

PROCESSO - A. I. Nº 003424.0041/06-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SENTOLLAS BAR E RESTAURANTE LTDA.
RECORRIDOS - SENTOLLAS BAR E RESTAURANTE LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0418-03/06
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 15/06/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0170-11/07

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 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 ao se apurar, proporcionalmente, as operações sujeitas ao ICMS. Modificada a Decisão recorrida tendo em vista a adequação da base de cálculo em função do percentual de saídas das mercadorias das operações sujeitas a tributação normal e carga tributária de 4% em face do ramo de atividade do contribuinte. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso de Ofício NÃO PROVADO. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVADO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, em face da Decisão proferida no Acórdão JJF nº. 0418-03/06 da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência em Parte do Auto de Infração em epígrafe, e de Recurso de Ofício em razão do julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito exigido no lançamento, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS, no valor total de R\$ 87.837,83, relativo aos meses de janeiro a junho de 2006, em razão da constatação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada no confronto de suas vendas por meio de cartões de crédito/débito lançadas em suas Reduções Z e as informações prestadas pelas Administradoras de tais cartões.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$ 20.664,93, após rejeitar a preliminar de nulidade do Auto de Infração, suscitada pelo recorrente, por entender que o lançamento de ofício atende às formalidades legais e encontra-se revestido de todos pressupostos de validação do processo.

No mérito, foi consignado que na informação fiscal foi reconhecido o direito do sujeito passivo de se apurar o débito do imposto com a carga tributária equivalente a 4%, em razão de o defensor possuir regime especial previsto no artigo 504 do RICMS-BA, o que reduziu o ICMS exigido para R\$ 20.664,93.

Porém a JJF não acolheu a alegação defensiva de que parte das mercadorias comercializadas pelo autuado estão submetidas ao regime de substituição tributária, sob justificativa de que não

existem as provas de sua alegação através de demonstrativos, acompanhados de documentos e livros fiscais para se mensurar a proporcionalidade das mercadorias já tributadas em relação ao total do débito apurado.

A JJF recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras do CONSEF, conforme legislação.

Às fls. 471 a 480 do PAF, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário, onde pede a improcedência do Auto de Infração, diante das seguintes alegações:

1. Nulidade do Auto de Infração pela ausência dos elementos necessários à identificação da infração, pois da análise do demonstrativo de débito e dos relatórios de informações TEF's verifica-se que as informações contidas não satisfazem as exigências da lei, pois apesar da apuração diária realizada, há ausência de elementos seguros que possibilitem identificar: quais foram as mercadorias supostamente omitidas; quais as mercadorias estavam sujeitas à substituição tributária e quais as alíquotas de ICMS incidentes para cada uma das mercadorias., uma vez que somente foram indicados valores globalizados a título de vendas através de cartão de crédito/débito, fazendo-se incidir indiscriminadamente a alíquota sobre o montante apurado.
2. Assevera que os valores apurados estão incorretos, pois foram incluídas mercadorias sujeitas a substituição tributária, cujas operações subsequentes estão desoneradas de tributação. Aduz que como prova de sua alegação anexou notas fiscais de aquisição das mercadorias, através das quais se observa a improcedência de parte da cobrança. Assim, entende equivocada a Decisão recorrida, sob pena de a cobrança representar um *bis in idem*. Defende que deve ser excluído da base de cálculo o valor de R\$ 40.307,90, correspondente ao custo mais lucro (preço de venda) relativos às mercadorias com substituição tributária, já que a diferença restante foi recolhida com base na aplicação de 4% sobre o valor da receita bruta, consoante escrituração do livro RAICMS no período, uma vez que explora a atividade de bar e restaurante, sendo que a maior parte de suas vendas refere-se a produtos sujeitos à substituição tributária.
3. Por fim, nos termos do art. 150 da Constituição Federal entende confiscatória a penalidade aplicada.

A PGE/PROFIS, às fls. 486 a 488 dos autos, preliminarmente, aduz que o presente procedimento se encontra revestido das formalidades legais, estando perfeitamente determinados o autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, não tendo sido constatados quaisquer vícios formais ou materiais aptos a comprometer a autuação fiscal.

No mérito, entende que o conjunto probatório acostado aos autos comprova à saciedade a infração formal imputado no presente lançamento de ofício, não tendo o recorrente se desincumbido de fazer prova contrária às conclusões oriundas da autuação fiscal. Ressalta que os argumentos expendidos no Recurso Voluntário já foram devidamente analisados pela 3^a JJF, não merecendo qualquer reparo o Acórdão nº. 0418-03/06, visto que o recorrente não noticiou, sequer, uma única inovação fática ou jurídica, nem tampouco trouxe aos autos qualquer elemento capaz de embasar suas alegações, do que sustenta não merecer guarida a tese recursal, sendo imprestável para afastar a presunção de legitimidade da autuação fiscal, pois a presunção, ainda que relativa, só pode ser afastada mediante provas em sentido contrário, situação esta que não se verifica no presente Recurso Voluntário. Assim, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente, quanto ao pedido de nulidade argüido pelo recorrente, em seu Recurso Voluntário, só me resta rejeitá-lo, pois o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, cuja infração decorre de uma presunção legal, sendo a multa aplicada conforme previsão legal.

Quanto ao mérito, trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS, no valor de R\$ 87.837,83, constatado através 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

A Decisão recorrida julgou o lançamento de ofício procedente em parte, no valor de R\$ 20.664,93, ao apurar o débito do imposto com a carga tributária equivalente a 4%, em razão de o deficiente possuir regime especial previsto no artigo 504 do RICMS-BA.

Tal infração está prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº. 7.014/96, com redação dada pela Lei nº. 8.542/02, no qual autoriza a presunção da ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte prove ser improcedente tal presunção, sempre que a escrituração do estabelecimento indicar, dentre outras coisas, a existência de valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

O entendimento do CONSEF, até então, é de que a presunção prevista no citado dispositivo legal é de que as mercadorias são tributáveis, salvo no caso da totalidade da saída de mercadorias não tributadas, isentas ou com imposto substituído, ou quando o percentual de tais saídas seja muito próximo a 100%, cuja aplicação de presunção legal não cabia.

Contudo, verificada qualquer hipótese de presunção legal de operações de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, venha o contribuinte a demonstrar ou a comprovar a existência de operações não sujeitas ao ICMS ou já com sua fase de tributação encerrada, este Colegiado passou a acatar tal expediente como uma prova da improcedência relativa da presunção, conforme previsto na própria norma legal.

Portanto, diante de tal interpretação, entendo que cabe razão ao recorrente no seu pleito, de forma que seja relevado o percentual de participação na receita bruta apurada, relativo às operações com mercadorias sujeitas ao ICMS, expurgando-se, em consequência, os montantes inerentes às mercadorias isentas ou com fase de tributação encerrada.

Porém, da análise das operações lançadas no livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS), às fls. 316 a 323 dos autos, verifico que o percentual médio de participação das vendas de mercadorias tributadas na receita bruta no período de janeiro a junho de 2006 é de 52,06% (R\$ 20.352,88/R\$ 39.092,64), conforme a seguir demonstrado:

Mês Ano	Total das Vendas	Vendas Tributadas
jan/06	6.162,04	-
fev/06	4.851,53	-
mar/06	6.723,64	3.025,25
abr/06	10.549,01	9.161,03
mai/06	5.432,29	4.247,80
jun/06	5.374,13	3.918,80
Totais:	39.092,64	20.352,88

Dante de tais considerações e com base no percentual acima, assim como nos valores consignados na coluna “Diferença Encontrada (Base de Cálculo)”, à fl. 9, apura-se os valores mensais do imposto devido, considerando-se a proporcionalidade relativa às operações sujeitas ao ICMS, e a carga tributária equivalente a 4%, por se tratar de contribuinte sujeito ao regime especial previsto no artigo 504 do RICMS-BA, conforme a seguir:

Mês Ano	BASE DE CÁLCULO		ICMS Devido (4%)
	A.I. (fl. 9)	APURADA (52,06)	
jan/06	107.298,11	55.859,40	2.234,38
fev/06	76.556,88	39.855,51	1.594,22
mar/06	89.754,76	46.726,33	1.869,05
abr/06	81.935,52	42.655,63	1.706,23

mai/06	76.948,11	40.059,19	1.602,37
jun/06	84.199,70	43.834,36	1.753,37
TOTAIS:	516.693,08	268.990,42	10.759,62

Diane do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, por considerar correta a carga tributária equivalente a 4% para a apuração do imposto, e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração no valor de R\$ 10.759,62.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 003424.0041/06-7, lavrado contra SENTOLLAS BAR E RESTAURANTE LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$10.759,62, 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, 22 de maio de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

LEILA VON SOHSTEN RAMALHO – REPR. PGE/PROFIS