

**A. I. Nº** - 272041.0001/14-7  
**AUTUADO** - ITAITÉ CONSULTORIA LAZER E PARTICIPAÇÕES LTDA.  
**AUTUANTE** - PAULO NOGUEIRA DA GAMA  
**ORIGEM** - INFRAZ EUNAPÓLIS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET - 16.12.2015

#### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0213-05/15

**EMENTA:** ICMS. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELAS ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS, LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituição financeira e administradoras de cartão de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. Neste caso, impõe-se a nulidade do lançamento, visto que o autuante adotou critério para a apuração da base de cálculo do imposto assemelhado ao arbitramento ou cálculo por estimativa, a partir de informação meramente exemplificativa do sujeito passivo. Só que a sistemática de apuração da base de cálculo empreendida na revisão do lançamento não tem base legal, visto que os métodos de arbitramento são definidos de forma taxativa nas normas de regência do ICMS e estão previstos no art. 938 do RICMS/97 e art. 22, § 1º, da Lei nº 7.014/96. Desconsideração pelo autuante dos documentos apresentados na peça defensiva. Aplicação das disposições do art. 18, inc. IV, letra “a”, do RPAF/99. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 28/06/2014, para exigir ICMS no valor de R\$ 38.158,63, acrescido de multa de 100%. A acusação fiscal foi formatada nos seguintes termos:

**Infração 01** – *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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Aplicada a alíquota de 4%, sobre a base de cálculo. Multa prevista no art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96.*

Respalda documentalmente o lançamento o Demonstrativo juntado à fl. 07 do PAF e os Relatórios TEF, anual e diário, de 2011, 2012 e 2013, anexados às fls. 8 a 48.

O contribuinte foi notificado do A.I. em 04/07/14 e ingressou com defesa administrativa.

Na peça de defesa a autuada discorreu ser uma empresa com atividade econômica de hotel, contrato social em anexo (doc. 2), que oferece, para comodidade de seus hóspedes, além da hospedagem, o serviço de restaurante com a venda de refeições e bebidas.

Que considerando a experiência, 05 (cinco) anos de atividade, e os controles internos da autuada, 70% do faturamento total é referente ao serviço de hospedagem e 30% é referente ao restaurante.

Que o autuante, com base em Relatórios de Informações de Transferência Eletrônica de Fundos – TEF, período de janeiro de 2011 a dezembro de 2013, fornecidos pelas Administradoras de Cartões de Crédito/Débito, considerou que os valores informados referem-se, exclusivamente, à venda de mercadorias tributadas, vendas do restaurante do hotel. Frisou que os Relatórios de Informações de TEF, apresentados pelo autuante, não especifica as Administradoras de Cartão, fornecedoras dos dados.

Foi anexado pela defesa (doc. 3 – fl. 70), planilha de cálculo, período janeiro de 2011 a dezembro de 2013, relacionando o faturamento mensal do restaurante; faturamento mensal de hospedagem, faturamento mensal total; valor mensal recebido da Administradora de Cartão CIELO; valor mensal recebido da Administradora de Cartão Amex; total mensal recebido em cartão e o valor do faturamento mensal do restaurante recebido via cartão. No último quadro, da mesma planilha, apresentou o valor do ICMS calculado sobre o faturamento do restaurante e devidamente recolhido para a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Para comprovar os dados informados na planilha, anexou também: Leitura Memória Fiscal da Redução Z do Emissor de Cupom Fiscal, referente ao faturamento mensal do restaurante (doc. 4), Notas Fiscais da Prefeitura de Porto Seguro referente ao faturamento mensal de hospedagem (doc. 5), Extratos da Operadora de Cartão CIELO (doc. 6) e Extratos da Operadora de Cartão AMEX (doc. 7), referente aos valores mensais recebidos pela autuada, todos os documentos referentes ao período de janeiro de 2011 a dezembro de 2013.

Ao analisar a planilha, a defesa mencionou que em alguns meses, a exemplo de julho de 2011, é informado o recebimento de valores de cartão de crédito, sem o respectivo faturamento. Como estes valores referem-se a adiantamentos de clientes, reservas de hospedagem, e a autuada apura os impostos pelo regime de competência e, conforme determina as boas normas de contabilidade, os mesmos são contabilizados como adiantamentos e faturados nos meses em que os serviços são utilizados. O valor de julho de 2011 foi faturado, por exemplo, no mês de dezembro de 2011.

