

PROCESSO - A. I. N° 269362.0303/08-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA - BARRACA DO GAÚCHO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0263-02/09
ORIGEM - INFAS EUNÁPOLIS
INTERNET - 19/11/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0342-12/09

EMENTA: ICMS. 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. Realizado ajuste no cálculo do imposto devido, adotando-se a proporcionalidade em razão do contribuinte comercializar mercadorias isentas e com ICMS já recolhido pelo regime de substituição tributária, bem como, aplicada a alíquota de 4% por ser o contribuinte optante pelo regime simplificado de apuração em função da receita bruta, previsto no artigo 504 do RICMS/BA. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, tendo em vista Decisão exarada no Acórdão JJF Nº 0263-02/09, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 09/03/2008, para exigir o ICMS no valor de R\$55.584,85, em decorrência 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro a dezembro de 2006.

Em defesa o contribuinte alegou que o autuante considerou os valores das vendas tributadas, em todos os meses de 2006, em montante superior ao efetivamente por ele realizado. Para corroborar tal afirmativa, juntou cópias do livro Registro de Saídas. Argumentou que o fiscal informou que sua empresa não realizou em 2006, nenhuma venda a cartão, mas a documentação anexada provava o contrário. Afora que foi aplicada a alíquota de 17%, quando, no seu entendimento, deveria se utilizar a alíquota de 5%, já que sua tributação tem por base a receita bruta.

O autuante prestou informação fiscal esclarecendo que a soma dos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito totalizou R\$646.750,12, consoante resumo dos pagamentos no demonstrativo de fl.08, e de vendas detalhadas por dia e por administradora, fls. 13 a 213, evidenciando venda de mercadorias sem emissão de documento fiscal. Ressaltou que os diversos cupons fiscais anexados pelo autuado demonstravam de que todas as vendas realizadas através de ECF fora na modalidade de “dinheiro” como meio de pagamento. Reconheceu que a tributação do autuado é pela receita bruta (5%), realizando revisão do lançamento neste sentido. Neste novo demonstrativo observou que a base de cálculo foi considerada com o índice de proporcionalidade, obtido através da DMA consolidada do autuado no exercício e que este fato não foi contestado na defesa. Apontou valor de ICMS a ser exigido de R\$16.348,49, considerando a apuração do imposto com base na receita bruta com a aplicação do percentual de 5%.

Quando de sua manifestação, o autuado reconheceu ser devedor parcialmente do valor de R\$16.348,49, já que havia recolhido R\$11.297,68. Juntou DAE (fls.759/770) para comprova o que alegou. Finalizou pedindo que fossem julgados insubsistentes os itens mencionados no Auto de Infração.

O autuante apresentou nova informação fiscal afirmando que os pagamentos realizados pelo autuado não podem ser considerados, pois se referem às parcelas das vendas nas quais foram emitidos os respectivos documentos fiscais. Ainda assim, elabora planilha, fl.773, com a pretensão do autuado, demonstrando valor final a recolher de R\$5.690,92. Ressaltou que caberia a este CONSEF o julgamento do valor a ser considerado.

Considerando a afirmativa do autuado de que efetuou vendas com pagamentos feitos com cartões e como os documentos acostados aos autos não comprovavam tal alegação, a 2^a Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o processo em diligência ao autuante. Este intimou o autuado a “elaborar demonstrativo por operação individualizada, das vendas e das prestações de serviços nas quais comprovadamente houvera a respectiva emissão de documento fiscal (nota fiscal de venda, nota fiscal de prestação de serviço, ou cupom fiscal), bem como, valores e datas coincidentes e que foram realizados por meio de cartão de crédito/débito, no período objeto da ação fiscal, de 01/01/2006 a 31/12/2006”. Solicitou, também, que o autuado fizesse a correlação entre os documentos fiscais e os boletos e as operações do relatório TEF, no prazo de 30 dias.

Em manifestação, o contribuinte alegou que o autuante já havia concluído que a sua tributação é feita pela receita bruta, ao percentual de 5% e que na conclusão a que chegou foi evidenciado o valor que o seu estabelecimento deveria recolher. Diz surpreso com as etapas do processo, ou seja, está sendo intimado a apresentar demonstrativo por operação individualizada, pois os documentos já se encontram no processo. Não atendeu à intimação. Finalizou pedindo provimento à revisão do valor total a recolher.

A 1^a Instância decidiu pela procedência parcial da autuação, prolatando o seguinte voto:

Da análise das peças processuais, verifico que a autuação aponta na “PLANILHA COMPARATIVA DE VENDAS POR MEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO” à fl. 08 dos autos, na coluna “Diferença encontrada (base de cálculo)” o valor total de R\$630.286,77, sobre o qual foi aplicada a alíquota de 17%, resultando no ICMS devido no valor de R\$ 55.584,86.

Constatou que, o autuante, observando às alegações defensivas, reconheceu que o sujeito passivo apurava o ICMS em função da receita bruta, processou revisão fiscal dos seus trabalhos, elaborou nova planilha, aplicando o percentual de 5% e concluiu que o valor do crédito tributário seria o equivalente a R\$16.348,49, fl.751.

Recebido cópia da nova planilha informando o novo valor do crédito tributário revisado, especificado acima, o sujeito passivo reconheceu o seu montante, entretanto alegou que já havia pago à quantia de R\$11.297,68, DAE fls.759 a 770, disse que só faltava pagar a diferença de R\$5.050,81 (R\$16.348,49 – 11.297,68), que reconheceu como sendo o seu saldo devedor a ser recolhido. No intuito de evidenciar a pretensão do contribuinte, o autuante elaborou planilha, sendo que do mencionado valor apurado, excluiu o montante do imposto já recolhido, e apurou diferença a recolher no valor de R\$5.690,92.

Em razão da afirmação do autuado em sua peça defensiva, de que efetuou vendas com pagamentos feitos com cartões, considerando que os documentos acostados aos autos não comprovavam tal alegação, esta 2^a Junta de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar, deliberou pelo encaminhamento do processo à INFRAZ de origem, para diligência.

Em cumprimento ao pedido de diligência, o autuante intimou o autuado a “elaborar demonstrativo por operação individualizada, das vendas e das prestações de serviços nas quais comprovadamente houvera a respectiva emissão de documento fiscal (nota fiscal de venda, nota fiscal de prestação de serviço, ou cupom fiscal), bem como valores e datas coincidentes e que foram realizados por meio de cartões de crédito/débito, no período objeto da ação fiscal, de 01/01/2006 a 31/12/2006; foi pedido ainda, além dos mencionados documentos, que o autuado fizesse a correlação entre os documentos fiscais e os boletos e as operações do relatório TEF, no prazo de 30 dias.

O sujeito passivo alegando que todos os documentos já se encontravam no processo, não atendeu a intimação.

Analisando os cupons fiscais que já se encontravam nos autos, verifica-se que todas as suas vendas tiveram como forma de pagamento o modo “dinheiro”. O levantamento realizado pelo autuante, comparou os valores fornecidos pela instituição financeira ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas como cartão de crédito/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 contida no artigo 4º, §4º da Lei 7.014/96, in verbis:
(...) .

O sujeito passivo reconheceu a manutenção da base de cálculo tributável, aceitando inclusive o valor do imposto apurado, entretanto, observe que o autuante, na elaboração dos seus cálculos, utilizou, indevidamente, a alíquota de 5%. No caso em exame, cabe a aplicação da alíquota de 4%, haja vista que a exigência fiscal ocorreu em razão do contribuinte apurar o imposto em função da receita bruta, no exercício de 2006, período já alcançado pela alteração procedida na legislação do ICMS.

É importante assinalar que, mesmo o contribuinte tendo reconhecido a base de cálculo tributável, a presunção de que cuida o presente Auto de Infração diz respeito à declaração de vendas informadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito, em confronto com as vendas realizadas pelo contribuinte através de cartão de crédito/débito constante na redução “Z”, valendo dizer que, é irrelevante se o total das vendas declaradas pelo contribuinte é superior às vendas informadas pelas administradoras.

Vale registrar que, foram excluídas da exigência as parcelas de receitas relativas às mercadorias isentas, sujeitas à substituição tributária e não tributadas, significando dizer que, o imposto está sendo exigido com relação às receitas omitidas tributáveis normalmente, com base no Regime de Apuração em função da receita bruta, por ser optante pelo referido regime, na forma prevista no Art. 504 do RICMS/97.

Nessa direção existem diversas decisões deste CONSEF, a exemplo dos Acórdãos CJF N° 0066-11/03, CJF N° 0111-11/05, CJF N° 0069-12/06, CJF N° 0434-12/02 e JJF nº0067-02/08.

A título de ilustração, reproduzo abaixo parte do voto do ilustre Relator, Dr. Tolstoi Seara Nolasco, no Acórdão CJF N°. 0434-12/02:
(...)

Diante do exposto, aplicada a alíquota de 4% sobre a base de cálculo das diferenças entre a receita tributada informada pelas administradoras de cartões de crédito/débito e as receitas constantes na redução “Z”, mensalmente, fl. 773, resultou no ICMS devido no valor de R\$ 13.420,34. Consoante demonstrado, o presente procedimento exige o imposto por presunção legal, portanto, não pode ser compensado o ICMS recolhido no valor de R\$11.297,68, (DAE fl. 759 a 770) decorrente de suas obrigações regulares, conforme pleiteou o sujeito passivo em sua peça defensiva. Assim fica o demonstrativo de débito com a seguinte conformação:

Data de Ocorrência	Base de Cálculo	Alíquota %	ICMS julgado
31/1/2006	68.237,79	4%	2.729,51
28/2/2006	31.784,03	4%	1.271,36
31/3/2006	25.486,93	4%	1.019,47
30/4/2006	25.524,64	4%	1.020,98
30/5/2006	12.585,98	4%	503,43
30/6/2006	10.249,98	4%	409,99
31/7/2006	24.213,21	4%	968,52
31/8/2006	19.531,18	4%	781,24
30/9/2006	19.140,58	4%	765,62
31/10/2006	21.018,44	4%	840,73
30/11/2006	21.461,17	4%	858,44
31/12/2006	56.276,39	4%	2.251,05
TOTAL			13.420,34

Considerando que foram indiscriminadamente excluídas da exigência fiscal todas as notas fiscais apresentadas pelo autuado, sem que, para tanto, tenha sido feita a devida correlação entre valores e datas das aludidas notas fiscais e as operações individualizadas no Relatório TEF, com base no art. 156 do RPAF/99, represento a autoridade fiscal competente para instaurar novo procedimento fiscal, a fim verificar possível existência de crédito tributário exigido a menos no presente lançamento de ofício.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Conforme determinações do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00, a 2ª JJF recorreu de ofício a esta 2ª Instância de julgamento.

VOTO

A infração motivadora do Recurso de Ofício apresentado trata da exigência do ICMS pela presunção de omissões de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, tendo em vista declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às

informações das instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e/ou débito, conforme previsão contida no artigo 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96.

No decorrer do processo, foi sanado o equívoco cometido pelo autuante quando, aceitando corretamente o argumento apresentado pela empresa, calculou o imposto aplicando o percentual de 5% sobre a base de cálculo encontrada, já que o contribuinte apura o imposto mediante o regime de apuração em função da receita bruta. De fato, este percentual, à época, não era mais de 5% e sim de 4%, por força da alteração do art. 504, IV, do RICMS/BA, em maio de 2005 - Decreto nº 9.426/2005.

De igual forma, correto o procedimento da 1ª Instância em converter o processo em diligência para que fosse dada a oportunidade ao contribuinte de desconstituir a presunção de saídas de mercadorias anteriores sem emissão de documento fiscal e ora discutida. O contribuinte não aproveitou a oportunidade. Apenas solicitou que o Auto de Infração fosse julgado procedente em parte no valor apresentado pelo fiscal autuante quando de sua informação, porém que fosse abatido o valor de R\$11.297,68, recolhido conforme DAEs que apensou aos autos.

Quanto à redução solicitada, mais uma vez, a Decisão de 1ª Instância não merece reparo. Os DAEs apresentados (fls. 759/770) se referem ao recolhimento realizado pelo contribuinte decorrente de suas obrigações regulares. Não tem pertinência com a acusação a ele neste momento imputada.

A 2ª JJF assinalou como importante, e de forma correta, que mesmo o contribuinte tendo reconhecido a base de cálculo tributável, a presunção de que cuida o presente Auto de Infração diz respeito à declaração de vendas informadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito, em confronto com as vendas realizadas pelo contribuinte através de cartão de crédito/débito constante na redução “Z”, valendo dizer que, é irrelevante se o total das vendas declaradas pelo contribuinte é superior às vendas informadas pelas administradoras. Afora que, foram excluídas da exigência as parcelas de receitas relativas às mercadorias isentas, sujeitas à substituição tributária e não tributadas, pois o imposto está sendo exigido com relação às receitas omitidas tributáveis normalmente, com base no Regime de Apuração em função da receita bruta.

E, comungando com o posicionamento da 2ª JJF, considerando que foram indiscriminadamente excluídas da exigência fiscal todas as notas fiscais apresentadas pelo autuado, sem que tenha sido feita a devida correlação entre valores e datas das aludidas notas fiscais e as operações individualizadas no Relatório TEF, com base no art. 156 do RPAF/99, represento à autoridade fiscal competente para instaurar novo procedimento fiscal, a fim verificar possível existência de crédito tributário exigido a menos no presente lançamento de ofício.

Meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e manter PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração no valor de R\$13.420,34.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 269362.0303/08-4, lavrado contra BARRACA DO GAÚCHO LTDA., devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$13.420,34, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, inciso III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de novembro de 2009.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS