

PROCESSO - A. I. N° 130076.0010/07-7
RECORRENTE - JFS SUPERMERCADO LTDA. (JMC SUPERMERCADO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF n° 0019-03/08
ORIGEM - INFAS SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 09/07/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0207-11/08

EMENTA: ICMS. VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Legalmente presume-se ocorrida operação tributável sem pagamento do imposto quando os valores de vendas 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 não ocorreu. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto pelo recorrente contra a Decisão da 3ª JJF – Acórdão JJF n° 0019-03/08 – que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, o qual fora lavrado para exigir o imposto de R\$6.340,30, inerente ao exercício de 2006, 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, como também a multa no montante de R\$1.437,34, correspondente a 5% do valor da operação por ter o contribuinte, usuário de equipamento de controle fiscal (ECF) emitido outro documento fiscal (NFVC) em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento nas situações em que está obrigado.

A Decisão recorrida julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, no valor de R\$6.902,17, por entender que, quanto à primeira infração, que o autuado não comprovou a emissão de documentos fiscais correspondentes aos valores informados pelas administradoras de cartões de débito/crédito. Destaca que o imposto foi exigido por presunção legal estabelecida no § 4º do art. 4º da Lei n° 7.014/96, cabendo ao autuado comprovar a improcedência da presunção. Assim, concluiu a JJF que ficou caracterizada a infração, julgando-a subsistente, visto que o sujeito passivo não apresentou quaisquer elementos que comprovem a efetiva existência de documentos fiscais e respectivos boletos para elidir a exigência fiscal.

No tocante à segunda infração, aduziu a JJF que somente em relação aos meses de janeiro a março de 2006 é que o defendanteste esteve dispensado do uso do ECF, por se encontrar na condição de microempresa 1 até 31/03/2006, podendo emitir notas fiscais D-1 em lugar do documento fiscal decorrente do uso de ECF. Assim, concluiu a JJF que a multa originalmente exigida deve prevalecer somente para os meses de abril a dezembro de 2006. Também salientou que o percentual da multa aplicável ao caso em exame foi alterado para 2%, conforme art. 42, XIII-A, “h”, da Lei n° 7.014/96, e de acordo com o art. 106, II, “c”, do CTN, aplica-se a lei a fato pretérito quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática. Assim, entendeu a JJF que a multa exigida deve ser reduzida para o montante de R\$561,87,

em razão da alteração do percentual da multa e da exclusão dos meses de janeiro a março de 2006.

Em seu Recurso Voluntário, às fls. 268 a 273 dos autos, o recorrente sustenta que a Decisão da JJF merece reforma porque o § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 autoriza a presunção *juris tantum* de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto na hipótese de “*declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito*”. Aduz que no caso presente as declarações de vendas foram efetuadas pelo recorrente sempre em valores superiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, o que demonstra a inaplicabilidade da presunção legal. Salienta que todas as vendas efetuadas foram devidamente acompanhadas da emissão de nota fiscal e que o cartão de crédito nada mais é do que uma modalidade de pagamento dentre inúmeras existentes no mercado. Defende que o autuante incorreu em equívoco porque desconsiderou a receita bruta mensal do recorrente, consubstanciada nas notas fiscais lançadas no livro Registro de Saídas. Aduz que no total do faturamento mensal da empresa já estão englobadas as vendas mediante cartão de crédito, não havendo a ocorrência do fato imponível ensejador do presente lançamento. Invoca o princípio constitucional da reserva legal tributária ou legalidade estrita, o qual proíbe a exigência do tributo sem lei que o estabeleça. Salienta que a hipótese de incidência do ICMS é a realização de um negócio jurídico que tenha como objeto a circulação de mercadorias. Assim, inexistindo operações relativas à circulação de mercadorias não há que se falar em cobrança de ICMS. Cita doutrina. Concluiu seu Recurso Voluntário alegando que não se pode exigir a produção de provas referente a fatos negativos (inocorrência da hipótese de incidência tributária). Pede a improcedência do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS em seu Parecer, às fls. 278 e 279, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, uma vez que as razões recursais não visam afastar a presunção legal apurada no levantamento fiscal, bem como vêm desacompanhadas de qualquer prova capaz de sustentar seu deferimento. Sustenta que a Lei do ICMS é clara e a presunção legal de omissão de saídas persiste enquanto o contribuinte não lograr elidi-la, mediante a produção de prova que lhe cabe, mas que não foi trazida aos autos pelo recorrente. Destaca que em sede de Recurso o autuado apresenta os mesmos argumentos, desprovidos de provas, já apresentados em sede de defesa e analisados pela Decisão de primeira instância administrativa, enquanto, ao revés, fora juntado aos autos pelo autuante, integrando o processo administrativo fiscal desde a sua origem, os documentos que guarnecem a infração 1, como os Relatórios TEF diários (fls. 19 a 70), do que foi o contribuinte especificamente intimado (fl. 247) para manifestar-se sobre os mesmos para, querendo, apresentar demonstrativo dos boletos emitidos pelas vendas realizadas com cartões de débito/ crédito e respectivos documentos fiscais, o que possibilitaria a exclusão no levantamento fiscal dos valores efetivamente comprovados. Contudo, quedou-se inerte. Invoca o art. 143 do RPAF, o qual estabelece que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Por fim, concluiu a PGE/PROFIS que, a par das considerações aventadas, observa que o julgamento de Primeira Instância apreciou todas as questões ventiladas nos autos e que a Decisão expressa no Acórdão recorrido não merece qualquer reforma.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange à exigência do ICMS, no valor de R\$6.340,30, relativo à 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 ou de débito em valor inferior ao valor 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, inerente a todos os meses do exercício de 2006.

Observo que o recorrente apenas alega que a legislação específica prevê ocorrido o fato gerador do ICMS quando os valores de vendas forem inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Contudo, não cabe razão ao recorrente, pois a presunção legal de omissão de saídas, prevista no dispositivo legal acima, se dá entre os números da mesma categoria, ou seja, venda por cartões de crédito/débito, não sendo razoável o raciocínio do recorrente de que devem ser comparados os números apresentados pelas administradoras de cartões de crédito com os totais de vendas do contribuinte.

Não se devem comparar as diversas modalidades de vendas, realizadas: em espécie, em cheque, em ticket, etc., com uma única modalidade de pagamento, isto é em cartão de crédito ou de débito fornecida pelas instituições e administradoras, uma vez que só devemos comparar coisas iguais, logo é cristalino que “*os valores de vendas*” a que a legislação se refere são relativos às vendas com cartão de crédito ou de débito, os quais serão confrontados com “*os valores de vendas*” de igual espécie, ou seja, os informados pelas financeiras.

A tese construída pelo contribuinte não é sustentável, já que carece de lógica e razoabilidade, pois os valores a serem comparados são os da mesma categoria, ou seja, valores de vendas por cartões de crédito/débito.

A legislação prevê a presunção de omissão de saídas pela constatação de diferença entre o valor total de vendas sob a modalidade de pagamento com cartão de crédito/débito, constante na Redução “Z” do ECF, e os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito, visto que o valor total das vendas do contribuinte engloba vendas por todas as modalidades (em espécie, ticket, vale, cartões de crédito, débito, etc.), já que a lógica indica que as comparações devem ser de coisas da mesma espécie, sob pena de desvirtuamento dos resultados.

Há de se ressaltar que cabia ao contribuinte, através do seu equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), efetuar o controle das vendas por modalidade para que fosse possível confrontar os dados fornecidos pelas administradoras de cartões, consoante determina o art. 238, § 7º, do RICMS/BA, conforme abaixo transcrito:

Art. 238. O contribuinte obrigado a utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) emitirá o Cupom Fiscal...

§ 7º Deverá ser indicado no Cupom Fiscal o meio de pagamento adotado na operação ou prestação.

Por outro lado, deve-se salientar que a JJF determinou que fosse fornecido ao contribuinte o Relatório Diário por Operações, constante às fls. 19 a 70 dos autos, de forma a possibilitá-lo fazer o confronto dos valores obtidos nas Reduções “z” com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito, uma vez que através da vinculação dos dados (valores e data) consignados nos documentos fiscais (cupons fiscais ou notas fiscais) com as operações informadas pelas operadoras, possibilitaria a análise quanto à exclusão do valor efetivamente comprovado e oferecido à tributação.

Contudo, mesmo assim, o contribuinte não efetivou tal comprovação e, em consequência, também não comprovou sua alegação de que “*No total do faturamento mensal da empresa, já estão englobadas as vendas mediante cartão de crédito*”, visto que não demonstrou a existência de documentos fiscais que acobertassem as operações realizadas, mediante cartão de crédito ou de débito, informadas pelas administradoras, cujo relatório obteve cópia, e, consequentemente, não provou a improcedência da presunção legal, ou seja, a vinculação de documento fiscal que legitimasse que as operações relacionadas no “Relatório Diário Operações TEF” foram oferecidas à tributação.

Caso assim demonstrasse, certamente teriam seus valores deduzidos do montante da base de cálculo do imposto exigido através do Auto de Infração. Assim, não cabe razão ao recorrente, pois

a ação fiscal está conforme a previsão legal, cabendo ao contribuinte o ônus da prova de sua alegação.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 130076.0010/07-7, lavrado contra **JFS SUPERMERCADO LTDA. (JMC SUPERMERCADO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.340,30**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$561,87**, prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da mesma lei, acrescentado pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CAZALLI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS