

A.I. Nº - 2103720023/17-5
AUTUADO - AS RESTAURANTE E CHURRASCARIA LTDA - ME
AUTUANTE - GENILDO VIANA SOARES
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13.12.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0198-02/18

EMENTA: ICMS. 1. REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES NACIONAL. ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA E/OU ALÍQUOTA APLICADA A MENOS. NÃO RECOLHIMENTO DE PARTE DO ICMS. Defesa não contesta a infração. Infração mantida. 2. 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. Convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes. Defesa não elidiu a infração. Infração mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 18/09/2017, exige crédito tributário no valor histórico de R\$123.150,54, acrescido da multa de 75%, em razão das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 01 – 17.02.01 – Efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor.

Período: junho a dezembro de 2016 e janeiro a maio de 2017, exigindo o ICMS no valor de R\$3.672,27 acrescido de multa de 75% prevista no art. 35 da Lei Complementar nº 123/2006; art. 44, inc. I da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/2007.

Enquadramento legal: art. 12, inciso I da Lei Complementar nº 123/06.

INFRAÇÃO 02 – 17.03.16 – Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por Instituição Financeira e Administradora de Cartões – Sem dolo.

Período: junho a dezembro de 2016 e janeiro a maio de 2017, exigindo o ICMS no valor de R\$119.478,27 acrescido de multa de 75% prevista nos artigos 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/2006; art. 44, inc. I da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/2007.

Enquadramento legal: art. 18 e art. 26, inciso I da Lei Complementar nº 123/06 c/c §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96.

O autuado impugna o lançamento, fls. 67 a 70, apresentando o arrazoado de defesa a seguir relatado.

Inicialmente relata que mantinha contrato de fomento com a empresa AJM Comércio de Carnes Nobres Ltda. CNPJ nº 06.058.858/0001-93, desde o final de 2016, que permitia o uso de suas

“maquinetas” nas atividades da citada empresa, uso que somente ocorreu a partir de março de 2016.

Diz que cobrava o percentual de 1% sobre a movimentação para administrar os recursos, consistindo basicamente em solicitação de antecipação de vendas e repasses periódicos dos valores para empresa AJM. Junta cópias de transferências bancárias de valores repassados.

Reproduz o artigo 2º da Lei nº 7.014/96 para ressaltar que o ICMS incide sobre a “realização de operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por bares, restaurantes, hotéis e estabelecimentos similares, incluídos os serviços prestados.”

Acrescenta que o fato gerador do imposto ocorre também no fornecimento de alimentação, transcrevendo os artigos 4º, inc. V e 5º, §2º, inc. XII, todos do mesmo diploma legal para concluir que o restaurante é contribuinte do ICMS.

Defende que efetivamente quem realizava o fornecimento de alimentação era a empresa AJM Comércio de Carnes Nobres Ltda. nas suas dependências, desse modo, entende que a empresa AJM é o real contribuinte do ICMS.

Complementa que a Autuada não fornecia nenhuma refeição, inclusive o seu endereço era outro, distinto do local onde se fornecia as refeições e que a apenas cedia o uso das “maquinetas” por força do contrato. Portanto, crê que não há incidência do ICMS neste caso.

Apresenta tabela demonstrando os valores correspondentes aos períodos de março a dezembro de 2016 e janeiro a maio de 2017 decorrentes das “Vendas Brutas com Cartão”; “Taxa de Administração”; “Juros e Taxas da Administradora de Cartões” e “Valores Líquidos”, cujos totais são:

- 1) 2016 – março a dezembro
 - a. Vendas Brutas com Cartão: R\$3.886.506,83;
 - b. Taxa de Administração: R\$38.865,07;
 - c. Juros e Taxas da Administradora de Cartões: R\$252.622,94;
 - d. Valores Líquidos: R\$3.595.018,82.
- 2) 2017 – janeiro a maio
 - a. Vendas Brutas com Cartão: R\$1.149.071,90;
 - b. Taxa de Administração: R\$11.490,72;
 - c. Juros e Taxas da Administradora de Cartões: R\$74.689,67;
 - d. Valores Líquidos: R\$1.062.891,51.

Assegura que todas as operações foram objeto de emissão de documento fiscal pela AJM Comércio de Carnes Nobres Ltda.

Conclui que a Autuada não se configura no polo passivo como contribuinte do ICMS, portanto, fora do campo de incidência do importo, assim requer que o auto de infração seja considerado inidôneo.

O Autuante presta a informação fiscal às fls. 268 e 269 apresentando as argumentações a seguir.

Registra que a defesa não traz aos autos, por sua fragilidade, prova capaz de elidir a acusação, não aponta concreta e especificamente de forma objetiva quaisquer erros cometidos pela fiscalização, falhas e/ou inconsistências nos levantamentos fiscais, que sustentam a acusação.

Esclarece que a omissão foi apurada a partir da comparação entre as informações declaradas pela Autuada na DASN-PGDAS (DECLARAÇÃO ANUAL DO SIMPLES NACIONAL- PROGRAMA GERADOR DO DOCUMENTO DE ARRECADAÇÃO DO SIMPLES), valores informados pelas Administradoras de Cartão de Crédito ou Débito e as notas fiscais de entradas.

Do confronto das informações ficou evidenciada a omissão de saída e a omissão de recolhimento do imposto referente as saídas de mercadorias tributáveis.

Destaca que no demonstrativo de apuração mensal de omissão de saídas das vendas com cartão de débito/crédito, na coluna “proporção da substituição tributária” constatou que houve proporcionalidade entre os valores dos exercícios 2016 a 2017 (fls. 06 e 15)

Ressalta que da análise do contrato de fomento celebrado entre a Autuada e a empresa AJM Comércio de Carnes Nobres Ltda., averiguou que tendo sido assinado entre as empresas em 25/01/2016, os representantes das contratantes na época da celebração do contrato, não figuravam nos registros da SEFAZ, como sócios, somente passando a constar posteriormente.

Como representante da AJM Comércio de Carnes Nobres Ltda. assinou Mateus Lima Ferreira (sócio a partir 29/03/2016) e como representante da Autuada, Aryela dos Santos Nascimento (sócia a partir de 08/05/2017), portanto, em 25/01/2016, ambos não figuravam como sócio, pelo menos nos registros da SEFAZ.

Frisa que o contrato de fomento não descharacteriza a autuação fiscal, haja vista não haver consequências legais a influir em questões tributárias, pois não há previsão para tal instrumento no RICMS.

Destaca e transcreve o artigo 123 da Lei nº 5.172/66 – CTN que textualmente determina que “*salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.*”

Portanto, conclui que convenções particulares não podem ser arguidas para se furtar de responsabilidades tributárias o que no caso concreto o citado contrato de fomento não tem validade para elidir a acusação.

Registra que a alegação da Autuada de que seu endereço era outro, não se sustenta como comprova nos extratos de consulta aos registros da SEFAZ assim como comprovam que a empresa AJM Comércio de Carnes Nobres Ltda., encontra-se na situação cadastral inapta e está sediada no município de Vera Cruz-BA.

Por fim mantem integralmente o auto de infração e pede que seja julgado procedente.

É o relatório.

VOTO

O auto de infração conforme relatado, imputa ao sujeito passivo o cometimento de duas infrações.

A infração 01 se refere a recolhimento efetuado a menor do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor, nos meses de junho a dezembro de 2016 e janeiro a maio de 2017.

Na descrição dos fatos, o Autuante informa que o contribuinte recolheu a menos o ICMS – Simples Nacional em virtude de ter incorrido em erro na determinação das alíquotas aplicáveis nos exercícios de 2016 e 2017, gerando uma diferença no valor de R\$3.672,27. Fato evidenciado pelo confronto do valor das operações e prestações discriminadas em notas fiscais emitidas com o valor do faturamento declarado nas DASN/DEFIS.

Na peça defensiva apensa às fls. 67 a 70, a Autuada não aborda a infração 01, ou seja, não contesta o cometimento da mesma. Assim, infere-se que concorda com a acusação, portanto, considero mantida a infração 01, com base no que dispõe o art. 142 do RPAF/99.

A segunda infração trata de omissão de saída de mercadoria tributável presumida por meio de levantamento de vendas com pagamentos efetuados através de cartão de crédito ou débito, com

base nos dados fornecidos Instituição Financeira e Administradora de Cartões, sendo apurado a omissão no valor de R\$119.478,27.

O Autuante apresenta demonstrativo do levantamento efetuado com base nas informações nas vendas com cartão de crédito/débito fornecida pela Instituição Administradora de Cartão de Crédito, comparando com a receita parcial oferecida à tributação informada pelo sujeito passivo nos documentos emitidos pelo mesmo no PGDASND.

Em sua defesa, a Autuada relata que permitia o uso das suas “maquinetas” de pagamento através de cartão de crédito/débito pela empresa AJM Comércio de Carnes Nobres Ltda., CNPJ nº 06.058.858/0001-93, para recebimento dos valores decorrentes das vendas efetuadas por fornecimento de refeições, cobrando pelo serviço o percentual de 1% sobre o valor das vendas.

Apresenta cópia às fls. 76 a 82 de Contrato de Fomento nº 01/2016, celebrado entre a contratante AJM Comércio de Carnes Nobres Ltda. e a contratada, a Autuada, em 25/01/2016, sem registro em Cartório, tendo assinado pela empresa AJM o Sr. Matheus Lima Ferreira e representando a Autuada a Sra. Aryela dos Santos Nascimento.

Constatou que o citado contrato tem por objeto o fomento das atividades da contratante pela contratada, mediante a prestação contínua de um ou mais dos seguintes serviços: a) avaliação da contratante, de seus clientes e de seus fornecedores; b) acompanhamento mercadológico; c) acompanhamento de contas a receber e a pagar da contratante; e d) fomento do processo produtivo e/ou mercadológico da contratante, tudo conforme Cláusula 2ª, à fl. 76.

Observo de início, que não existe previsão contratual para que a empresa AJM (contratante) utilize para receber os valores de suas vendas efetuadas através de cartões de crédito/débito as “maquinetas” de propriedade da Autuada (contratada), já que pela descrição do objeto do contrato, a Autuada no papel de contratada, deverá realizar o “*acompanhamento de contas a receber e a pagar da contratante*”. Acompanhar não significa receber e gerenciar os recursos financeiros.

Abstraindo todas as observações quanto a relação contratual existente entre a Autuada e a empresa AJM, é imprescindível mencionar que o argumento de empréstimos das máquinas emissoras dos cartões de crédito e de débito não retira a responsabilidade tributária da Autuado. Ademais, saliento que a existência do contrato é totalmente irrelevante para o deslinde da lide.

Com fundamento no princípio da estrita legalidade que pressupõe que a cobrança de tributo deve ser alicerçada em dispositivos explícitos na lei tributária quanto a definição da alíquota a ser aplicada, a determinação da base de cálculo, a imputação de multa, definição da hipótese de incidência e sobre o sujeito passivo da obrigação tributária, o art. 123 do CTN - Código Tributário Nacional preconiza que as convenções particulares não podem ser opostas ao Fisco para modificar o sujeito passivo, ou seja um contrato entre partes não opera efeitos perante a Fazenda Pública, mas tão somente perante aqueles que avençaram cumprí-lo.

Por outro lado, ao examinar os autos constato que a exigência tem fulcro na falta de recolhimento de ICMS, presumida pela constatação de venda com pagamento em cartões de crédito/débito, em valor inferior àquele fornecido por instituição financeira e administradora de cartões, verificado através do relatório TEF, encontra amparo nas disposições contidas no art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96 que a seguir reproduzido, com a redação vigente à época dos fatos geradores.

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

§4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de

saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.”

Em se tratando de exigência de imposto por presunção legal, o dispositivo que a autoriza pressupõe que a diferença apurada pelo fisco não esteja comprovada e, em sendo uma presunção relativa, assim identificada por admitir prova em contrário, cabe ao contribuinte trazer aos autos as provas de que os fatos não ocorreram conforme é o entendimento fiscal.

Entretanto, a Autuada se limitou a impugnar o lançamento de ofício apresentado argumento frágil, apensando à sua defesa inúmeros documentos às fls. 83 a 266 sem, contudo, apontar qualquer equívoco ocorrido no levantamento produzido para fundamentar a acusação fiscal, de modo a justificar as diferenças apuradas e assim cumprir com o ônus de tornar improcedente a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

Considero que os documentos apresentados juntamente com a defesa são insuficientes para elidir a infração, portanto, não cabe razão aos argumentos da defesa.

Pelo exposto, voto pela PROCEDENCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 2103720023/17-5, lavrado contra **AS RESTAURANTE E CHURRASCARIA LTDA. - ME** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$123.150,54**, acrescido da multa de 75%, prevista nos artigos 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/2006; art. 44, inc. I da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/2007 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de novembro de 2018.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR