

PROCESSO - A. I. Nº 110427.0007/07-0
RECORRENTE - INFORLASER COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. (TONER LASER)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0282-01/08
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 05/03/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0024-11/09

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 ocorreu parcialmente, conforme constatado através de diligência, na qual deduziu notas fiscais que guardavam correlação de valor e data com os informes das administradoras de cartões, assim como adotou a proporcionalidade às operações sujeitas ao ICMS. Infração subsistente em parte. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto pelo recorrente contra a Decisão da 1ª JJF – Acórdão JJF nº. 0282-01/08 – que julgou o Auto de infração Procedente em Parte, o qual fora lavrado para exigir o ICMS de R\$20.649,50, inerente aos meses de janeiro de 2006 a março de 2007, 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.

A Decisão recorrida julgou o Auto de infração procedente em parte, no valor de R\$16.530,24, após acatar o resultado da diligência, realizada pelo próprio autuante, no sentido de excluir, tão somente, os documentos fiscais que coincidissem em valores e datas com os boletos correspondentes às vendas realizadas por meio dos referidos cartões, como também de adotar a proporcionalidade correspondente às saídas tributadas pelo ICMS, desprezando as prestações de serviços sujeitas à incidência do tributo municipal (ISSQN), conforme demonstrado às fls. 247 a 343 dos autos. Assim, concluiu a JJF que não vislumbra a ocorrência de cobrança do imposto em duplicidade, como alega o contribuinte.

Em seu Recurso Voluntário, às fls. 369 a 372 dos autos, o recorrente, preliminarmente, sustenta que, embora tenha sido mencionado no relatório, o voto não se pronunciou acerca dos itens da defesa que tratam da escrituração fiscal e contábil e demais informações fiscais da empresa, onde constam em ordem cronológica os atos e fatos exercidos no exercício fiscalizado – escancaradamente descaracterizadas pelo autuante, motivado por presunções descabidas, sob pena de aplicação de sanção eivada de ilegalidade em virtude da ausência de conduta que lhe sirva de fato gerador.

Ressalta que, uma vez mantida tal cobrança indevida, a questão adentra a seara constitucional, pois, a um só tempo, agride o princípio da legalidade e, assim eivada de ilegalidade, que se mantida deverá vir a ser atacada por mandado de segurança.

No mérito, ainda em relação à forma descabida procedida pela ação fiscal, mediante presunção, aduz o recorrente que todas as provas foram devidamente carreadas, lastreadas na documentação fiscal e contábil apresentadas pela empresa, inclusive com todas as guias de recolhimento dos impostos sobre a totalidade de suas vendas, quer sejam através de cartões de crédito ou outras quaisquer.

Refuta o entendimento exarado na Decisão recorrida de que o autuado não comprovou que suas saídas de mercadorias constantes das notas fiscais por vendas de cartões de crédito, tiveram o seu recolhimento efetivado. Registra que tal entendimento esteia-se na inversão do ônus da prova para o caso *in voga*.

Sustenta que o próprio autuante admitiu que efetuou o levantamento mediante o princípio da presunção. Aduz que tal roteiro (a presunção) poderia ser aplicável caso não houvesse a escrituração fiscal e contábil e comprovantes de recolhimento dos impostos. Enfatiza que, exceto o volume adicional de trabalho, não havia qualquer elemento que representasse óbice ao fazimento pela escrituração fiscal-contábil à época da autuação. Assim, se insurge ao meio indireto adotado pelo fisco para estabelecer o suposto *quantum* devido.

Afirma ocorrer “bitributação”, caso se confirme a suposta autuação, pois não há elementos nos autos que permitam afirmar a existência de vendas quaisquer que sejam, que não tenham sido oferecidas à tributação e devidamente recolhidas.

Por fim, pugna pela improcedência da infração e, caso assim não ocorra, o que admite apenas por amor à argumentação, requer que sejam expurgados da base de cálculo do imposto, relativo à suposta omissão de receita, os valores do ICMS já recolhidos, devendo vir a ser apenado com uma simples multa disciplinar, sob pena de *bis in idem* e conseqüente caráter confiscatório do Auto de infração.

A PGE/PROFIS em seu Parecer, às fls. 376 e 378, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, uma vez que o sujeito passivo não logra elidir a presunção de legitimidade da ação fiscal, visto considerar ausentes de argumentos jurídicos capazes de provocar a revisão do Acórdão recorrido.

Entende a procuradoria que a imputação fiscal está absolutamente clara, devidamente tipificada e alicerçada na legislação tributária estadual. Aduz não haver dúvidas quanto à preservação do princípio constitucional da legalidade previsto na Carta Federal e assegurado o direito de defesa ao sujeito passivo no lançamento tributário, eis que, a infração está prevista de forma expressa na Lei do ICMS.

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.

Frisa que o trabalho realizado pelo autuante está lastreado no confronto entre as vendas registradas nas reduções Z dos ECF. Assim, não há dúvida quanto à existência do fato imponible e a segurança da aferição da base de cálculo, livre de qualquer vestígio de duplicidade de cobrança do ICMS, haja vista os novos demonstrativos fiscais constantes nos autos oriundos da diligência fiscal realizada pelo autuante, a qual procedeu os ajustes necessários com vistas a exclusão dos documentos fiscais cujos valores e datas coincidissem com os indicados nos boletos correspondentes às vendas realizadas através de cartões de crédito, como também utilizou a sistemática da proporcionalidade das saídas tributadas normalmente pelo ICMS, tendo em vista que o sujeito passivo também presta serviços sujeitos a incidência de ISSQN.

No que concerne a alegação de desconconsideração das provas materiais, aduz a PGE/PROFIS que o recorrente não acostou documentos fiscais capazes de elidir a presunção de legitimidade do lançamento, pelo que não restou descaracterizada a presunção relativa de omissão de saídas de mercadorias sem pagamento do imposto.

Assim, ante a tais considerações, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

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\$16.530,24, 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 ao período de janeiro/2006 a março/2007.

Há de se ressaltar que cabe ao contribuinte o ônus da prova da improcedência da presunção legal, nos termos do § 4º do art. 4º da Lei nº. 7.014/96, “*in verbis*”:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

§ 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.”

A legislação impõe ao contribuinte, usuário de 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, 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.*

Assim, da interpretação dos textos legais acima, se conclui que apesar da 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, em busca da justiça e da verdade material, a JF determinou diligência para que o autuante deduzisse do montante exigido as notas fiscais que coincidissem em valores e datas com os boletos correspondentes às respectivas vendas realizadas através de cartão de crédito/débito, constantes do Relatório TEF por operações, como também adotasse para a exigência fiscal a proporcionalidade às operações de saídas de mercadorias tributadas pelo ICMS, excluindo, assim, as prestações de serviços tributadas pelo ISSQN, conforme foi efetivado às fls. 245 a 343 dos autos, do que foi dado ciência ao contribuinte, o qual se manifestou às fls. 346 a 349 dos autos, sem, contudo, conseguir elidir a presunção legal no valor remanescente de R\$ 16.530,24, consoante demonstrado à fl. 343 dos autos.

Conforme bem ressaltado pela PGE/PROFIS, à fl. 378 dos autos, a diligência fiscal não só procedeu aos ajustes necessários com vistas à exclusão dos documentos fiscais, cujos valores e datas coincidissem com os indicados nos boletos correspondentes às vendas realizadas através de cartões de crédito/débito, como também utilizou a sistemática da proporcionalidade das saídas tributadas normalmente pelo ICMS, além de conceder, para exigência do imposto, o crédito presumido de 8%, previsto no § 1º do art. 408-S do RICMS, devido à condição de contribuinte enquadrado no Regime SIMBAHIA, consoante demonstrado à fl. 342 dos autos.

Assim, verifico que o recorrente não conseguiu provar a improcedência da presunção legal, com exceção dos documentos considerados pela Decisão recorrida, a qual deve ser mantida.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **110427.0007/07-0**, lavrado contra **INFORLASER COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. (TONER LASER)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.530,24**, 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, 17 de fevereiro de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS