

PROCESSO - A. I. Nº 057039.0025/04-9
RECORRENTE - CARANGUEIJO DO SERGIPE BAR E RESTAURANTE LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0125-04/05
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 05/12/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0400-11/05

EMENTA: ICMS. VENDAS 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 ocorridas operações tributáveis 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. Modificada a Decisão recorrida, de ofício, para consideração do crédito presumido correto. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto contra a Decisão da 4ª JJF – Acórdão JJF nº 0125-04/05, que julgou o Auto de Infração Procedente, o qual foi lavrado para exigir o valor de R\$65.283,26, em razão da omissão de saída de mercadoria tributada, apurada através 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, inerente aos meses de janeiro de 2003 a julho de 2004.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente, após rejeitar o pedido de revisão fiscal solicitado pelo autuado, por entender que a exigência decorre da presunção de que o contribuinte efetuou saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito, conforme previsto no art. 4º, § 4º, inciso VI, da Lei nº 7.014/96, não acatando a alegação de defesa de que não foi examinada a sua contabilidade, ressaltando que o fato de o contribuinte comercializar com mercadorias isentas e com fase de tributação encerrada, também não elide a autuação, já que a empresa tem como atividade econômica o ramo de restaurante, ou seja, fornece refeições, a qual é tributada normalmente pelo ICMS.

Quanto ao Acórdão de nº 0491-04/04, citado na defesa, que julgou improcedente Auto de Infração lavrado, esclarece a JJF que não se trata de caso análogo à presente autuação, haja vista que a atividade desenvolvida pelo contribuinte autuado é de farmácia, cujas mercadorias são adquiridas em sua totalidade mediante pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária.

À fls. 141 a 145 dos autos, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário onde ressalta que a Decisão recorrida contraria a jurisprudência do CONSEF, pois a empresa está sujeita ao regime de substituição tributária na entrada das mercadorias, pelo que estaria encerrada a fase de tributação, sendo que a única razão da JJF para a sua Decisão foi a incompleta assertiva da autuante de que o estabelecimento fornece refeições, mercadorias sujeitas à tributação.

Aduz que a referida fundamentação é frágil, pois o estabelecimento, que na realidade é um bar especializado em caranguejos, não só compra, em sua grande maioria, produtos com a fase de tributação encerrada (cerveja, refrigerante, bebidas quentes, sucos, cigarros, água mineral, etc), como também os revende (os mesmos produtos e não somente as tais refeições), fato este notório e também documentado, conforme demonstrativos (fls. 96 e 97), onde mostra, percentualmente, qual o montante de compras onde o ICMS já está pago por antecipação. Como prova de sua alegação anexa, à fls. 146 a 188 dos autos, a título de exemplo, todas as suas notas de compras dos meses de junho e julho de 2004 e de fita-detalle do ECF.

Reitera que o CONSEF, em inúmeros casos similares, já desconstituiu análogas autuações, exatamente porque *“o roteiro de fiscalização utilizado pelo autuante não é o apropriado ao ramo de atividade desenvolvido pelo autuado”*. Ressalta que as situações se referem a contribuintes que comercializam com mercadorias sujeitas à antecipação tributária onde há encerramento da fase de tributação dos produtos, do que reproduz parte do Acórdão nº 0093-02/5, inerente ao produto “calçado”, concluindo que tal exigência implica em dupla cobrança ou em cobrança sobre produtos isentos.

Diante do exposto, requer a improcedência do Auto de Infração, por entender afastada a presunção tipificada no inciso VI, do § 3º do art. 2º do RICMS.

A PGE/PROFIS, às fls. 197 e 198 dos autos, considerando os novos documentos anexados pelo recorrente, requer a realização de diligência a fim de que se verifique, no exercício autuado, qual o percentual de operações realizadas pelo recorrente com mercadorias não tributadas, isentas ou sujeitas ao regime de substituição tributária.

A 1ª CJF, em pauta suplementar, decidiu pela desnecessidade da realização da diligência solicitada, uma vez que, nos termos do art. 2º, I, da Lei nº 7.014/96, com exceção dos produtos sujeitos à substituição tributária, todos os demais comercializados são tributados normalmente, a exemplo de refeições e demais iguarias, independente da condição tributária dos seus insumos, trazidos aos autos. Assim, se concluiu pela propriedade da metodologia aplicada, relativa à presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

À fls. 207 e 208 dos autos, o patrono do recorrente, em nova manifestação, apresenta o Acórdão de nº 0184-11/05, exarado pela 1ª CJF, onde ficou decidido pela nulidade da autuação para *“os valores lançados para o período de 2003 até janeiro de 2004”*, pois somente *“a partir de 21/01/2004 o contribuinte passou a ser obrigado a registrar o meio de pagamento, no encerramento das vendas realizadas através de ECF (a contrário senso, vale dizer que até aquela data não existia tal obrigação)”*.

Salienta que, da mesma forma que no presente caso, o ilustre autuante *“utilizou uma base de dados – cupom redução “z” – não fidedigna, para a comprovação que realizou, por ausência de previsão legal para a sua geração”*, visto que boa parte do período autuado foi anterior a 21.01.2004. Assim, pede, por isonomia, que lhe seja aplicado o mesmo entendimento adotado na situação paradigma, independente dos outros argumentos defensivos já alinhados na defesa e na peça recursal.

Em seu Parecer, às fls. 210 a 212 dos autos, a PGE/PROFIS opina pelo Não Provitimento do Recurso Voluntário, do que entende que *“Não tendo sido possível aferir-se tais números e tendo concluído a colenda 1ª CJF pela adequação do roteiro de fiscalização, não há porque, nesse momento, haver pronunciamento jurídico da PGE/PROFIS, pois a Decisão colegiada já foi tomada, estando, nesse ponto, prejudicado o Parecer da Procuradoria do Estado”*.

Quanto ao requerimento do recorrente no sentido de ver aplicado o entendimento já manifestado pela 1ª CJF, quanto a exigência legal de discriminação da forma de pagamento nas saídas por ECF somente ter ocorrido a partir de janeiro de 2004, observa a Douta procuradora que, a despeito de já ter se pronunciado em concordância com a Decisão referida pelo recorrente, entende, nesse momento, após análise mais detida da legislação aplicável, necessária a reforma de interpretação, pois o art. 824-E do RICMS/97, introduzido pelo Decreto nº 8.413 de 30/12/2002, previa a obrigação

do contribuinte em informar, nos casos em que o comprovante de venda não fosse impresso no ECF, o tipo e número do documento fiscal vinculado à operação ou prestação, seguido, quando fosse o caso do número sequencial do equipamento no estabelecimento.

Assim conclui que desde janeiro de 2003 a legislação vigente já permitia que do confronto da leitura Z do ECF com os números fornecidos pela Administradora de Cartões de Crédito se constatasse a presunção de omissões de saídas anteriores, nos termos do art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, uma vez que, caso as vendas não fossem feitas pelo ECF, caberia ao contribuinte indicar no anverso do comprovante de venda por cartão de crédito/débito o tipo e número de documento fiscal vinculado a operação. Logo, se há outras saídas fruto de vendas por cartões de crédito/débito, que não por ECF, cabe ao recorrente demonstrá-las, nos termos do artigo indicado anteriormente, para, com isso, elidir a presunção de omissão de saídas anteriores tributadas.

Em despacho exarado pelo Procurador Assistente da PGE/PROFIS (fl. 213) o PAF foi encaminhado à sua Assessoria Técnica para análise e pronunciamento, cujo Parecer de nº 002/05, à fls. 214 a 218 dos autos, assevera que, através da documentação acostada pelo autuado, se verifica, que no período a que se refere a autuação, o contribuinte efetuou vendas de mercadorias tributadas.

Destaca que o autuado no período de janeiro de 2003 até abril de 2004, por sua opção, encontrava-se na condição de Empresa de Pequeno Porte (EPP), cuja base de cálculo para apuração do ICMS mensal era feito pelo método da receita bruta ajustada, conforme art. 384-A, § 1º, do RICMS, como também no período de maio de 2004 em diante, o autuado passa à condição de “Normal”, optando pela forma de apuração do ICMS mensal a recolher sob o Regime Simplificado de Apuração, incidindo a alíquota de 5% sobre as mercadorias tributadas.

Assim conclui o Parecer que o autuado não comprovou a improcedência da presunção e, que os novos documentos acostados ao processo não são capazes de alterar os valores apurados, por conseguinte, não caberia a realização de diligência.

Porém, em observância ao Controle da Legalidade, ressalta que verificou que, no período em que o contribuinte se encontrava na condição de EPP, teria direito ao crédito presumido, conforme dispõe o § 1º, do art. 408-S do RICMS, pois os créditos presumidos, constantes nas planilhas de fls. 9 a 15 dos autos, não se encontram de acordo com a legislação. Assim, conclui pelo valor de R\$25.310,33 e R\$15.796,55, para os exercícios de 2003 e 2004, respectivamente, conforme demonstrativo à fls. 217 e 218 do PAF.

À fl. 220 dos autos, a PGE/PROFIS, por sua representante, Drª Maria Dulce Baleeiro Costa, opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, de acordo com o Parecer da Assessoria Técnica, o que é ratificado pela Procuradora Assistente Drª Maria Olívia T. de Almeida.

Na assentada de julgamento o conselheiro Marcos Rogério Lyrio Pimenta declarou-se impedido em participar do julgamento e votação desse PAF.

VOTO

Trata-se de lançamento fiscal de crédito tributário para exigir o ICMS, no montante de R\$65.283,26, 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, inerente ao período de jan/2003 a jul/2004, conforme prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542/02, ressalvado ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Contudo, o sujeito passivo limita-se, tão-somente, a alegar que quase a totalidade de suas compras é de mercadorias com a fase de tributação encerrada. Assim, defende que não comercializa só refeição, mas, sim, mercadorias sujeitas à antecipação tributária com fase de tributação encerrada.

Pede que lhe seja aplicado o mesmo entendimento adotado na situação paradigma relativa ao Acórdão nº 0093-02/5, inerente ao produto “calçado”, como também ao Acórdão de nº 0184-11/05 exarado pela 1ª CJF, onde ficou decidido pela nulidade da autuação para “os valores lançados para o período de 2003 até janeiro de 2004”, por falta de previsão legal para a exigência no período.

Devo ressaltar que, por se tratar de contribuinte com ramo de atividade de bar e restaurante, o art. 2º, I, da Lei nº 7.014/96, prevê a incidência do ICMS quando do fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias. Portanto, com exceção dos produtos sujeitos à substituição tributária, todos os demais comercializados são tributados normalmente, a exemplo de refeições e demais iguarias, independente da condição tributária dos seus insumos, trazidos aos autos.

Assim, concluo pela propriedade da metodologia aplicada, relativa à presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis e, em consequência, pelo descabimento do pleito do recorrente de usar como paradigma o Acórdão de nº 0093-02/05, referente a calçados.

Quanto ao Acórdão nº 0184-11/05, o qual entendeu nulos os valores lançados para o período de 2003 até janeiro de 2004, diante da ausência da previsão legal da obrigação de registrar o meio de pagamento no cupom fiscal, comungo com o entendimento da douta representante da PGE/PROFIS, pois a legislação já previa, à época dos fatos sob análise, a obrigatoriedade do uso da ECF para impressão do comprovante do pagamento através de transferência eletrônica por meio de cartão de crédito ou débito, consoante art. 824-E do RICMS, introduzido pelo Decreto nº 8.413 de 30/12/02. O mesmo dispositivo prevê, que no caso em que o comprovante não seja impresso no ECF, o contribuinte deverá informar no anverso do respectivo comprovante de pagamento o tipo e o número do documento fiscal vinculado à operação.

Contudo, conforme foi ressaltado no Parecer PROFIS/ASTEC nº 002/05, à fls. 214 a 218, as planilhas de fls. 9 e 15 dos autos não se encontram de acordo com o que dispõe a legislação, pois o autuante atribuiu o crédito presumido de 8% sobre o imposto apurado e não sobre a base de cálculo omissa apurada.

Assim, em razão de tal equívoco não constar das razões do Recurso Voluntário, de ofício reduzo o valor exigido no Auto de Infração para R\$41.106,88, consoante demonstrativos às fls. 217 e 218 do PAF.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário, porém, de ofício, julgar Procedente em Parte o Auto de Infração, no valor de R\$41.106,88.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **057039.0025/04-9**, lavrado contra **CARANGUEIJO DO SERGIPE BAR E RESTAURANTE LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$41.106,88**, 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, 03 de novembro de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS