

A. I. N° - 206908.0045/06-3
AUTUADO - CARANGUEIJO DO SERGIPE BAR E RESTAURANTE LTDA.
AUTUANTE - ANDRÉ LUIZ FACCHINETTI DIAS SAMPAIO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 29/11/2007

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0383-03/07

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. Refeitos os cálculos, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/11/2006, refere-se à exigência de R\$43.929,48 de ICMS, acrescido da multa de 70%, por omissão de saídas de mercadorias tributáveis, 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.

O autuado apresentou impugnação (fls. 17 a 22), alegando inicialmente que foi acrescentado o inciso VI ao § 3º do art. 2º do RICMS/BA, por meio do Decreto 8.413, de 30/12/2002, passando o Fisco Estadual a presumir a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem o pagamento do imposto quando a escrituração indicar valores de vendas inferiores aos informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito, e por se tratar de presunção, o contribuinte poderá se opor ao lançamento. Salaria que, se as reduções Z não suportavam os valores informados pelas administradoras, nada mais justo que fosse examinada a contabilidade do contribuinte, para que se pudesse computar todas as vendas realizadas, tendo em vista que os livros contábeis depõem em favor do contribuinte, salvo se comprovada a existência de fraude. Diz que os Auditores do Estado da Bahia reconhecem que cabe ao contribuinte a prova contrária às acusações que lhes são formuladas, conforme registrou o Auditor Fiscal José Raimundo Conceição ao prestar suas informações fiscais no Auto de Infração de nº 207348.0001/04-5. O defendente alega que um importante aspecto que a ação fiscal desprezou, sendo de fundamental importância para o deslinde da questão, é o fato de o autuado ter atividade (bar e restaurante) em que a grande maioria dos itens que adquire ou já são tributados antecipadamente (bebidas alcoólicas, refrigerantes, cigarro) ou são isentos (frutas verduras, caranguejos etc), e no presente caso, o que se pretende é tributar novamente as mercadorias com imposto pago por substituição tributária, além de cobrar ICMS sobre produtos isentos. Salaria que em casos análogos o CONSEF já julgou improcedentes autuações porque descabe exigência do imposto por presunção quando as mercadorias comercializadas pela empresa, em sua totalidade, são enquadradas no regime de substituição tributária, conforme Acórdão JJF nº 0491/04-4. Diz que a mencionada conclusão é incontestada, está de acordo com o art. 356 do RICMS/97, e por isso, o defendente entende que o roteiro de fiscalização utilizado pelo autuante não é apropriado ao ramo de atividade desenvolvido pelo autuado, não devendo ser aplicada a presunção calcada no art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96. Para comprovar a alegação de que compra e vende, em sua grande maioria, produtos sujeitos à substituição tributária e isentos ou com não incidência do ICMS, o defendente informa

que elaborou demonstrativo onde se pode verificar que durante o período fiscalizado, o total das compras foi quase igual às compras com substituição, o que significa dizer que quase tudo que se comprou teve o ICMS antecipado. Reconhece que tal demonstrativo ficará sujeito a uma revisão fiscal, que poderá comprovar o alegado, ressaltando que a autuação trata de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, mas se as saídas já foram anteriormente tributadas, não se pode novamente cobrar o imposto. Por fim, o defendente requer a improcedência do presente lançamento, pedindo a realização de revisão ou diligência fiscal, na forma do que dispõe o art. 148, I do RPAF/99, para que seja informado o ramo de atividade do autuado e se confirme a presença de mercadorias já tributadas ou isentas.

À fl. 27, o autuado pede para colacionar nova Procuração e anexar demonstrativo identificando que mais de 80% das compras do período de 2004/2006 foram de mercadorias sujeitas à substituição tributária, que já tiveram o ICMS pago. Cita um julgamento recente do CONSEF, em relação ao Auto de Infração de nº 120018.0009/05-0, com o entendimento de 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”.

O defendente apresenta nova manifestação (fls. 39 a 41) aduzindo que, após protocolizar tempestivamente a impugnação ao presente lançamento e ter peticionado anexando demonstrativo para comprovar que mais de 80% das compras do período de 2004/2006 foram de mercadorias sujeitas à substituição tributária, verificou que parte dos lançamentos efetuados na presente autuação já foram objeto de outro Auto de Infração, havendo superposição de exigências. Diz que tal alegação se pode constatar pelo exame do Auto de Infração de nº 233048.0042/05-7, em que o período autuado foi de 31/04/2004 a 31/12/2004, enquanto o presente Auto de Infração envolve o período de 30/08/2004 a 30/06/2006. O defendente também alega que merece reparo a questão da alíquota, tendo em vista que foi aplicado 17% indistintamente sobre a base de cálculo de todo o período da exigência fiscal, mas o autuado tem como atividade bar/restaurante, apurando o imposto com base na sua receita bruta, estando obrigado a recolher o ICMS de acordo com o inciso IV, do art. 504 do RICMS, que era de 5% até a edição do Decreto 9.426/2005, quando foi reduzida para 4%. Assim, alega que as ocorrências compreendidas até 01/06/2005 a alíquota que deveria ser utilizada pelo autuante deveria ser de 5% e não 17%. Concluindo, o defendente diz que justifica a manifestação apresentada para corrigir os vícios materiais alegados, pedindo a exclusão dos lançamentos em duplicidade, bem como a adequação das alíquotas aplicadas.

A autuante, em sua informação fiscal à fl. 45 dos autos, diz que embora sejam intempestivas as manifestações posteriores à impugnação do autuado, foram esclarecidas dúvidas levantadas pelo defendente, por isso, entende que devem ser aceitas. Informa que após verificar os argumentos apresentados pelo impugnante refez as planilhas com os valores corrigidos (2004 – R\$4.145,58; 2005 – R\$627,28 e 2006 – R\$1.713,09), acostando aos autos os Relatórios Consolidados da DMA que serviram de base para o cálculo dos índices de proporcionalidade aplicados nos respectivos exercícios fiscalizados. Esclarece que foram utilizados os valores das saídas para o cálculo do mencionado índice de proporcionalidade, ao invés dos valores das entradas como alegou o autuado. Informa, ainda, que anexou duas planilhas para o exercício de 2005, dividindo o período de janeiro a junho e de julho a dezembro, aplicando a alíquota de 5% e 4%, respectivamente. Conclui, pedindo a procedência parcial do presente Auto de Infração.

Intimado a tomar conhecimento dos novos cálculos efetuados pelo autuante, o defendente apresentou nova manifestação (fls. 58/59) aduzindo que o autuante corrigiu as alíquotas aplicáveis, bem como, levou em consideração o critério da proporcionalidade apurando os novos valores exigidos. Entretanto, outro ponto importante apontado no aditamento à impugnação, não foi corrigido, tendo em vista que não foi excluído da presente autuação o período de 31/08/2004 a 31/12/2004, considerando que existe outro Auto de Infração de nº 233048.0042/05-7 com os mesmos lançamentos. Informa que o mencionado Auto de Infração já foi integralmente quitado,

conforme cópia do DAE que acostou ao presente processo. Concluindo, o defendente pede a exclusão dos lançamentos em duplicidade, requerendo a realização de diligência neste sentido.

O autuante prestou informação fiscal (fl. 63) acerca da manifestação apresentada pelo defendente, dizendo que não concorda com o argumento do autuado de que deve ser excluído da autuação o período de 31/08/2004 a 31/12/2004, porque existe outro Auto de Infração. Diz que os fatos geradores são diferentes, e na lavratura de Autos de Infração sempre há a informação de que fica ressalvado o direito de a Fazenda Pública apurar, em qualquer época, enquanto não extinto o prazo decadencial, a ocorrência de outros elementos que possam configurar obrigações tributárias. Mantém a informação prestada à fl. 45 do PAF.

À fl. 65 a Secretaria do CONSEF encaminhou o PAF à Infaz de origem para providenciar a entrega do Relatório Diário Operações TEF e reabrir o prazo de defesa, sendo informado pelo autuante à fl. 68 que o mencionado relatório foi fornecido ao contribuinte antes da lavratura do presente Auto de Infração para que o mesmo pudesse comprovar as divergências apuradas, conforme comprova o documento às fls. 07/08.

VOTO

Inicialmente, quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência fiscal por estranho ao feito, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide. Ademais, diante do novo levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi constatado motivo suficiente para a realização da diligência solicitada pelo defendente em sua nova manifestação acerca da informação fiscal prestada pelo autuante.

O presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, por omissão de saída de mercadoria tributável 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, nos meses de agosto a dezembro de 2004; fevereiro, abril, maio, junho, julho e outubro de 2005; janeiro junho de 2006, conforme demonstrativos acostados aos autos.

Observo que, sendo apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96:

“Art. 4º

(...)

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimientos 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”.

Considerando as alegações apresentadas na impugnação ao presente lançamento, o autuante refez os cálculos, informando à fl. 45 dos autos que acatou os argumentos apresentados pelo defendente, tendo elaborado novas planilhas às fls. 46 a 49, com os valores corrigidos (2004 – R\$4.145,58; 2005 – R\$627,28 e 2006 – R\$1.713,09), acostando aos autos os Relatórios Consolidados da DMA (fls. 50 a 52), serviram de base para o cálculo dos índices de proporcionalidade aplicados nos respectivos exercícios fiscalizados. Esclarece, também, que foram utilizados os valores das

saídas para o cálculo do índice de proporcionalidade, ao invés dos valores das entradas como alegou o autuado. Informa, ainda, que anexou duas planilhas para o exercício de 2005, dividindo o período de janeiro a junho e de julho a dezembro, aplicando a alíquota de 5% e 4%, respectivamente, conforme legislação vigente à época dos fatos.

Concordo com a informação prestada pelo autuante, que acatou as alegações defensivas, exceto em relação ao argumento de que não foi excluído da presente autuação o período de 31/08/2004 a 31/12/2004, considerando que existe outro Auto de Infração de nº 233048.0042/05-7.

Observo que o mencionado Auto de Infração de nº 233048.0042/05-7 (cópia à fl. 42), trata de recolhimento a menos do ICMS referente à comercialização de refeições, apurado de acordo com o Regime de Apuração da Receita Bruta, enquanto o presente Auto de Infração se refere a omissão de saídas apurada em decorrência da diferença entre a declaração de vendas do contribuinte e as informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito. Neste caso, como salientou o autuante, os fatos gerados são diferentes, haja vista que no primeiro Auto de Infração o imposto foi exigido com base nas receitas informadas pelo contribuinte, enquanto no presente lançamento, a presunção legal de omissão de saídas é decorrente de valores não declarados pelo autuado, considerando que a declaração das vendas foi inferior aos valores fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Portanto, concluo que os cálculos efetuados pelo autuante, estão de acordo com a legislação em vigor e acato os valores apurados nos novos demonstrativos de fls. 46 a 49, acostados ao PAF, quando da informação fiscal.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme as novas planilhas do autuante, de fls. 46 a 49.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206908.0045/06-3**, lavrado contra **CARANGUEIJO DO SERGIPE BAR E RESTAURANTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$6.485,95**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2007

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR