

**A. I. N°** - 156743.0006/13-4  
**AUTUADO** - TX AGROPECUÁRIA E TURISMO S.A.  
**AUTUANTE** - RICARDO JORGE FERNANDES DIAS  
**ORIGEM** - INFAZ ILHÉUS  
**INTERNET** - 10. 12. 2013

#### **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF N° 0297-01/13**

**EMENTA:** ICMS. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. O autuado se dedica ao ramo de hotelaria, com fornecimento de alimentação e bebidas, e nessa condição seu faturamento é composto de prestação de serviços de hospedagem e congêneres, com fornecimento de refeições e bebidas, exercendo portanto atividade mista, havendo incidência do ISS e do ICMS, e essa realidade tem de ser levada em conta ao aplicar-se a presunção do § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, não sendo razoável presumir-se que todas as suas receitas fossem oriundas de operações com mercadorias. Na atividade hoteleira, alimentos e bebidas são itens complementares ao segmento principal, que é a hospedagem. O contribuinte era optante pelo regime do art. 504 do RICMS/97, que previa tratamento fiscal diferenciado para estabelecimentos hoteleiros e restaurantes. Acatada a revisão efetuada por fiscal estranho ao feito, reduzindo-se o valor do imposto a ser lançado. Indeferida a postulação de diligência, por ausência de fundamentação eficaz. Quanto à alegação de que a multa teria caráter confiscatório, cumpre aduzir que não é razoável discutir no âmbito administrativo a ilegalidade ou inconstitucionalidade do direito posto. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27.3.13, acusa omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartão, sendo lançado ICMS no valor de R\$ 1.334.699,59, com multa de 70%.

O autuado apresentou defesa (fls. 43/61) observando que seu estabelecimento se dedica ao ramo de hotelaria/hospedagem, com fornecimento de alimentação e bebidas, e nessa condição seu faturamento é composto de prestação de serviços de hospedagem e congêneres, com

fornecimento parcial de refeições, bem como de comercialização de refeições e bebidas, exercendo portanto atividade mista, havendo incidência do ISS e do ICMS.

Nega que tivesse ocorrido o fato imputado no Auto. Reclama que o fisco entendeu que a empresa teria deixado de apurar e recolher o ICMS devido em razão da aplicação direta da presunção contida no § 3º do art. 2º do RICMS, sem nenhuma outra análise documental que submetesse tão grave conclusão a contraprovas, não tendo sido analisadas as declarações do imposto de renda, nem o enquadramento fiscal da empresa no CNAE no ramo de hotelaria, não sendo considerados sequer os valores pagos nas operações tributadas constantes nas DMAs, tendo a fiscalização presumido, com base unicamente na informação das faturas obtidas junto às instituições de cartão de crédito e débito, ter havido omissão de vendas sujeitas ao ICMS.

Tece considerações acerca da utilização de presunções para a criação de obrigações tributárias. Alega ilegalidade da presunção neste caso. Fala da jurisprudência nesse sentido. Reclama do caráter confiscatório da multa aplicada.

Quanto ao mérito, sustenta que a alíquota aplicável seria de 4% sobre o faturamento, nos termos do art. 504 do RICMS.

Pede que o lançamento seja declarado nulo. Requer a realização de diligência pela ASTEC.

O fiscal designado para prestar a informação manifestou-se (fls. 460/462) reconhecendo que cabe razão ao autuado em relação ao levantamento fiscal, que desconsiderou a atividade desenvolvida pela empresa, incluindo no cálculo do ICMS os valores relativos a prestação de serviços de hotelaria tributados pelo ISS e saídas de mercadorias não tributadas, como bebidas e bens adquiridos com substituição tributária, cujo ICMS havia sido pago antecipadamente, além do fato de a empresa apurar o ICMS pela receita bruta, em conformidade com o art. 504, inciso IV, do RICMS/97, e ainda o fato de haver recolhimentos mensais efetuados sob o código 0830 (regime simplificado de apuração), conforme relação de DAES de 2008 e 2009, às fls. 9/13 e 17/21. Aduz que, para correção das distorções existentes nos levantamentos fiscais, elaborou novos levantamentos. Observa que, em média, 90% do faturamento do autuado decorreram de prestações de serviços tributados pelo ISS. Em relação às saídas com cartão de crédito/débito, apenas os meses de julho, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2008 e de março, julho, outubro, novembro e dezembro de 2009 apresentaram resultados inferiores aos declarados pelas administradoras de cartões, constantes no Relatório de Informações TEF anual de 2008 e 2009, anexos às fls. 7 e 15. Aduz que estas diferenças estão evidenciadas no demonstrativo das diferenças apuradas nas saídas com cartões de crédito/débito através de ECF, anexo à informação. Informa ainda que, para apuração do ICMS com base na receita bruta referente aos meses acima relacionados e possíveis diferenças que implicassem omissão de saídas de mercadorias tributadas, foi elaborado o demonstrativo do ICMS apurado com base na receita bruta de 2008 e 2009, tendo considerado os valores declarados pela administradora de cartões de crédito/débito, por serem superiores aos valores apurados através das reduções Z, e desses valores foram deduzidas as receitas provenientes de serviços e de saídas de mercadorias não tributadas, resultando o montante de saídas tributadas, base de cálculo do ICMS sobre a qual foi aplicada a alíquota de 4%, em razão de o autuado apurar o ICMS pela receita bruta, tendo deduzido também os recolhimentos efetuados a título de regime simplificado de apuração sob o código 0830. Opina pela procedência parcial do lançamento.

Dada ciência da revisão ao contribuinte, este se manifestou (fls. 492/504) alegando que na nova apuração o fisco ainda tenta enquadrar a empresa como sujeito passivo do ICMS, porém se trata de uma sociedade anônima que se dedica ao ramo de hotelaria/hospedagem com fornecimento de alimentação e bebidas, tendo a atividade principal enquadrada no CNAE-Fiscal 55.10-8/01, e nessa condição seu faturamento é composto da prestação de serviços de hospedagem e congêneres,

com fornecimento parcial de refeição, bem como de comercialização de refeições e bebidas. Frisa que exerce atividade mista, havendo incidência do ISS e do ICMS. Quanto aos novos valores apurados na revisão, afirma que a empresa recolheu corretamente o ICMS em razão da comercialização (atividade sujeita ao ICMS) de refeições e bebidas. Reitera que o fisco entendeu que a empresa teria deixado de apurar e recolher o ICMS devido em razão da aplicação direta da presunção contida no § 3º do art. 2º do RICMS, sem nenhuma outra análise documental que submetesse tão grave conclusão a contraprovas, não tendo sido analisadas as declarações do imposto de renda, nem o enquadramento fiscal da empresa no CNAE no ramo de hotelaria, não sendo considerados sequer os valores pagos nas operações tributadas constantes nas DMAs, tendo a fiscalização presumido, com base unicamente na informação das faturas obtidas junto às instituições de cartão de crédito e débito, ter havido omissão de vendas sujeitas ao ICMS. Tece considerações acerca da utilização de presunções para a criação de obrigações tributárias. Alega ilegalidade da presunção neste caso. Fala da jurisprudência nesse sentido. Sustenta que a alíquota aplicável seria de 4% sob o faturamento, nos termos do art. 504 do RICMS. Alega que os novos valores ainda estão embasados em ilegalidade e incoerência. Requer a realização de diligência pela ASTEC.

Ao ter vista dos autos, o fiscal que havia feito a revisão declarou simplesmente “Ciente” (fl. 506).

#### **VOTO**

O lançamento em discussão diz respeito a ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartão.

O autuado defendeu-se observando que seu estabelecimento se dedica ao ramo de hotelaria, com fornecimento de alimentação e bebidas, e nessa condição seu faturamento é composto de prestação de serviços de hospedagem e congêneres, com fornecimento de refeições e bebidas, exercendo portanto atividade mista, havendo incidência do ISS e do ICMS. Reclama que o fisco fez aplicação direta da presunção contida no § 3º do art. 2º do RICMS, sem nenhuma outra análise documental, sem atentar para a natureza das atividades do estabelecimento. Quanto ao mérito, sustentou que a alíquota aplicável seria de 4% sobre o faturamento, nos termos do art. 504 do RICMS/97.

De fato, conforme reclamou a defesa, está patente a relativa inadequação do procedimento fiscal adotado neste caso, haja vista que a autoridade fiscal não atentou para o fato de que o estabelecimento em questão, do ramo de hotelaria, tem receitas decorrentes de prestações de serviços sujeitos ao ISS, não sendo razoável presumir-se que todas as suas receitas fossem oriundas de operações com mercadorias. Na atividade hoteleira, alimentos e bebidas são itens complementares ao segmento principal, que é a hospedagem. Por conseguinte, essa realidade tem de ser levada em conta ao aplicar-se a presunção do § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96.

Além disso, a autoridade fiscal não se apercebeu de que o art. 504 do RICMS/97 previa tratamento fiscal diferenciado para estabelecimentos hoteleiros e restaurantes.

Esses equívocos foram confirmados pelo fiscal que prestou a informação em lugar do autuante, que se aposentou. O lançamento foi feito, reduzindo-se o valor do imposto a ser lançado para R\$ 49.382,16. Na informação, o revisor explica em detalhes o critério adotado na apuração dos valores remanescentes. Foram elaborados novos demonstrativos.

Dada ciência da revisão ao contribuinte, este contestou os novos valores aos quais se refere como “novo período identificado”. Não se trata de “novos” períodos. Os meses em que remanescem débitos já haviam sido objeto do lançamento originário. Em sua manifestação, o autuado alega que exerce atividade mista, havendo incidência do ISS e do ICMS. Afirma que a empresa recolheu

corretamente o ICMS em razão da comercialização (atividade sujeita ao ICMS) de refeições e bebidas. Porém se limita a alegar, sem provas. Alega que os novos valores ainda estão embasados em ilegalidade e incoerência, porém não indica qual a ilegalidade ou incoerência. Requer a realização de diligência pela ASTEC, porém não fundamenta o requerimento. Diligência é cabível quando existem indícios de erros. Meras alegações não justificam a realização de diligência, pois não se admite diligência para apurar o nada.

Quanto à alegação de que a multa teria caráter confiscatório, cumpre dizer que não é razoável discutir no âmbito administrativo a ilegalidade ou inconstitucionalidade do direito posto.

Acato o resultado da revisão efetuada pelo fiscal que prestou a informação. O demonstrativo do débito deverá ser feito com base nos instrumentos às fls. 463 (exercício de 2008) e 475 (exercício de 2009).

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL no Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **156743.0006/13-4**, lavrado contra **TX AGROPECUÁRIA E TURISMO S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 49.382,16**, acrescido da multa de 70%, previstas no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos demais acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de novembro de 2013

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR