

A. I. N ° - 269362.0303/08-4
AUTUADO - BARRACA DO GAÚCHO LTDA.
AUTUANTE - EDUARDO LÍVIO VALARETTO
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 26.08.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0263-02/09

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. Reduzido o montante do débito originalmente exigido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 09/03/2008, imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente de 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, sendo exigido ICMS no valor de R\$55.584,85, acrescido da multa de 70%.

O autuado, apresentou defesa às fls. 219 a 220, de início, solicita revisão do Auto de Infração na sua totalidade, alegando que o autuante considerou os valores das vendas tributadas em todos os meses de 2006, em montante superior ao efetivamente por ele realizados, junta cópias do livro Registro de Saídas, informando que é para comprovar o que alegou.

Afirma que o valor total das saídas tributadas efetuadas em 2006, foi de R\$211.884,88 e que o valor encontrado pelo autuante foi de R\$326.969,65, gerando uma diferença de R\$115.084,77.

Argumenta que o autuante cita que sua empresa não realizou em 2006, nenhuma venda a cartão, e que a documentação anexa prova ao contrário.

Frisa que o autuante aplicou a alíquota de 17% para obter o valor do suposto imposto devido, quando no seu entendimento deveria utilizar a alíquota de 5%, alegando que sua tributação é feita com base na receita bruta.

Conclui, pedindo revisão do Auto de Infração e que seja o mesmo julgado insubsistente.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 750 e 751, esclarecendo que a soma dos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito totaliza 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, evidenciam venda de mercadorias sem emissão de documento fiscal.

Frisa que os diversos cupons fiscais anexados pelo autuado demonstram o fato de que todas as vendas realizadas através de ECF tiveram “dinheiro” como meio de pagamento utilizado.

Reconhece que a tributação do autuado é pela receita bruta (5%), diz que o erro foi cometido face a utilização de planilha padrão da Sefaz que não contempla contribuintes enquadrados na modalidade de apuração com base na receita bruta. Processa revisão dos seus trabalhos alegando que a base tributável é a mesma fornecida pelas administradoras de cartão de crédito, considerando as vendas realizadas com pagamentos com cartões de crédito e débito e efetuadas através de notas fiscais. Afirma que em nenhum momento o autuado contestou os dados fornecidos pelas empresas administradoras de cartões.

Anexa o novo demonstrativo já revisado, dizendo que, a base de cálculo está sendo considerada com o índice de proporcionalidade, obtido através da DMA consolidada do autuado no exercício e que este fato não foi contestado na defesa.

A planilha elaborada pelo autuado, em conclusão a sua revisão fiscal registra o valor de R\$16.348,49, considerando a apuração do imposto com base na receita bruta, com a aplicação do percentual de 5%.

O autuado foi intimado para tomar ciência da informação fiscal e receber cópia do novo demonstrativo, bem como da concessão do prazo de 10 dias para se manifestar, fl.753 e AR com assinatura do recebedor, fl.754. a fl.755, consta declaração expressa do autuado acusando o recebimento de cópias da informação fiscal e do novo demonstrativo anexado.

O autuado apresenta sua manifestação, fls.757 e 758, dizendo que reconhece como devedor em parte o valor de R\$16.348,49 e que desse montante já recolheu à Sefaz R\$11.297,68, junta DAE fls.759 a 770, e que só está faltando complementar a importância de R\$5.050,81, segundo ele, a ser recolhido com as reduções previstas em Lei.

Finaliza pedindo que sejam julgados insubsistentes os itens que foram mencionados no Auto de Infração.

O autuante apresenta nova informação fiscal aduzindo que os pagamentos realizados pelo autuado não devem ser considerados, porque se referem às parcelas das vendas nas quais foram emitidos os respectivos documentos fiscais. Ainda assim, demonstra em planilha, fl.773, a pretensão descrita acima pelo autuado, demonstrando valor final a recolher de R\$5.690,92, dizendo caber ao CONSEF o julgamento, do valor a ser considerado.

Em razão da afirmação do autuado de que efetuou vendas com pagamentos feitos com cartões, considerando que os documentos acostados aos autos não comprovavam tal alegação, esta 2ª Junta de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar, deliberou pelo encaminhamento do processo à INFAZ 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 cartão de crédito/débito, no período objeto da ação fiscal, de 01/01/2006 a 31/12/2006; pedido ainda, além dos documentos solicitados, que o autuado fizesse a correlação entre os documentos fiscais e os boletos e as operações do relatório TEF, no prazo de 30 dias.

Após a intimação (fl.782), o autuado apresenta nova manifestação, alegando que na contestação o autuante conclui que a sua tributação é feita pela receita bruta, ao percentual de 5% e que na conclusão foi evidenciado o valor que o seu estabelecimento deveria recolher.

Aduz que lhe causa espanto após todas as etapas do processo está sendo intimada a apresentar demonstrativo por operação individualizada, conclui dizendo que os documentos já se encontram no processo. Não atendeu a intimação.

Finaliza, pedindo provimento à revisão do valor total a recolher.

VOTO

O Auto de Infração em lide atribui ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente de falta de recolhimento do imposto, constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento através de cartão de crédito/débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

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.

Constato 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 2ª Junta de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar, deliberou pelo encaminhamento do processo à INFAZ 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*:

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

(...)

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

O sujeito passivo reconheceu a manutenção da base de cálculo tributável, aceitando inclusive o valor do imposto apurado, entretanto, observo 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 Nº 0066-11/03, CJF Nº 0111-11/05, CJF Nº 0069-12/06, CJF Nº 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 Nº. 0434-12/02:

“Todavia, na instrução deste processo, a partir das informações coletadas junto ao sujeito passivo no procedimento de revisão determinado por este colegiado, a Assessoria Técnica do CONSEF-ASTEC evidenciou que o autuado não operava tão-somente com mercadorias tributadas, pois na sua atividade comercial vendia também mercadorias isentas e com ICMS recolhido antecipadamente pelo regime da substituição tributária. Em razão dessa circunstância, foi aplicada a proporcionalidade, para excluir da base de cálculo do imposto as operações não tributadas pelo ICMS ou já tributadas, sendo reduzido o valor da autuação de R\$27.313,93 para R\$18.222,31. Acolho esta revisão, mas, devo ressaltar, também, que o contribuinte é optante pelo regime de tributação simplificado, previsto no art. 504 do RICMS/97, aplicável às atividades de restaurantes, bares, padarias, confeitarias e demais atividades listadas na norma regulamentar. Nesse regime, o ICMS é recolhido mensalmente sobre a receita bruta, com a exclusão das devoluções, das receitas não operacionais e das operações isentas, não tributadas e com ICMS já recolhido antecipadamente pelo regime de substituição tributária. Em face do acima exposto, deve a citada sistemática de tributação ser aplicada às diferenças apuradas no Auto de Infração em exame, calculando-se o imposto à alíquota de 5%, passando o débito a ter a seguinte configuração:”

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 feito 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.

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 **269362.0303/08-4**, lavrado contra **BARRACA DO GAÚCHO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado 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.

Esta Junta de Julgamento Fiscal 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de agosto de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR