



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº. 132/2020.

SESSÃO ORDINÁRIA REALIZADA EM: 27 de outubro de 2020.

PROCESSO Nº: 1/4154/2017.

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/201706203.

RECORRENTE: DOM PEDRO BRASIL EMPREENDIMENTOS TURÍSTICOS S/A.

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

CONSELHEIRO RELATOR: MIKAEL PINHEIRO DE OLIVEIRA.

EMENTA: ICMS – OMISSÃO DE RECEITAS – VENDAS DE MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTO FISCAL – DETECTADA POR MEIO DA DEMONSTRAÇÃO DO RESULTADO COM MERCADORIAS – DRM. AUTO DE INFRAÇÃO JULGADO NULO – 1. Elencada infração ao art.18 da Lei nº. 12.670/96 combinado com o art. 169, inciso I do Decreto nº 24.569/97. 2. Penalidade prevista no art. 126 da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº. 13.418/2003. 3. Decisão singular pela NULIDADE da ação fiscal. 4. Reexame Necessário. 5. Decisão pela manutenção da NULIDADE do feito ante a ausência de prova idônea da autuação. 6. **AÇÃO FISCAL NULA.**

PALAVRAS CHAVE: ICMS – OMISSÃO DE RECEITAS – VENDAS DE MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTO FISCAL – DETECTADA POR MEIO DA DEMONSTRAÇÃO DO RESULTADO COM MERCADORIAS – DRM. AUTO DE INFRAÇÃO JULGADO NULO.

I – RELATÓRIO.

A peça inicial imputa à empresa em epígrafe o cometimento de infração à legislação tributária estadual, conforme relato que se transcreve a seguir: “*As infrações decorrentes de operações com mercadorias ou prestações de serviços tributados por regime de substituição tributária cujo imposto já tenha sido recolhido*”.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

O atuante relata nas Informações Complementares (fls. 3/5) que fora feita o confronto entre as mercadorias sujeitas de substituição tributária disponíveis para venda com as saídas do período acrescido do estoque final, ocasião em que constatou-se omissão de saídas no montante de R\$641.619,24 (seiscentos e quarenta e um mil seiscentos e dezenove reais e vinte e quatro centavos), no exercício compreendido entre 01/01/2012 a 31/12/2012.

Os auditores elencaram a infração ao art. 18 da Lei nº. 12.670/96 combinado com o art. 169, inciso I do Decreto nº 24.569/97, resultando na penalidade prevista no art. 126 da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº. 13.418/2003, sendo a multa de 10% (dez por cento) do valor das operações, ou seja, R\$64.161,92 (sessenta e quatro mil cento e sessenta e um reais e noventa e dois centavos).

Intimada da lavratura da presente autuação, o contribuinte, apresentou impugnação tempestiva (fls. 23/34); onde apresentou em síntese: a) que é pessoa jurídica que tem por objeto social a prestação de serviços na área hoteleira e que os alimentos e bebidas oferecidos são inclusos nos preços das diárias pré-acordadas; b) Que não há incidência de ICMS quando o fornecimento de mercadorias encontra-se no campo de incidência do ISSQN; c) Que não há incidência de ICMS sobre o fornecimento de alimentação a funcionários.

Seguindo a toada, no julgamento de primeira instância evidenciou-se que a NULIDADE da ação fiscal, considerando que o fato gerador de prestação de alimentos a título de hospedagem encontra-se na competência do Imposto sobre Serviço (ISS), de competência municipal, ensejando em ausência de prova idônea que sirva de fundamento para a lavratura da ação fiscal, culminando em sua nulidade. Como se trata de decisão em desfavor ao Fisco e possui valor acima de 10.000 (dez mil) UFIRS, fora remetido para REEXAME NECESSÁRIO (fls. 90/96).

O Parecer da Assessoria Processual Tributária (fls. 103/104), referendado pela douta Procuradoria Geral do Estado (fl.105), opina pelo conhecimento do REEXAME NECESSÁRIO, negando-lhe provimento a fim de que seja mantida a decisão de NULIDADE da autuação.

Nestes termos, eis o breve relato.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

II – VOTO.

O auto de infração versa sobre “*As infrações decorrentes de operações com mercadorias ou prestações de serviços tributados por regime de substituição tributária cujo imposto já tenha sido recolhido*”, durante o exercício de 2012, resultando na aplicação de multa no valor total de R\$64.161,92 (sessenta e quatro mil cento e sessenta e um reais e noventa e dois centavos).

Desse modo, o auditor fiscal elencou infração ao art. 18 da Lei nº. 12.670/96 combinado com o art. 169, inciso I do Decreto nº 24.569/97, *in verbis*:

Art. 18. A responsabilidade pelo pagamento do ICMS na condição de substituto tributário poderá ser atribuída em relação ao ICMS incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subseqüentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, nas operações e prestações interestaduais que destinem bens e serviços a consumidor final localizado neste Estado, que seja contribuinte do ICMS.

§ 1º O regime de substituição tributária nas operações interestaduais dependerá de acordo entre este Estado e as demais unidades da Federação interessadas.

§ 2º O contribuinte substituto sub-roga-se em todas as obrigações do contribuinte substituído, relativamente às operações internas.

§ 3º A substituição tributária não exclui a responsabilidade do contribuinte substituído, além de outras hipóteses previstas na legislação, quando o documento fiscal próprio não indicar o valor do ICMS objeto da substituição exigido pela legislação tributária.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

§ 4º As mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária são aquelas relacionadas no Anexo Único desta Lei.

Art. 169. Os estabelecimentos, excetuados os de produtores agropecuários, emitirão Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, Anexos VII e VIII:

I - sempre que promoverem a saída ou entrada de mercadoria ou bem;

A penalidade atribuída ao ato infracional supra, restou deflagrada pelo auditor fiscal mediante o artigo art. 126 da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº. 13.418/2003, sendo a multa de 10% (dez por cento) do valor das operações, ou seja, R\$64.161,92 (sessenta e quatro mil cento e sessenta e um reais e noventa e dois centavos). *Vide:*

Art. 126. As infrações decorrentes de operações com mercadoria ou prestações de serviços tributados pelo regime de substituição tributária cujo imposto já tenha sido retido, bem como as amparadas por não incidência ou contempladas com isenção incondicionada, ficam sujeitas à multa de 10% (dez por cento) sobre o valor da operação ou prestação.

Ocorre que o método de fiscalização adotado pelo agente fiscal para averiguar a regularidade fiscal do contribuinte se consubstancia no levantamento por Demonstrativo de Resultado de Mercadorias (DRM), ocasião em que apura o resultado (lucro ou prejuízo) obtido na venda com mercadorias.

Entretanto, a atividade do contribuinte se perfaz pela prestação de serviços de hotelaria com oferecimento de alimentos e bebidas em pacotes de diárias no hotel, bem como em vendas destes separadamente, razão em que se vislumbra a incidência de ISSQN quanto aquelas e ICMS quanto a estas, caso sejam ofertadas em separado.

Desse modo, verifica-se que o método de fiscalização não se demonstra razoável para o contexto fático da ação fiscal tendo em vista que a consulta SPED e planilha da DRM



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

realizada e acostada pelo agente fiscal às fls. 11 a 16 dos autos, não trazem o regime de tributação das mercadorias e se houve inserção de valores referentes à mercadorias sujeitas à cobrança do ISS, como bem asseverou o julgador monocrático.

Ademais, como restou pontificado no parecer processual tributário (fls.103/104), verifica-se uma diferença entre os estoques inicial e final informados na EFD que foram apurados mediante levantamento fiscal.

Portanto, sendo de extrema e crucial importância, a fim de aferir a certeza e liquidez do eventual crédito tributário, não se ver a possibilidade deste mecanismo de fiscalização de averiguar as corretas omissões de saídas, objeto da atuação in tela, sob pena de apresentar resultado inseguro e inverídico, ensejando em nulidade por força do art. 83 da Lei nº. 15.614/2014.

Art. 83. São absolutamente nulos os atos praticados por autoridade incompetente ou impedida, ou com preterição de quaisquer das garantias processuais constitucionais, devendo a nulidade ser declarada de ofício pela autoridade julgadora.

Ante o exposto, verifica-se que o auto de infração não caracterizou nem comprovou nos autos as omissões de receitas alegadas, devendo o fato apontado como omissão restar devidamente apurada, o que não ocorreu na ação fiscal *in comento*, razão em que se conhece do Reexame Necessário, mas nega-lhe provimento, para confirmar a decisão de **NULIDADE** do feito fiscal por vício formal, considerando que a metodologia utilizada pela fiscalização não foi adequada para demonstrar a ocorrência da infração, consoante o preconizado no art. 83 da Lei nº 15.614/2014.

Este é o voto.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

III – DECISÃO

Processo de Recurso nº 1/4154/2017 – Auto de Infração: 1/201706203. Recorrente: Célula de Julgamento de 1ª Instância. Recorrido: DOM PEDRO BRASIL EMPREENDIMENTOS TURÍSTICOS S/A. Relator: CONSELHEIRO MIKAEL PINHEIRO DE OLIVEIRA. Decisão: A 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Reexame Necessário, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão de NULIDADE do feito fiscal por vício formal, em razão do autuante não ter observado o regime de apuração a que se submetia o contribuinte, gerando uma série de falhas e, considerando que a metodologia utilizada pela fiscalização não foi adequada para demonstrar a ocorrência da infração, consoante o preconizado no art. 83 da Lei nº 15.614/2014. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator, de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária e em conformidade com a manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado. Esteve presente para acompanhar o julgamento do processo, o representante legal da autuada, Dr. Igor Moreira. Processo de Recurso nº 1/4155/2017 – Auto de Infração: 1/201706199. Recorrente: Célula de Julgamento de 1ª Instância.

18 Dezembro 2020

MIKAEL PINHEIRO DE
OLIVEIRA:02045499308

Assinado de forma digital por MIKAEL PINHEIRO DE
OLIVEIRA:02045499308
Dados: 2020.12.18 11:43:01 -03'00'

Conselheiro Relator **Mikael Pinheiro de Oliveira.**

FRANCISCO WELLINGTON
AVILA PEREIRA

Assinado de forma digital por
FRANCISCO WELLINGTON AVILA
PEREIRA
Dados: 2021.01.20 10:36:43 -03'00'

Presidente **Francisco Wellington Ávila Pereira.**

Procurador do Estado **André Gustavo Carreiro Pereira.**

Em: ____ / ____ / ____.