



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº 133 /2016

40ª SESSÃO ORDINÁRIA de: 7.3.2016.

PROCESSO Nº 1/1038/2013

Auto de Infração: 1/201215525-3

RECORRENTE: FRANCISCO DE ASSIS FLORENTINO

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

AUTUANTE: FERNANDO JOSÉ FERREIRA PIMENTEL

RELATOR: VALTER BARBALHO LIMA

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO ACOMPANHADA POR NOTA FISCAL DE SERVIÇO. NÃO HÁ DESTAQUE DO ICMS. 1. Emissão de documento impróprio para a operação. 2. Imperativo da atividade efetivamente praticada - fornecimento de alimentação. 3. Operações tributadas pelo ICMS. 4. Caracterizada a materialidade da infração. 5. Atividade sujeita a regime específico de tributação, aplicável a bares, restaurantes e assemelhados. 6. Recurso ordinário conhecido e provido em parte. 7. Reformada a decisão singular. 8. Autuação julgada parcial procedente, por aplicabilidade do regime próprio, contrário ao parecer da Assessoria Processual Tributária adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. 9. Decisão por voto de desempate da Presidente.

RELATÓRIO

Consigna o relato do auto de infração, que a autuada emitiu notas fiscais de serviço, em operações relativas ao fornecimento de alimentação, sem destaque do ICMS, no importe de R\$ 2.643.107,00, valor sobre o qual fez incidir a obrigação tributária principal, mediante aplicação da alíquota equivalente a 17%, que gerou uma exigência da ordem de R\$ 447.798,20 e igual valor a título de multa, haja vista a sugestão de aplicabilidade da pena prevista no inciso I do artigo 2º da Lei nº 12.670/97.

Acrescenta que que referidas documentos se destinam a empresa EIT - Empresa Industrial Técnica e o agente desconsiderou as regras dos artigos 763 a 766-A do Decreto nº 24.569/97, relativa a restaurante, bar, lanchonete, hotel e assemelhados,



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

tendo em vista que a autuada nunca obteve termo de acordo para esses fins.

Em sede de impugnação, a autuada alega que presta apenas serviço terceirizado de cozinha e, em determinados casos, o cliente se responsabiliza pela compra de todos os insumos utilizados na elaboração das refeições, noutros inclui o fornecimento dos componentes da refeição.

Aduz que as prestações que realiza, consta da cláusula sexta do contrato de prestação de serviços que mantém com a contratada, portanto, jamais houve venda de mercadorias, em que pese nas notas fiscais está grafado fornecimento de alimentação.

Invoca observância ao princípio da verdade material, sob o fulcro que não há notas fiscais de compra, que pode ser comprovado em pesquisa no sistema DIFEF, para, ao final, pugnar pela improcedência do feito fiscal.

O julgador singular, fundamenta seu arrazoado na regra de incidência prevista na inciso I do artigo 2º da Lei nº 12.670/96 e que o contribuinte deveria ter celebrado termo de acordo para uso do regime preconizado no artigo 765 do Decreto nº 24.569/97, para recolhimento do imposto com carga de R\$ 3,5%.

Os argumentos recursais são em muito coincidentes com os da impugnação, acrescido do protesto acerca da rejeição do pedido de perícia e que a inexistência de compras no período de 2006 a 2011, são mais relevantes como prova, para se constatar a real atividade do fiscalizado, notadamente porque o código na CNAE é o mesmo para diversas atividades semelhantes, fato que demonstra por meio de colação de espelho de página da CONCLA. Reitera que deve ser considerada a verdade material, repisa a solicitação de perícia e requer a improcedência da imputação.

A Assessoria Processual Tributária, refuta os argumentos recursais, notadamente no que concerne a atividade exercida estar inserida na lista de serviço anexa à Lei Complementar nº 116/2003, opinar pelo conhecimento do recurso ordinário, nega-lhe provimento, com vistas a que seja mantida a decisão singular, que consistiria da falta de apuração e recolhimento do ICMS, nos termos do § 1º do artigo 763 do Decreto nº 24.569/97, tese não admitida na primeira instância, que alteraria o valor do lançamento, parecer adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É relatório.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

VOTO DO RELATOR

A irregularidade fiscal assente na peça de lançamento, reporta-se à singela e clássica infração falta de recolhimento do ICMS, originada pela conduta ausência de grafia do tributo estadual nos documentos emitidos, por se tratar de nota fiscal de serviço.

O aspecto primordial que permeiam o vertente caso, decorre da constatação material dos fatos objeto da autuação, à vista que, de um lado o agente autuante os considera operações com mercadorias incursas na seara de incidência do imposto estadual ICMS, em face das provas que fazem as notas fiscais expedidas, posto que descrevem os eventos a que se reportam a título de fornecimento de alimentação, em que pese tratar-se de nota fiscais de serviço e, de outro, malgrada a dita especificidade, assevera a recorrente que, a rigor, consistem tão somente da prestação de serviço relativa à elaboração de refeições, portanto, fora do alcance da tributação do ICMS.

Registre-se que a incidência do ICMS sobre o fornecimento de alimentação é hipótese de incidência prevista no inciso I do artigo 2º da Lei nº 12.670/96. Vejamos:

Art. 2º São hipóteses de incidência do ICMS:

I - as operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares. (gn)

Ad argumentandum, impende ressaltar que, um dos princípios por que se rege o processo administrativo tributário é o da verdade real, logo, teoricamente, o pressuposto fundamental dessa premissa, reside na efetiva demonstração, mediante instrumento material de prova, a ocorrência ou inoccorrência da conduta apontada como infracional.

No vertente caso, as teses edificadas pela recorrente fundam-se nas disposições da cláusula sexta de contrato celebrado com a destinatária da alimentação fornecida, que versa sobre a responsabilidade da contatante fornecer os ingredientes.

Nessa perspectiva, é imperioso destacar a admissibilidade expressa que faz a recorrente, nos seguintes termos.

Em determinado casos, o cliente se responsabiliza pela compra de todos os insumos a serem utilizados na elaboração da refeição e contrata somente o serviço de seu preparo e a administração dos



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

ambientes de alimentação. Em outros casos, o cliente contra o fornecimento da alimentação por completo, que inclui não somente a prestação do serviço, mas também o fornecimento dos alimentos que compõem a refeição. (gn)

Nesse diapasão, vê-se de pronto, que os argumentos declinados pela recorrente, não asseguram, de forma categórica, que no fornecimento de alimentação limite-se a prestar exclusivamente o serviço de preparo, inobstante a menção que faz à cláusula sexta do contrato que mantinha com destinatária, fls. 163 do autos. Vejamos:

Cláusula Sexta. Todos os ingredientes utilizados no preparo das refeições, tais como: arroz, feijão, macarrão, ovos, carne, farinha, legumes, temperos em geral, água, café, leite, pão, manteiga, etc., serão fornecidos pela CONTRATANTE, mediante programa de estoque a ser definida.

Com arrimo admissão acima reproduzida, extrai-se o convencimento que a questão posta encerra uma debilidade inofismável, à medida que carente de elementos outros, tendentes a desconstituir imputação nessa órbita, motivo por que resta prejudicada a realização de uma providência pericial, mormente porque cingiria-se a averiguar a ocorrência fático/material de eventos pretéritos, dado que os fatos geradores ocorreram nos exercícios de 2008 a 2011, hipótese que incumbiria a recorrente, pelos meios possíveis e admitidos, provar que a execução contratual se materializou nos estritos moldes assentes na mencionada cláusula, que perpassa a simples menção não haver realizado aquisições no período fiscalizado, visto que, sem prova cabal em contrário, pode conduzir ao cometimento de outro tipo infracional, qual seja, omissão de entradas.

Enfim, o conjunto probatório que instrui os autos denota a prática de atividade sujeita à tributação pelo ICMS, por conseguinte, obrigado a emissão das notas fiscais adequadas, com o devido gravame do ICMS, portanto, a mera emissão de notas fiscais de serviço, desprovidas de outras provas materiais contundentes e irrefutáveis à descaracterizar essa cognição, revela-se insuficiente para desconstituir o feito fiscal, em face das circunstâncias materiais evidenciadas.

Posto isto, resta analisar a possibilidade de aplicação, ao caso, das regras consignadas na Sessão XXXIII, das operações realizadas por restaurante, bar, lanchonete, hotel e assemelhados, nos termos do artigo 763, do Decreto nº 24.569/07 (RICMS/CE), refutada em primeiro grau, sob o pálio que inobservada da exigência estatuída no § 1º



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

do artigo 765, mas admitida no parecer da lavra da Assessoria Processual Tributária, mesmo carente de demonstração do crédito tributária sob essa perspectiva.

Eis o teor da norma em tablado:

Art. 763. Em substituição à sistemática normal de tributação, fica facultado aos estabelecimentos que exerçam atividade de fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, em sistema coletivo ou em restaurante, churrascaria, pizzaria, lanchonete, bar, pastelaria, confeitaria, doçaria, bomboneria, sorveteria, casa de chá, loja de "delicatessen", serviço de "buffet", hotel, motel, pousada e assemelhados, a opção por regime de tributação simplificado, que consistirá na identificação do imposto devido mediante a aplicação do percentual de 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento) incidente sobre o total do faturamento bruto relativo à saída de alimentação e outras mercadorias fornecidas individualmente ou em pacote contratado pelo adquirente.

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

Assinale-s que, originalmente, o § 1º tinha a redação acima reproduzida. Ao depois, o artigo 1º do Decreto nº 29.906/2009, introduziu a seguinte alteração: Vejamos:

§ 1º O tratamento previsto nesta Seção deverá ser adotado mediante anotação da opção do contribuinte no seu livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências, devendo permanecer nesta sistemática pelo período mínimo de 12 (doze) meses. (gn)

Anote-se que o decreto sobredito, em que pese haver entrado em vigor a partir de 2009, cuida de fixar regra de caráter procedimental, isto é, a inovação restringe-se tão somente ao cumprimento de obrigação acessória, por consequência lógica, não se vislumbra óbice quanto à extensão dos seus efeitos ao período anterior ao seu advento, ou seja, relativamente ao exercício de 2008 a parte de 2009.

Enfim, uma vez mitigados os fundamentos da decisão prima, assim como os da recorrente, que interpretaram a regra nele insculpida de modo diverso, isto é, inadmissível, na hipótese, tem-se a nítida percepção da possibilidade de aplicação da norma em comento ao caso em apreciação, pelas razões ora plasmadas.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

Posto isto, demonstra-se a seguir a composição do crédito tributário, em que se toma por base os valores apurados pelo agente fiscal, haja vista a carência de contestação destes, na forma que dispõe o artigo artigo 763 do RICMS/CE.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Base de cálculo	R\$ 2.634.107,00
ICMS (3,5% art. 763 RICMS/CE)	R\$ 92.193,75
Multa	R\$ <u>92.193,75</u>
TOTAL	R\$ 184.387,49

Em face do todo o exposto e com toda vênia aos Conselheiros que manifestaram entendimento contrário, voto pelo conhecimento do recurso ordinário, dou-lhe parcial provimento, para julgar parcial procedente a imputação, mediante aplicabilidade da norma insculpida no artigo 763 do Decreto nº 24.569/97, nos moldes demonstrados neste ato, em desacordo com parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.

DECISÃO

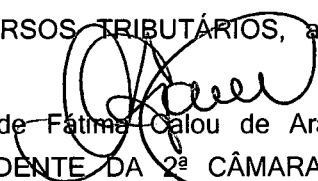
Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é RECORRENTE: FRANCISCO DE ASSIS FLORENTINO e RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA. Decisão: A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário, e por voto de desempate da Presidente, dar-lhe parcial provimento, para modificar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância, e julgar parcial procedente o feito fiscal, mediante aplicação da regra de regência relativa as atividades de bares, restaurantes e similares, qual seja, carga tributária ao nível de 3,5% e multa de igual valor, nos termos do primeiro voto divergente e vencedor, proferido pelo Conselheiro Valter Barbalho Lima, que ficou designado para lavrar a Resolução e em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Foram votos vencidos os dos Conselheiros Filipe Pinho da Costa Leitão, relator originário, Cícero Róger Macedo Gonçalves, Samuel Aragão Silva e Agatha Louise Borges Macedo, que se pronunciaram pela improcedência da autuação.

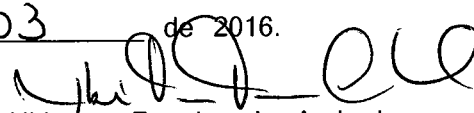
SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento


RECURSOS TRIBUTÁRIOS, aos 30 de 03 de 2016.


Lúcia de Fátima Calou de Araújo
PRESIDENTE DA 2ª CÂMARA

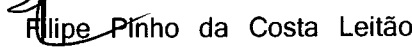

Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO

Ciente em 30 de 03 2016

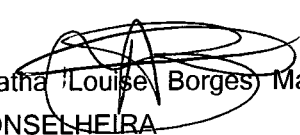

Valter Barbalho Lima
CONSELHEIRO

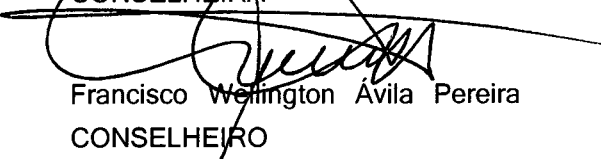

Cícero Roger Macedo Gonçalves
CONSELHEIRO


Abílio Francisco de Lima
CONSELHEIRO


Filipe Pinho da Costa Leitão
CONSELHEIRO


Mônica Maria Castelo
CONSELHEIRA


Agatha Louise Borges Macedo
CONSELHEIRA


Francisco Wellington Ávila Pereira
CONSELHEIRO


Samuel Aragão Silva
CONSELHEIRO