Outro dado relevante, informado na planilha, e não considerado pelo autuante, é que em fevereiro de 2013, atendendo o disposto no artigo 267, § 1, do Decreto nº 13.780/12 (Regulamento do ICMS/BAHIA), a autuada assinou Termo de Acordo firmado com a Diretoria de Administração Tributária da INFAZ de Eunápolis, passando a pagar o ICMS com base na alíquota de 3%.

Entende, com base na planilha apresentada e considerando que a receita de hospedagem, prestação de serviço, não é base de cálculo para incidência de ICMS, que o auto de infração não tem amparo legal, tornando-se, portanto, improcedente.

Formulou pedido para que o ato de lançamento em lide seja desconstituído, anulando-se o mesmo com o consequente arquivamento do processo administrativo fiscal.

Foi prestada a informação fiscal, que se encontra apensada à fl. 642 dos autos. O autuante disse discordar das razões articuladas pela autuada, constantes das fls. 52 a 638 dos autos.

Entendeu como razoável a porcentagem de 30% (trinta por cento) do total das receitas auferidas serem alocadas para o setor restaurante. Ajustou as planilhas em conformidade com esse percentual (doc. anexo, fl. 643).

Afirmou ainda que o contribuinte alegou, à fl. 73 deste PAF, que “...assinou Termo de Acordo com o a Diretoria de Administração Tributária da INFAZ de Eunápolis, passando a pagar o ICMS com base na alíquota de 3%. Contudo, em 30/07/2013, Parecer Final do Inspetor da INFAZ/Eunápolis, e ratificado pelo Diretor do DAT Zelington Pereira Coqueiro, em anexo, indeferem a redução de 4% para 3% no Art. 267, inciso VI, parágrafo 1º, pois, o contribuinte deveria utilizar '... tecnologia definida em Termo de Acordo, a ser firmado com o titular da Diretoria de Administração Tributária da região do seu domicílio fiscal' ". Informou que essa decisão não foi observada pela autuada. Logo, foi mantido o percentual de 4% no cálculo das saídas omitidas.

Acrescentou, em seguida, ser obrigação da autuada informar tempestivamente em suas saídas todas as vendas a cartões de crédito e débito sob pena da cobrança do ICMS devido e seus acréscimos legais.

Declarou mais à frente que refez os cálculos, apresentando novos valores devidos a título de ICMS, nos anos de 2011, 2012 e 2013, respectivamente, com as seguintes cifras: R\$2.540,65, R\$3.340,86 e R\$5.566,14.

Pediu que o julgamento seja pela procedência parcial do Auto de Infração.

O contribuinte, em manifestação acostada às fls. 651 a 653 declarou, inicialmente, que o autuante prestou a informação fiscal sem atender o disposto no artigo 127 § 6º do Decreto nº 7.629/99, Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF.

Ressaltou ainda que apesar de todos os documentos anexados, comprovarem o valor efetivo do faturamento do restaurante (base de cálculo do ICMS), o autuante não o utilizou em seu cálculo. No lugar, arbitrou a receita do restaurante em 30% do total das receitas, utilizando como base um simples dado estatístico mencionado na defesa.

Assim, teria sido utilizada uma base de cálculo errada, através da qual, o autuante concluiu, através da planilha de fl. 643 do PAF, sem qualquer base legal e utilizando a alíquota de ICMS de 4% sobre o total do faturamento e não sobre 30%, um valor arbitrado para calcular o valor do faturamento do restaurante, concluindo que a empresa é devedora de ICMS na cifra de R\$ 11.447,65.

Destacou que se for considerado o entendimento do autuante, isto é, que 30% do total das receitas devem ser alocadas para o setor restaurante, e aplicar, corretamente, o cálculo na sua planilha, abatendo o valor efetivamente recolhido no período, do valor devido, de acordo com a planilha do autuante, a autuada teria direito a um crédito tributário no valor de R\$ 10.299,72: Planilha Arbitramento do Faturamento do Restaurante em anexo (doc. 2 - fl. 655).

Com relação ao Termo de Acordo para utilização do benefício fiscal, que previu a redução da alíquota do ICMS de 4% para 3%, utilizada pela empresa a partir de 20 de fevereiro de 2013, data em que o Termo foi protocolado, e que deveria entrar em vigor com o despacho concessivo do Diretor de administração Tributária da Região Sul, a autuada tomou conhecimento do parecer final, indeferindo o processo, somente no dia 22 de agosto de 2014. Sendo assim, a autuada reconheceu o débito tributário no valor de R\$ 3.529,43, referente à diferença de 1% do valor recolhido, no período de 20 de fevereiro de 2013, data em que a empresa passou a utilizar a alíquota de 3%, até 31 de dezembro de 2013, fim do exercício fiscal. A "Planilha de Cálculo do ICMS Recolhido a Menor" foi anexada ao PAF (doc. 3, fl. 656).

O autuado concluiu a sua intervenção no processo afirmando não ter interesse em se beneficiar do entendimento equivocado do autuante, mas reconhecendo a utilização do benefício fiscal indevido, solicitando, ao final, que o Auto de Infração seja considerado procedente em parte.

Requeru por fim a juntada ao PAF dos seguintes documentos: a) Aprovação do Emissor de Cupom Fiscal (doc. 1) Planilha Arbitramento do Faturamento do Restaurante (doc. 2), Planilha Cálculo do ICMS Recolhido a Menor (doc. 3).

b) que seja julgado procedente em parte o Auto de Infração em lide e, por via de consequência, mantida tão somente a exigência da diferença do ICMS no valor de R\$ 3.529,43.

Ao contra arrazoar as razões da defesa, o autuante, através da Informação apensada à fl. 659 dos autos, declarou que documento algum anexado pela autuada, após a ocorrência do fato gerador do ICMS, tem o condão de desconstituir a obrigação tributária, na hipótese de omissão de receita tributável apurada via TEF. Disse que o banco de dados da SEFAZ – Bahia contém relatórios que revelam que os valores ali registrados são maiores que as saídas totais contabilizadas pela autuada mês a mês. Afirmou em seguida ter utilizado a própria declaração da autuada, que seguindo a sua experiência no ramo hoteleiro e os seus controles internos, informou que o faturamento

relacionado ao serviço de hospedagem é de 70% e que 30% é referente à atividade de restaurante. Disse ainda que os recolhimentos de ICMS efetuados pela autuada são derivados de registros de sua contabilidade oficial e por isso não fazem parte da omissão. Apresentou novamente os resultados da revisão em tabela anexa (fl. 660), totalizando o ICMS de R\$ 2.220,81 (2011); R\$ 3.307,21 (2012); e, R\$ 4.507,20 (2013). Reiterou o pedido de procedência parcial do Auto de Infração.

O contribuinte, em nova manifestação nos autos (fls. 665/666), declarou que o autuante, pela terceira vez, altera o cálculo do ICMS devido. Desta vez alegando que: *“Documento algum anexado pela autuada após a ocorrência do fato gerador do ICMS tem o condão de desconstituir sua ocorrência, na hipótese de omissão de receita tributável apurada via TEF.”* Afirmou que todos os documentos anexados na peça de defesa, referentes às notas fiscais de hospedagem e notas fiscais emitidas pelo emissor fiscal do restaurante, não só foram emitidos antes da ocorrência dos fatos geradores do ISS e do ICMS, como serviram de base de cálculo para a quantificação dos mencionados impostos. Ressaltou, ainda, que o emissor fiscal do restaurante, foi devidamente aprovado pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, em 19/01/2011, conforme documento que foi anexado ao processo.

Disse mais à frente que no seu novo cálculo, o autuante continua arbitrando a receita do restaurante, apesar das notas fiscais informarem a receita real, e desta vez, surpreendentemente e sem base legal, não foram considerados os valores recolhidos pela autuada, sob o argumento de que: *“Os recolhimentos do ICMS efetuados pela autuada são resultado de sua contabilidade oficial, e por isso não fazem parte da omissão calculada”*.

Finalizou a manifestação formulando o seguinte pedido: que seja julgado procedente em parte o Auto de Infração em lide, com exigência da diferença do ICMS no valor de R\$ 3.529,43, conforme planilha anexada à fl. 656 dos autos, elaborada pela autuada e protocolado no processo em 04/09/2014.

À fl. 668, o autuante declarou, em nova informação, que após examinar as razões da autuada estampadas às fls. 665/666, entende que a receita tributável proporcional não oferecida à tributação pela empresa deve ser exigida consoante as razões explicitadas às fls. 659/660 deste PAF. Declarou também que a autuada nada acresce às razões anteriores. Formulou pedido pela procedência parcial do Auto de Infração.

## VOTO

O Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir ICMS no valor de R\$ 38.158,63, acrescido de multa de 100%. A acusação fiscal foi formatada nos seguintes termos: *"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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Aplicada a alíquota de 4%, sobre a base de cálculo. Multa prevista no art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96"*.

Primeiramente, cumpre observar que o autuante formalizou o lançamento de ofício em lide considerando que todas as receitas informadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito se referiam a operações tributáveis pelo ICMS, relacionadas a vendas de mercadorias (refeições e bebidas), através do restaurante explorado pela empresa autuada em seu estabelecimento hoteleiro.

A partir da defesa e por conta dos reclamos do contribuinte, o autuante, na fase de informação fiscal, adotou outro critério para quantificar o imposto devido. Aplicou um critério de proporcionalidade a partir das receitas informadas pelas administradoras, considerando uma declaração meramente exemplificativa do sujeito passivo, resultantes de dados de sua experiência empírica, atribuindo 30% (trinta por cento) do faturamento às operações com restaurante e 70% à atividade de hotelaria/hospedagem, totalizando o ICMS a recolher com as seguintes cifras: (DEMONSTRATIVOS ANEXADOS À fl. 660): R\$ 2.220,81 (EXERCÍCIO DE 2011); R\$ 3.307,21 (EXERCÍCIO DE 2012); e, R\$ 4.507,20 (EXERCÍCIO DE 2013).

A empresa por sua vez contestou esse critério e apresentou, em nova Manifestação, o Demonstrativo, acostado à fl. 656, apontando a diferença de ICMS a recolher de R\$3.529,43, apurado a partir dos documentos juntados às fls. 72 a 637 (reduções “Z” do restaurante, extratos das operadoras de cartão de crédito/débito, notas fiscais eletrônicas de prestação de serviços etc).

Frente ao acima apresentado percebe-se que o autuante adotou um critério para a apuração da base de cálculo do imposto assemelhado ao arbitramento. Só que a sistemática de apuração da base de cálculo empreendida na revisão do lançamento não tem base legal, visto que os métodos de arbitramento são definidos de forma taxativa nas normas de regência do ICMS e estão previstos no art. 938 do RICMS/97 e art. 22, § 1º, da Lei nº 7.014/96.

A empresa, por ocasião da defesa, conforme já assinalado linhas acima, apresentou no processo elementos da sua escrita fiscal contábil, inseridos às fls. 72 a 637 (reduções “Z” do restaurante, extratos das operadoras de cartão, notas fiscais eletrônicas de prestação de serviços etc). Esses documentos sequer foram analisados pelo autuante, mesmo após ter sido oportunizado ao mesmo 3 (três) intervenções no processo, conforme se pode apurar às fls. 642, 659 e 668.

Não há como validar, portanto, o lançamento da forma como foi feito, por contrariar expressamente a lei e, de forma mais específica, o princípio da verdade material, que ressalta a prevalência da base documental, no lançamento tributário, sobre as presunções ou cálculos para apuração do tributo de forma estimada.

No tocante ao reconhecimento pela autuada de ser devedora de ICMS no valor correspondente à R\$ 3.529,43, em razão do indeferimento pela Administração Tributária (Infaz Eunapólis) do pedido de redução da alíquota de 4% para 3%, verifico que o reconhecimento dessas parcelas não tem relação com a forma como foi apurado o imposto após revisão efetuada pelo autuante que adotou critério assemelhado a arbitramento ou apuração por estimativa.

Em razão disso, fica assegurada ao contribuinte a possibilidade de recolher as parcelas reconhecidas como devidas, e relacionadas à diferença entre as alíquotas de 3% e 4%, de forma espontânea, e não como parte integrante do presente Auto de Infração.

Deverá, todavia, a Inspetoria Fiscal verificar a possibilidade de renovar o procedimento fiscal, a fim de certificar, a partir da documentação fiscal-contábil que se encontra em poder do contribuinte além da que foi anexada nos presentes autos, para fins de homologar, dentro do período quinquenal, os lançamentos escriturais do sujeito passivo, inclusive, avaliando a adoção, no novo procedimento, de outros roteiros de auditoria fiscal.

Ante o exposto voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com fundamento nas disposições do art. 18, inc. IV, letra “a”, do RPAF/99.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 272041.0001/14-7, lavrado contra **ITAITÉ CONSULTORIA LAZER E PARTICIPAÇÕES LTDA.**

Sala de sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2015.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA