

A. I. N ° - 206878.0022/06-8
AUTUADO - RESTAURANTE DILIANA LTDA.
AUTUANTE - ANALCIR EUGÊNIO PARANHOS DASILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 27.08.2008

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0206-02/08

EMENTA: ICMS. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/06/2007, para exigir ICMS no valor de R\$50.318,63, em razão da 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 administrativa de cartão de crédito.

O autuado às folhas 91 a 98, impugna o lançamento tributário alegando que a presunção é uma medida extrema, que reserva ao contribuinte comprovar a sua improcedência parcial ou total. Defende a improcedência da presunção em vista de que o montante informado pelas operadoras de cartão não representa a base de cálculo do ICMS, posto que no valor informado encontram-se embutidos às saídas de mercadorias isentas e não tributadas, as quais devem ser expurgadas para que se determine com justiça a base de cálculo do ICMS.

Aduz que a atividade de restaurante contempla o fornecimento de refeições e bebidas em geral, entre elas produtos não sujeitos a tributação, devendo ser excluído da base de cálculo conforme artigo 504, V, “c”, I, fato que não foi observado pelo autuante, tendo apresentado uma tabela onde consta os percentuais de saídas tributadas, isentas e outras, amparadas nos valores constante das reduções “Z”, reiterando a necessidade de se aplicar o percentual de 71,5 sobre a base de cálculo para se apurar a saídas tributárias.

Prosseguindo, além da redução acima, argumenta que tem direito a redução da base de cálculo prevista para apuração normal, em vista da imposição regulamentar de se apurar o débito pelo método de apuração normal, a redução da base de cálculo prevista no art. 87. XX do RICMS/97.

À folha 97 elaborou outra planilha aplicando 03 deduções de forma acumulativa, conforme abaixo:

1ª) Aplicação de 71,50% sobre o valor para apuração da base de cálculo, implicando em uma redução de 28,50%;

2ª) Mais 30% de redução, sob alegação de se encontrar prevista no artigo 87, inciso XX do RICMS/97;

3ª) Mais 8% sobre a diferença apurada entre o valor de Venda com Cartão constante da Redução “Z” comparado com o valor informado pelas administradoras, sem considerar nenhuma redução acima.

Ao finalizar, requer a procedência parcial da autuação, aplicando-se a proporcionalidade das mercadorias tributadas pelas saídas e a redução de base de cálculo prevista no artigo 87, XX do RICMS/97.

O autuante, às fl. 110 a 112, ao prestar a informação fiscal refuta as razões defensiva e ratifica integralmente a acusação.

Aduz que o autuado era optante do Regime Simplificado de apuração do ICMS - SimBahia no exercício de 2006, consequentemente subordinada ao tratamento tributário diferenciado e simplificado dispensado aos contribuintes assim enquadrados, tendo direito as deduções a serem consideradas na apuração da base de cálculo do ICMS às prevista no artigo 384-A, § 1º, inciso II, do RICMS/97. Não havendo previsão legal para a exclusão de saídas de mercadorias isentas, não tributadas e outras da base de cálculo do ICMS para contribuintes enquadrados no SimBahia.

Frisa que a previsão legal contida no artigo 504, inciso V, alínea “c” do RICMS/97 aplica-se tão somente aos contribuintes enquadrados no Regime Normal optantes do regime de apuração do imposto em função da receita bruta, o que não é o caso do autuado. Da mesma forma, não há cabimento em se cogitar a redução da base de cálculo prevista no artigo 87, inciso XX, do RICMS/97, aplicável apenas aos contribuintes do Regime Normal optante do regime de apuração do imposto com base na conta corrente fiscal, o que também não é o caso do autuado.

Ressalta que, em suas considerações, o autuado sugere uma situação bem atípica, reivindicando concomitantemente par si 03 (três) tratamento distintos na apuração do imposto devido, a saber:

- a) dedução de mercadorias isentas ou substituídas por antecipação da base de cálculo (Regime Normal, apuração em função da receita bruta);
- b) redução da base de cálculo (Regime Normal, apuração através da conta corrente fiscal) e
- c) crédito presumido de 8% sobre o valor das saídas apuradas (Regime SimBahia), observando um contradição na defesa do autuado, pois em um determinado trecho sugere que o modelo de apuração do débito determinado pelo SimBahia se já “abandonado”.

Ao final, opina pela manutenção da autuação.

Considerando que o autuado, durante o julgamento, acostou aos autos diversos documentos buscando elidir a acusação, esta Junta de Julgamento, deliberou pela conversão do PAF em diligência a ASTEC, para que fosse realizada revisão por estranho ao feito, no sentido de:

1. Verificar se os documentos apresentados comprovam a emissão de documentos fiscais para as operações objeto da autuação.
2. Elaborar novo demonstrativo de débito, se necessário.

Cumprida a diligência, a INFAZ - VAREJO fornecesse cópias, mediante recibo, ao autuado do resultado da diligência e seus anexos, estipular o prazo de dez dias para se pronunciar. Devendo ser dado ciência ao auditor autuante, para no mesmo prazo se pronunciar.

Cumprida a diligência, o auditor fiscal designado, através do PARECER TÉCNICO Nº 061/2008 às fls. 118 e 119 dos autos, após descrever o que foi pedido informa que os documentos acostados as folhas 100/103 referem-se às vendas brutas do estabelecimento, ao passo que os extratos de Redução “Z” apresentados para diligência detalham as operações, mostrando os cancelamentos e as vens líquidas diárias 134/269. Informa, ainda, que elaborou novo demonstrativo de débito aplicando o princípio da proporcionalidade previsto na IN Nº 56/2007, com base nos documentos, fls. 121/133, opinando pela redução do débito para R\$36.204,60.

Em nova manifestação defensiva, fls. 275/280, após receber cópia da diligência realizada, o autuado diz que a realização da diligência ao aplicar a Instrução Normativa nº 56/2007, agiu “extra petita”, por entender que somente deveria ser realizado novo demonstrativo se o primeiro pedido obtivesse resultado negativo, o que não ocorreu.

Aduz que o diligente não esclareceu acerca do benefício do crédito presumido de 8%; não aplicou a redução 30% na base de cálculo prevista no artigo 87, XX do RICMS/97, introduzida no regulamento por força do convênio ICMS 09/93, tendo apresentado planilha com os cálculos considerando essas reduções, apurando o ICMS devido no valor de R\$3.142,87.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS imputado ao autuado a 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 valor fornecido por instituição financeira e administrativa de cartão de crédito, durante o exercício de 2006.

Observo que o levantamento realizado pela autuante comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas como cartão de crédito e/ou débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão do art. 4º, §4º da Lei 7.014/96, com redação dada pela Lei nº 8.542, de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, *in verbis*:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

....

*§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimidos 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.**” (Grifo nosso)*

Em sua defesa o autuado requer a aplicação de 03 (três) deduções de forma cumulativa, sobre o valor da base de cálculo apurada, as quais passo a analisar:

1ª) Aplicação de 71,50% sobre o valor para apuração da base de cálculo, implicando em uma redução de 28,50%, prevista no artigo 504, V, “c”, I do RICMS/97.

O dispositivos citados pelo autuado, estabelecem que:

“Art. 504. Os restaurantes, churrascarias, pizzarias, lanchonetes, bares, padarias, pastelarias, confeitarias, doçarias, bombonérias, sorveterias, casas de chá, lojas de “delicatessen”, serviços de “buffet”, hotéis, motéis, pousadas, fornecedores de refeições e outros serviços de alimentação poderão optar pelo pagamento do ICMS mediante o regime de apuração em função da receita bruta, observando-se, além das normas relativas aos demais contribuintes, as seguintes:

*I - os contribuintes de que trata este artigo, quando optarem pelo regime de apuração mencionado no “caput”, serão **inscritos no cadastro estadual na condição de contribuintes normais**, atendida a respectiva codificação prevista no Anexo 3.” (grifo nosso).*

Logo, as regras previstas no artigo 504, acima transcrito, somente se aplicam aos contribuintes inscritos no cadastro estadual na condição de contribuintes normais, que não é o caso do autuado, uma vez que no período objeto da autuação era optante do Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia.

2ª) Mais 30% de redução, sob alegação de se encontrar prevista no artigo 87, inciso XX do RICMS/97.

O dispositivo no qual o autuado tenta fundamentar sua alegação, inciso XX do 87, do citado regulamento, estabelece que:

“Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

[...]

XX - no fornecimento de refeições promovido por bares, restaurantes e estabelecimentos similares, assim como na saída promovida por empresas preparadoras de refeições coletivas, excetuando, em qualquer das hipóteses, o fornecimento ou a saída de bebidas, calculando-se a redução em 30% (trinta por cento) (Conv. ICMS 09/93).”

De igual modo, o dispositivo citado pela defesa não ampara suas pretensões, uma vez que a redução prevista no inciso XX do artigo 87 do RICMS/BA., em vigor à época dos fatos geradores, somente ampara os contribuintes inscritos no cadastro estadual na condição de contribuintes normais e que apurem o ICMS pelo regime de conta corrente fiscal.

Ressalto, mais uma vez, que o autuado encontrava-se enquadrado no regime do SimBahia, conforme consulta ao sistema INC – Informação do Contribuintes da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

O 3ª pedido de dedução, refere-se aos 8% sobre a diferença apurada entre o valor das venda com cartão constante da Redução “Z” comparado com o valor informado pelas administradoras. Trata-se do crédito presumido de 8% prevista para os contribuinte do SimBahia.

De acordo com o art. 19, da Lei nº 7.357/98, quando uma empresa optante pelo regime do Simbahia praticar infração tipificada no art. 42, III, da Lei nº 7014/96, o imposto deverá ser exigido com base no regime normal de apuração. Entretanto, conforme prevê o artigo 19, § 1º, da Lei nº 7.357/98, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02, deve ser concedido o crédito de 8%.

Portanto, como alegou em sua defesa o autuado tem direito ao referido crédito. Porém, a defesa não observou que o mesmo já fora concedido pelo autuante, quando da realização da fiscalização, conforme observo à folha 11 dos autos.

Em relação à solicitação de redução das saídas isentas e não tributadas, com a publicação da Instrução Normativa Nº 56/2007 essa questão ficou delineada, tendo o autuado direito a usufruir os benefícios inerentes a essa norma. Entendo que a diligência realizada pela ASTEC não foi “*extra petita*”, uma vez que foi solicitado ao diligente a realização de novo demonstrativo de débito.

A diligência realizada pela ASTEC, ao elaborar o novo demonstrativo de débito, o qual acolho integralmente, já aplicou a orientação da citada Instrução Normativa, tendo reduzido o débito de R\$50.318,63 para R\$36.204,60.

Assim, entendo que a infração restou parcialmente caracterizada.

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, no valor R\$36.204,60.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206878.0022/06-8, lavrado

contra **RESTAURANTE DILIANA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$36.204,60**, acrescido da multa de 70%, previstas no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de agosto de 2008.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR