

A. I. N° - 206933.0055/06-0
AUTUADO - POP CORN COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - PAULO SÉRGIO RODRIGUES
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 12/05/2009

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0099-03/09

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELAS OPERADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO E OS VALORES LANÇADOS NAS LEITURAS REDUÇÕES Z – ECF - DO CONTRIBUINTE. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Apuração do imposto em função da receita bruta. Imputação parcialmente elidida. Refeitos os cálculos, foi reduzido o valor do débito. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 29/03/2007 e exige ICMS no valor de R\$27.713,85, acrescido da multa de 70%, em razão da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em montante inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Meses de janeiro a junho de 2006.

O autuado, por intermédio de representante com Procuração à fl. 09, ingressa com impugnação ao lançamento de ofício às fls. 24 a 31, inicialmente descrevendo os termos da imputação e, em seguida, argüindo que o ICMS foi reclamado à razão da alíquota de 17%, e que o estabelecimento, sendo restaurante franqueado da marca Pizza Hut, recolhe ICMS pelo regime de receita bruta, com a alíquota de 4%. Aduz que há vendas não registradas que não foram objeto do levantamento fiscal e que trabalha com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e ICMS retido na fonte (refrigerante, cerveja, água mineral, sorvetes) em percentual aproximado de 20% das operações que pratica mensalmente. Afirma que algumas leituras Reduções “Z” não foram consideradas pelo Fisco, pelo que vendas com pagamento recebido por meio de cartões, e registradas por ele, contribuinte, não foram computadas. Aduz que houve equívocos por parte dos operadores dos equipamentos emissores de cupons fiscais em vendas realizadas com pagamento por meio de dinheiro, e que teriam ocorrido situações que teriam impedido o lançamento correto de tais valores. Refez os cálculos do lançamento em tabela à fl. 27, reduzindo os valores mensais de base de cálculo lançadas no Auto de Infração. Cita e transcreve o artigo 115, inciso III, e parte do artigo 504, ambos do RICMS/BA. Transcreve decisão do CONSEF a fl. 29. Elabora nova tabela à fl. 30, expondo valores e percentuais do imposto de saídas tributáveis nas saídas e de mercadorias já tributadas por antecipação. Sugere que o cálculo do imposto seja feito com a aplicação da alíquota de ICMS de 4% sobre o percentual das saídas tributáveis, apresentando nova tabela à fl. 31, com total de ICMS devido de R\$2.807,62. Conclui pedindo pela procedência parcial da autuação.

O autuante, na informação fiscal prestada às fls. 119 e 120, inicialmente relata os termos da impugnação e a acata quanto à aplicação da alíquota de 4% sobre a diferença apurada. Descreve o

procedimento adotado na auditoria realizada, e aduz que, sem os cupons fiscais, seria impossível identificar quais as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária que foram comercializados. Diz que a empresa informa que 80% das operações são tributadas nas saídas. Afirma que não foram considerados, no levantamento original, diversas leituras Reduções “Z”, que são aquelas que apenas foram apresentadas pelo contribuinte quando da impugnação, mas que as considera quando da informação fiscal. Que, contudo, as ilegíveis, que lista à fl. 120, não podem ser consideradas, nos termos do artigo 209, inciso IV, do RICMS/BA, que transcreve. Conclui asseverando que o débito tributário a ser lançado de ofício passa a ser de no valor de R\$5.446,54.

O contribuinte, tendo recebido as cópias dos documentos anexados quando da informação fiscal, e intimado a pronunciar-se, conforme documento de fl. 123, manifesta-se às fls. 125 a 128, alegando que o preposto do Fisco aplicou a alíquota de 4%, mas não considerou os pagamentos realizados a cartão e lançados como se realizados a dinheiro. Que a maioria dos pagamentos é realizada por meio de cartões de crédito e de débito. Que não se pode exigir ICMS, nas saídas, de produtos sujeitos à antecipação tributária. Copia trechos de julgados deste CONSEF às fls. 126 e 127. Repete a tabela já apresentada à fl. 31, com débito de imposto no valor total de R\$2.807,62. Conclui reiterando os termos da impugnação inicial e pedindo pela procedência parcial da autuação, no valor de débito de ICMS de R\$2.807,62.

O autuante pronuncia-se à fl. 133, relatando os termos da segunda impugnação e expõe que, sem os cupons fiscais, seria impossível identificar quais as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária que foram comercializadas. Conclui reafirmando que o débito tributário a ser lançado de ofício é no valor de R\$5.446,54.

Às fls. 136 e 137, considerando que o autuado, em suas impugnações às fls. 24/31 e 125/128 alegara, dentre outros pontos, que, sendo restaurante, também comercializa com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, citando o exemplo de refrigerantes, cerveja, água mineral, sorvetes, afirmando que “a média mensal das vendas dos produtos desonerados do imposto fica em torno de 20% das vendas globais”; considerando que o contribuinte anexou ao processo documentos que indicam vendas a dinheiro e a cartão (leituras diárias – Reduções “Z”, às fls. 41/78), que afirma não terem sido computados no levantamento realizado pelo autuante, que acatou parcialmente esta alegação; considerando a afirmação do contribuinte quanto a que as vendas indicadas como tendo sido realizadas “a dinheiro”, nas Reduções “Z”, teriam sido realizadas por meio de cartão de crédito, e foram registradas como vendas “a dinheiro” por equívoco do operador da máquina registradora, mas não anexou, aos autos, os boletos TEF e os cupons fiscais, e notas fiscais, que comprovariam a emissão desses documentos quando dessas vendas, inclusive não tendo apresentado os documentos fiscais comprobatórios de suas vendas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por meio de cartão de crédito/débito, esta 3^a JJF deliberou, em pauta suplementar, pela conversão deste PAF em Diligência à ASTEC/CONSEF para que fiscal estranho ao feito intimasse o contribuinte a apresentar demonstrativos, por operação individualizada, das vendas nas quais comprovadamente houvera a respectiva emissão de documento fiscal (nota fiscal ou cupom fiscal), realizadas por meio de cartão de crédito/débito, no período de 01/01/2006 a 30/06/2006; cópias dos documentos fiscais (notas fiscais/cupons fiscais) que comprovavam a venda, por operação, realizadas por meio de cartão de crédito/débito, no período de 01/01/2006 a 30/06/2006, das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, e das mercadorias não enquadradas neste regime, apresentando, junto a cada documento fiscal, cópia do respectivo boleto TEF que comprovasse que a venda foi realizada por aquele meio; a partir dos documentos apresentados pelo autuado, elaborasse demonstrativo correspondente às diferenças mensais nas quais a emissão de documento fiscal (notas fiscais ou cupons fiscais) não foi comprovada pelo contribuinte; elaborasse demonstrativo dos valores das aquisições, pelo autuado, de mercadorias tributáveis, não tributáveis e enquadradas no regime de substituição tributária, no mesmo período.

Em cumprimento à Diligência, foi exarado o Parecer ASTEC/CONSEF nº 014/2008, às fls. 138 a 140, aduzindo que, intimado a apresentar documentos (fl. 141), o contribuinte alegou não poder apresentá-los em razão de serem em grande volume (fls. 145 a 147, e fl. 202 e 203), apresentando-os em forma de amostragem, mas sem apresentar o demonstrativo solicitado. Que, sem os demonstrativos solicitados, não foi possível, à diligente, elaborar novo demonstrativo correspondente às diferenças mensais nas quais a emissão de documento fiscal não foi comprovada pelo contribuinte. Que, como o autuado não apresentou demonstrativo de suas aquisições, os percentuais de mercadorias não tributáveis nas saídas foram calculados com base nos valores de saídas das suas mercadorias. Que o cálculo da proporcionalidade foi elaborado conforme livro Registro de Saídas, e que esses percentuais haviam sido corretamente utilizados pelo contribuinte, no demonstrativo de fl. 30. A diligente apresenta tabela à fl. 139, com os percentuais de mercadorias tributadas pro substituição, e tributadas nas saídas.

À fl. 244, considerando os documentos acostados pelo contribuinte às fls. 205 a 230, esta 3ª JJF, na busca da verdade material deliberou, em pauta suplementar, por re-encaminhar este processo em Diligência à ASTEC/CONSEF para que a diligente designada, a partir dos documentos apresentados pelo autuado às fls. 205 a 230, comparando-os com os dados do levantamento fiscal, elaborasse demonstrativo correspondente às diferenças mensais nas quais a emissão de documento fiscal (notas fiscais ou cupons fiscais) não fora comprovada pelo contribuinte, verificasse se o contribuinte, no período objeto da autuação, estava enquadrado no regime de receita bruta de apuração do ICMS. Caso o contribuinte não se encontrasse neste regime, utilizando o percentual de 17% sobre a base de cálculo encontrada, sobre a mesma aplicasse a proporcionalidade - nos termos da Instrução Normativa nº 57/2007, consoante dados já levantados por essa Assessoria, quanto às operações do contribuinte com mercadorias isentas, não tributáveis, e sob o regime de substituição tributária – apurando o débito de imposto a ser exigido; se o contribuinte encontrava-se enquadrado no regime de receita bruta, considerasse no cálculo do imposto a ser lançado de ofício o percentual de 4%, aplicável à época, sem a utilização do cálculo da proporcionalidade.

Em atendimento à nova diligência, foi expedido o Parecer ASTEC/CONSEF nº 206/2008, às fls. 245 e 246, expondo que, cotejando os valores dos cupons fiscais com os Boletos de cartões de Débito e de Crédito, juntados às fls. 205 a 230 do PAF, pelo contribuinte, foram apuradas vendas com emissão de cupons fiscais pagas com cartões de crédito e de débito nos valores de R\$154,00, R\$142,00, R\$162,40, R\$127,60, R\$61,80 e R\$150,40, nos meses de janeiro, fevereiro, março, abril, maio e junho de 2006, respectivamente, consoante planilha de fl. 248. Que, assim, foi elaborada nova Planilha Comparativa de Vendas por meio de Cartões de Crédito e de Débito, nela reproduzidos os mesmos valores de vendas informados pelas administradoras de cartões, assim como das apuradas na Redução “Z”, consignados pelo autuante na planilha de fl. 19, mensalmente, tendo acrescentado à mesma, os valores das vendas realizadas através dos cupons fiscais colacionados aos autos às fls. 205 a 230, relativamente aos meses de janeiro a junho de 2006, consoante planilha de fl. 247, apurando nova base de cálculo no montante de R\$162.224,52. Que, em razão do contribuinte se encontrar enquadrado, à época, no regime de receita bruta, consoante registro de seus dados cadastrais junto à SEFAZ (fl. 250), e Relação de DAE – Ano 2006 (fl. 251), foi aplicada sobre a nova base de cálculo apurada, no valor de R\$162.224,52, o percentual de 4%, sem a utilização do cálculo da proporcionalidade, tendo assim sido apurado o ICMS no valor de R\$6.488,98 (fl. 247).

O autuado foi cientificado do teor do parecer ASTEC/CONSEF e recebeu cópias dos documentos acostados ao processo, conforme recibo de fl. 252, e pronunciou-se às fls. 254 a 256, expondo que o Parecer não considerou corretamente os valores das vendas registradas através das leituras Redução “Z”, anotadas em valores inferiores aos montantes efetivamente registrados na escrita fiscal da empresa, pelo que o seu resultado final é superior ao débito encontrado conforme o demonstrativo de fls. 121. Que o revisor adotou as informações que serviram de base para a autuação, sem observar, porém, que após a defesa inicial o autuante refizera o seu levantamento

e concluirá que as vendas registradas nos ECFs, no período de janeiro a junho de 2006, perfazem o total de R\$988.914,45. Que haveria equívocos na orientação de não se levar em conta o percentual referente às saídas das mercadorias desoneradas do ICMS, porque a legislação estadual e este Egrégio Conselho de Fazenda esclarecem que tais produtos, também no regime de pagamento pela receita bruta, devem ser excluídos da base de cálculo do imposto devido pela empresa (artigo 504, inciso IV, do RICMS/BA). Transcrevem decisão deste Conselho à fl. 255. Afirma caber aplicação integral da orientação contida no item I, da Instrução Normativa nº 56/2007, da SAT/SEFAZ, que copia.

Conclui requerendo revisão no levantamento fiscal, considerando-se alíquota de 4% e a dedução proporcional das saídas referentes aos produtos já desonerados do imposto, apuradas conforme o Parecer Astec nº 014/2008 (fls. 138 a 140).

O autuante, cientificado do Parecer ASTEC/CONSEF, manteve-se silente, conforme documentos de fls. 259 e 260.

VOTO

Preliminarmente, observo que encontram-se no processo todos os seus pressupostos de validade, tendo sido identificados o autuado, o montante e os fatos geradores do débito exigido. Tendo recebido o Relatório de vendas diárias individualizadamente informadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito, por meio de Transferência Eletrônica de Fundos – TEF, conforme recibo de fl. 06, o contribuinte defendeu-se no prazo próprio, tendo argumentado pontualmente sobre a imputação que lhe foi dirigida, fato que demonstra que o autuado a compreendeu tendo exercido, de forma ampla, o seu direito de defesa.

No mérito, o Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir o ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada pela diferença entre os somatórios das vendas realizadas por meio de cartão de débito e de crédito informadas pelo contribuinte (leituras Reduções “Z” das máquinas emissoras de cupom fiscal) e os valores informados pelas operadoras de cartão de crédito no período fiscalizado.

O autuado comprovou a inexatidão quanto a parte dos valores apurados pela fiscalização tendo inclusive sido demonstrado, nos autos, que o sujeito passivo recolhe o imposto pelo regime de apuração em função da receita bruta, pelo que a alíquota inicialmente aplicada foi modificada de 17% para 4% do montante do ICMS a recolher, nos termos do artigo 504 do RICMS/BA.

Em atendimento a diligência determinada por esta 3ª JJF, foi exarado o Parecer ASTEC/CONSEF nº 206/2008, às fls. 245 e 246, tendo sido apurado o valor de ICMS a recolher, com base nos documentos do contribuinte, no montante de R\$6.488,98, conforme levantamento de fl. 247.

Assinalo que o fato de os cálculos do diligente divergirem daquele apresentado pelo autuante apenas corrigiu equívocos no cálculo anteriormente efetuado pelo Fisco, mas o contribuinte não comprova, de forma objetiva, erro numérico relativo à mencionada tabela de fl. 247, elaborada pela ASTEC/CONSEF.

Não está sendo considerada a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007 devido a que, ao apurar espontaneamente o imposto mensalmente devido utilizando a alíquota de 4% sobre sua receita bruta, conforme artigo 504, incisos IV e V, alínea “c”, do RICMS/BA, o contribuinte já excluirá da base de cálculo os valores concernentes às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, isentas, ou sobre as quais não incide o imposto.

Assinalo, por oportuno, que se o autuado estivesse submetido ao regime normal de apuração de imposto, e o ICMS lançado de ofício fosse calculado conforme a alegação defensiva de que o contribuinte comercializa com mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária no percentual equivalente a 20% das operações que pratica, considerando a base de cálculo apurada pelo Fisco de R\$162.224,52, com a dedução de 20%, ter-se-ia a base de cálculo de R\$129.779,62, e o ICMS a ser lançado de ofício, calculado à alíquota de 17%, seria de R\$22.062,53.

Contudo, considerando a alíquota de 4% sobre a base de cálculo apurada de R\$162.224,52, o imposto a recolher ora lançado é no valor de R\$6.488,98, tal como discriminado na tabela à fl. 247. Ou seja, com base no mencionado artigo 504, incisos IV e V, alínea “c”, do RICMS/BA, ocorre uma redução do débito tributário em valor correspondente a percentual em muito superior aos alegados 20% de operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Em relação à alegação defensiva de que, por equívoco do operador de seus equipamentos ECF, foram lançados pagamentos por meio de cartões de débito e de crédito como se efetuados a dinheiro, observo que havia a obrigatoriedade, no exercício fiscalizado de 2006, de informar a forma de pagamento nas Reduções “Z”, conforme previsto no artigo 238 do RICMS/BA, em sua redação vigente a partir de 21/01/2004 que teve inserida, em seu §7º, a previsão de tal obrigação neste dispositivo em específico. Por conseguinte, não acato esta alegação defensiva.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no montante de R\$6.488,97, consoante tabela de fl. 247.

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 206933.0055/06-0, lavrado contra **POP CORN COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$6.488,97**, 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, 27 de abril de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR