

PROCESSO - A. I. Nº 277830.0119/07-2
RECORRENTE - J.M. RESTAURANTE LTDA. (CABANA DA CELY)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0148-04/09
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 14/05/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0078-11/10

EMENTA: ICMS. 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. A diferença apurada entre o valor das vendas registradas em cartão de crédito e o valor informado pela administradora do cartão indica que o sujeito passivo efetuou vendas sem emissão do documento fiscal correspondente. As alegações postas no Recurso Voluntário não se amparam em qualquer meio de prova que possa desqualificar a acusação fiscal. O recorrente não elide a autuação. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 4ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0148-04/09, que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado para imputar ao sujeito passivo o cometimento de infração à legislação tributária, especificamente a omissão de saídas de mercadorias tributadas, apurada através de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito/débito, em valores inferiores àqueles informados por instituição financeira ou administradora de cartão de crédito, totalizando R\$ 45.245,57.

Em Primeira Instância, no julgamento proferido pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, às fls. 36 a 38, o relator da matéria, após apreciação do teor do processo, concluiu que:

“O autuado pondera que o lançamento é improcedente, pois não levou em conta acréscimos que deveriam ter sido excluídos da base de cálculo, a exemplo de gorjetas e taxas de serviços, que ele mesmo informou não terem sido consignadas no ECF. O imposto foi exigido a título de presunção (art. 4º, parágrafo 4º da Lei nº 7.014/96), por ter sido apurada diferença entre os valores de vendas apuradas no ECF e aqueles informados por administradoras de cartões. Caberia ao sujeito passivo comprovar a improcedência da presunção. Nesta específica situação, o contribuinte deveria comprovar que os valores originários da prestação de serviço de manobrista tinham, com efeito, sido incluídos no faturamento por meio de cartão de crédito, para que fossem feitas as exclusões respectivas. Com fundamento no art. 1º, parágrafo 2º do Regulamento do ICMS/BA, concluo que os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito são tributados, ou seja, estão no campo de incidência do imposto.

Pela análise dos documentos juntados ao processo, constato que nos demonstrativos acostados pelo autuante foi indicado o total mensal das vendas por meio de cartão (débito/crédito) informadas pelas respectivas empresas administradoras, tendo sido deduzidos os valores das vendas através de ECF. Foram também corretamente deduzidos, no cálculo do débito tributário mensalmente apurado no levantamento de fls. 13 e 19, os valores correspondentes ao crédito presumido de 8%, previsto no §1º do artigo 19 da Lei nº 7.357/98, vigente à época dos fatos geradores, percentual este previsto para o cálculo de ICMS a recolher, quando verificada a infração em foco para as empresas inscritas no Regime Simplificado de Apuração de Imp

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

Inconformado com tal Decisão, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário (fls. 50 e 51), onde pleiteia a reforma do julgamento da 1ª Instância, sob a alegação de que:

“A 1ª Junta de Julgamento Fiscal em sua Decisão, não interpretou a legislação do ICMS de maneira correta, visto que em seu julgamento os ilustres membros desconsideraram que entre os valores cobrados dos clientes que explora o ramo de restaurantes, estão registradas as gorjeta, que são de natureza trabalhista, ou seja, valores que o autuado é consignante, já que os valores são pagos de maneira espontânea, pelo clientes, aos funcionários (garçons), bem como as de natureza de prestação de serviços, de diversão ou os auxiliares, cuja incidência é do imposto de natureza municipal.

Portanto, o confronto entre os valores apresentados em relatório diário emitido por instituição de financeira e o movimento fiscal do estabelecimento, registrado como vendas, não devera, de forma quaisquer, representar exatidão. Os valores divergentes entre os registrados nos documentos fiscais de vendas e os fornecidos pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartões de crédito e/ou débito, são decorrentes dos valores correspondentes a gorjetas ou prestação de serviços.”

Concluindo, requer o acolhimento de suas razões de mérito, para, em face de ausência de prejuízo para a Fazenda Pública Estadual seja reformada a Decisão recorrida.

A PGE/PROFIS, em Parecer opinativo de fls. 56 a 58, inicialmente faz breve relato dos fatos, e diante do lançamento encontrar-se revestido das formalidades legais, estando determinado o autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração, livre, pois, de qualquer mácula que pudesse comprometer a ação fiscal, avalia que a autuação decorreu de presunção *juris tantum*, e que demonstrado o contrário, estaria elidida.

A seguir, informa que em nenhum momento o sujeito passivo trouxe qualquer elemento de prova que desconstituísse o lançamento, embora tenha recebido o relatório detalhado das operações confirmadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito, e que no Recurso Voluntário, apenas cinge-se a repetir alegações já expostas na defesa, cujo conteúdo já foi devidamente analisado pela 1ª Instância, sem, entretanto, fazer prova de suas alegações, razão pela qual o acórdão recorrido não merece qualquer reparo, o que leva ao opinativo de Não Provedimento do Recurso Voluntário interposto.

Na assentada do julgamento, o Conselheiro Valnei Sousa Freire, propôs a conversão do feito em diligência, para apuração de possível índice de proporcionalidade, que por maioria, não foi acatada.

VOTO

A Decisão recorrida manteve em seus termos o Auto de Infração lavrado contra o recorrente, atribuindo-lhe o cometimento de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito/débito, em valor inferior aos informados por instituição financeira ou administradora de cartão de crédito.

Manifesto, primeiramente, minha concordância com o entendimento da Procuradoria, quando em seu opinativo afirma ser a presunção que originou o lançamento tributário *juris tantum*, ou seja, relativa, que admite prova em contrário.

Quanto às presunções, é pacífico o entendimento de que o fato gerador do ICMS deve decorrer da realização de todos os aspectos tipificados na norma de incidência do tributo, vez que a relação jurídica somente deve pautar-se pelo critério de segurança e certeza, sob pena de nulidade, sendo defeso o lançamento estribado em suposição ou simples indício.

Daí decorre dizer-se que o tributo só pode incidir sobre ocorrências reais, devidamente comprovadas, as quais devem demonstrar a efetiva ocorrência dos fatos tidos como tributáveis, em nome do princípio da verdade material. Todavia, a lei expressamente (

quais entende estarem presentes elementos que indicam, caracteri:

ções ou circunstâncias venham a se tornar exigíveis sob o aspecto tributário, ou seja, cuja existência é provável.

Dentro de tal lógica, a informação advinda das administradoras de cartões de crédito/débito, se compõe de dados de operações reais, que correspondem a pagamentos efetivados por tais modalidades, não produzindo de maneira automática qualquer efeito relativo ao ICMS, o que somente ocorre quando a fiscalização coteja tais elementos com os valores informados e apresentados pelo sujeito passivo relativamente às suas operações declaradas ao Fisco.

A partir de tal cotejamento, temos o surgimento da presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto respectivo às operações, quando as informações oriundas das administradoras de cartões de crédito/débito apresentam valores superiores aos constantes nos dados fiscais do contribuinte.

Todavia, tal presunção não se apresenta como absoluta, podendo o sujeito passivo contrapor fatos, elementos ou informações que se contraponham à mesma, e até mesmo a desconstituam.

O recorrente, no uso de tal direito, vem, no seu Recurso Voluntário, alegar que as parcelas cobradas no lançamento são decorrentes da inclusão nos boletos dos cartões de débito/crédito de valores a título de serviços (atividade de diversão, auxiliares ou manobrista) ou encargo de natureza trabalhista estranho ao ICMS (gorjetas).

Se tais alegações estivessem embasadas em provas, a presunção levantada no lançamento tributário poderia ser contraditada, o que implicaria na possibilidade de redução ou mesmo na extinção do crédito tributário. Para tal as provas deveriam ser acostadas ao Recurso Voluntário, logo por ocasião do julgamento de primeira instância, vez que no caso em exame, o ônus da prova estaria em poder do sujeito passivo, ao arrimo do artigo 333, Inciso I, do Código de Processo Civil, o qual de acordo com o RPAF/BA aplica-se subsidiariamente ao processo administrativo tributário.

Como exemplo, poderia apensar a sua inscrição municipal que comprovaria a sua condição de contribuinte do ISS, os documentos de arrecadação de tal tributo, onde se encontrariam os valores recolhidos a título de imposto, decorrente das alegadas gorjetas incluídas nos boletos de cartões, seus livros fiscais de apuração do ISS, etc., ou outros quaisquer elementos necessários para contrapor-se à acusação fiscal.

Todavia, isso não ocorre, o que implica dizer que a alegação do recorrente além de repetir aquela já aduzida em primeira instância, não traz qualquer elemento que possa embasar a sustentação do Recurso Voluntário apresentado, razão pela qual não pode ser levada em conta no caso em comento.

Por outro lado, o próprio RPAF explicita em seu artigo 8º, Inciso IV, que *as petições deverão conter os meios de prova com que o interessado pretenda demonstrar a verdade de suas alegações*, dispositivo este complementado pelo artigo 143 do mencionado diploma legal, que determina que *a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*.

Dessa forma, diante do fato do recorrente apenas alegar, sem apresentar qualquer prova que refute a acusação fiscal, ou que possa reverter o julgamento realizado na primeira instância, a presunção há de ser mantida, com a convalidação da Decisão dali emanada, esposando, aliás, o entendimento da Procuradoria Fiscal o qual acompanho sem qualquer ressalva ou reparo.

Quanto à aplicação ou não do critério da proporcionalidade suscitado pelo Conselheiro Valnei Sousa Freire, entendo que o sujeito passivo pode, no controle da legalidade, munido dos elementos de prova que dispuser, e que se encontram ausentes no presente feito, arrolá-los junto à representação da PGE/PROFIS.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração epigrafado.

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** o Auto de Infração nº **277830.0119/07-2**, lavrado contra **J.M. RESTAURANTE LTDA. (CABANA DA CELY)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$45.245,57**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 22 de abril de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS