



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

RESOLUÇÃO Nº: 009 /2017
5ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 07/06/2017
PROCESSO Nº 1/1038/2013
AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/201215525
RECORRENTE: FRANCISCO DE ASSIS FLORENTINO
RECORRIDO: ESTADO DO CEARÁ
CGF: 06.817.704-6
CONSELHEIRO RELATOR: RODRIGO PORTELA OLIVEIRA

EMENTA: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COZINHA – NULIDADE – FALTA DE PROVA

1 – A empresa autuada por deixar de recolher imposto referente ao fornecimento de refeições, conforme art. 2º, I, da Lei n.º 12.670/96.

2 – Imposta a penalidade preceituada no art. 123, I, alínea “c” da Lei nº 12.670/96.

4 – Nulidade absoluta, vício material, por ausência de provas de que o contribuinte adquiriu mercadorias, somente tendo prestado serviço de cozinha e refeição.

5 – Caberia ao fiscal autuante ter demonstrando através de outros meios de prova a existência de compra de produtos utilizados no fornecimento de alimentação, e não somente ter realizado o lançamento com base na existência de notas fiscais de serviço onde consta a descrição “fornecimento de refeição...”. Infringência ao art. n.º 142 do Código Tributário Nacional, não possuindo nos autos elementos suficientes para a razoável demonstração da autuação.

6– Recurso extraordinário conhecido e provido declara a NULIDADE da autuação por vício material.

7 – Decisão por maioria de votos, de acordo com a manifestação oral, em sessão, do representante da Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS – NULIDADE - AUSÊNCIA DE PROVAS – VÍCIO MATERIAL

01 – RELATÓRIO

Trata-se de auto de infração lavrado sob o fundamento de que FRANCISCO DE ASSIS FLORENTINO, teria deixado de recolher o ICMS devido ao Estado do Ceará

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/1038/2013 – AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/201215525 – Conselheiro Relator Rodrigo Portela Oliveira



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

referente a operações de fornecimento de refeições, no valor de R\$ 2.634.107,00, no período de 01/2008 a 02/2009; 05/2009 a 12/2009; e 01/2011, sendo cobrado imposto no valor de R\$ 447.798,17 e multa no mesmo valor.

"FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NO TODO OU EM PARTE, INCLUSIVE DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES.

APÓS AUDITORIA REALIZADA NA EMPRESA SUPRA MENCIONADA, CONSTATAMOS QUE A MESMA DEIXOU DE RECOLHER O ICMS DEVIDO AO ESTADO DO CEARÁ COM OPERAÇÕES DE FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES CONFORME NOTAS FISCAIS APENSAS AO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO BEM COMO INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES A ESTE AI"

A infração teve como fundamento os Artigos n.ºs 73 e 74 do Decreto n.º 24.569/97, e multa aplicada prevista no art. 123, I, c, da Lei n.º 12.670/96.

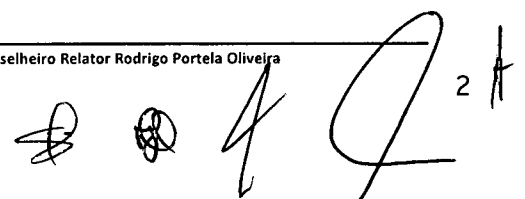
Demonstrativo do Crédito (R\$)

Base de Cálculo	2.634.107,00
ICMS	447.798,19
Multa	447.798,19
TOTAL	895.596,38

A Autuada impugnou o feito tempestivamente (fls. 149 a 159), onde argumenta, em síntese, que é improcedente o presente Auto de Infração, uma vez que realizou contrato de prestação de serviços de alimentos com a empresa EIT – Empresa Industrial Técnica S/A, onde a Contratante era responsável somente pela prestação de serviço de preparação das refeições, sendo a empresa contratante responsável pelo fornecimento dos ingredientes usados na feitura dos alimentos, juntado contrato de prestação de serviço para justificar seus argumentos.

Em decisão de 1ª Instância, o julgador singular decidiu pela Procedência da ação fiscal, por entender materializada a acusação.

Intimada da decisão de 1º Grau, a Autuada apresentou Recurso Ordinário reprisando os argumentos trazidos na impugnação, e pedindo a improcedência do AI.

 2 H



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

A Consultoria Tributária, através do parecer de n.º 08/2016, manifestou-se pelo conhecimento do recurso interposto, para negar-lhe provimento, e para manter a decisão de procedência exarada em 1ª instância. Parecer, este, adotado pela Douta Procuradoria do Estado.

A 2ª câmara de julgamento, em 07 de março de 2016, julgou parcial procedente o feito fiscal, modificando a decisão condenatória de 1ª instância, mediante a aplicação da regra de regência relativa as atividades de bares, restaurantes e similares, qual seja, carga tributária ao nível de 3,5% e multa no igual valor.

Demonstrativo do Crédito (R\$)	
Base de Cálculo	2.634.107,00
ICMS	92.193,75
Multa	92.193,75
TOTAL	184.387,49

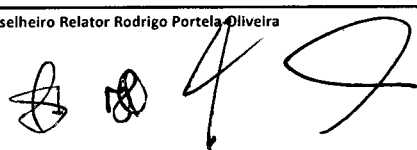
Intimada da decisão de 2ª Instância administrativa, a Autuada interpôs Recurso Extraordinário, trazendo como resoluções paradigmas as de n.º 469/2015, n.º 400/2015 e n.º 468/2015, todas da 2ª Câmara de Julgamento, onde não foi demonstrado na autuação a efetiva venda da mercadoria, sendo declarados nulos tais processos. Desta forma, pelos mesmos argumentos antes relatados e com base nas decisões paradigmas, pede a nulidade do feito fiscal.

O Recurso Extraordinário foi admitido pelo Despacho n.º 34/2017, da lavra da Presidência do CONAT, com fulcro no artigo 106 da Lei n.º 15.614/2014, ao vislumbre da existência de nexos de identidade entre a decisão recorrida e a firmada nas Resoluções n.º 469/2015, n.º 400/2015 e 468/2015, todas da 2ª Câmara de Julgamento.

É o relatório.

02 – VOTO DO RELATOR

De acordo com o relato acima, trata-se de Auto de Infração, onde a Autuada teria deixado de recolher o ICMS devido ao Estado do Ceará referente a operações

 3 A



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

de fornecimento de refeições, no valor de R\$ 2.634.107,00, no período de 01/2008 a 02/2009; 05/2009 a 12/2009; e 01/2011.

Ocorre que, ao observar o presente processo, o fiscal atuante juntou como prova somente as notas fiscais de serviço relativo ao período, onde consta como descrito o serviço de "fornecimento de refeição...".

Ao observar o termo "fornecimento" o fiscal entendeu que teria sido prestado o serviço incluindo os alimentos envolvidos na preparação, e aplicou a penalidade aqui imposta.

Todavia, o contribuinte, em sua impugnação, juntou aos autos contrato de serviços terceirizados de cozinha e refeitório, com seus três aditivos, onde na cláusula sexta ficou pactuado que todos os ingredientes utilizados no preparo das refeições seriam fornecidos pela Contratante (EIT), fls. 163.

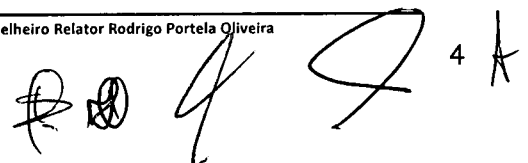
Ressalta-se, que apesar da empresa oferecer contratos com o fornecimento de alimentos incluindo os ingredientes, hipótese de incidência do ICMS prevista no art. 2º, I, do Decreto n.º 24.569/97, no presente caso, existia um contrato que excetuava o contribuinte das compras de mercadoria, prestando tão somente o serviço.

Desta forma, de acordo com a legislação existente emitiu todas as notas fiscais pertinentes, não incidindo ICMS somente por que o termo "fornecimento" consta nas citadas NF's.

Caso houvesse alguma suspeita, como houve, deveria o atuante ter se cercado de outros meios além dos existentes no processo para demonstrar a incidência do ICMS. Como por exemplo, as notas fiscais de compra de produtos, livro de registro de entrada, verificado junto à Contratante (EIT) se realmente teria adquirido os produtos previstos no contrato, entre outros meios possíveis.

Com isso, conclui-se, que somente as notas fiscais que acompanham o Auto de Infração, não são suficientes para demonstrar a incidência de ICMS ao caso em comento, servindo, no máximo, de um indicio que deveria ter sido confirmado através de outras formas.

Além disso, conclui-se, ainda, que a falta de provas ao presente caso evoca a existência de vício material do lançamento.

 4 A



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

Observa-se, que as provas juntadas aos autos não são suficientes para se ter uma razoável segurança da ocorrência do fato imputado, conforme preceitua o artigo 142 do Código Tributário Nacional:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional."

Desta forma, corroborando com entendimento da existência de vício material ao presente caso, é o entendimento do Conselho de Recursos Fiscais da Receita Federal do Brasil, a saber:

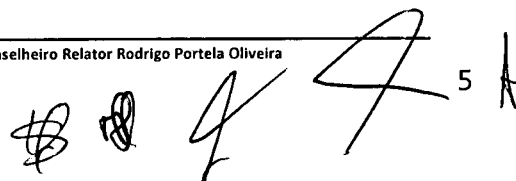
Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004 VICIO MATERIAL. NULIDADE.

Quando a descrição do fato não é suficiente para a razoável segurança de sua ocorrência, carente que é de algum elemento material necessário para gerar obrigação tributária, o lançamento se encontra viciado por ser o crédito dele decorrente incerto. Recurso Voluntário Provido. (Processo n.º 19515.001201/2009-07; RECURSO VOLUNTARIO; Relator: JULIO CESAR VIEIRA GOMES; Data do Julgamento: 10/05/2017; Relator: JULIO CESAR VIEIRA GOMES; Acórdão n.º 2301-005.020; CARF)

Portanto, não resta dúvida quanto à nulidade da autuação em comento por vício material.

Por todo o exposto, uma vez já conhecido do recurso extraordinário, voto para dar-lhe provimento, no sentido de reformar a decisão parcialmente condenatória proferida pela Câmara recorrida, e julgar NULO o feito fiscal, por vício material, em razão da ausência de provas, em conformidade com a decisão paradigma, de acordo com a manifestação oral, em sessão, do representante da Procuradoria Geral do Estado.

É como VOTO.

 5 A



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

03 - DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é RECORRENTE: FRANCISCO DE ASSIS FLORENTINO e RECORRIDO: ESTADO DO CEARÁ. **Decisão:** "A Câmara Superior do Conselho de Recursos Tributários, deliberando sobre o Recurso Extraordinário admitido pela Presidência com base no que dispõem os arts. 106 e 107, parágrafo 2º da Lei nº 15.614/14, resolve, por maioria de votos, dar provimento ao recurso interposto, para reformar a decisão parcialmente condenatória proferida pela Câmara recorrida, e julgar NULO o feito fiscal, por vício material, em razão da ausência de provas, em conformidade com a decisão paradigma, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com a manifestação oral, em sessão, do representante da Procuradoria Geral do Estado. Foram votos vencidos os dos Conselheiros Maria Elineide Silva e Souza, Francisco Wellington Ávila Pereira e Victor Hugo Cabral de Moraes Júnior, que votaram pela parcial procedência, confirmando a decisão recorrida. A Conselheira Maria Elineide Silva e Souza fundamentou seu voto nos seguintes termos: "Afasto a nulidade considerando a existência, nos autos, de notas fiscais de serviço demonstrando o fornecimento de alimentação, hipótese da incidência do ICMS, nos termos do art. 2º, inciso I, do RICMS." O Conselheiro Francisco Wellington Ávila Pereira em seu voto, que foi acompanhado pelo Conselheiro Victor Hugo Cabral de Moraes Júnior, manifestou o entendimento a seguir transcrito: "Entendo que as notas fiscais constantes dos autos, escrituradas pela empresa autuada, discriminam a atividade de fornecimento de alimentação, sob a qual há incidência de ICMS, nos termos do inciso I do Artigo 2º, do RICMS. Esses documentos fiscais servem como prova para embasar a constituição do lançamento de ofício edificado na inicial, não podendo ser desconstituídos, nesta Sessão, pela simples apresentação de cópias de contratos que não atendem à aspectos formais e legais, tais como: uso de papel timbrado da empresa contratante, assinatura de testemunhas, discriminação do valor global do contrato, dentre outros. Ressalte-se, ainda, que o aprofundamento acerca da matéria fática, destinado a produzir maiores esclarecimentos, deveria ter se dado na fase de defesa, ou mesmo no recurso ordinário." Esteve presente para sustentação oral, o representante legal da recorrente, Dr. André Carvalho Alves."

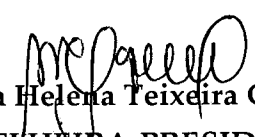
SALA DAS SESSÕES DA 4ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE REC. TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, 05 de JULHO de 2017.

Francisca Marta de Sousa
PRESIDENTE DA CÂMARA SUPERIOR



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior


Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
CONSELHEIRO-PRESIDENTE

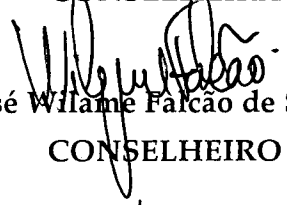

Antônia Helena Teixeira Gomes
CONSELHEIRA-PRESIDENTE

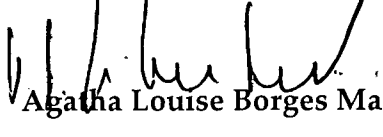

Lúcia de Fátima Calou de Araújo
CONSELHEIRA-PRESIDENTE

Abílio Francisco de Lima
CONSELHEIRO-PRESIDENTE

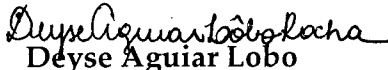

Ana Mônica Filgueiras Menescal
CONSELHEIRA


Diogo Morais Almeida Vilar
CONSELHEIRO


José Wilame Falcão de Souza
CONSELHEIRO


Agatha Louise Borges Macedo
CONSELHEIRA


Teresa Helena Carvalho Rebouças Porto
CONSELHEIRA



Deyse Aguiar Lobo
CONSELHEIRA


Victor Hugo Cabral de Moraes Júnior
CONSELHEIRO


Rodrigo Portela Oliveira
CONSELHEIRO

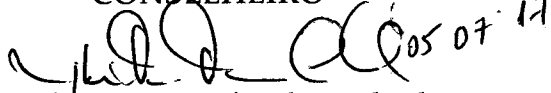

Francisco Wellington Ávila Pereira
CONSELHEIRO


Ficardo Valente Filho
CONSELHEIRO


Maria Elineide Silva e Souza
CONSELHEIRA


Matheus Fernandes Menezes
CONSELHEIRO

Matteus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO


Dr. Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO

André Gustavo Carreiro Pereira
PROCURADOR DO ESTADO

Rafael Lessa Costa Barboza
PROCURADOR DO ESTADO