

A. I. N° - 152846.0002/13-6
AUTUADO - MIT COMERCIAL DE BEBIDAS LTDA.
AUTUANTE - MÁRCIA SOLANGE ARAÚJO DAMASCENO SILVA
ORIGEM - INFAC VAREJO
INTERNET - 14.08.2013

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0156-02/13

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. Infração caracterizada. 2. REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTESIMPLES NACIONAL. ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA E/OU ALÍQUOTA APLICADA A MENOS. NÃO RECOLHIMENTO DE PARTE DO ICMS. Provado o cometimento da infração. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 15/03/2013, para constituir o crédito tributário no valor de R\$85.540,01, em razão de:

INFRAÇÃO 01 – 17.03.02 - 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 informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, com ICMS devido no valor de R\$42.462,62.

INFRAÇÃO 02 – 17.02.01 – Efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte-Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, no valor de R\$43.077,39, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor.

O autuado, folhas 122 a 125, impugnou o lançamento tributário argumentando que os serviços prestados de manobrista e *couver* artístico não configuram fato gerador de ICMS, e portanto, não devem ser incluídos no valor cobrado pelo fornecimento da alimentação e bebida, tudo nos termos do Parecer nº 08864/2009, emitido pela Secretaria da Fazenda, sendo os valores cobrados indevidos, pois além de praticar a circulação de mercadorias, inclusive com o fornecimento de alimentação e bebidas, oferece a terceiros shows e apresentações musicais.

Destaca que a atividade comercial do autuado é uma operação mista, uma vez que agrupa mercadoria e serviços, havendo confusão entre os impostos, ICMS e ISS, fato não observado pelo autuante, transcrevendo decisão do STJ sobre o tema, assim como, transcreve o Art. 1º da Lei Complementar 116/2003.

Reitera que o estabelecimento ao receber de seus clientes os pagamentos referentes ao “*couver*” e ao manobrista não está obrigado a recolher o ICMS sobre esses valores, pois tais serviços estão elencados no Anexo da referida Lei Complementar.

Transcreve Ementa do Parecer nº 08864/2009 emitido pelo DITRI/SEFAZ.

Ao final, requer o arquivamento da autuação.

A autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 141 a 144, aduz que a autuação foi embasada nos Demonstrativos de Débitos constante às fls. de nº 14 a 34, dos quais o contribuinte tomou ciência e recebeu cópias, conforme documento de fls. de nº 12 e 13.

Esclarece que com relação a fiscalização no exercício de 2009, o autuado apresentou notas fiscais emitidas no valor de R\$328.172,52 e redução Z no valor de R\$161.385,82, enquanto as informações prestadas pelas empresas administradores de cartões de crédito e débito RELATÓRIO TEF o valor foi de R\$606.783,10. Gerando uma diferença a menos de R\$160.039,26, (fls. de nº 14). Sem contar ainda, que o autuado em suas informações anual do PGDAS junto à Receita Federal do Brasil, informou que suas receitas foram de no valor de R\$170.084,18, (fls. de nº 68).

Com relação a fiscalização no exercício de 2010, aduz que o autuado apresentou Notas fiscais emitidas no valor de R\$ 60.647,70 e redução Z no valor de R\$363.388,56, enquanto as informações prestadas pelas empresas administradores de cartões de crédito e débito RELATÓRIO TEF o valor foi de R\$658.341,69. Gerando uma diferença a menor de R\$ 267.800,33, (fls. de nº 21). Sem contar ainda, que o autuado em suas informações anual do PGDAS junto à Receita Federal do Brasil, informou que suas receitas foram no valor de R\$131.860,99, (fls. de nº 92).

Quanto ao exercício de 2011, salienta que o autuado apresentou Notas fiscais emitidas no valor de R\$ 4.530,83 e redução Z no valor de R\$ 298.191,12, enquanto as informações prestadas pelas empresas administradores de cartões de crédito e débito RELATÓRIO TEF o valor foi de R\$1.272.328,52. Gerando uma diferença a menor de R\$ 969.605,57. (fls. de nº 28). Sem contar ainda, que o autuado em suas informações anual do PGDAS junto à Receita Federal do Brasil, informou que suas receitas foram no valor de R\$ 159.166,19, (fls. de nº 116).

Destaca que a única argumentação da defesa foi de que a autuada realiza operação mista, ou seja, venda de mercadorias com serviços de manobrista e *couvert* artístico e que sobre o valor desses serviços não incide o ICMS. Sobre esse argumento ressalta que a autuada só seguiu a orientação da resposta da DITRI à consulta formulada, naquilo que lhe interessava. Efetivamente, a DITRI se pronunciou pela inexistência de fato gerador do ICMS nos serviços de manobrista e *couvert* artístico. Não poderia ser de outra forma, mas no mesmo parecer, ressaltou: “... *uma vez que os mesmos são cobrados no mesmo cupom fiscal referente ao fornecimento da refeição, o CST referente a esta operação [...] deverá ser 041 – origem nacional e não tributada*” .

Aduz que a DITRI ressaltou, também, que “*o consulente deverá acatar o entendimento apresentado neste opinativo, ajustando-se à orientação recebida*” .

Assevera que a autuada quando emite o documento fiscal para acobertar as suas vendas não segregaria o valor referente aos serviços de manobrista e *couvert* artístico, com o código CST 041, como orientou a DITRI, daqueles referentes ao fornecimento da refeição. Simplesmente, optou a autuada, por discriminar tudo como despesas, inclusive nas informações PGDAS, fls. de nº 50 a 117, só existe base de cálculo do ICMS não há base de cálculo para os serviços e o consequente recolhimento do ISS.

Realça que é muito simples argumentar que existe uma confusão entre os tributos ICMS e ISS incidentes na receita auferida sobre a atividade comercial da empresa, (fls. de nº 123), sem discriminar nos documentos fiscais quais os valores das respectivas bases de cálculo, e nem sequer apresentar demonstrativo na defesa comprobatório dessa argumentação.

Reitera que a autuada não discrimina o valor das operações que incidem o ICMS e as que incidem ISS e por consequência não haverá como o fisco estadual conferir a exatidão do valor recolhido a título de ICMS. Aduz que considerar tal procedimento como correto seria autorizar o benefício da própria torpeza. Assim sendo, apurou, pela redução Z, apenas os valores em cartão e outros. Os outros se referem aos pagamentos em dinheiro e em cheque, e quanto às notas fiscais emitidas, cuja discriminação das mercadorias consta “DESPESAS”, foram consideradas como vendas, que incidem o ICMS. Dessa forma, conclui que os serviços aos quais a autuada se refere em sua peça defensiva não foram incluídos quando da fiscalização.

Ao final, opina pela manutenção da autuação.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS em decorrência de 02 duas infrações que se encontram relacionadas. Na primeira infração é imputado ao autuado ter omitido saídas de mercadorias tributadas apuradas 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. Na segunda, é decorrente de ter deixado de recolher valores referentes ao Regime Especial Unificado de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte-Simples Nacional, implicando em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos.

Portanto, não resta dúvida que a infração 02 é decorrente da infração 01, razão pela qual o exame da questão será feito conjuntamente.

Não pode ser acolhida a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal. Cabe registrar que o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Portanto, não existe nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Em sua defesa o sujeito passivo argumenta que sua atividade comercial é de restaurante, operação mista, ou seja, venda de mercadorias com serviços de manobrista e *couver* artístico e que o valor desses serviços, portanto, não devem ser incluídos no valor do débito apurado no presente auto de infração, embasando sua tese no Parecer nº 08864/2009, DITRI- Diretoria de Tributação, fls. de nº 132/133.

O citado parecer estabelece que:

"PARECER Nº 08864/2009 DATA: 29/05/2009.

ICMS. Fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por restaurantes, bares, cafés, lanchonetes, cantinas, hotéis e estabelecimentos similares, não ocorre o fato gerador do ICMS nos serviços prestados de manobrista e de "couvert" artístico. Art. 2º, VII do RICMS-BA.

A consulente, na atividade de restaurante e instalação de estacas de concreto usinado e aço, produzidas no estabelecimento do prestador do serviço, com matéria-prima fornecida pelo contratante do serviço, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS relativo ao valor agregado, e do ISS pela prestação do serviço executado.

A empresa acima qualificada, inscrito no CAD-ICMS na condição de contribuinte normal, exercendo a atividade de Restaurantes e similares, apresenta, via internet, Consulta Administrativa, nos moldes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, tendo em vista os fatos a seguir expostos:

A Consulente informa que em seu bar e restaurante cobra dos seus clientes os serviços de manobrista e de "couvert" artístico; os clientes recebem cupom fiscal, mas a empresa não é prestadora de serviços.

Isto posto, pergunta:

- Como seria o CST dessas cobranças?

RESPOSTA:

O RICMS-BA ao tratar da ocorrência do fato gerador do ICMS nas operações internas, interestaduais e de importação, estabelece em seu art. 2º, inciso VII:

"Art. 2º Nas operações internas, interestaduais e de importação, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:

VII - do fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por restaurantes, bares, cafés, lanchonetes, cantinas, hotéis e estabelecimentos similares, incluídos os serviços prestados;"

Da interpretação do dispositivo supra infere-se que a norma legal aludida quando incluiu como fato gerador do ICMS os serviços prestados no fornecimento da refeição, teve como intuito o alcance de serviços inerentes à atividade principal do contribuinte, que é a de restaurante, bar, café, lanchonete, cantina, hotéis e similares.

Entendemos que os serviços prestados de manobrista e de "couvert" artístico não configuram fato gerador do ICMS e, portanto, não devem ser incluídos no valor cobrado pelo fornecimento da alimentação ou da bebida.

Ante o exposto, considerando que tais serviços prestados estão ao alcance apenas do ISS, a Consulente deverá seguir a legislação desse imposto.

No que diz respeito ao questionamento da Consulente relativamente ao Código de Situação Tributária - CST dos referidos serviços, podemos concluir que, uma vez que os mesmos são cobrados no mesmo cupom fiscal referente ao fornecimento da refeição, o CST referente a esta prestação, conforme prevê a tabela A e B do Anexo 4 do RICMS-BA, deverá ser 041 - origem nacional e não tributada.

..."

Portanto, entendo que não resta dúvida de que o ICMS não incide sobre os valores cobrados relativos aos serviços de *manobrista e de "couvert" artístico*, uma vez que os citados serviços estão no campo de incidência do ISS.

Entretanto, na presente lide a defesa não comprovou a cobraça de qualquer valor relativos aos serviços mencionados. Simplesmente alegou em defesa que os valores autuados, em sua totalidade, seriam relativos as importâncias pagas por seu cliente à título *manobrista e de "couvert" artístico*, sem apresentar nenhum elemento de prova. Nesta situação, cabe destacar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Ademais, conforme consta do parecer acima transcrito, citado pela defesa para elidir a autuação, caberia ao contribuinte ter consignado tais valores no *Código de Situação Tributária – CST 041*, o que não foi observado pelo contribuinte nos registros de suas operações.

Contraindo a orientação da DITRI, o autuado optou em registrar tudo como despesas, inclusive nas informações PGDAS, fls. de nº 50 a 117, só existe base de cálculo do ICMS não há base de cálculo para os serviços e o consequente recolhimento do ISS.

Assim, considerando que o procedimento adotado pelo autuado não discrimina o valor das operações que incidem o ICMS e as que incidem ISS, não havendo como o fisco estadual conferir a exatidão do valor recolhido a título de ICMS, somente restou a autuante apurar, pela redução Z, apenas os valores em cartão e outros (pagamentos em dinheiro e em cheque), considerando ainda às notas fiscais emitidas, cuja discriminação das mercadorias consta “DESPESAS”, foram consignadas como vendas, que incidem o ICMS.

Ressalto que no roteiro de cartão de crédito (infração 01) o levantamento realizado compara 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. Por sua vez, a infração 02 é decorrente da falta do recolhimento dos valores referentes ao Regime Especial Unificado de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, implicando em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **152846.0002/13-6**, lavrado contra **MIT COMERCIAL DE BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$85.540,01**, acrescido da multa de 150% sobre R\$42.462,62 e de 75% sobre R\$43.077,39, previstas arts. 35, LC 123/06 e 44, I, § 1º da Lei Federal nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de agosto de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA