



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

RESOLUÇÃO Nº.: 29 /2015
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO
157ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 04/12/2014
PROCESSO Nº.: 1/2358/2011
AUTO DE INFRAÇÃO Nº.: 1/201106924-9
RECORRENTE: CEJUL e V.M.M RESTAURANTE
RECORRIDA: AMBOS
AUTUANTE: José Alberto de Falconeri
MATRÍCULA: 037864-1-2
RELATOR: Conselheiro Filipe Pinho da Costa Leitão

EMENTA: ICMS – 1. FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL – 2. Empresa acusada de efetuar vendas através de cartão de crédito/débito maior que os valores informados por DIEF, referentes ao exercício de 2009. Recurso ordinário conhecido e parcialmente provido. 3. Auto de infração julgado **PARCIAL PROCEDENTE**, por maioria de votos, reformada decisão singular, nos termos do parecer da consultoria tributária, referendado pelo d. Representante da Procuradoria Geral do Estado. 4. Infringido o artigo 127 do Decreto 24.569/97. 5. Penalidade prevista no art. 123, III, alínea “b” da Lei 12.670/96 alterado pela Lei 13.418/03.

RELATÓRIO

A peça fiscal submetida a nosso exame tem o seguinte relato: “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. FICOU CONSTATADA A FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS DURANTE O EXERCÍCIO DE 2009, REFERENTE A VENDAS REALIADAS ATRAVES DE CARTÃO DE CRÉDITO NO MONTANTE DE R\$ 2.282.164,80, CONFORME INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES EM ANEXO.



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

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

Após indicar os dispositivos legais infringidos o agente fiscal aponta como penalidade o Art.127, III, "b" da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/03.

Anexos aos autos estão os seguintes documentos:

- Ordem de Serviço;
- Termo de Início;
- Termo de intimação;
- Termo de Conclusão;
- Cópias das DIEFS;
- CD/ROM contendo relatórios das vendas realizadas através das administradoras de cartão de crédito
- CÓPIA DO A.R

Base de Cálculo	R\$ 2.282.164,80
Alíquota	3,50%
Principal	R\$ 79.875,76
Multa	R\$ 684.847,70
Total a Pagar	R\$ 764.723,43

A julgadora singular, após análise das peças instrutórias do processo, proferiu decisão pela PARCIAL PROCEDÊNCIA do auto de infração, tendo em vista um erro de cálculo cometido pelo agente do fisco. Decisão amparada no art. 127, art. 129, art. 174 e art. 177, todos do Decreto 24.569/97. Penalidade prevista no art 123, III, alínea "b" da lei nº 12.670/96.

Base de Cálculo	R\$ 2.282.164,80
Alíquota	3,50%
Principal	R\$ 79.875,76
Multa	R\$ 684.847,70
Total a Pagar	R\$ 764.723,43

A empresa autuada, inconformada com a decisão singular, interpõe recurso ordinário alegando que no relatório enviado pelas administradoras de cartões de créditos os valores de *couvert*

l



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

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT**

artístico e os “10% do garçom” – a gorjeta regulamentada no art. 457, § 3º da CLT – estão inclusos como passíveis de recolhimento do ICMS, quando, na verdade, não o são. Argui, ainda, a exclusão do faturamento para fim de incidência do imposto, das saídas de mercadorias tributadas pelo regime de substituição tributária cujo imposto tenha sido retido na fonte e as sujeitas à alíquota de 27% - 25% + FECOP. Ao final, requer o reenquadramento da penalidade para a do art. 126, caput, da lei 12.670/96, no que pertine às vendas de mercadorias sujeitas ao regime de ST e de 27%.

DO PARECER DA CONSULTORIA TRIBUTÁRIA:

Através de Parecer de Nº 447/2014 a Consultoria Tributária opinou pelo conhecimento dos recursos Oficial e Ordinário, dando provimento ao último, em parte, no sentido de manter o julgamento proferido na instância singular pela **PARCIAL PROCEDÊNCIA** do auto de infração, porém nos termos do parecer exarado.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de Recurso Oficial e Ordinário interposto pela CEJUL e V.M.M RESTAURANTE, objetivando, em síntese, a revisão da decisão exarada no juízo originário no que compete ao auto de infração sob o nº. **1/201106924-9** nos termos da legislação processual vigente.

No processo *sub examine*, o requerente foi autuado por *falta de emissão de documento fiscal*, no exercício de 2009

DAS PRELIMINARES

Não havendo preliminares a serem analisadas, passo ao mérito do processo em epígrafe.

DO MÉRITO

Em relação à alegação da recorrente pela exclusão do valor de R\$ 5,00 (cinco reais) por pagamento realizado por meio de cartão de crédito REDECARD que



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

prestou informação individualizada por operação, insta trazer à discussão dispositivo legal insculpido no art. 39, inc. II do Decreto 11.591/2004, *in verbis*:

Art. 39. O imposto sobre serviços de diversões públicas, lazer, entretenimento e congêneres, especificados nos subitens 12.1 a 12.17 do Anexo I deste Regulamento, será calculado sobre:

I - omissis;

*II - o preço cobrado, por qualquer forma, a título de consumação mínima, cobertura musical, **couvert** e contradança, bem como pelo aluguel ou venda de mesas e lugares em clubes ou quaisquer outros estabelecimentos diversionais;*

Segundo o dispositivo citado, sobre o *couvert* artístico há incidência de ISS, não podendo compor a base do ICMS, contudo não houve comprovação por parte da recorrente de que houve a cobrança do *couvert* sobre os valores informados pela administradora, nem que à época o valor cobrado a tal título era mesmo de R\$ 5,00. Desta feita, a partir de uma vaga suposição não há que prevalecer o argumento defensivo.

Afirma, ainda, a recorrente 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, perquirindo pela sua exclusão. Tal afirmação, data vênua, não é correta, conforme prescreve o artigo 3º, inciso II e artigo 28, inciso II a lei nº 12.670, *in verbis*:

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

I - omissis;

*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:

I - omissis;

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



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

Para robustecer tal posicionamento, oportuno colacionar o REsp nº 78712/PR do Superior tribunal de Justiça:

Processo: REsp 78712 PR 1995/0057035-1
Relator(a): MIN. JOSÉ DE JESUS FILHO
Julgamento: 04/12/1995
Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA
Publicação: DJ 04/03/1996 p. 5388

Ementa

ICMS. FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO E BEBIDAS EM BARES, RESTAURANTES.LEGISLAÇÃO DO PARANA. BASE DE CALCULO.

I - CONFORME DECIDIU ESTA COLENDIA CORTE, O FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO, BEBIDAS E OUTRAS MERCADORIAS EM RESTAURANTES, BARES E ESTABELECIMENTOS SIMILARES TEM COMO BASE DE CALCULO O PREÇO DO FORNECIMENTO, INCLUIDA A PARCELA DA GORJETA DEBITADA NA NOTA FISCAL.TAL FORNECIMENTO, POR NÃO INTEGRAR A LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI N. 406/68, E FATO GERADOR DO ICMS, QUE INCIDE SOBRE O VALOR TOTAL DA OPERAÇÃO (DL LN. 406/68, ART. 8., PARÁGRAFO 2.).PRECEDENTES.

II - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Em relação ao argumento relativo ao reenquadramento da penalidade, entendemos por correto, considerando que a ação fiscal foi realizada com base nas informações apresentadas pela empresa por meio da DIEF, e nesta há informação de que a empresa realizou amente saídas isentas e com regime de Substituição Tributária durante o período de 2009, sendo aplicada, portanto, a penalidade estabelecida no art. 126 da lei nº 12.670/96.

Base de Cálculo	R\$ 2.282.164,80
Alíquota	10%
Principal	R\$ 0,00

l



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

Multa	R\$ 228.216,48
Total a Pagar	R\$ 228.216,48

Ex positis, voto pelo conhecimento do recurso oficial e ordinário, dando parcial provimento ao último, para confirmar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância, nos termos do parecer da consultoria tributária, e julgar **PARCIAL PROCEDENTE** a acusação fiscal, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

É o VOTO

Base de Cálculo	R\$ 2.282.164,80
Alíquota	10%
Principal	R\$ 0,00
Multa	R\$ 228.216,48
Total a Pagar	R\$ 228.216,48




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

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT**

DECISÃO


Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente **CEJUL e V.M.M RESTAURANTE**. A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho e Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer dos Recursos interpostos, e por maioria de votos, dar-lhes parcial provimento, para modificar, em parte, a decisão singular, e julgar **parcialmente procedente** a acusação fiscal, adotando os fundamentos constantes do Parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Foi voto vencido o do Conselheiro Francisco Wellington Ávila Pereira, que se pronunciou pela manutenção do julgamento singular. Esteve presente para sustentação oral, a representante legal da recorrente, Dr. Ivan Falcão..

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 15 de 01 de 2015.


Alfredo Rogério Gomes da Brito
PRESIDENTE

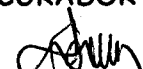

Abílio Francisco de Lima
CONSELHEIRO


Lúcia de Fátima Calou de Araújo
CONSELHEIRA



Francisco Wellington Ávila Pereira
CONSELHEIRO


Rafael Gonçalves Zidan
CONSELHEIRO

Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO


Cícero Roger Macedo Gonçalves
CONSELHEIRO


Filipe Pinho da Costa Leitão
CONSELHEIRO


Agatha Louise Borges Macedo
CONSELHEIRA


Samuel Aragão Silva
CONSELHEIRO