

PROCESSO - A. I. Nº 156743.0006/13-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - TX AGROPECUÁRIA E TURISMO S/A
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0297-01/13
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 12/09/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0255-11/14

EMENTA: ICMS. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL COM OS VALORES INFORMADOS PELAS ADMINISTRADORAS. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. O estabelecimento fiscalizado tem como atividade a hotelaria, com fornecimento de alimentação e bebidas. Seu faturamento é composto de prestação de serviços de hospedagem e congêneres, por meio dos quais fornece bebidas e alimentação, exercendo portanto atividade mista, a qual está sob o âmbito incidência do ISS e do ICMS. Mantida a Decisão de origem. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício contra Decisão da 1ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal; Acórdão nº 0297-01/13), que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/03/2013 para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 1.334.699,59, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/1996.

A Junta apreciou a lide na Pauta de 22/12/2013 (fls. 507 a 510), decidindo à unanimidade pela Procedência Parcial, nos termos abaixo transcritos.

“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 refeito, 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 refeito com base nos instrumentos às fls. 463 (exercício de 2008) e 475 (exercício de 2009).

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL no Auto de Infração.”

Em virtude de a desoneração do contribuinte ter ultrapassado o limite estatuído no art. 169, I, “a” do RPAF/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), a 1ª JJF recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão 0297-01/13.

VOTO

Destacando a consistente fundamentação da Decisão da JJF, posiciono-me no mesmo sentido, por observar que a atividade e o regime de apuração do sujeito passivo devem ser levados em consideração na aplicação do § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96.

O estabelecimento fiscalizado tem como atividade a hotelaria, com fornecimento de alimentação e bebidas. Seu faturamento é composto de prestação de serviços de hospedagem e congêneres, por meio dos quais fornece bebidas e alimentação, exercendo portanto atividade mista, a qual está sob o âmbito de incidência do ISS e do ICMS.

Por conseguinte, é ilegítima a “*aplicação direta da presunção contida no §3º do art. 2º do RICMS/1997*” (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/1996).

Desse modo, de forma correta, nos termos expostos no segundo parágrafo da informação fiscal de fl. 462, em sede de informação, o revisor considerou aqueles valores informados pelas administradoras superiores aos constantes das reduções Z, deduziu dos mesmos as receitas provenientes de serviços e de operações não tributáveis, e sob o resultado aplicou o percentual de 4%, do regime de apuração com base na receita bruta (código 0830).

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **156743.0006/13-4**, lavrado contra **TX AGROPECUÁRIA E TURISMO S/A.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$49.382,16**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de agosto de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS