

A. I. N° - 115969.0058/09-0
AUTUADO - RESTAURANTE SUAN LOUN LTDA.
AUTUANTE - MARIA MADALENA BARRETO DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 01.04.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0049-02/11

EMENTA: ICMS. 1. 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. Diligência fiscal determinou reabertura do prazo de defesa em razão da entrega “*a posteriori*” do Relatório Diário Operações TEF. Contribuinte não se manifestou. Infração subsistente. **2.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** ENQUADRADO NA CONDIÇÃO DE MICROEMPRESA, EMPRESA DE PEQUENO PORTE OU AMBULANTE. **b)** ENQUADRADO NA CONDIÇÃO DE CONTRIBUINTE NORMAL. É devido a antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, quando adquiridas fora do Estado para comercialização. Infrações caracterizadas. Não acolhido o pedido de diligência e as arguições de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 16/12/2009, para constituir o crédito tributário no valor de R\$10.401,79, em razão de:

- 1- Omissão de saídas de mercadorias tributadas 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 de cartão de crédito, com ICMS devido no valor de R\$5.101,46.
- 2- Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$4.889,58, referente a antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.
- 3- Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$410,75, referente a antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização.

O autuado às folhas 98/105 impugna o lançamento tributário, inicialmente aduzindo que o estabelecimento atua na atividade de restaurante, estando cadastrado na Secretaria da Fazenda como contribuinte NORMAL, optante pelo Regime de Apuração em Função da Receita Bruta.

Aduz que o Auto de Infração cria enormes dificuldades para a empresa propor sua defesa, ante algumas confusões que gerou a partir de uma ação fiscal equivocada e imprecisa, entendendo ser decorrente de problemas de relacionamento entre a fiscalização e a contabilidade do autuado. Tamanha foi a confusão estabelecida no manuseio dos documentos por parte da Agente do Fisco, que no dia 09.02.10, a mesma ainda devolveu quatro caixas de papelão cheias de documentos que estavam em seu poder, muito embora já tivesse devolvido os demais no final do ano passado. Quanta confusão.

Reconhece que não apresentou parte dos documentos exigidos pela fiscalização, entretanto ressaltou que os referidos documentos, em seu entendimento, não guardaram qualquer relação com a autuação.

Em relação a infração 01, argumenta que no preenchimento da planilha “DADOS DAS REDUÇÕES Z”, referente ao mês de maio de 2007, diferentemente do quanto informado na referida planilha, o contribuinte efetivou o lançamento de todas as suas vendas, inclusive aquelas que foram recebidas através de cartões, tanto de crédito, como de débito.

Frisa que, como a máquina emissora de cupom fiscal (ECF) apresentou defeito, no mês de maio de 2007, a mesma foi mandada para a assistência técnica, para que fosse providenciado o seu reparo. Após decorridos alguns dias, a Net Buy alegou que a máquina não tinha mais conserto, pois que a mesma tinha exaurido a sua capacidade de memória, pelo que outra máquina haveria de ser adquirida, para substituição. Nesse período, em que a Empresa ficou sem o ECF, as vendas foram documentadas em Notas Fiscais manuais, série D1, com os respectivos lançamentos de todas as vendas efetuadas.

Salienta que tal fato foi levado ao conhecimento da Agente do Fisco, informando-a do evento e oferecendo-lhe os talonários de notas para confirmação das ocorrências, contudo a mesma alegou que já havia concluído a sua ação fiscal, e que se a Empresa desejasse provar alguma coisa que o fizesse na defesa do auto de infração. Além do que o próprio Estado teve ciência do fato, pois que a substituição de um ECF não se dá sem a sua liberação, pelo Órgão fiscalizador, devidamente homologada, após o cumprimento de todos os trâmites legais.

Destaca que no quadro da “**PLANILHA COMPARATIVA DE VENDAS POR MEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO**”, que o Auto faz alusão ao mês de maio de 2007, contudo o “**RELATÓRIO DIÁRIO OPERAÇÕES TEF**” transcreve os lançamentos, dia-a-dia do mês de maio, contudo do ano de 2009. A confusão está estabelecida e a Empresa efetivamente não sabe como promover sua defesa, ante tantas contradições e imprecisões, ensejando a nulidade do Auto de Infração, o que ora se requer, ou, no mínimo, que seja baixada em diligência a ação fiscal, para sanar as contradições existentes, para que possa a Empresa articular sua defesa devidamente.

Informa que no Livro de Registro de Saídas, as vendas totais lançadas, no mês de abril de 2007, importaram em R\$240.115,50, portanto, em valor muito superior ao que foi declarado como crédito dos cartões.

No tocante as infrações 02 e 03, alega que as compras provenientes de outras unidades da Federação são objeto de fiscalização permanente e constante, desde o momento que ingressam na fronteira do Estado da Bahia, gerando a antecipação ou a sua apreensão, o que comumente ocorre no Posto Fiscal sediado na localidade de Planalto, em Vitória da Conquista. A liberação das mercadorias somente se dá mediante o pagamento do tributo, ou a carga fica apreendida no próprio Posto Fiscal, ou mesmo na sede da transportadora, até a regularização legal.

Reconhece que contabilidade do autuada requereu que a Agente Autuante examinasse, a partir do sistema informatizado da Secretaria da Fazenda, a existência do pagamento desses tributos, o que

isentaria a Autuada de qualquer apenamento, por estar com a sua atuação fiscal em ordem. Alegando que o sistema computadorizado do Fisco passava por problemas técnicos, a Fiscal Autuante declarou que não, iria consultar os registros, aduzindo que a Autuada, na defesa do auto comprovasse o que entendesse devido. Como o contribuinte não tem acesso a tal sistema, não houve como checar tais lançamentos.

No que diz respeito à base de cálculo, o preposto fiscal autuante em seu levantamento fiscal deixou, no cálculo do imposto, de considerar a redução da base de cálculo em 30% (trinta por cento), conforme estabelece o inciso XX do artigo 87, do RICMS/BA.

Ao final, requer a nulidade ou improcedência da autuação, que lhe seja fornecido o extrato das antecipações de ICMS, acesso às informações prestadas pelas operadoras de cartões de crédito e juntadas posterior de provas.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 118/119, ressalta que a documentação utilizada quando da fiscalização foi devolvida ao contribuinte em 21/12/2009, conforme assinatura do preposto do contribuinte no Termo de Arrecadação de Livros e Documentos, o qual acostou às folhas 120 e 121 dos autos. Frisa que não procede a alegação defensiva de os referidos documentos teriam sido devolvidos em 09/02/2010.

Quanto as notas fiscais D-1 diz que não foram apresentada pelo contribuinte durante a ação fiscal e nem mesmo na peça defensiva. Ressalta que, mesmo que essas notas fossem apresentadas, somente seriam acatadas se comprovassem que os pagamentos das vendas de mercadorias constantes nesses documentos tivessem sido mediante de cartão de crédito.

Diz desconhecer ter havido qualquer problema técnico no sistema da SEFAZ no período da fiscalização, tampouco fez qualquer comentário sobre tal assunto com o contribuinte.

Quanto ao que se estabelece o inciso XX, do art. 87, do RICMS/97, não se aplica ao caso em lide.

Salienta que o único equívoco de cometeu foi ter entregado ao contribuinte o Relatório Diário Operações TEF de 2009 e não o de 2007, o que retifica com o envio do TEF correto ao autuado.

Ao final, opina pela manutenção da autuação.

O autuado recebeu cópia da informação fiscal e seus anexos, inclusive o Relatório Diário Operações TEF de 2007, sendo intimado para se manifestar. Entretanto, silenciou.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto em decorrência de 03 infrações. A primeira relacionada com cartão de crédito e as outras duas relativas a antecipação parcial.

Inicialmente ficam rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, pelas razões que passo a expor.

A alegação do sujeito passivo de que teria havido problemas de relacionamento entre a contabilidade e fiscalização não foi comprovada, a defesa não apresentou nenhum documento de alegação. Ademais, na própria peça defensiva o impugnante reconhece que não apresentou todos os documentos exigidos pelo fisco.

No tocante ao argumento defensivo de que teria havido falha no sistema da SEFAZ, também não foi apresentado nenhuma prova pela defesa. Por sua vez na informação fiscal o autuante disse desconhecer o fato. Vale ressaltar que a relação dos DAE's pagos não comprova que o ICMS devido de determinada nota fiscal foi efetivamente recolhido pelo contribuinte. Apenas o DAE constando o número da nota fiscal e a respectiva memória de cálculo são capazes de comprovar quais notas fiscais foi objeto de recolhimento. Ambos os documentos encontram-se na posse e guarda do contribuinte, se de fato tivesse recolhido o imposto regularmente em sua totalidade, bastaria ter acostado em sua peça de impugnação do lançamento tributário ora em lide, entretanto, assim não procedeu o impugnante.

De acordo o disposto no art. 123, do RPAF/99, é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhadas das provas que tivesse, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.

Da interpretação do dispositivo acima, constata-se que o sujeito passivo não observou a regra nele contida, já que não anexou nenhum demonstrativo, levantamento ou qualquer documento em apoio aos seus argumentos.

Relativamente ao argumento defensivo de que teria recebido a devolução de parte da documentação, objeto da ação fiscal, somente em 09/02/2010, não resiste a prova acostadas às folhas 120 e 121 dos autos, Termo de Arrecadação de Livros e Documentos, onde conta que a fiscalização devolveu ao contribuinte os livros e documentos fiscais no dia 21/12/2009.

Como bem ressaltou a autuante o único equívoco que cometeu foi ter entregado ao contribuinte o Relatório Diário Operações TEF de 2009 e não o de 2007, o que foi corrigido quando da informação fiscal, tendo o contribuinte recebido o Relatório TEF correto e foi intimado para produzir nova defesa, entretanto silenciou.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquene de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide. Como já dito acima, a falha na entrega do relatório TEF já foi corrigida com a entrega dos relatórios corretos e a simples relação dos DAE's pagos é capaz de elidir a autuação.

No mérito, na infração 01 é imputada ao sujeito passivo a omissão de saídas de mercadorias tributadas 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.

Observe 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 tributáveis 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, 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.”

Em sua defesa o autuado alega que os valores das vendas são superiores aos valores informados pelas administradoras de cartões de créditos e/ou débito, entendo não ser possível aplicar a presunção acima.

Ocorre que essa alegação não é capaz de elidir a autuação, uma vez que a jurisprudência consolidada desse Conselho de Fazenda, em seus diversos acórdãos sobre o tema, a exemplo do ACÓRDÃO Nº 0207-11/08, firmou o entendimento de que a comparação somente pode ocorrer entre operações equivalentes, ou seja, as vendas declaradas pelo contribuinte como sendo pagas por cartões de crédito/débito são comparadas com as operações que foram pagas com cartão de débito/crédito informadas pelas administradoras de cartões. Nas vendas declaradas na DME são informadas as vendas totais do estabelecimento, sem nenhuma identificação de qual foi o meio de pagamento.

No tocante as notas fiscais D-1, como bem ressaltou a autuante, não foram apresentada pelo contribuinte durante a ação fiscal e nem mesmo na peça defensiva. Mesmo que essas notas fossem apresentadas, somente seriam acatadas se comprovassem que os pagamentos das vendas de mercadorias constantes nesses documentos tivessem sido mediante de cartão de crédito.

Quanto ao pedido de redução da base de cálculo o mesmo não pode ser atendido, uma vez que, como informou o impugnante em sua defesa, o mesmo apura o ICMS devido em função da receita bruta do estabelecimento, por opção, gozando do benefício de aplicação da alíquota reduzida de 4%, previsto no artigo 504, inciso IV, do RICMS em vigor, procedimento que foi observado pela fiscalização quando da apuração do imposto reclamado na presente lide.

Para um melhor entendimento transcrevo o *caput* e o inciso IV do artigo 504:

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:

...

IV - o cálculo do imposto a ser pago mensalmente será feito com base na aplicação de 4% sobre o valor da receita bruta do período;

Portanto, o inciso IV acima transcrito determina a aplicação de 4% sobre valor da “RECEITA BRUTA”, não prevendo nenhuma dedução e, por se tratar de um benefício fiscal, sua interpretação deve ser literal.

Logo, entendo que a infração 01 restou caracterizada.

Nas infrações 02 e 03 é imputado ao autuado a falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante (infração 02) e na condição de contribuinte normal (infração 03).

A alegação defensiva que as mercadorias são fiscalizadas nos Postos Fiscais não é capaz de elidir as infrações, pois, como sabemos a fiscalização do trânsito de mercadoria é realizada por amostragem, assim como todos os procedimentos fiscais, sendo, neste caso, a fiscalização de comercio em completa a cita ação fiscal. Ademias, conforme já tratei nas questões preliminares, para elidir as infrações bastaria que o sujeito passivo ter acostado aos autos as cópias dos DAE's com as respectivas memórias de cálculo ou pelo menos as memórias de cálculo, que poderia viabilizar um diligência. Entretanto, assim não procedeu o contribuinte.

Portanto, entendo que as infrações 02 e 03 restaram caracterizadas.

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **115969.0058/09-0**, lavrado contra **RESTAURANTE SUAN LOUN LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.401,79**, acrescido das multas de 70% sobre R\$5.101,46, 60% sobre

R\$410,75 e de 50% sobre R\$4.889,58, previstas no art. 42, III, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2011

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR