

A. I. N ° - 300449.0266/07-9
AUTUADO - CODORNAS RESTAURANTE LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO FERNANDO CAMPOS PEDRASSOLI
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 26.10.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0333-02/09

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES NÃO CONTABILIZADAS. Existem nos autos duas exigências de omissão por presunção legal no mesmo período. Considerou-se o montante lançado da segunda infração, por ser a de maior expressão monetária. Infração descaracterizada. 2. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** DECLARADA RADA NO LIVRO CAIXA SEM ESPECIFICAR O MEIO DE PAGAMENTO. Infração reconhecida e paga. **b)** DECLARADO NA REDUÇÃO “Z” – ECF. 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 não elidida. Não acolhida a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 19/12/2007, imputa ao contribuinte o cometimento das seguintes irregularidades:

- 1) Omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada, sendo exigido o valor de R\$12.042,80, acrescido da multa de 70%, no período de janeiro a novembro de 2006.
- 2) 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. Foi acrescentado que foram consideradas as vendas declaradas no livro Caixa, sem especificar o meio de pagamento, no período de janeiro a outubro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$20.595,76, acrescido da multa de 70%.
- 3) 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. Foi acrescentado que foram consideradas as vendas declaradas na Redução “Z” – ECF, no período de novembro de 2006 a setembro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$12.238,86, acrescido da multa de 70%.

O autuado apresenta peça impugnatória ao lançamento de ofício, às folhas 94 a 102, suscitando nulidade da Infração 01-omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada, porque na Infração 02-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, com base nas vendas declaradas no Livro Caixa, sem especificar o meio de pagamento, no período de janeiro a outubro de 2006, também, objeto de presunção de saída de mercadorias tributáveis, o montante de saídas apuradas importou em R\$228.841,72, no mesmo exercício de 2006, supera o valor presumido de R\$77.000,00 apurado na infração 01, relativa ao mesmo exercício, sendo suficiente para comprovar a origem dos recursos não tributados, utilizados para suprir o seu caixa através dos lançamentos de empréstimos de sócio.

Argumenta que o autuante cerceou o seu direito de defesa porque descartou sem qualquer análise fundamentada, os extratos bancários exibidos no curso da ação fiscal. Pede que seja excluída a exigência da Infração 01 do Auto de Infração.

No mérito, diz que o autuante cometeu outro equívoco ao calcular o imposto devido na planilha anexa ao Auto de Infração, no que tange ao crédito presumido de 8% da base de cálculo das omissões. Elaborou planilha na peça defensiva, recalculou o crédito presumido aplicando o referido percentual sobre o montante da base de cálculo, demonstrando diferença de imposto a recolher à importância de R\$6.930,00, diferente do autuante que aplicou o mencionado percentual sobre o valor do ICMS apurado, fl. 98 e 99, apurando como resultado, o imposto a recolher no valor de R\$12.042,80.

Em relação à Infração 02, aduz que reconheceu a impossibilidade de comprovar tais diferenças, oriundas de operações de vendas, que não foram corretamente registradas em sua escrita fiscal, que por isso recolheu o débito reconhecido, consoante pedido de parcelamento e DAE anexos às fls. 104 a 106.

Quanto à Infração 03, argumenta que não se conforma com a metodologia utilizada pelo autuante, porque difere da metodologia adotada em relação aos meses de janeiro a outubro de 2006, pelas razões quem passa a expor:

- a) que a partir do início de novembro de 2006 até setembro de 2007, passou a utilizar ECF para registrar as operações de vendas, e que por exigência de consumidores e eventuais problemas com o equipamento novo, continuou a emitir notas fiscais de vendas a consumidor e notas fiscais EPP;
- b) na primeira planilha referente ao período de janeiro a outubro/2006, o autuante computou como saídas, os valores relativos às notas fiscais emitidas no período, mas não as computou a partir de novembro/2006;
- c) na planilha referente aos primeiros meses de 2006, o autuante computou os valores mensalmente, enquanto nas novas planilhas relativas aos meses de novembro/2006 a setembro/2007, computou os valores lançados diariamente, no seu entender, contraria o regime mensal de apuração do ICMS;
- d) que autuante não considerou nas novas planilhas (computadas diariamente), a característica especial de horários de funcionamento do estabelecimento (restaurante), que funciona até a madrugada do dia seguinte e em dias feriados, razão de não coincidirem com os registros das leituras "Z" em cada dia (que ultrapassam a meia noite), e que deveriam ser somadas às notas fiscais, com os registros fornecidos pelas administradoras de cartões (os quais correspondem ao horário comercial em cada dia útil), que também, o autuante não computou os valores diários registrados nas leituras "Z", que eventualmente ultrapassam os valores informados pelas administradoras, em decorrência às divergências de horários de totalização.

Salienta que pelo exposto, requer a revisão de apuração dos valores das operações efetivamente registradas nas leituras "Z", somadas aos valores das notas fiscais não computadas, apuração esta

que deve ser feita mensalmente. Diz que anexa à presente, "Relação de Vendas com Notas Fiscais", nos meses de janeiro/2006 a setembro/2007.

Elabora demonstrativo que segundo o autuado, indica os valores corretos a serem computados, totalizando ICMS devido a recolher no montante de R\$6.184,96, que reconhece e pede parcelamento juntamente com o valor da infração 02, totalizando o débito reconhecido e parcelado no total de R\$26.780,72.

Conclui pedindo a nulidade da infração 01 e o reconhecimento de procedência parcial do Auto, reconhecendo-se como débito remanescente os valores objeto de parcelamento e recolhimento inicial.

Na informação fiscal apresentada, fls. 110 a 113, o autuante disse que durante a ação fiscal o autuado foi intimado para comprovar a existência real do suprimento de caixa de origem não comprovada, atinente à Infração 01, e que o autuado apresentou extratos bancários relativos a operações de mútuo (bancário) onde figurava como tomadora a própria autuada e que não foram anexados pela defesa porque não serviriam para demonstrar a correção da autuação.

Argui que não foi apresentado nenhum documento que comprovasse os empréstimos do sócio Lídio Araújo dos Reis, e que a Infração 01 não se vincula com a infração 02, porque esta última refere-se à omissão de vendas com cartão de crédito, não se comunica com a outra.

Entende que não se pode falar em cerceamento de defesa simplesmente porque o autuante não considerou os extratos apresentados, porque não serviam. Aduz que se os extratos bancários fossem relativos a depósitos bancários feitos pelo sócio na conta-corrente do autuado, nas datas indicadas no Livro Caixa, teria aceitado como prova da inexistência de suprimento de caixa de origem não-comprovada.

Afiança que improcede o argumento de que a omissão da infração 05.03.01 estaria incluída na omissão da infração 05.08.01 porque os recursos omitidos e que deram origem a esta última infração é que foram utilizados para o suprimento de caixa.

Afirma que intimado o contribuinte para dar ciência sobre a informação fiscal e, querendo, se manifestar no prazo de 10 dias, o autuado acusa o recebimento de cópias das fls. 1076 a 1533, e silencia.

Com relação à infração 03, diz que o autuado contesta a mudança da sistemática de aferição das omissões das infrações 02 e 03. Afirma que para a infração 02, foram utilizadas as vendas declaradas pelo próprio autuado e para a Infração 03, relativa a período no qual o autuado passou a utilizar ECF, foram consideradas as vendas diárias constantes da Redução "Z" sob a rubrica "venda com cartão", ressaltando que a emissão de nota fiscal D-1 não desobriga o estabelecimento usuário de ECF da emissão do cupom fiscal, e que por isso não vale a alegação.

Frisa que se o autuado declara no documento próprio - Redução "Z" - que vendeu determinado valor em cartão de crédito, é esse valor que deve ser considerado, não um valor hipotético, como imaginou o autuado.

Destaca que tanto o equipamento ECF quanto as máquinas das administradoras de cartões operam "on-line", e que o horário de funcionamento não interfere, porque o cupom fiscal deve ser emitido no mesmo momento do pagamento com cartão de crédito.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado Procedente.

O PAF foi devolvido à INFAZ de origem para entregar ao autuado mediante recibo o Relatório Diário Operações TEF, do período fiscalizado e que fosse reaberto o prazo de defesa de 30 dias, para que, se quisesse, o autuado pudesse fazer o confronto dos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito com o lançado no ECF.

O autuado assinou o recibo de arquivos eletrônico, acusando o recebimento do mencionado Relatório TEF, à fl. 117. Não se manifestando, foi intimado mais uma vez pela repartição, para

tomar conhecimento e receber cópias do quanto consta no teor da diligência, às fls. 116 a 118, constando à fl.120, assinatura do recebedor da intimação.

O autuado não se manifestou.

O processo foi convertido em diligência pela 3ª. Junta de Julgamento Fiscal para o autuante juntar aos autos cópias reprográficas ou do meio magnético entregue ao autuado, contendo os relatórios TEF, diários, bem como para que o autuante intimasse o autuado a fornecer cópias das notas fiscais, acompanhadas de demonstrativos correspondentes, identificando os valores coincidentes com aqueles relacionados às vendas realizadas com cartões de crédito e de débito, consignados no Relatório Diário de Operações TEF e na mesma ordem, referentes aos meses de novembro de 2006 a setembro de 2007.

Foi pedido ao autuante que de posse dos demonstrativos anteriormente mencionados e de cópias dos respectivos documentos fiscais, fizesse o cotejamento dos seus valores. Apurado os montantes das notas fiscais coincidentes com os do relatório TEF, e elaborasse a “planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito”, registrando mensalmente, na coluna “ICMS devido”, os novos valores apurados.

Foi pedido à Inspeção que fizesse a entrega ao autuado das cópias dos demonstrativos elaborados pelo autuante, mediante recibo a ser juntado aos autos e que fosse reaberto o prazo de defesa 30 (trinta) dias, para que o autuado pudesse se manifestar, se quisesse.

O autuado foi intimado pela Inspeção por duas vezes, a primeira dando prazo de 10 dias para se pronunciar, fl.127, e a segunda cumprindo o pedido pela diligência CONSEF, reabrindo prazo de 30 dias e receber cópias dos documentos e demonstrativos juntados aos autos pelo autuante, para que pudesse se manifestar. Consta no AR, à fl.130, a assinatura do recebedor da intimação.

O autuado, atendendo as intimações, se pronuncia, apresentando documentos dizendo se tratar de relação individualizada das notas fiscais de vendas emitidas por sua empresa, no período de 01/11/2006 a 30/09/2007, acompanhada de disquete, e junta, também, fotocópias das notas fiscais, alegando referirem-se às de nº2474 a 2889, e 0043 a 0044.

Aduz que não foi possível em 10 dias, identificar os valores coincidentes com aqueles relacionados às vendas com cartões de crédito e débito, porque por sua condição, não mantém registros contábeis individualizados das operações financeiras, e que não tem o livro Razão porque está dispensado de sua escrituração. Alegou também, que não recebeu cópias e arquivo magnético dos Relatórios TEF, diários, relativos às operações informadas pelas administradoras de cartões de crédito e débito, no período de 01/11/2006 a 30/09/2007.

O autuado mais uma vez se manifesta e diz que reitera todas as razões de sua peça de defesa.

O autuante, presta informação, à fl. 354, dizendo que anexa demonstrativos mensais comparando as vendas realizadas pelo autuado no período de novembro de 2006 a setembro de 2007, com as informações lançadas nas Reduções “Z”.

A Inspeção intima o autuado a receber cópias dos Demonstrativos Mensais do autuante, reabrindo novo prazo de defesa de 30 dias. O autuado assina recibo na mesma intimação declarando expressamente que recebeu referidos documentos, fl. 366.

O autuado mais uma vez se pronuncia, diz que reitera as razões de defesa, afirmando que o autuante trouxe documentos novos que atestam a inconsistência parcial da peça fiscal em lide, diz que mantém os mesmos argumentos já expostos, por considerar insubsistente as exigências impugnadas. Pontua que na planilha referente aos primeiros meses de 2006, o autuante computou os valores mensalmente, enquanto nas novas planilhas relativas aos meses de novembro/2006 a setembro/2007, computou os valores lançados diariamente, contrariando o regime normal de apuração do ICMS, em seguida transcreve os artigos 116 e 323 do RICMS/97.

Aduz que o autuante não considerou em seu novo levantamento os horários atípicos de

funcionamento do seu restaurante, e que o autuante não considerou os valores diários registrados em sua leitura “Z”, que ultrapassam os valores informados pelas administradoras.

Argumenta que não pode ser penalizado pelos sistemas de controles feitos pelas administradoras de cartões, porque somando os valores das leituras diárias do ECF com os das notas fiscais, ultrapassaram nos meses citados os valores apontados pelas administradoras, registra na manifestação demonstrativo reafirmando que em relação a infração 03 remanesce o valor de R\$6.184,96 já parcelado.

Finaliza pedindo que a infração 01 seja julgada nula e o Auto de Infração julgado parcialmente procedente.

O autuante presta nova informação fiscal, à fl. 375, diz que em cumprimento à diligência acrescentou às planilhas mensais os valores diários constantes das notas fiscais D-1, juntadas pelo autuado. Aduz que embora os lançamentos sejam diários para retratar fielmente as operações, a apuração é mensal. Salienta que as operações registradas em ECF na leitura “Z” são individualizadas pelas datas resultando diferença se os lançamentos registrados não coincidirem com os valores informados pelas administradoras.

Esclarece que as operações são registradas pelo sistema, que identifica o horário das operações, e as notas fiscais D-1 foram emitidas no exato valor, pelo autuado, como se deve presumir.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Inicialmente não acolho o pedido de nulidade com a alegação de que na infração 01 foi lançado crédito tributário decorrente omissão de saídas por presunção legal também lançado na Infração 02, por se tratar de questão de mérito que será apreciada mais à frente.

O Auto de Infração em lide atribui ao contribuinte o cometimento três irregularidades decorrentes de omissão de saída de mercadorias tributáveis, a primeira apurada através de suprimimento de caixa de origem não comprovada, e as outras duas, 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, a segunda em decorrência de vendas declaradas no livro Caixa sem especificar o meio de pagamento, e a terceira, fundada nas vendas declaradas na Redução “Z” – ECF.

Observa-se que nas três infrações o contribuinte está sendo acusado do cometimento de omissões de saídas por presunção legal, 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, suprimimentos 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”.

Do exame das peças processuais, constato que na Infração 01, os referidos lançamentos foram feitos abrangendo os meses de janeiro a novembro de 2006, no total de R\$ 12.042,80; o crédito tributário da Infração 02, refere-se ao período de janeiro à outubro de 2006, no montante de R\$ 20.595,76, e o da Infração 03 abrange o período de novembro de 2006 a setembro de 2007, totalizando R\$ 12.238,86. Todos eles decorrentes de presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto.

Portanto, como se trata de lançamentos da mesma natureza assiste razão ao contribuinte, ao solicitar o cancelamento do crédito tributário atinente à Infração 01, em razão de já conter os seus valores nas infrações 02 e 03.

Diante disso, deve ser excluída da peça acusatória a base de cálculo correspondente à Infração 01, que resultou no lançamento tributário no montante de R\$12.042,80, considerando que os créditos tributários das infrações remanescentes são maiores. Observo que o artigo 60, § 1º, do RICMS/97, dispõe que na apuração da base de cálculo em função de presunção, quando forem constatadas, simultaneamente, irregularidades no disponível e no exigível, bem como entradas ou pagamentos não registrados ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis, levar-se-á em conta, apenas, a ocorrência ou diferença de maior valor monetário, se se configurar a presunção de que as demais nela estejam compreendidas. Assim, considerando que na presente infração os seus valores já estão contidos nas demais infrações, declaro insubsistente esta infração.

Ressalto que a infração 02 teve o seu valor reconhecido totalmente, inclusive o autuante informou que solicitou parcelamento do seu valor com pagamento da inicial.

Em relação à Infração 03, observo que o contribuinte reclamou a inclusão na base de cálculo dos valores de vendas com notas fiscais de vendas a consumidor e notas fiscais EPP, alegando que os seus valores foram pagos com cartões de crédito e de débito, mas não tinham sido considerados no levantamento fiscal, e que na primeira planilha referente ao período de janeiro a outubro/2006, o autuante computou como saídas os valores relativos às notas fiscais emitidas no período, mas não as considerou a partir de novembro/2006.

Em decorrência das alegações acima, bem como, considerando que o contribuinte já havia recebido os “Relatório Diário Operações TEF” por meios magnéticos, fl. 117, o processo foi convertido em diligência, o contribuinte foi intimado a fornecer cópias das notas fiscais, acompanhadas de demonstrativos correspondentes, identificando os valores coincidentes com aqueles relacionados às vendas realizadas com cartões de crédito e de débito, consignados no Relatório Diário de Operações TEF e na mesma ordem, referentes aos meses de novembro de 2006 a setembro de 2007, vejo que foi reaberto prazo de defesa de 30 dias, sendo que o sujeito passivo apresentou apenas, relação de notas fiscais, cujas cópias foram trazidas aos autos, referentes ao período mencionado, sem relacionar os valores coincidentes consignados no Relatório TEF, demonstrando que tais notas fiscais tiveram os seus valores pagos com cartões de créditos e débitos.

Observo que o autuante informou que acrescentou em suas novas planilhas os valores constantes das notas fiscais D-1 anexadas pelo contribuinte e reduziu o valor originalmente lançado, para R\$6.184,96, acompanhando o entendimento do contribuinte.

Saliento que essa redução de valor não pode ser acolhida, visto que nem o contribuinte nem o autuante demonstraram cabalmente, nos autos, ter feito o cotejamento de valores das notas fiscais coincidentes com os valores do Relatório TEF, demonstrando que as importâncias constantes das notas fiscais foram pagas com cartões de crédito ou de débito. Portanto fica mantido o crédito tributário originalmente lançado no montante de R\$ 12.238,86.

Ressalto que o fato de o autuante ter computado os valores mensalmente na planilha referente aos primeiros meses de 2006, e no período de novembro/2006 a setembro/2007, lançou os valores diariamente, em nada modifica o resultado da autuação, tendo em vista que as importâncias lançadas referem-se aos registros constantes da Redução “Z”, decorrentes de vendas consignadas no modo cartão, na mesma data de emissão do cupom fiscal, considerando que mesmo individualizados nas referidas planilhas os seus valores foram totalizados e lançados mensalmente no Auto de Infração.

Não tem fundamento à alegação do autuado de que nas planilhas não foram considerados os horários especiais de funcionamento do seu restaurante, visto que os valores de cada cupom

fiscal emitido são armazenados na memória do ECF e são totalizados na Redução “Z” no ato do fechamento diário das vendas realizadas e registradas no ECF. Do mesmo modo, consoante já esclarecido anteriormente, as notas fiscais não podem ser consideradas no presente procedimento fiscal, porque, oportunizado, o contribuinte não comprovou o pagamento dos seus valores com cartões de crédito ou de débito.

Diante do exposto, a Infração 01 é insubsistente, a Infração 02 foi reconhecida, portanto, subsistente e a Infração 03, não tendo sido elidida, restou subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração. Devendo ser homologado o valor recolhido. Represento à autoridade da INFAZ de origem, sugerindo instaurar novo procedimento fiscal, a fim de que seja apurado se os valores de vendas com Notas Fiscais D-1, considerados pelo autuante como sendo vendas pagas com cartões, coincidem com aqueles consignados nos Relatórios Diários TEF juntados ao PAF, em valores e datas. Em caso positivo, exigir as diferenças encontradas. (Art. 156 do RPAF).

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 **300449.0266/07-9**, lavrado contra **CODORNAS RESTAURANTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$32.834,62**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de outubro de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR