

A. I. Nº - 277830.0124/07-6  
AUTUADO - PITANGA RESTAURANTE LTDA.  
AUTUANTE - GERALDO SAPHIRA ANDRADE  
ORIGEM - INFAZ VAREJO  
INTERNET 28.12.2011

## 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0331-05/11

**EMENTA:** ICMS. 1. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, autoriza a presunção de operação tributável sem pagamento do imposto quando os valores de vendas através do equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), sob a modalidade cartões de crédito ou débito, forem inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, o que ocorreu em razão da exigência proporcional às operações com mercadorias tributadas. Exigência parcialmente subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO AO FISCO. MULTA. Comprovado que o autuado foi intimado reiteradamente por três vezes para apresentar documentação fiscal, porém não atendendo. Exigência subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 23/11/2007, exige ICMS no valor de R\$ 36.388,13, acrescido da multa de 70%, em razão da omissão de saída de mercadoria tributada 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, relativa ao exercício de 2006, como também exige a multa no total de R\$ 640,00, em razão de o contribuinte deixar de apresentar documentos fiscais, quando regularmente intimado por três vezes.

Foi consignado no campo “Descrição dos Fatos” que: *“divergências entre os valores de vendas com cartões de crédito e débito informados pelas administradoras desses cartões e os valores dessas vendas mensais extraídas dos Documentos de Arrecadação – DAE (considerado a receita bruta de cada mês) que resultaram em diferenças de ICMS a recolher no período de Janeiro/2006 a Dezembro/2006, no montante de R\$ 36.388,13 (trinta seis mil, trezentos e oitenta oito reais e treze centavos).”* (sic)

O autuado, às fls. 33 a 39 dos autos, através do seu patrono, apresenta impugnação ao lançamento do crédito tributário onde aduz que, em relação à infração 1, ser incorreto o roteiro de fiscalização em razão do ramo de atividade do autuado – restaurante, onde a grande maioria dos produtos que se adquire ou são tributados antecipadamente (mercadorias substituídas, como bebidas alcoólicas, refrigerantes, cigarros, etc.) ou são isentos (frutas, verduras, etc.), do que entende ser completamente inadmissível a exigência do imposto, sob pena de tributar em duplicidade. Cita jurisprudência, a exemplo do Acórdão JJF nº 0491-04/04, o qual concluiu que *“...descabe a exigência do imposto por presunção, tendo em vista que as mercadorias comercializadas pela empresa, em sua totalidade, são enquadradas no regime de substituição tributária, cujo imposto é recolhido por antecipação quando do seu ingresso no estabelecimento”*. Como prova de sua alegação de que compra e vende, em sua grande maioria, produtos com fase de tributação encerrada e isentos, pede a realização de uma revisão fiscal.

Por fim, sustenta a necessidade de correção do Auto de Infração quanto à fixação da alíquota de 17% aplicada indistintamente sobre a base de cálculo de todo o período apurado, pois, se tratando de um bar/restaurante, e apurando o imposto com base em sua receita bruta, está obrigado a recolher o ICMS com base na alíquota prevista no inciso IV do art. 504 do RICMS, que era de 5% até a edição do Decreto nº. 9.426/2005, quando então foi reduzida para 4%, ou seja, para as ocorrências compreendidas até 01/06/2005, a alíquota era de 5% e a partir desta data a alíquota exigível seria de 4%, e não de 17%, como lançado na autuação.

No tocante à segunda infração, o defendente aduz que a acusação fiscal não esclarece qual o documento fiscal pretendido pela fiscalização, de forma a propiciar ao autuado sua averiguação. Em seguida, salienta que verifica que a autuação lavrou 03 (três) multas sobre o mesmo fato tido como imponible, indo de encontro às decisões exaradas pelo CONSEF, do que transcreve o Acórdão CJF nº 0294-12/05, a seguir: *“FALTA DE APRESENTAÇÃO AO FISCO, MULTA Fato não alegado pela defesa. Corrigida, porém, a apenação, foram aplicadas 7 multas relativamente a um só fato: falta de apresentação, ao fisco, de elementos solicitados mediante intimação. A multa não é aplicada por mês, mas pelo fato objetivamente considerado, e o fato foi um só. Mantida apenas uma das multas, a última”*.

Defende o apelante que a situação em exame é praticamente idêntica, ou até mais grave, pois as multas foram lavradas em dias seguidos (09 /10/2007; 11/10/2007 e 23/10/2007). Assim, confia o autuado, caso não anuladas as multas, por ausência de precisa identificação da infração, na sua regular atenuação.

Por fim, requer o contribuinte, após a realização de uma revisão fiscal, que seja julgado improcedente o lançamento realizado na infração 01, ou que seja ao menos declarada sua parcial procedência, em razão da adoção do critério da proporcionalidade desenvolvido por este CONSEF, e que consiste na exclusão dos valores das mercadorias cuja fase de tributação já encontra encerrada. Outrossim, eventualmente mantida alguma exigência, que seja adequada a alíquota aplicada para 4% de forma a se preservar os efeitos do Decreto nº. 9.426/2005. E quanto à infração 2, que seja a mesma desconsiderada, por falta de clareza quanto à ocorrência, ou reduzida para uma multa, e não três.

O autuante, em sua informação fiscal à fl. 43 dos autos, ressalta que, com relação à infração 01, o autuado, apesar de intimado por três vezes (fls. 6 a 8) não apresentou a documentação fiscal (reduções Z do equipamento emissor de cupom fiscal e notas fiscais) para permitir a apuração das efetivas vendas através de cartões de crédito e débito. Aduz o autuante que, ainda assim, ao considerar a totalidade das vendas declaradas nos documentos de arrecadação mensais como vendas com aqueles cartões, a autuação veio a resultar em benefício ao autuado ao reduzir a diferença entre tal receita e a pelas administradoras de cartões.

Salienta que a empresa não apresentou, também, documentos comprobatórios de suas aquisições para que ensejasse a análise de proporcionalidade, que na atividade de restaurante registra índice significativamente reduzido de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Em seguida, considerando o enquadramento no período fiscalizado (exercício de 2006) como empresa de pequeno porte, o autuante acolhe a alegação de “base de cálculo do ICMS”, no sentido de aplicar a “alíquota” de 4% sobre a receita bruta. Em consequência, o demonstrativo referente à fl. 28 dos autos tem o total do ICMS devido reduzido para R\$ 16.172,50, que entende o preposto fiscal ser o novo montante a se exigir na infração 1, conforme planilha à fl. 44 dos autos.

Quanto à multa fixa de que trata a infração 2, o autuante retifica o seu valor para o maior indicado no lançamento de ofício, ou seja, R\$ 370,00, e, em consequência o valor total do Auto de Infração se reduz para R\$ 16.542,52, conforme demonstrativo de débito à fl. 45 dos autos.

Intimado para tomar conhecimento e, caso quisesse, manifestar-se sobre a informação fiscal e os demonstrativos anexados pelo autuante, o sujeito passivo destaca que o preposto fiscal adequou parcialmente o Auto de Infração, à medida que corrigiu a alíquota aplicável, bem como a multa imposta. Contudo, sob a alegação de que o autuado não teria atendido à intimação, persistiu em não aplicar à proporcionalidade para excluir as mercadorias sujeitas a substituição tributária.

Aduz o defensor que tais intimações foram anteriores à lavratura do Auto de Infração, de forma que poderia, nesse momento, serem renovadas as intimações visando à conclusiva adequação do débito. Assim, requer que, antes do julgamento, sejam avaliados os itens que constaram do levantamento fiscal, a fim de não ser exigido ICMS em duplicidade, em razão de mercadorias cujo imposto já havia sido pago.

O autuante, instado a se manifestar, apresenta nova informação fiscal, à fl. 54 dos autos, na qual salienta que, ao proceder nova análise sobre a situação cadastral do autuado, constatou equívoco ao calcular o imposto baseado no enquadramento da empresa no regime de receita bruta, conforme consta à fl. 44, uma vez que, em todo o período fiscalizado, o contribuinte sempre esteve enquadrado no regime SimBahia, conforme consta do histórico à fl. 55 dos autos.

Assim, sustenta que o cálculo do imposto devido e demonstrado na planilha de fl. 28 dos autos, e que originou o valor da infração 1 do referido Auto de Infração, em consonância com o demonstrativo integrante do mesmo (fl. 3) deve ser mantido, tornando sem efeito, portanto, os cálculos constantes da planilha de fl. 44 e citados na informação fiscal de fl. 43 do PAF.

Quanto à alegada proporcionalidade, o autuante reitera seu entendimento de que a empresa foi reiteradamente intimada a apresentar as notas fiscais de entrada, sem, contudo, cumprir as intimações, como também de que, ao apresentar a impugnação, o autuado não trouxe nenhum elemento comprobatório de suas aquisições que permitisse analisar a proporcionalidade. Destaca ainda o autuante que, os supostos produtos adquiridos, podem ser transformados em refeições e sucos, por exemplo, o que são plenamente tributados nas saídas, bem como as bebidas destiladas.

Salienta que o impugnante reconhece que não atendeu às intimações durante a auditoria, sobretudo em relação às notas fiscais de entrada, entretanto, mesmo neste segundo momento, apenas solicita nova intimação, sem trazer aos autos os meios necessários para fundamentar a alegada proporcionalidade.

Assim, face ao exposto, ratifica a autuação em sua plenitude.

Por decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, em busca da verdade material, decidiu converter o processo à ASTEC para que, em vista da documentação do autuado, adequasse a exigência do ICMS proporcionalmente às mercadorias tributadas.

Através do Parecer ASTEC nº 03/2011, às fls. 59 e 60 dos autos, foi consignado que, apesar de reiteradamente intimado, o contribuinte não comprovou as entradas e/ou saídas de mercadorias tributadas, isentas e com fase de tributação encerrada para que fossem expurgados os valores inerentes às mercadorias isentas e com fase de tributação encerrada, como solicitado pela JJF.

Posteriormente, em razão de o autuado ter anexado, às fls. 71 a 73 e 79 a 222 dos autos, diversas planilhas relativas às operações de entradas e de saídas, como também cópia de inúmeros cupons “Redução Z”, a 5ª JJF, em busca da verdade material, converteu o processo à ASTEC para que, diante dos novos documentos apensados aos autos, verificasse a possibilidade de concluir a diligência, conforme anteriormente solicitado.

Através do Parecer ASTEC nº 132/2011, às fls. 233 a 235 dos autos, após análise das planilhas e documentos apresentados pelo autuado e feitos os devidos ajustes, se concluiu pela redução do valor exigido na infração 1 de R\$ 36.388,13 para R\$ 31.300,06, conforme demonstrado à fl. 235 do PAF, do que foi cientificado o autuado, contudo, não se manifestando.

## VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS decorrente da presunção legal de ocorrência de operações de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito/débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, conforme prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº. 7.014/96, alterada pela Lei nº. 8.542/02, ressalvado ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. Também no lançamento de ofício se exige a multa por descumprimento de obrigação tributária acessória, em razão de o contribuinte deixar de

apresentar documentos fiscais, quando regularmente intimado por três vezes.

Quanto à primeira infração, em relação ao pleito do contribuinte para que a exigência do ICMS fosse proporcional às suas operações com mercadorias tributadas, após análise dos documentos fiscais apresentados pelo autuado, se concluiu pela redução do valor exigido na primeira infração para R\$ 31.300,06 (fl. 235), conforme apurado através do Parecer ASTEC nº 132/2011, de cujo resultado foi cientificado o sujeito passivo, o qual tacitamente aceitou ao não se manifestar.

Inerente à pretensão do defensor de que fosse apurado o imposto com base em sua receita bruta, conforme previsto no inciso IV do art. 504 do RICMS, e não com a alíquota de 17%, como lançado na autuação, não deve prosperar, visto que, à época dos fatos, o autuado era optante pelo regime de apuração do imposto SIMBAHIA, consoante DME à fl. 13 dos autos, sendo incompatível a opção simultânea do pagamento do ICMS mediante o regime de apuração em função da receita bruta, conforme previsto, à época, no inciso I do aludido art. 504 do RICMS/BA.

Assim, subsiste parcialmente a primeira infração, no valor de R\$ 31.300,06, conforme demonstrado à fl. 235 dos autos.

No tocante à segunda infração, o art. 42, XX, alíneas “a”, “b” e “c”, da Lei nº 7.014/96, estipulava, à época dos fatos, àquele que, dentro do prazo de 48 (quarenta e oito) horas, deixasse de exibir livro ou documento, a funcionário fiscal, quando por este regularmente solicitado, a multa de:

- a) R\$ 90,00 (noventa reais), pelo não atendimento do primeiro pedido;
- b) R\$ 180,00 (cento e oitenta reais), pelo não atendimento da intimação que lhe for feita posteriormente;
- c) R\$ 370,00 (trezentos e setenta reais), pelo não atendimento de cada uma das intimações subseqüentes.

Da análise das peças processuais, às fls. 6 a 8 dos autos, se verifica que o contribuinte deixou de atender a três intimações para apresentação de livros e documentos fiscais, ficando passível das multas aplicadas. Assim, subsiste integralmente a segunda infração.

Diante do exposto, voto **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração, no valor de R\$ 31.940,06, sendo R\$ 31.300,06, relativo à primeira infração, conforme demonstrado à fl. 235 dos autos, e R\$ 640,00, inerente à segunda infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **277830.0124/07-6**, lavrado contra **PITANGA RESTAURANTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$31.300,06**, acrescido da multa de 70%, prevista, no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$640,00**, prevista no art. 42, XX, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme previsto na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de dezembro de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR