

PROCESSO - A.I. Nº 233099.0041/03-6
RECORRENTE - POJUCA S/A
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO –Acórdão 2ª JJF nº 0440-02/03
ORIGEM - INFAZ CAMAÇARI
INTERNET - 10.08.04

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0252-11/04

EMENTA: ICMS. REGIME DE APURAÇÃO EM FUNÇÃO DA RECEITA BRUTA. RESTAURANTE. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. NÃO INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DE VALORES RELATIVOS A ALIMENTOS. Infração descaracterizada tendo em vista que, mediante diligência fiscal, restou comprovada a inclusão de parcelas relativas à prestação de serviço, não sujeitas à incidência do ICMS. Rejeitada a preliminar de nulidade. Reforma da Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 13/08/2003, contra a empresa autuada POJUCA S/A, cobrando a exigência de R\$24.952,34 de imposto, mais multa, sob acusação da falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente à comercialização de refeições, apurado com base no Regime de Apuração em Função da Receita Bruta, nos exercícios de 2000 e 2001, conforme demonstrativos e documentos às fls. 08 a 62.

O autuado representado por advogado legalmente constituído em sua peça defensiva alegou que:

- a) a empresa explora o ramo hoteleiro, voltado para o turismo de lazer e ecológico, sendo remunerada pelos hóspedes através do pagamento de diária na qual estão incluídos os valores a título de café da manhã e o jantar (meia pensão), e em alguns eventos, café da manhã, almoço e o jantar (pensão completa).
- b) as refeições não inclusas na diária são apuradas e registradas nos diversos pontos de venda nas dependências do hotel e cobradas dos hóspedes como despesas extras e pagas no encerramento da estadia.
- c) diariamente são gerados relatórios de auditoria por sistema computadorizado, por tipo de gastos, e elaborado Relatório Diário de Operações - RDO (o mais analítico é o Relatório 8), com a identificação de cada receita do dia, com a segregação do valor da diária, valores esses que são contabilizados no Razão, Diário e Balancetes pelos seus totais acumulados no último dia de cada mês.
- d) os valores das diárias consta no RDO sob os títulos: EM ALIMENTOS (café da manhã; meia pensão ventilada; Map/alimentos) e EM BEBIDAS (Map/bebidas).

Aduziu que o autuante considerou valores registrados no livro Razão com a denominação “Map Alimentos”, abstraindo-se dos valores consignados nos livros fiscais, ressaltando que o mesmo deveria ter solicitado justificativas das divergências que apurou no seu trabalho fiscal.

Asseverou que nos contratos de hospedagem existem as diárias completas que incluem alimentação integral, ressaltando que os valores insertos nas diárias não configuram base de cálculo para a apuração do ICMS a ser recolhido mensalmente, mas tão somente para o ISS. Citou a definição de contrato de hospedagem constante no Manual Teórico e Prático dos Contratos de autoria de renomada professora.

Transcreveu o item 99 da lista de serviços do Decreto nº 406/68, e o subitem 9.01 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003, com o fito de mostrar que no caso de contrato de hospedagem em hotéis, motéis, pensões e congêneres, o valor da diária fica sujeito ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza.

Protestando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial perícia técnica, requereu a Improcedência do Auto de Infração.

O autuante em sua informação fiscal à fl. 89 ratificou em todos os termos a autuação, fundamentado no argumento de que o contribuinte supra já havia sido por ele autuado através do Auto de Infração nº 233099.0020/02-0, referente aos exercícios de 1998 e 1999, cujo processo apesar de provido parcialmente o Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, continua entendendo que a rubrica “Map Alimentos” integra a base de cálculo para fins de apuração do ICMS devido.

A 2ª JF proferiu Decisão pela Procedência do Auto de Infração.

Inconformado, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário suscitando em preliminar, a nulidade da infração, arguindo cerceamento de defesa, pelo fato de ter requerido revisão por fiscal estranho ao feito, respaldado no princípio constitucional da ampla defesa, e entendeu que a negativa do seu pleito feriu o referido princípio constitucional.

Argui, no mérito, a Improcedência do Auto de Infração, alegando que a sua fundamentação contém vícios, pois o autuante teria considerado os valores registrados no livro Razão e desprezado os constantes dos livros fiscais para apurar a receita de alimentos.

Assevera que os valores incluídos nas diárias, se configuram base de cálculo para o imposto municipal (ISS). Citou Doutrina acerca do conceito de contrato de hospedagem, e o art. 99 do Decreto nº 406/68. Junta Decisões e Pareceres exarados em outros PAFs, e pede a Improcedência do Auto de Infração em lide.

A PGE/PROFIS, instada a emitir opinativo acerca das razões recursais, entendeu pelo atendimento do pleito de diligência, por se tratar de processo idêntico a outro onde foi realizada diligência contábil pela ASTEC, a qual trouxe aos autos elementos esclarecedores.

O entendimento pela realização de diligência emitido pela representante da PGE/PROFIS foi reiterado pela relatora do Processo, que converteu o processo em diligência à ASTEC, conforme fl. 139 dos autos, para verificar se foram incluídas as parcelas relativas à prestação de serviço na base de cálculo.

O diligente fiscal da ASTEC procedendo à verificação dos documentos em atendimento à diligência, elaborou o Parecer nº 0063/04, conforme fls. 141 a 144, concluiu, após a análise dos relatórios internos de controle gerencial produzidos pela empresa, que o item Map/alimento constante no RDO faz parte do valor da diária.

O autuado e autuante foram intimados a tomarem ciência da revisão fiscal, tendo o recorrente apresenta nova manifestação.

A PGE/PROFIS exarou Parecer às fls. 163 e 164, onde considera que devem ser acatadas as conclusões da ASTEC, opinando pelo Provimento do Recurso Voluntário interposto para julgar Improcedente a autuação, uma vez que restou evidente que as operações autuadas são tributadas pelo ISS, pois inclusas no valor da diária, fora do alcance da tributação estadual, através do ICMS.

VOTO

De fato, a diligência se fazia necessária para escoimar os equívocos incorridos no procedimento fiscal, contudo, não se trata de decretar a nulidade da Decisão, uma vez que não obstante o julgador da Primeira Instância tenha deixado de adotar o que dispõe o § 1º, art. 18 do RPAF/99, a diligência foi deferida e, assim, não há o que se falar em prejuízo para o recorrente uma vez que

no Recurso Voluntário devolve-se toda a matéria para o juízo “*ad quem*”. Pelo exposto, afasto a nulidade argüida, e passo a decidir quanto ao mérito.

Pela descrição dos fatos constante no corpo do Auto de Infração o fulcro da autuação concerne a recolhimento de ICMS efetuado a menos, nos exercícios de 2000 e 2001, tendo em vista que não foram incluídos na base de cálculo os valores concernentes a rubrica MAP/Alimentos constantes na contabilidade (livro Razão) do contribuinte e no Relatório Diário de Operações (RDO), sendo, por isso, apurado no período a receita bruta superior à base de cálculo consignada no livro RAICMS no período fiscalizado, considerando o recolhimento do autuado de acordo com o Regime de Apuração em Função da Receita Bruta, conforme demonstrativos e documentos às fls. 8 a 62.

Pelos esclarecimentos prestados pelo autuado, não pairam dúvidas de que o seu estabelecimento na condição de empresa que explora o ramo hoteleiro, é remunerada pelos hóspedes mediante o pagamento de diária, e que nesta estão incluídos os valores a título de café da manhã e o jantar (meia pensão), e em alguns eventos, café da manhã, almoço e o jantar (pensão completa).

A questão se resume exclusivamente se o item das despesas intitulado na contabilidade como MAP/Alimentos está incluído na diária ou não. Cumpre observar, que o estabelecimento foi anteriormente autuado pelo preposto fiscal pelo mesmo fato através do Auto de Infração nº 233099.020/02-0, sendo o mesmo julgado Procedente, com redução do débito, pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0249-02/02), e reformada a Decisão recorrida com base em diligência fiscal, sendo considerada indevida para fins de ICMS a inclusão do item correspondente a MAP/Alimentos (Acórdão CJF nº 0494-11/03 da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal).

No caso em tela, restou cabalmente demonstrado pela diligência que no procedimento fiscal o autuante incluiu parcelas referentes às operações que não são alcançadas pela tributação do ICMS, porque em se tratando de um hotel as parcelas relativas ao café da manhã e outras são incluídas no preço das diárias, e neste caso, fica sujeito ao pagamento do imposto municipal, uma vez que relativamente ao serviço de hospedagem está previsto na Lista de Serviços item 99, conforme prevê o art. 8º do Decreto-Lei nº 406/68, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 56/87.

Deste modo, diante dos esclarecimentos do recorrente, no contexto das operações que realiza, tendo em vista a atividade desenvolvida pela empresa, e corroborada pelo diligente ao concluir que a rubrica “Map/Alimentos” registrava refeições inclusas no preço da diária, acato integralmente o Parecer da PGE/PROFIS, e profiro meu voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 233099.0041/03-6, lavrado contra **POJUCA S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de julho de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

ROSA MARIA DOS SANTOS GALVÃO - RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS