



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

1ª CAMARA DE JULGAMENTO

RESOLUÇÃO Nº 422/15

CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

37ª SESSÃO ORDINÁRIA REALIZADA EM 03/03/2015

PROCESSO Nº 1/1845/2010 AI: 1/2010.04632-9

RECORRENTE: RESTAURANTE FERREIRO CAFÉ LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONSELHEIRO RELATOR: ANDRÉ ARRAES DE AQUINO MARTINS

EMENTA: OMISSÃO DE VENDAS. INFRAÇÃO APURADA ATRAVÉS DO COTEJO ENTRE OS VALORES DAS VENDAS DECLARADAS PELA EMPRESA EM SUAS DIF'S E OS VALORES DAS VENDAS REALIZADAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO. AUTO DE INFRAÇÃO JULGADO PARCIAL PROCEDENTE EM RAZÃO DA MODIFICAÇÃO DA ALÍQUOTA DO ICMS, EM RELAÇÃO AS OPERAÇÕES NORMAIS (DE 17% PARA 3,5%), TENDO EM VISTA O TERMO DE ACORDO, E APLICAÇÃO APENAS DA PENALIDADE PREVISTA NO ART. 126, DA LEI N.º 12.670/96, PARA AS OPERAÇÕES ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS. DECISÃO CONFORME ENTENDIMENTO DA DOUTA PGE.

RELATÓRIO

Trata-se de auto de infração lavrado sob o fundamento de que a Autuada, **RESTAURANTE FERREIRO CAFÉ LTDA.**, deixou de emitir documentos fiscais, em operação ou prestação acobertada, restando assim relatada a infração:

“FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL, EM OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO ACOBERTADA POR NOTA FISCAL MODELO 1 OU 1A E/OU SERIE “D” E CUPOM FISCAL. O CONTRIBUINTE EFETUOU VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO SEM EMITIR DOPCUMENTO FISCAL NO MONTANTE DE R\$ 325.205,44, CONFORME INFORMAÇÃO COMPLEMENTAR, PLANILHA E MAIS CÓPIAS EM ANEXO”

A empresa não apresentou Impugnação Administrativa, sendo atestada sua revelia conforme Termo de Revelia (fls. 76).

O julgador de primeira instância decidiu pela procedência da autuação (fls. 77 a 80), embasado pelas informações complementares à autuação, Ordem de Serviço, Termo de Início, AR referente ao envio do termo de início, termos de Conclusão de fiscalização, demonstrativo de operações com cartão de crédito, planilhas das reduções Z, extrato das operadoras de cartão de crédito, ofício enviado ao contribuinte dando oportunidade da empresa regularizar espontaneamente sua situação e AR referente ao envio do presente auto e anexos.

O contribuinte apresentou recurso voluntário (fls. 87 a 96), à decisão exarada, alegando os seguintes argumentos:

1. A autuante teria efetuado método de verificação diversos do estabelecido na norma de execução nº 03/2011;
2. A multa não fora aplicada corretamente, porque não se considerou a variação de acordo com as vendas efetuadas;
3. A alíquota aplicada está incorreta, pois a empresa autuada se enquadra no regime especial de tributação;
4. A penalidade aplicada está incorreta, uma vez que quase a totalidade dos produtos comercializados pela autuada estão sujeitos à Substituição Tributária;
5. Requer perícia a fim de que sejam separados os tipos de venda;

A Célula de Consultoria emitiu parecer nº 204/2014 (fls. 107 a 111), onde opinou no sentido de que fosse conhecido o Recurso Voluntário, para dar-lhe parcial provimento, para que seja reformada a decisão singular para **PARCIAL PROCEDÊNCIA**. Parecer adotado pela Procuradoria Geral do Estado.

É o relatório.

VOTO

Conforme se infere da análise dos presentes autos, trata-se de acusação de falta de emissão de notas fiscais, em saídas de mercadorias, constatado através da análise entre a Declaração de Informações Econômico-fiscais – DIEF e relatório de vendas efetuadas com cartões de crédito ou débitos fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito ou débito.

É consabido que a obrigatoriedade das empresas administradoras de cartões de crédito ou débito de prestarem relatório das operações de compra e vendas realizadas por estabelecimentos contribuintes por força do art. 82, inciso X, e art. 82-A da lei 12.670/96, abaixo:

Art. 82. Mediante intimação escrita, são obrigados a exhibir ou entregar, conforme o caso, mercadoria, documentos, livros, papéis ou arquivos eletrônicos, de natureza fiscal ou comercial relacionados com o ICMS, bem como prestar informações solicitadas pelo Fisco:

[..]

X - as administradoras de cartões de crédito ou débito, ou estabelecimento similar; Art.82-A. Sem prejuízo do disposto no inciso X do art. 82, as administradoras de cartões de crédito ou débito, ou estabelecimento similar, ficam obrigadas a fornecer à Secretaria da Fazenda do Estado, nas condições previstas em regulamento específico, as informações sobre as operações e prestações realizadas pelos estabelecimentos de contribuintes cujos pagamentos sejam feitos por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

Ainda importa considerar os termos constantes no Convênio ECF 01/2001 que prevê, na sua cláusula segunda, que a informação prestada pela administradora de cartões deverá conter cada operação em específico e cumprindo determinados requisitos:

Cláusula segunda As administradoras de cartão de crédito ou débito fornecerão as informações previstas na cláusula anterior, em função de cada operação ou prestação, no mínimo, com os seguintes requisitos:

- I – identificação completa do contribuinte usuário do equipamento contendo, nome do titular, endereço e inscrições estadual e no CNPJ;
- II – data e valor da operação ou prestação;
- III – valor total, no período.

Na lei 12.670/96, no art. 85, lê-se o sustentáculo para o método de aferição utilizado pelo Agente Fiscal, pois autoriza o uso de documentos de outros estabelecimentos que tiveram relações com o fiscalizado para que a fiscalização seja realizada a contento. Veja:

Art. 85. Quando, através dos elementos apresentados pela pessoa fiscalizada, não se apurar convenientemente o movimento do estabelecimento, colher-se-ão os elementos necessários através de livros, documentos, papéis ou arquivos eletrônicos de outros estabelecimentos que com o fiscalizado transacionaram, assim como nos despachos, nos livros, documentos, papéis ou arquivos eletrônicos de transportadores, suas estações ou agências, estabelecimentos gráficos, ou em outras fontes subsidiárias.

Dessa forma, a infração de que se cuida está devidamente configurada, uma vez que a comparação entre as informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito e pela autuada demonstram que omitiu a venda de mercadorias.

Analisando os autos do processo, a Consultoria Tributária, em irreparável parecer, assim entendeu:

"[...]. Assim, no que pertine a acusação de omissão de vendas está patente, uma vez que existe a comprovação por parte das operadoras de cartão de crédito que as vendas realizadas nesta modalidade foram superiores as registradas pela recorrente.

Contudo, assiste razão a recorrente no tocante ao procedimento a ser observado pelo agente fiscal para fins de lançamento do crédito tributário relativo ao ICMS, considerando o tratamento tributário estabelecido nos artigos 763 a 766 do RICMS, caso exista o Termo de Acordo, isto é, previsão de regime tributário simplificado aplicado a atividade do contribuinte autuado, bem como do ilícito resultante da diferença entre os valores das operações e prestação declarados ou informados por contribuintes do imposto, e os pagamentos efetuados por meio de cartões de crédito ou de débito, informados pela empresa administradora dos respectivos cartões.

[...]

De forma que o Dec. N. 27.462, de 20 de abril de 2004, deu nova redação à seção XXXIII do capítulo II do título II do livro terceiro do decreto nº 24.569/97, instituindo sistemática simplificada de apuração do ICMS no fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, in verbis:

[...]

Assim, a autuada firmou com o fisco estadual o Termo de Acordo de nº 517/2004 (fls. 102) para os fins de concessão de regime Especial de Tributação, com esteio nas disposições dos artigos 567, 568 e 763 do Decreto nº 24.569, onde destacaremos as cláusulas abaixo:

'CLÁUSULA PRIMEIRA. Fica concedido à ACORDANTE, em substituição à sistemática normal de tributação e apuração do imposto, Regime Especial de Tributação, Simplificado, que consistirá no cálculo do imposto devido mediante a aplicação de percentual de 3,5% (três vírgula cinco por cento) incidente sobre o total do faturamento bruto relativo à saídas de alimentação e outras mercadorias disciplinadas no Decreto nº 27.426, de abril de 2004'

Sendo prorrogado por meio do Termo de Acordo nº 269/2007 (fls. 103):

'CLÁUSULA PRIMEIRA. A cláusula sétima do Termo de Acordo nº 517/2004 passa a vigorar com a seguinte redação:

'CLÁUSULA SÉTIMA. Este termo de Acordo entrará em vigor na data da sua assinatura e produzirá efeitos no período de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2007, prorrogável por meio solicitação à Coordenadoria de Administração Tributária – CATRI –, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias antes de expirar o prazo de sua vigência, podendo ser cassado ou

alterado a qualquer tempo, por ato unilateral da Secretaria da Fazenda, quando julgá-lo contrário aos interesses do Estado ou por denúncia espontânea do contribuinte'.

De modo que em razão da recorrente ter celebrado com o fisco estadual o regime especial de tributação deve a autoridade fiscal apurar o imposto de acordo com as normas que regem a matéria.

Por outro lado, a Norma de Execução nº 3/2011 estabelece que a autoridade fiscal ao se deparar com ilícito tributário decorrente do cotejo entre os valores das vendas de mercadorias declarados pelo contribuinte e os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito deve observar as regras dispostas nos dispositivos abaixo:

§ 5º Constatada a diferença a que se refere o caput deste artigo, o agente do fisco deverá apurar os valores a serem cobrados, observando o que segue:

I – Calcular sobre o total das vendas declaradas os percentuais relativos às vendas isentas, não tributadas ou sujeitas à substituição tributária e as vendas tributadas, de acordo com suas respectivas alíquotas, em cada período;

II – Aplicar os percentuais encontrados na forma do inciso I sobre o total da diferença, para:

a) Em se tratando de vendas isentas, não tributadas ou sujeitas à substituição tributária, identificar e calcular a multa pecuniária, conforme o caso;

b) Em se tratando de vendas tributadas, identificar e calcular o valor do ICMS devido e da multa pecuniária aplicável ao caso.

Art. 5º Apurada a diferença na forma da alínea "b" do inciso II, § 5º do art. 1º desta Norma de Execução, sobre a base de cálculo tributável deverá ser aplicado o percentual equivalente:

I – a alíquota interna correspondente à respectiva operação de vendas ou prestação de serviços no caso dos contribuintes do ICMS enquadrados no Regime de Recolhimento Normal;

II – ao percentual da carga tributária estabelecida para o respectivo regime especial correspondente à operação de venda ou prestação de serviço previstos na legislação, no caso dos contribuintes do ICMS enquadrados nos regimes especiais de tributação do imposto, inclusive nas operações realizadas por restaurante, bar, lanchonete, hotel e assemelhados prevista na seção XXXIII do Decreto nº 24.569, de 31 de julho de 1997, quando será aplicado o percentual de 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento)

Assim, com base nas normas acima citadas entendemos que deve ser aplicado a carga tributária de 3,5%, referente as operações com tributação normal com multa gizada no art. 123, III, "b", da Lei 12.670/96 e somente a multa do art. 126 da Lei 12.670/96 para as operações com mercadorias isentas, utilizando a planilha realizada pelo autuante às fls. 10 dos autos em conjunto com a DIEF da recorrente em anexo."

Portanto, conforme parecer acima transcrito, aqui admitido no todo, após considerar os argumentos apresentados pela Recorrente, separando as operações por regime de tributação, e aplicando as alíquotas e penalidades cabíveis a cada espécie, não restam dúvidas quanto a parcial procedência da autuação.

Nesse contexto, VOTO para que se conheça do Recurso Voluntário e lhe seja DADO PROVIMENTO, para que seja mantida a decisão de PARCIAL PROCEDÊNCIA do feito fiscal, conforme parecer da Procuradoria Geral do Estado.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

REGIME DE TRIBUTAÇÃO NORMAL (95,81%) BASE DE
CÁLCULO R\$ 311.579,33

ICMS (3,5%) – R\$ 10.905,28

MULTA (30%) – 93.473,80

REGIME DE TRIBUTAÇÃO ISENTAS (4,19) – BASE DE
CÁLCULO R\$ 13.626,11

MULTA (10% - ART. 126, DA LEI N.º 12.670/96) – R\$ 1.362,61

DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente **RESTAURANTE FERREIRO CAFÉ LTDA.** e recorrido **CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.** A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso interposto, resolve, por unanimidade de votos, dar parcial provimento ao recurso, para reformar a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância, julgando **PARCIALMENTE PROCEDENTE** a presente ação fiscal, nos termos do voto do Conselheiro Relator, conforme parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Presente à Câmara o representante legal da autuada, Dr. Ivan Lúcio Falcão que, por ocasião da sustentação ora, declinou da nulidade argüida na peça recursal.

SALA DAS SESSÕES, em Fortaleza, aos 19 de 05 de 2015.

Francisca Marta de Sousa
Presidente

Alexandre Mendes de Sousa
Conselheiro

Ana Mônica Filgueiras Menescal
Conselheira

Francisco José de Oliveira Silva
Conselheiro

Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
Conselheiro

Matheus Lana Neto
Procurador do Estado

Annelina Magalhães Torres
Conselheira

José Gonçalves Feitosa
Conselheiro

Vanessa Albuquerque Valente
Conselheira

André Arraes de Aquino Martins
Conselheiro

Ciente em:
19/05/15