

PROCESSO - A. I. Nº 272041.0202/15-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - WAT COMERCIO E SERVIÇOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0004-02/16
ORIGEM - INFAS EUNAPOLIS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/12/2016

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0204-12/16

EMENTA: ICMS. ENTRADAS NÃO REGISTRADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Quando esta situação ocorre, a lei autoriza a presunção de que o sujeito passivo efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. A ocorrência foi constatada pela falta de contabilização de entradas de mercadorias. Comprovada a inadequação do roteiro de fiscalização da forma como foi aplicado, em virtude do ramo de atividade do estabelecimento ser “hotel”, com venda de serviços de hospedagem com fornecimento do serviço “all inclusive”, cuja operação sujeita-se ao pagamento de imposto municipal”. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO** e, de ofício, julgar **Improcedente** o Auto de Infração. Decisão unânime

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal que, por unanimidade, julgou Nulo o Auto de Infração em referência o qual fora lavrado para reclamar crédito tributário no valor de R\$ 190.975,95, acrescido da multa de 100%. Acórdão JJF Nº 0004-02/16, em face do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS: *Infração 05.05.01- Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas.*

O ilustre relator da Decisão recorrida assim fundamentou o seu voto:

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS, relativo à presunção legal de ocorrência de operações de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, decorrente da constatação de entradas de mercadorias não registradas na escrita fiscal, apurada através de notas fiscais de compras (NFe) ausentes do Sintegra, e relacionadas no demonstrativo às fls. 08 a 30, nos exercícios de 2011, 2012 e 2013, cuja presunção é prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, in verbis:

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.

Portanto, a infração decorre da presunção da omissão de saída decorrente da falta de registro de notas fiscais de entrada de mercadorias não contabilizadas, ressalvado ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, pois tal constatação indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos destas mercadorias com Recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

Assim, é permitido legalmente o lançamento por presunção, que cabe prova em contrário, como fez o

impugnante ao trazer ao processo documentos visando provar que parte das notas fiscais que foram acusadas não justifica a presunção, com base nas seguintes alegações:

- a) que a conclusão fiscal está baseada apenas na comparação dos valores constantes no Sintegra versus as informações constantes no sistema Sefaz de Notas Fiscais, tendo apresentado uma planilha às fls.97 a 112 das notas fiscais que diz se encontrar escrituradas nos livros fiscais, fato não observado pela fiscalização;
- b) que existe uma quantidade de notas fiscais na qual o auditor alega ter o estabelecimento recebido, porém a própria empresa remetente emitiu notas fiscais de devolução sem seu conhecimento, discriminadas à fl.113;
- c) que registrou um Boletim de Ocorrência contra a empresa “DE NIGRIS DISTRIBUIDORA DE VEÍCULOS LTDA”, em virtude da emissão em seu nome de uma série de notas fiscais das quais não tinha ciência e nem sequer havia efetuado nenhum pedido ou compra.

Como se depreende dos argumentos defensivos apresentados a questão a ser decidida se concentra na análise das provas, eis que, se confirmados os documentos acima citados resta elidida a acusação fiscal.

Antes de entrar no exame das provas apresentadas, observo que foi informado pelo autuado que tem por atividade principal HOTEL no seu objeto social, o que foi confirmado no sistema da Secretaria da Fazenda.

Cabe analisar o que diz a legislação a respeito da atividade de hotel e congêneres.

A rigor todo contribuinte na condição “hotel” exerce atividade mista, ou seja, é hotelaria bem como restaurante. Por força do art. 2º, IX, “g”, combinado com o artigo 36, § 2º, XII, do RICMS/97, bem como pelas disposições contidas no RICMS/2012, está obrigado a recolher o ICMS sobre o fornecimento de alimentação, que não esteja inclusa no preço da diária ou mensalidade. E é assim que deve proceder, recolhendo o imposto pelo regime especial de sua receita bruta.

Rezam os artigos abaixo, in verbis:

Art. 2º Nas operações internas, interestaduais e de importação, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:

(...)

IX - do fornecimento de mercadoria com prestação de serviços compreendidos na competência tributária dos Municípios, em que, por indicação expressa de lei complementar, o fornecimento de materiais se sujeitar à incidência do ICMS, a saber (Anexo 1):

g) fornecimento de alimentação em hotéis, motéis, pensões e congêneres, sempre que o respectivo valor não estiver incluído no preço da diária ou mensalidade;

Art. 36. Contribuinte do ICMS é qualquer pessoa física ou jurídica que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

§ 2º Incluem-se entre os contribuintes:

.....
XII - o restaurante, bar, café, lanchonete, cantina, hotel e estabelecimentos similares que efetuam o fornecimento de alimentação, bebidas ou outras mercadorias;

Da análise das peças que compõem o presente processo, verifica-se que a autuação se deu em razão de ter sido identificada a existência de documentos fiscais sem que tivesse os devidos registros em suas escritas, tendo sido exigido imposto por omissão de saídas de mercadorias tributáveis anteriormente, sem a emissão de nota fiscal, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas de mercadorias, efetuou o pagamento de tais entradas com Recursos decorrentes de operações também não contabilizadas.

No caso presente, considerando-se que é cristalino que o contribuinte exerce a atividade de hotel com o fornecimento de serviços de competência do Poder Público Municipal.

Na fase de instrução, deixei de submeter o processo para realização de diligência visando a confirmação se os documentos fiscais objeto da autuação foram escriturados nos livros fiscais, visto que o próprio autuante anexou às fls.88 a 91, cópias dos Relatórios da DMA Consolidada dos anos de 2011, 2012 e 2013, nas quais inexistiu qualquer venda tributada pelo ICMS. Entendo que caso o estabelecimento tivesse realizado operação sujeita ao ICMS sem ter levado à tributação desse imposto, o autuante teria exigido o respectivo imposto. Portanto, considerando que o autuante não apontou qualquer erro nas informações constantes nas DMAs, entendo desnecessário analisar as provas apresentadas na defesa de que parte dos documentos fiscais estaria registrada na escrita fiscal, pois as DMAs indicam que 100% das operações de saídas não está sujeita ao ICMS.

No caso dos autos, repito, a presunção não poderia ter sido utilizada em desfavor do contribuinte, uma vez que

se trata de um estabelecimento hoteleiro, cujas atividades, na sua maioria, não se submetem ao imposto estadual, mas, sim, ao ISS, tributo cobrado sobre as hospedagens prestadas pelo recorrente a seus clientes. O ICMS incide, no caso de empresas do ramo hoteleiro, exclusivamente sobre as refeições comercializadas. Contudo as peças processuais demonstram que o autuado não comercializa com refeições, pois estas são vendidas juntamente com as diárias no sistema de “all inclusive”.

Assim, entendo que inexiste probabilidade de que fato o gerador tenha ocorrido, o que impede a aplicação da presunção de omissões de saídas de mercadorias tributáveis, o que torna inadequado o roteiro de fiscalização utilizado para a atividade do contribuinte.

Vale consignar ainda que a correção do roteiro de auditoria através deste processo implicaria em uma nova fiscalização, razão pela qual impõe a NULIDADE do Auto de Infração, por inadequação do roteiro na forma como foi adotado, implicando em insegurança da acusação e da quantificação da base de cálculo, conclusão essa que fundamento no nas disposições do art. 18, inc. IV letra “a”, do RPAF/99.

Dessa forma, recomendo a renovação do procedimento fiscal, com aplicação de outros roteiros de fiscalização ou mesmo com a aplicação do roteiro de diferencial de alíquotas, antecipação tributária, ou qualquer outro, desde que sejam observadas as peculiaridades do negócio do sujeito passivo.

Ante o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

A Junta recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício contra Decisão proferida pela 2ª JJF que julgou, por unanimidade, nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/06/2015, com o objetivo de exigir crédito tributário, no valor histórico de R\$190.975,95 (cento e noventa mil novecentos e setenta e cinco reais e noventa e cinco centavos).

A Auto de Infração é decorrente da falta do pagamento do ICMS, por presunção legal da omissão de saída de mercadorias decorrente da falta de registro, nos seus livros, de notas fiscais de entradas de mercadorias não contabilizados, tal omissão indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos destas mercadorias com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizados e também não contabilizados.

O recorrido impugnou o lançamento apregoando que a natureza jurídica da empresa é de prestação de serviços, atividade econômica principal: 5510.801 Hotéis (fls.26), conforme documento do SINTEGRA. Afirma que o faturamento do autuado é com serviços de hospedagem sem fornecimento de mercadorias, documentos às fls. 118/119.

No julgamento de piso o relator diz que a presunção não poderia ser utilizada em desfavor do contribuinte, uma vez que se trata de um estabelecimento hoteleiro, cujas atividades, na sua maioria não é devido o imposto estadual, mas sim, o ISS, tributo cobrado sobre os serviços prestados pelo hotel, sem fornecimento de mercadorias.

Verifico como base nas documentações carreadas ao PAF que as notas fiscais objeto do lançamento, foram adquiridas pelo recorrente para prestação de serviços abrangidos pela incidência do ISS, em virtude do ramo de atividade do estabelecimento ser “hotel”, com prestação de serviços de hospedagem sem fornecimento de mercadorias, cuja operação sujeita-se ao pagamento de imposto municipal.

Diante desta situação, entendo que, na verdade, não há, propriamente, nulidade do Auto de Infração, mas sim uma evidente improcedência, uma vez que a infração imputada ao sujeito passivo tributário não restou caracterizada.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto e, de ofício, modifio a Decisão recorrida para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, de ofício, modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 272041.0202/15-0, lavrado contra **WAT COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de novembro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS