

A. I. N° - 233048.0042/05-7
AUTUADO - CARANGUEIJO DE SERGIPE BAR E RESTAURANTE LTDA.
AUTUANTE - KARIME MANSUR MACHADO
ORIGEM - INFAZ BONOCO
INTERNET - 21.02.06

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0033-02/06

EMENTA: ICMS. VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO OU DE DÉBITO. DECLARAÇÃO EM VALOR INFERIOR ÀS OPERAÇÕES REALIZADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. A 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. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 06/06/2005, pelo recolhimento a menos do ICMS referente a comercialização de refeições, apurado de acordo com o Regime de Apuração em Função da Receita Bruta. Sendo cobrado o imposto no valor de R\$ 7.786,24 e aplicada a multa de 60%.

O sujeito passivo, tempestivamente, através de seu advogado formalmente constituído, fl. 17, apresenta sua contestação, fls. 11 a 16. Inicialmente, descreve a acusação fiscal que lhe fora imputada, como sendo a 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Enfatiza que, desde 30/12/02, quando através do Dec. 8.413 foi acrescentado o inciso IV ao § 3º do art. 2º do RICMS/97-BA, o Fisco Estadual passou a ter a competência legal de presumir a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem o pagamento do imposto sempre que a escrituração indicar valores de vendas inferiores aos informados por instituições e administradoras de cartão de crédito.

Aduz o autuado que se as “reduções z” não suportam os valores “informados”, nada mais justo que fosse examinada sua contabilidade, a fim de que pudessem ser computadas todas as vendas realizadas, pois, entende o autuado que os livros contábeis depõem a favor do contribuinte, salvo comprovada a existência de fraude. Ressaltando que a falta de exame de tais documentos prejudicou o confronto entre os valores informados pelas administradoras com os valores por ele contabilizado. Acrescenta que, ao ser desconsiderado os seus registros contábeis, a autuação privilegiou informações de terceiros, as quais, afirma ela, estão sujeitas as mais diversas variáveis.

Assinala o autuado que, em recente julgamento relacionado com a matéria esta 2ª JJF, concluiu por afastar a presunção legal prevista pelo inciso IV ao § 3º do art. 2º do RICMS, transcrevendo trecho do voto, onde se verifica, através de diligência cumprida pela ASTEC, ficou evidenciado que o somatório dos Cupons Fiscais e das Notas Fiscais relativos às vendas de mercadorias e

mais as Notas Fiscais de Prestação de Serviços, suportaram os valores informados pelas operadoras, o que resultou na inexistência de diferenças de ICMS a serem lançadas.

Assevera ainda o autuado que a ação fiscal desprezou o ramo de atividade de seu estabelecimento, ou seja, Bar e Restaurante, onde a grande maioria das aquisições de mercadorias é tributada antecipadamente ou isenta. Acrescentando que desse modo, a autuação está novamente tributando as mercadorias substituídas, além de cobrar ICMS de mercadorias isentas.

Assinala que o CONSEF, em casos análogos, já julgou improcedente autuações assim fundamentando: “descabe a exigência do imposto por presunção, tendo em vista que as mercadorias comercializadas pela empresa, em sua totalidade, são enquadradas no regime de substituição tributária, cujo imposto é recolhido por antecipação quando do seu ingresso no estabelecimento”. Cita como exemplo o Acórdão JJF nº 0491-04/04, ressaltando que o referido Acórdão ao final conclui: “Nessa condição, as saídas subseqüentes estão desoneradas de tributação pelo ICMS”.

Insiste o autuado em sua tese defensiva enfatizando que de acordo com o próprio RICMS/97-BA em seu art. 356, ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações subseqüentes. Aduzindo que, por consequência, o roteiro de fiscalização aplicado não é apropriado ao ramo de atividade desenvolvido pelo autuado, não devendo ser aplicada para cobrança do ICMS a presunção da autuação, calcada no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, pois implica em dupla cobrança.

Com o intuito de comprovar a sua afirmativa de que suas operações de compra e venda são constituídas em sua grande maioria de produtos substituídos, isento e com não-incidência, carrega aos autos informações sobre a natureza e os valores das entradas e saídas de mercadorias no exercício de 2004. Anexa para tanto, em sua defesa, um demonstrativo, fl. 27, onde figuram as proporções dos valores entre as mercadorias sujeitas à Substituição Tributária e as com tributação normal, tanto nas compras, quanto nas vendas. Aduz o autuado que o total das compras de mercadorias fora quase igual às compras com substituição tributária, por isso, assevera que, quase tudo que se comprou já tivera o ICMS antecipado, não justificando uma nova cobrança, ainda mais por presunção. Persevera ainda a sua análise com relação às vendas, redarguindo que 50% delas, em média, já se encontravam com a fase de tributação encerrada por se constituírem de produtos como: bebidas alcoólicas, água mineral, refrigerantes, cigarros etc.

Assinala também que na autuação a infração está descrita como “omissão de saídas de mercadorias tributadas” como as saídas, ora em questão, ante as evidências por ele apresentadas, já foram antecipadamente tributadas, não se pode novamente cobrar imposto, sob pena de se tributar na entrada e na saída.

Por fim conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração, por entender que fora afastada a presunção tipificada no inciso VI do § 3º do art. 2º do RICMS/97-BA, acrescentando ainda que, sobrevindo alguma controvérsia decorrente da informação fiscal, desde logo, requer também a realização de uma revisão fiscal, na forma preconizada pelo inciso I do art. 148 do RPAF, precipuamente para que ateste o seu ramo de atividade e confirme os números consignados em seus demonstrativos.

A autuante, por seu turno, na informação fiscal prestada, fl. 43, assevera que à fl. 6 do presente Auto de Infração encontram-se demonstradas as diferenças apuradas, mês a mês, entre os valores constantes das “leituras Z” e os valores fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito e de débito. Acrescenta ainda que, em virtude do regime de apuração do imposto do autuado ser em função da receita bruta, aplicou a alíquota de 5% sobre a base de cálculo apurada.

Verificando-se a inexistência, nos autos, do Relatório TEF do INC-SEFAZ, constando os valores das operações diárias, por operadora, foi o presente Auto de Infração submetido à Pauta Suplementar que resultou na deliberação, por unanimidade dos membros desta JJF, no sentido de

que fosse baixado em diligência para anexação dos TEF's diário, fornecendo-se cópias ao autuado e aberto prazo de defesa para sua manifestação.

Cumprida a diligência, fls. 50 a 53, e transcorrido o prazo regulamentar o autuado manteve-se silente.

VOTO

O autuado no arrazoadado defensivo, fls. 11 a 16, demonstra claramente sua percepção quanto à consentaneidade da presente acusação fiscal que enquadrrou corretamente o fato concreto apurado pela fiscalização – valor das vendas com cartão de crédito ou de débito, constantes nas “leituraz Z” em montante inferior ao valor fornecido pelas administradoras de cartão de crédito e de débito – e a presunção de omissão de saídas tributadas, estabelecida pelo § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96.

Insurge-se apenas quanto ao fato de seu estabelecimento atuar no ramo de Bar e Restaurante e que, segundo ele, este importante aspecto não fora considerado pela fiscalização. Ressaltando que as operações por ele realizadas, em sua grande maioria, são constituídas, tanto de entradas, como de saídas, de mercadorias com o regime de tributação alcançado pela Substituição Tributária (bebidas alcoólicas, refrigerante, cigarros, etc.), ou isentas (frutas, verduras, caranguejo etc.), e por isto, foram tributadas novamente.

Com o intuito de corroborar com seu argumento cita o autuado alguns julgados do CONSEF aduzindo similitude entre a matéria julgada e o presente Auto de Infração. Verifico que o A.I. nº 206825.0012/03-0, um dos autos apontados, julgado pela 2ª JF N.º 0373-02/04, que resultou no Acórdão nº JF apesar de versar sobre a mesma matéria tem a peculiaridade do contribuinte autuado, além de operar com vendas de mercadorias, também presta serviços, cujas notas fiscais próprias emitidas pelos serviços prestados, tributados pelo ISS, foram devidamente identificadas e o total destas operações acrescidas às “leituraz Z”, distinto, portanto do presente caso. Já com relação ao Acórdão nº JF N.º 0491-04/04, também citado pelo autuado em seu arrimo na defesa, constato tratar-se da mesma matéria, porém o contribuinte autuado comercializa exclusivamente com mercadorias, em sua totalidade, enquadradas no regime de Substituição Tributária, diferente, portanto, do caso, ora em lide.

Reclama o autuado não ter sido considerado pela fiscalização a sua contabilidade e que fora privilegiada informações fornecidas por terceiros. Apresenta demonstrativo, fl. 27, baseado em sua escrituração contábil, evidenciando que do total de suas vendas realizadas no período fiscalizado, R\$ 401.496,40, R\$ 193.679,73 deste montante representam mercadorias sob o regime de Substituição Tributária. Significando que cerca de 48% de sua movimentação é de mercadoria com a fase de tributação já encerrada.

No que concerne à aludida proporcionalidade das saídas apontada pelo autuado, entendo que não pode ser considerada, tendo em vista que a presunção legal prevista no inciso IV ao § 3º do art. 2º do RICMS/97-BA é bem clara. Estatui que, havendo divergência entre os valores lançados no ECF em comparação com os informados pelas administradoras de cartão de crédito e de débito, esta decorre de vendas de mercadorias tributáveis sem a emissão dos respectivos documentos fiscais e o conseqüente pagamento do imposto.

Deixo de atender ao pedido de revisão fiscal requerido pelo autuado, por já constarem dos autos as informações relativas à natureza da atividade comercial por ele exercida, bem como, da proporção entre o total de suas saídas e as saídas de mercadorias com a fase de tributação encerrada.

Entendo, portanto, que somente nos casos em que restem comprovadas, serem as saídas constituídas exclusivamente, ou de forma preponderante (acima de 90%) por mercadorias isentas e/ou não tributadas é que estará afastada a mencionada presunção de vendas de mercadorias

tributáveis. Aliás, este tem sido o entendimento assente manifestado em reiteradas decisões emanadas da Segunda Instância do CONSEF a exemplo dos Acórdãos nº 0139-02/02 (Câmara Superior); nº 2170-12/01 (2ªCJF); e nº 0279-11/03 (1ªCJF).

Ante o exposto, concluo dos exames realizados nas peças dos presentes autos, que restou efetivamente comprovado o cometimento, por parte do autuado, da infração que lhe fora imputada.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **233048.0042/05-7**, lavrado contra **CARANGUEIJO DO SERGIPE BAR E RESTAURANTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 7.786,24**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de fevereiro de 2006.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

JOSE FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR