



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CRT

RESOLUÇÃO: Nº 091 / 2015

134ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 10/11/2014

PROCESSO: Nº 1/2917/2011 AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/2011.07854

RECORRENTE: RESTAURANTE FERREIRO CAFÉ LTDA-ME

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

AUTUANTE: ADALBERTO BARBOSA DE SOUSA

CONSELHEIRO RELATOR: ALEXANDRE MENDES DE SOUSA

EMENTA: ICMS - FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL - OMISSÃO DE SAÍDAS - Contribuinte efetuou venda de mercadorias sem emissão de documentos fiscais. Ilícito detectado através do confronto entre as DIES e as Receitas Financeiras declaradas por operadoras de cartão de crédito e débito. Auto de Infração julgado **PROCEDENTE**. Infringência ao artigo 127, 169, 174 e 177 do Decreto nº 24.569/97. Penalidade, inserta no art. 123, III, "b", da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03. Recurso Voluntário conhecido e não provido. Decisão por unanimidade de votos.

RELATÓRIO

Versam os autos a respeito da omissão de saídas de mercadorias sujeitas as tributação normal no montante de R\$ 108.239,12, nos meses de 01/2010, 02/2010, 04/2010, 08/2010 e 11/2010.

A infração foi apurada através do confronto das DIES declaradas pela autuada no período fiscalizado com as receitas financeiras informadas pelas empresas operadoras de cartão de crédito e débito, fls.07 dos autos.

Após indicar os dispositivos legais infringidos, o Agente Fiscal assinala como penalidade no art. 123, inciso III, alínea "b", da Lei nº 12.670/96, modificada pela Lei nº 13.418/03.

Apresenta o demonstrativo do crédito tributário nos seguintes valores:

Base de CalculoR\$ 108.239,12

ICMS.....R\$ 18.400,65

Multa.....R\$ 32.471,74
Total.....R\$ 50.872,39

Contribuinte foi declarado revel conforme termo de revelia lavrado e apensa aos autos fls.36.

A autuada requereu o pagamento do crédito, sustentando que a alíquota aplicável no caso é de 3,5% (doc. 55/56)

O julgador singular após analisar o processo declara o feito fiscal procedente. Afirma que, de fato os números do quadro às fls. 07 revelam que o contribuinte obteve transferências eletrônicas de fundos ou TEF das empresas operadoras de cartões no montante superior às receitas de vendas declaradas nos livros e DIEF, no montante de R\$ 108.239,12.

Esclarece ainda que o não se aplica ao caso a extinção do processo pelo pagamento efetuado pela autuada, uma vez que não é manifesto que a mesma fizesse jus ao regime especial previsto nos artigos 763/766-A, pois não houve celebração de Termo de Acordo nos termos do art. 567 e 568 do RICMS.

Insatisfeita com a decisão condenatória de Primeiro Grau a empresa apresenta recurso voluntário alegando o seguinte:

1 - Que no valor pago pelo cliente com cartão de crédito está incluído o valor do *couvert artístico* que não pertence ao estabelecimento, de modo que não pode compor a base de cálculo do ICMS;

2 - Que seja realizada pericia para excluir a quantia de R\$ 5,00 de cada um dos pagamentos realizados por meio de cartão de crédito.

3 - Que o percentual de 10% (dez por cento) sobre o consumo à título de taxa de serviço (gorjeta) não compõe a Base de Cálculo do ICMS, razão pela qual requer Pericia para excluir o referido percentual da diferença apurada pela fiscalização;

4 - Que o teor do disposto no art. 763, parágrafo 3º, IV e V do RICMS/CE devem ser excluídos do faturamento para fins de incidência do imposto, dentre outras, as saídas de mercadorias tributadas pelo regime de Substituição Tributária cujo imposto já foi retido na fonte, pois tais mercadorias representam 80% (oitenta por cento) ou mais de suas saídas;

5 - Que já efetuou o Pagamento Parcial do auto de infração, recolhendo o imposto na alíquota de 3,5% por se tratar de restaurante;

6 - Que seja acatada a alíquota de 3,5% para o cálculo do imposto devido;

7 - Que seus advogados sejam intimados para comparecerem a Sessão de Julgamento, ocasião em que farão Sustentação oral de sua tese de Recurso.

A Consultoria ao analisar o recurso interposto expressa posicionamento pela manutenção da decisão de primeira instância. Refuta os argumentos apresentados pela empresa na peça recursal, afirma que o Auto de Infração trata somente de tributação normal, que as operações sujeitas a Substituição tributária foi objeto do AI nº 2011.07855, sem inócuo o argumento apresentado pela recorrente. Quanto a *couvert artístico* fazer parte da Base de Cálculo do ICMS, esclarece a consultora que o serviço de competência do Município e a incidência é do ISS. Quanto ao argumento

de que o percentual de 10% (dez por cento) sobre o consumo à título de taxa de serviço (gorjeta) não comporia a base de cálculo do ICMS, motivo pelo qual deveria ser retirada da cobrança, , ressalta a consultoria que mais uma vez a recorrente se equivocou pois a taxa de serviço compõe a Base de Cálculo do ICMS, conforme prescreve art. 3º, inciso II, e artigo 28, inciso II da Lei nº 12.670/96.

Por tais considerações, conhece do recurso voluntário interposto, nega-lhe provimento para confirmar a decisão condenatória proferida em Primeira Instância, nos termos do julgamento singular.

O representante da douda Procuradoria Geral do Estado através do Despacho as fls. 108, admite o parecer da Consultoria nos termos propostos.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

O contribuinte devidamente qualificado nos autos é acusado pelo Fisco estadual de omissão de saídas de mercadorias sujeitas as tributação normal no montante de R\$ 108.239,12. O ilícito foi detectado através do confronto das informações declaradas pela autuada na Dief com as receitas financeiras informadas pelas empresas operadoras de cartão de crédito e debito dos meses de 01/2010, 02/2010, 04/2010, 08/2010 e 11/2010.

A empresa na tentativa de desvencilhar-se da acusação fiscal interpõe Recurso Voluntario apresentando os seguintes argumentos, em síntese:

- Que no valor pago pelo cliente com cartão de crédito está incluído o valor do *couvert artistico* que não pertence ao estabelecimento, de modo que não pode compor a base de cálculo do ICMS. Que seja realizada pericia para excluir a quantia de R\$ 5,00 de cada um dos pagamentos realizados por meio de cartão de crédito.
- Que o percentual de 10% (dez por cento) sobre o consumo à título de taxa de serviço (gorjeta) não compõe a Base de Cálculo do ICMS, razão pela qual requer Pericia para excluir o referido percentual da diferença apurada pela fiscalização;
- Que o teor do disposto no art. 763, parágrafo 3º, IV e V do RICMS/CE devem ser excluídos do faturamento para fins de incidência do imposto, dentre outras, as saídas de mercadorias tributadas pelo regime de Substituição Tributária cujo imposto já foi retido na fonte, pois tais mercadorias representam 80% (oitenta por cento) ou mais de suas saídas;
- Que já efetuou o Pagamento Parcial do auto de infração, recolhendo o imposto na alíquota de 3,5% por se tratar de restaurante. Desse modo requer seja acatada a alíquota de 3,5% para o cálculo do imposto devido;

A conclusão que chegamos após analisar o presente feito fiscal é de que a decisão singular deve ser mantida. Os argumentos apresentados pela empresa em seu recurso não possuem o condão de ilidir a pretensão fiscal.

Inicialmente convém informa que o auto de infração em tela trata somente das operações sujeitas a Tributação Normal, que as operações sujeitas a Substituição Tributária/Isentas/Outras foram objeto do Auto de Infração nº 2011.07855, conforme se constata pela consulta ao Sistema CAF (fls.99), tendo sido devidamente quitado em 01/08/2001, conforme fls.110 dos autos. Dessa forma, entendo como desarrazoada a alegativa da recorrente de que devem ser excluídas do faturamento as operações mercadorias sujeitas a substituição tributária constantes no presente lançamento fiscal, vez que não foram computadas nesse lançamento.

Quanto à cobrança de R\$ 5,00 (cinco reais) pago pelo cliente a título de *couvert artístico* ser descontado de cada pagamento efetuado por cartão através da pericia, o argumento não tem sustentação jurídica. O Decreto nº 11.591/2004 (Regulamento do ISS) em seu art. 39, inciso II, estabelece incidência de ISS, motivo pelo qual não compõe a base de cálculo do ICMS, razão pela qual deve ser rejeitado tal argumento.

Vale ressaltar que a recorrente não comprovou que sobre os valores informados pelas Administradoras de Cartão houve cobrança de *couvert artístico*. Não foi acostado aos autos nenhum recibo de pagamento dos artistas ou notas fiscais de serviços, comprovando que houve a cobrança sobre o serviço prestado.

No tocante a alegativa de que o percentual de 10% (dez por cento) sobre o consumo à título de taxa de serviço (gorjeta) não comporia a base de cálculo do ICMS, razão pela qual requer a sua exclusão da diferença apurada, ressalto a que mais uma vez a recorrente se equivocou pois a taxa de serviço compõe a Base de Cálculo do ICMS, conforme prescreve art. 3º, inciso II, e artigo 28, inciso II da Lei nº 12.670/96, *in verbis*:

Art. 3º Considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:

II - do fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, incluídos os serviços prestados, por qualquer estabelecimento;

Art. 28. A base de cálculo do ICMS é:

II - na hipótese do inciso II do artigo 3º, o valor da operação, compreendendo mercadoria e serviço;

Em relação a cobrança destaco que a até a presente data o Estado do Ceará não foi autorizado a excluir a Gorjeta da base de cálculo do ICMS incidente no fornecimento de alimentação e bebidas promovido por bares e restaurantes, hotéis e estabelecimento similares, conforme Convênio ICMS 125/2011.

Quanto ao pagamento Parcial do auto de infração recolhido no percentual de 3,5% (três e meio por cento) requerendo que seja acatado, entende que não pode ser aceito pelo fato da recorrente não ter comprovado que no exercício fiscalizado era optante do Regime Especial de Tributação nos termos do parágrafo 1º do artigo 765 do Decreto nº 24.569/97, senão vejamos:

Art. 765. Os estabelecimentos a que se refere esta Seção, exceto os fornecedores de refeições industriais e os serviços de buffet, ficam sujeitos a utilização de equipamento emissor de cupom fiscal que atenda a legislação pertinente.

§ 1º O tratamento previsto nesta seção, deverá ser adotado mediante a celebração de Termo de Acordo nos termos dos artigos 567, 568 deste Decreto.

Portanto, como restou plenamente comprovada a infração denunciada na peça inicial, acato na íntegra a decisão singular de procedência da acusação fiscal, devendo a recorrente ser sancionada nos termos do art. 123, inciso III, alínea “b”, da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03.

Ante ao exposto, voto pelo conhecimento do Recurso Voluntário, negar-lhe provimento para confirmar a decisão CONDENATÓRIA proferida em 1ª Instância, nos termos do julgamento singular e parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É como voto.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

BASE DE CALCULO R\$ 108.239,12

ICMS	R\$ 18.400,65
MULTA.....	R\$ 32.471,74
TOTAL.....	R\$ 50.872,39

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente RESTAURANTE FERREIRO CAFÉ LTDA-ME recorrido CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1º INSTÂNCIA, resolvem:

A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso interposto, resolve por unanimidade de votos, negar-lhe provimento, para manter a decisão **CONDENATÓRIA** proferida pela 1ª Instância, nos termos do voto do Conselheiro Relator, conforme parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Presente, para apresentação de defesa oral, a representante legal da autuada, Dr. Ivan Lúcio Falcão.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 02 de 02 de 2.015.

Francisca Marta de Sousa
PRESIDENTE

Alexandre Mendes de Sousa
CONSELHEIRO RELATOR

Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
CONSELHEIRO

Ana Mônica Filgueiras Menescal
CONSELHEIRA

Francisco José de Oliveira Silva
CONSELHEIRO

Matheus Lima Neto
PROCURADOR DO ESTADO

Anneline Magalhães Torres
CONSELHEIRA

José Gonçalves Feitosa
CONSELHEIRA

Vanessa Albuquerque Valente
CONSELHEIRA

André Arraes de Aquino Martins
CONSELHEIRO