendidas para os produtos comercializados, e até mesmo a realização de cursos “online”, os quais foram registrados nos ECFs e constam dos valores lançados nos Relatórios TEF, por terem pagamentos sido processados via cartão de crédito/débito. Alegou a defesa que essas operações não constituem base de cálculo para o recolhimento do imposto estadual, por tratar-se de serviços. Disse que apesar de o cupom fiscal relacionar o valor apenas da mercadoria vendida, o valor pago em cartão de crédito pelo cliente foi maior, pois também abrangeu a contratação de serviços, frisando mais uma vez não serem tributados pelo ICMS.

No caso em exame entendo ser desnecessária a realização de nova diligência ou perícia fiscal, por estarem presentes no processo todos os elementos probatórios suficientes para o deslinde da autuação, em especial, os dados das reduções “Z” dos equipamentos ECF e os relatórios TEF diários (CD anexo – mídia digital – fl. 118), além das informações relativas ao faturamento de vendas extraídas da escrita fiscal do contribuinte. Os elementos probatórios relacionados à constituição do crédito tributário foram acostados ao processo. A desconstituição dos fatos geradores presumidos é ônus do sujeito passivo, na medida em que foi o próprio contribuinte quem afirmou ter procedido ao registro no ECF de operações quitadas por seus clientes via cartão crédito/débito por outras modalidades de pagamento (cheque, dinheiro etc).

Observe que na auditoria fiscal de ICMS - Cartão de Crédito, o cotejamento de valores leva em conta tão somente as operações pagas através desta modalidade. Se o contribuinte utiliza de formas combinadas ou híbridas de recebimento de suas vendas, deveria nos documentos fiscais por ele emitidos, especificar, em valores, quanto de cada modalidade foi utilizada na quitação da respectiva operação. A alegação de que a totalidade do faturamento supera os valores informados pelas administradoras de cartão não elide a infração, visto que os recebimentos de recursos financeiros em contrapartida às operações de venda de mercadorias é operado através de mais de uma modalidade de pagamento, envolvendo dinheiro, cheque, cartão de crédito e /ou débito etc.

Em outro giro a defesa afirmou que não houve omissão de saídas e sim erro no controle das máquinas de cartões de crédito/débito e ECF utilizados. Para possibilitar sanar essa questão é que se reabriu o prazo de defesa, na diligência determinada por esta JJF (peça apensada às fls. 396 a 398 do PAF), para que o sujeito passivo fizesse as vinculações de valores e datas de pagamentos registrados em outras modalidades, porém efetivamente quitados através de cartões.

Entendo, portanto, que o Auditor Fiscal cumpriu o seu dever de ofício de lançar o tributo nos meses que em apurou diferenças que configuraram o fato gerador presumido do ICMS. Registre-se que a escrituração fiscal configura um conjunto de atos de responsabilidade do contribuinte, através da qual o mesmo apura os tributos lançados por homologação, cabendo ao sujeito passivo, para a sua desconstituição adotar os procedimentos estatuídos nas normas de regência dos respectivos tributos, e fazer a prova contrário, o que foi oportunizado na diligência deliberada por esta 5ª Junta de Julgamento.

No tocante à alegada inclusão na base de cálculo de operações de venda de cursos “on line” ou seguros relacionados à garantia estendida de produtos, convém ressaltar que a própria empresa informa ter registrado, nos ECFs, tão somente, o valor de venda dos produtos. Não restou provado nos autos que houve a venda conjunta de produtos, seguros, cursos e outros serviços na mesma operação. Mas mesmo que essas operações de vendas conjugadas tivessem se verificado, a legislação do ICMS apresenta disposição expressa sobre o tema. As denominadas despesas acessórias das vendas, a exemplo de seguros e outros encargos transferidos ao consumidor ou cliente compõem a base de cálculo do ICMS, conforme previsto no art. 17, § 1º, inc. II, letra “a”, da Lei nº 7.014/96. Esses dispositivos da Lei prescrevem que a base de cálculo do ICMS é o valor da operação acrescido neste, os valores de seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição. Assim, as importâncias cobradas dos clientes, no preço do produto, pela empresa comercial, na denominada “venda casada” (a exemplo de produto + seguro), integram a base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias, conforme expressamente previsto na norma legal de incidência. Os seguros só não integram a base impositiva do ICMS quando contratados diretamente pelo consumidor junto à empresa seguradora, constituindo assim fato autônomo ou independente da operação comercial de venda de mercadorias.

Diante do acima exposto, restou caracterizada, na forma descrita na acusação fiscal, a presunção de que cuida o § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02. Estabelece esse comando normativo que a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto.

Como não foi anexado pela impugnante comprovação robusta que ensejasse a alteração do valor da autuação, limitando a pedir novas diligências e apresentar registros por amostragem que não afastam os valores cobrados na ação fiscal, mantenho inalterado o item 04 do Auto de Infração.

A defendente contestou, em razões subsidiárias, as multas exigidas, alegando o efeito confiscatório das penalidades lançadas no Auto de Infração, pedindo que as mesmas fossem reduzidas ou canceladas. Não acolho a postulação defensiva, visto que não estão inclusos no campo de competência dos órgãos administrativos de julgamento a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. É o que prescreve o art. 167, incisos I e III, do RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Ressalto ainda que as decisões judiciais reproduzidas na peça defensiva não alteram o entendimento acima exposto, visto que as mesmas não são vinculantes para o Estado da Bahia, além do fato do Erário Estadual não ter figurado como parte nas ações que resultaram nos Acórdãos mencionados pela impugnante.

Ante o exposto nosso voto é pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

A recorrente inconformada com a Decisão de piso interpôs Recurso Voluntário.

Quanto as infrações 1 e 2, informa a recorrente que realizou o recolhimento dos valores exigidos e anexa comprovante do pagamento respectivo.

Alegou preliminar de nulidade quanto a infração 3, contestando para a presunção da fiscalização quanto a ocorrência do recolhimento à menor do ICMS baseado em fato isolado e utilizando a expressão “sugere hipótese de saídas”, com o se tal fato fosse suficiente para justificar o lançamento.

Alerta para evidente cerceamento do direito de defesa por entender que não há clareza quanto aos fatos relatados, em consonância com as planilhas elaboradas, enquadramento legal, infrações aplicadas e os fatos verdadeiros constantes da documentação apresentada pela autuada.

Em relação a infração 4, sinaliza a recorrente para a desconconsideração pelo fiscal autuante da documentação fiscal/contábil acostada aos autos.

Pontua que a fiscalização considerou como diferença para fins de exigência do ICMS a totalidade dos valores constantes do relatório TEF, pois nos cupons fiscais emitidos no período não havia a declaração de qualquer venda efetuada com o pagamento sob a modalidade de cartão de crédito/débito.

No mérito da infração 3, alega que a fiscalização desconconsiderou que, no período autuado, ocorreram vendas de mercadorias sujeitas à redução da base de cálculo e alíquota zero, conforme cópias de NFs e cupons anexados por amostragem na impugnação.

Quanto a infração 4, demonstra a recorrente que, por um problema técnico em seu sistema emissor de cupons fiscais (ECF), todas as vendas do período foram registradas com pagamento da modalidade “financeira”, “outros”, “dinheiro” ou “cheque” o que deu ensejo à diferença constatada pela fiscalização.

Esclarece a recorrente que todos os valores decorrentes das vendas com cartão de crédito e débito foram oferecidos à tributação estadual. Apresenta planilha e mídia com demonstrativos.

Contesta ainda para a decisão de piso, apontando para falhas da decisão visto que, em alguns casos, além das vendas das mercadorias que estão registradas nos cupons fiscais emitidos, a recorrente também ofereceu aos seus clientes a contratação de seguros e garantia estendida para os produtos, e até mesmo cursos online, os quais estão registrados nos valores constantes no RELATÓRIO TEF, em virtude do pagamento via cartão, mas, sinaliza a recorrente, que não são base de cálculo para o pagamento do ICMS, por se tratar de serviços.

Alerta ainda que referidas cobranças são realizadas diretamente com a empresa seguradora, sobre o qual incide tão somente o ISS. Justifica, portanto, que apesar de o cupom fiscal relacionar o valor apenas da mercadoria vendida, o valor pago em cartão pelo cliente é maior pois abrange a contratação de serviços. Traz documentos para corroborar com sua tese à fls. 462.

Requer realização de diligência que sejam respondidos os questionamentos que traz à fl. 466 de sua peça recursal.

Diante das alegações e provas trazidas em fase recursal, entendeu o Colegiado da 2ªCJF ser necessário o deferimento do pleito contido nas razões recursais, que objetiva a nova baixa dos autos em diligência. Isto porque, e não obstante a determinação da referida diligência em sede de primeiro grau, concluiu a 2ª CJF ser imperiosa a observância do princípio da verdade material, ainda que maculado em parte o devido processo legal.

O fiscal autuante em INFORMAÇÃO FISCAL demonstra sua surpresa quanto a diligência proposta, alegando que a Autuada efetivamente recorre a instrumentos protelatórios e, contraponto aos argumentos da Defesa, e relativamente à Infração 03 apresenta os seguintes elementos de comprovação dos débitos apurados:

a) “Às fls. 28 a 29, do PAF, encontram-se anexados ao Auto: “Demonstrativo de Apuração de ICMS devido Mensalmente P/Saidas”, envolvendo tão somente as operações tributadas, com identificação mensal das bases de cálculo e alíquotas incidentes, nas saídas documentadas com Cupons de ECF e Notas Fiscais eletrônicas emitidas. Bem como, das divergências apuradas em relação a bases de cálculo e valores devidos do imposto, registradas nos Livros RAICMS do contribuinte. Dados extraídos das Leituras Mensais da Memória Fiscal de ECF dos ECFs 001, 002 e 003, além das Notas Fiscais eletrônicas emitidas pelo contribuinte, conforme relatórios anexos, às fls. 36 a 41, do PAF – dados constantes de banco de dados da SEFAZ e dos arquivos EFD declarados pelo contribuinte.

Nas mesmas folhas, constam os valores mensais das diferenças de imposto devidas, apuradas a menor.

b) Às fls. 30 a 31, do PAF, constam anexados ao Auto: “Demonstrativo de Apuração de ICMS devido mensalmente p/Saidas”, com explicação de divergências apuradas nos registros escriturados pelo contribuinte, de valores mensais de bases de cálculo e valores de imposto devido, nas operações com ECF. Nas planilhas anexadas, constam:

Relação detalhada mensalmente de bases de cálculo e ICMS destacado, nas operações de saídas registradas em ECF e, com Notas Fiscais eletrônicas e, respectivos totais apurados.

c) Às fls. 32 a 35, do PAF, consta “Planilha de Verificação de Operações

c/ECF”, com detalhamento dos nº de cupons emitidos e respectivas leituras mensais. Pode-se identificar nesta Planilha, os valores totais mensais de operações, enquanto que, nas Planilhas anteriores (fls. 28 a 31), foram computadas apenas as operações efetivamente tributadas, com respectivas alíquotas, identificadas nas Leituras mensais de memória fiscal, apresentadas no curso da ação fiscal.

d) Às fls. 36 a 70, do PAF, estão anexados: Extrato de Notas Fiscais emitidas mês a mês, nos exercícios de 2013 e 2014, com identificação mensal dos valores de bases de cálculo e valores de imposto destacado; além de Registros Fiscais dos documentos de saídas de mercadorias e prestação de serviços, copiados dos arquivos EFD declarados pelo contribuinte, com identificação de bases de cálculo, por CFOP e valores de imposto destacados.”

Relativamente à infração 4, informa o fiscal autuante: “Relativamente à Infração 04 – 05.08.01, não há o que questionar, haja vista que:

a) A Autuada expressamente, confessa a prática que caracterizou a infração apurada, ao afirmar em sua Defesa, à fl. 127, do PAF, in verbis:

“No que se refere à infração 04, o que ocorreu, por um equívoco escusável e meramente formal no sistema emissor de cupons fiscais (ECF) da Impugnante, foi que todas as operações realizadas com cartões de crédito/debito foram registradas nos cupons fiscais sob a forma de pagamento “outras/dinheiro/cheque” ao invés de terem sido registradas sob a modalidade “cartão de crédito/debito”. Com isso, ao comparar o registro dos referidos cupons fiscais (relatório redução Z) com os relatórios emitidos pelas administradoras dos cartões, a Fiscalização considerou que a Impugnante não teria tributado nenhuma venda realizada com cartão de crédito e debito.”

Por fim, aduz o fiscal autuante que a documentação juntada à Defesa, não trouxe nada de

concreto ou digno de credibilidade e, não se presta a provar absolutamente nada, capaz de modificar o entendimento já firmado na referida infração.

A recorrente manifesta sua inconformidade alegando que o fiscal autuante mostrou-se relutante em analisar a documentação por ela apresentada. Entente a recorrente que o fiscal autuante com base em informações meramente infundadas não poderia entender que o exercício pleno do direito de defesa seja considerado um meio protelatório.

Contesta a recorrente que não confessou a prática de qualquer infração, pelo contrário, alega que, diferente do quanto acusa o fiscal autuante, pretende demonstrar que um erro meramente formal não implicou em recolhimento a menor de imposto.

Não obstante ter sido o referido processo submetido a duas diligências fiscais, traz a recorrente em Manifestação Fiscal novos elementos para que sejam analisados.

À fl. 458, 459 e mídia à fl. 471 traz a relação dos cupons fiscais emitidos e os correlatos comprovantes de recebimento via cartão de crédito.

À fl. 464 aduz que em mídia apresentada consta a conciliação completa dos 10.785 registros referentes às operações de venda realizadas pela recorrente.

Assim, diante dos novos elementos trazidos pela recorrente aos autos, o PAF foi convertido em nova diligência para que o fiscal autuante analisasse a mídia e verificasse a procedência das referidas alegações, o que foi feito, conforme fls.540 a 542.

A recorrente se insurge em nova Manifestação Fiscal, contestando a diligência realizada.

Alega a recorrente que o autuante equivocadamente considerou os valores que foram apresentados pela empresa nas planilhas de “amostragem” como se fossem uma conciliação de registros, afirmando que o fiscal autuante desconsiderou os registros conciliados na planilha “sem serviço TEF=CUPOM”, se equivocando em alegar que a recorrente havia inserido valores duplicados ou triplicados.

Esta 2ª CJF decidiu converter o processo em nova diligência para que o fiscal autuante confronte o demonstrativo original com a planilha “rpf-tef- completo”, constante da mídia anexa à fl. 471.

Após essa análise, o fiscal autuante foi orientado a refazer o demonstrativo original excluindo do demonstrativo de débito, aqueles valores relacionados na TEF que possuam correspondência na ECF, com coincidência de valor e data, ainda que tenham sido informados (na leitura Z) como vendas à vista.

O fiscal autuante, à fl. 570, se pronuncia nos autos, manifestando seu inconformismo, haja vista ter devidamente intimado a recorrente a prestar esclarecimentos sobre as irregularidades nos registros de operações TEF e, decorrido o prazo concedido, a autuada não apresentou qualquer justificativa.

Ademais, ressalta o fiscal autuante que, além da incorreção nos registros das operações realizadas, a Autuada esteve também omissa de envio de todos arquivos completos de EFD, bem como arquivos MFD, que retratam a verdadeira escrituração de operações via ECF. Esclarece ainda que a documentação examinada, portanto, não atende às normas regulamentares, o mesmo ocorrendo com as Planilhas e Demonstrativos elaborados no curso da Defesa e dos Recursos.

Para cumprimento da Diligência requerida, sinaliza o fiscal autuante que foi preciso recorrer unilateralmente, à documentação produzida pela Autuada no curso do Processo, ressaltando sua inadequação com as normas regulamentares, haja vista que, as planilhas constantes do CD à fl. 471 do PAF, não correspondem à escrituração real da empresa, mas, trata-se de “relatórios gerenciais” elaborados após a Autuação.

O fiscal autuante elabora nova planilha com os valores exigidos da infração 4.

VOTO

As infrações 3 e 4 noticiadas na autuação são objeto do presente Recurso Voluntário do contribuinte.

Analisando as preliminares, entende a recorrente que não foi possível identificar os elementos que compuseram os demonstrativos elaborados pelo fiscal autuante, alegando cerceamento do seu direito de defesa.

Contesta ainda para a presunção da fiscalização quanto a ocorrência do recolhimento a menor do ICMS em referência à infração 4.

Quanto as preliminares suscitadas, esclareço que os dados que serviram de base para apuração dos valores exigidos no Auto foram extraídos da própria documentação da recorrente, exibida para fiscalização. Assim, não merece prosperar as alegações de nulidade suscitada por cerceamento do direito de defesa, visto que toda documentação que lastreou o A.I objeto da presente lide está nos autos, sendo perfeitamente possível exercer o contraditório, efetivamente realizado pelo recorrente.

Quanto à presunção alegada, ressalto que este tipo de apuração do crédito tributário é feita mediante a comparação, diária e por operação, entre os valores informados pelas administradoras de cartão para os valores dos cupons fiscais e ou/notas fiscais, cuja declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

No mérito, em referência à infração 3, sinaliza a recorrente que o fiscal autuante não levou em consideração saídas realizadas durante o período fiscalizado amparadas por redução de base e alíquota zero, não sendo, portanto, confiável os demonstrativos apresentados.

Ocorre que, não obstante ter citado, a título de exemplo, as operações tributadas com alíquota zero que totalizam R\$ 8.610,19, em out/2013, verifico à fl. 43 que o fiscal autuante levou em consideração todas as operações realizadas pela recorrente, inclusive aquela submetida à alíquota zero, relacionando de forma segregada as operações tributadas sob as alíquotas de (0%, 7%, 12% e 17%), transpondo o total do ICMS recolhido para a planilha à fl.28 onde demonstra a apuração do ICMS em referência às saídas tributadas a 7%, 12% e 17%, com base em informações extraídas dos cupons fiscais da ECF e das NF emitidas pela recorrente.

Diante dos fatos acima relatados, não há como prosperar as alegações recursais quanto a infração 3, notadamente porque os erros apontados não subsistem, se observadas as planilhas elaboradas pelo fiscal autuante.

Quanto à infração 4, é correto afirmar que referida infração está legalmente amparada pela presunção relativa disciplinada pelo art.4º, §4º da Lei nº 7.014/96, ou seja, o ato administrativo que culminou com a lavratura do referido auto de infração em desfavor da recorrente goza de presunção da legitimidade e de legalidade, somente sendo passível de desconstituição, em sede administrativa, por prova robusta em sentido contrário que afaste a presunção “juris tantum” e que conduza o julgado a um juízo de verossimilhança das alegações, o que de fato ocorreu.

Alega o fiscal autuante, contudo, que a recorrente não apresentou provas que elidissem a infração, sinalizando, adicionalmente, para falta de documentos que comprovem que as vendas recebidas por meio de cartão de crédito foram oferecidas à tributação.

Observando os documentos anexados ao Auto de Infração, e considerando tratar-se de uma comercial varejista cujas operações de venda, em grande maioria, ensejam vendas por meio de cartão de crédito, é possível notar que a recorrente incorreu em erros crassos na emissão dos seus documentos fiscais, a exemplo da falta de registro das operações realizadas via cartão de crédito nos cupons fiscais emitidos pela ECF e da ausência de informação fiscal das “operações com

cartões de crédito” nos arquivos digitais SPED’s nos períodos de ago a dez de 2013 e jan a ago de 2014.

Além disso, estamos diante de uma empresa de médio porte, sendo notável que tenha volume expressivo de vendas com cartões de crédito nos meses autuados.

Em suas razões defensivas, alega a recorrente que não obstante as diligências realizadas, não observou o autuante que as provas trazidas demonstram o casamento dos cupons fiscais emitidos e, indevidamente registrados como venda à vista, e os respectivos comprovantes de recebimentos via cartões de crédito.

Alega ainda a recorrente que, em alguns casos, além das vendas das mercadorias que estão registradas nos cupons fiscais emitidos, a Recorrente também ofereceu aos seus clientes a contratação de seguros e garantia estendidas para os produtos, cujos serviços foram submetidos à incidência do ISS. Os valores das vendas e serviços associados constam do Relatório TEF, totalizados por operação.

Por amostragem, sinaliza a recorrente à fl. 462 da peça recursal que o fiscal autuante não considerou a operação realizada em 19/09/2013, envolvendo a venda de produtos associada a contratação de seguro.

Entendo, contudo, que as razões recursais são descabidas, no particular.

Isto porque, ao verificar o cupom fiscal citado no valor de R\$1.487,52, adicionado ao seguro contratado pelo cliente no valor de R\$ 174,48, ambos anexados aos autos, o valor somado das operações perfaz o montante de R\$1.662,00, valor este que não foi identificado no relatório diário TEF, na data referida (fls.251 e 252). Importante ratificar o quanto mencionado na decisão de piso visto que as denominadas despesas acessórias das vendas, a exemplo de seguros e outros encargos transferidos ao consumidor ou cliente compõem a base de cálculo do ICMS, conforme previsto no art. 17, § 1º, inc. II, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.

Em assim sendo, mantenho o valor exigido originalmente quanto a infração 3.

Alega ainda a recorrente que o autuante, indevidamente, considerou os valores que foram apresentados pela empresa nas planilhas de “amostragem” como se fossem uma conciliação de registros, afirmando que o fiscal autuante desconsiderou os registros conciliados na planilha “sem serviço TEF=CUPOM”, se equivocando em alegar que a recorrente havia inserido valores duplicados ou triplicados.

Esta 2ª CJF decidiu converter o processo em nova diligência para que o fiscal autuante confrontasse o demonstrativo original com a planilha “rpf-tef- completo”, constante da mídia anexa à fl. 471.

Após essa análise, o fiscal autuante foi orientado a refazer o demonstrativo original, excluindo do demonstrativo de débito aqueles valores relacionados na TEF que possuam correspondência na ECF, com coincidência de valor e data, ainda que tenham sido informados (na leitura Z) como vendas à vista.

Seguindo orientações da CJF, o fiscal autuante excluiu os registros que se encontravam em duplicidade, ou os que não possuíam coincidência de valor e data, elaborando nova planilha, fl. 572.

Concluídos os levantamentos que culminaram com a exigência de R\$26.082, 61 para o exercício de 2013, e R\$109.876,72 para o exercício de 2014, o fiscal autuante ressalva que relativamente aos meses de setembro de 2014 a dezembro de 2014 foram mantidos os totais já demonstrados nas Planilhas originais constantes às fls. 71 e 72, tendo em vista que, nestes meses, o contribuinte havia registrado corretamente as operações como sendo “cartão”.

Isto posto, considerando que as provas materiais trazidas no curso do processo fiscal de fato elidiram parcialmente a infração posta, considerando ainda que referidas provas foram

devidamente analisadas pelo fiscal autuante, a infração 4 resta exigível no valor de R\$135.969,33.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, reduzindo tão somente o valor exigido da infração 4, mantendo inalterado a infração 3. Os pagamentos realizados no curso do processo devem ser devidamente homologados.

INFRAÇÃO 3: R\$ 46.361,11

INFRAÇÃO 4: R\$135.959,34

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER EM PARTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207185.0012/15-5**, lavrado contra **ELETROSOM S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$182.320,44**, acrescido das multas de 60% sobre R\$46.361,11 e de 100% sobre R\$135.959,34, previstas, respectivamente, no art. 42, incisos II, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor de **R\$17.940,00**, previstas nos incisos XX e XIII-A, “c”, item 1.1 do mesmo artigo e diploma legal, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados o valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de junho de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS