

PROCESSO - A. I. N° 232953.0076/07-0
RECORRENTE - BAHIA FOTO E GRÁFICA LTDA. (FOTO SHOPPING)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JFJ nº 0222-04/08
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 06/03/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. N° 0008-12/09

EMENTA: ICMS. VENDAS COM PAGAMENTOS POR MEIO DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. DIFERENÇA ENTRE AS OPERAÇÕES DECLARADAS NO ECF DO CONTRIBUINTE E OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 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, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96). Excluídos os valores referentes a prestações de serviços não tributadas pelo ICMS. Mantida a Decisão. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (4ª JFJ) que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$17.653,90, em razão de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior àquele fornecido por instituições financeiras e administradoras dos respectivos cartões.

Em sua defesa, o autuado alegou que comercializava mercadorias e também prestava serviços fotográficos, sendo comum o pagamento desses serviços com o uso de cartão de crédito. Juntou ao processo documentos que comprovavam a prestação de serviços. Na informação fiscal, o autuante manteve a ação fiscal, afirmando que os argumentos defensivos não estavam acompanhados de provas correspondentes.

O processo foi convertido em diligência à ASTEC, para que o autuado fosse intimado a apresentar demonstrativos, relacionando as notas fiscais das prestações de serviços e os respectivos boletos de cartão de crédito. Foi determinado que o diligenciador refizesse a apuração do imposto, excluindo da autuação os valores referentes às prestações de serviços que comprovadamente tenham sido pagas com cartão de crédito. Cumprida a diligência e excluídos os valores que foram comprovados, o débito tributário passou de R\$17.653,90 para R\$13.649,09 (fls. 84/86).

O autuante e o autuado foram notificados sobre o resultado da diligência. O primeiro não se pronunciou sobre o trabalho realizado, ao passo que o segundo reiterou as alegações já expendidas na defesa, bem como requereu mais prazo para apresentar outros boletos de cartão de crédito e as correspondentes notas fiscais.

Após ter sido concedido mais prazo, o autuado apresentou demonstrativos e fotocópias de notas fiscais e de boletos de cartão de crédito (fls. 994 a 1228).

Na Decisão recorrida, o Auto de Infração foi julgado procedente em parte no valor de R\$13.649,10, conforme apurado na diligência realizada pela ASTEC. Ao fundamentar o seu voto, o ilustre relator não acolheu os boletos e as notas fiscais apresentados após a diligência, argumentando que esses documentos não correlacionavam *“o serviço prestado e seu pagamento através de boleto dos cartões, mas a junção de diversos boletos de cartões que somados sejam iguais ou aproximados ao valor de um serviço prestado”*. O relator também disse que os demonstrativos apresentados pelo autuado foram “construídos” na tentativa de provar que determinados boletos se referiam a uma nota fiscal, já que os valores não fechavam.

Inconformado com a Decisão proferida pela 4ª JJF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, onde alega que a primeira instância, apegando-se a uma interpretação literal do artigo 3º da Lei de Execução Fiscal (LEF), considerou que cabia ao recorrente comprovar a improcedência da pretensão fiscal. Sustenta que a presunção relativa de legitimidade dos atos administrativos não inverte, em todos os casos, o ônus da prova ao sujeito passivo. Diz que o artigo 3º da LEF deve ser interpretado em conformidade com o artigo 5º, II, da Constituição Federal, e com o artigo 142 do CTN. O princípio da presunção de inocência limita a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Discorre sobre hermenêutica jurídica e cita doutrina.

O recorrente afirma que é dever do Fisco provar a ocorrência do fato gerador de obrigação tributária para, de posse disso, lavrar Auto de Infração, sendo vedada a autuação sem a observância da perfeita subsunção do fato à norma. Ressalta que, mesmo nos casos de presunções legais, não se opera inversão do ônus da prova, pois cabe ao Fisco demonstrar a ocorrência da situação que, nos termos da lei, enseja a relação que conduz ao fato presuntivo. Para embasar suas alegações, o recorrente cita farta doutrina.

Destaca que é vedado ao Fisco autuar com base em método de fiscalização ineficaz ou que inviabilize a produção de prova em contrário por parte dos contribuintes. Diz que a administração tributária deve garantir aos contribuintes os meios necessários ao exercício do contraditório e da ampla defesa, para que se possa elidir a pretensão fiscal. Menciona que lhe é impossível “casar” cada nota fiscal de prestação de serviço, pago com cartão, com respectivo boleto, uma vez que, em muitos casos, o cliente efetua o pagamento utilizando ao mesmo tempo dinheiro e cartão. Também alega que há clientes que comprem mercadorias e contratam serviços, pagando as duas operações com cartão de crédito. Frisa que fez provas nesse sentido, juntando notas fiscais e boletos de cartão de crédito.

Assevera o recorrente que a auditoria de cartão de crédito é um procedimento administrativo que impede contribuintes sujeitos à tributação pelo ICMS e pelo ISS, como é o seu caso, de manipular os meios necessários para elidir a pretensão fiscal. Ao concluir, o recorrente diz que, como o procedimento fiscal inviabiliza o exercício do direito de defesa, o acórdão recorrido deve ser reformado, para que o Auto de Infração venha a ser julgado nulo ou improcedente.

Ao exarar o Parecer de fls. 1257 e 1258, o ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que a autuação em tela está lastreada em uma presunção de direito, restando ao recorrente apenas a apresentação de cada boleto de venda efetuada por meio de cartão com a respectiva documentação fiscal para elidir a presunção. Diz que o fato de o recorrente prestar serviços tributados pelo ISS não elide a autuação, pois ele também comercializa mercadorias realizando fato gerador do ICMS. Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

É objeto do presente Recurso Voluntário a Decisão de Primeira Instância que julgou procedente em parte o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS apurado com base em levantamento de vendas com pagamento em cartão em valor inferior àquele informado pelas instituições financeiras e pelas administradoras de cartão.

A lavratura do Auto de Infração foi feita com base na presunção legal prevista no artigo 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, cujo teor transcrevo a seguir, para um melhor entendimento da matéria:

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

No caso em tela, os demonstrativos elaborados pelo autuante comprovam que as vendas pagas com cartão de crédito e/ou débito registradas pelo recorrente nos seus ECFs eram inferiores às que foram informadas pelas administradoras de cartão e pelas instituições financeiras. Dessa forma, estava caracterizada, de forma clara, a ocorrência do fato que, nos termos da lei, ensejava a presunção legal da realização de operações de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, cabendo ao recorrente comprovar a improcedência da presunção.

Visando a elidir a referida presunção legal, o recorrente alegou que também prestava serviços, os quais eram pagos por meio de cartão de crédito. Mediante diligência, esses valores foram excluídos da autuação, quando houve coincidência de data e de valores.

Quanto aos documentos apresentados após a defesa inicial, comungando com o entendimento do relator de Primeira Instância, considero que os demonstrativos apresentados pelo recorrente foram “construídos” com o objetivo de provar que determinados boletos se referiam a uma determinada nota fiscal. Essas provas não se prestam para elidir a presunção, pois não há como correlacionar os cupons às notas fiscais, já que não há coincidência de valores.

O recorrente alega que não há como “casar” os documentos fiscais com os boletos das administradoras de cartão. Todavia, essa alegação recursal não pode ser acolhida, pois, nos termos do § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, esse ônus é do contribuinte, no caso o recorrente.

Foi correta a Decisão de Primeira Instância ao – excluindo os valores referentes a prestações de serviços não tributados pelo ICMS – manter parcialmente a autuação com base na citada presunção legal, uma vez que restou comprovada a ocorrência do fato que autoriza a aplicação da referida presunção legal, não havendo assim como se aplicar ao caso em tela o princípio da presunção de inocência.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **2329530076/07-0**, lavrado contra **BAHIA FOTO E GRÁFICA LTDA. (FOTO SHOPPING)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.649,10**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de fevereiro de 2009.

TOLSTOI SERA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS