Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

PROCESSO Nº 0819452015-0
SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO
Recorrente:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS-GEJUP
Recorrida:ANDORRA HOTEL LTDA
Repartição Preparadora:CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GERÊNCIA REGIONAL DA 1ª REGIÃO
Autuante:HENRIQUE OLIVEIRA GADELHA
Relatora:CONS.ª MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

A ocorrência de desembolsos em valores superiores às receitas auferidas no período, constatados por meio do Levantamento Financeiro, autoriza, nos termos do artigo 646, parágrafo único do RICMS, a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o devido pagamento do imposto. In casu, a atividade econômica exercida pela autuada comprometeu o crédito tributário exigido.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M os membros da Segunda Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do Recurso Hierárquico, por regular, e no mérito, pelo seu DESPROVIMENTO, para manter a sentença prolatada na primeira instância que julgou IMPROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.000000837/2015-80, lavrado em 26 de maio de 2015, em que foi autuada a empresa ANDORRA HOTEL LTDA., com inscrição no CCICMS sob o n° 16.132.467-3, já qualificada nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus oriundos do presente ação fiscal, em face dos fundamentos acima expendidos.

P.R.E

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 12 de abril de 2019.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, PETRONIO RODRIGUES LIMA e SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor Jurídico

#

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000837/2015-80, lavrado em 26/05/2015, contra a empresa ANDORRA HOTEL LTDA., inscrição estadual nº 16.132.467-3, relativamente a fatos geradores ocorridos no exercícios de 2010, 2011, 2012 e meses de janeiro a março de 2015, consta a seguinte denúncia:

- OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS – LEVANTAMENTO FINANCEIRO >> O contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, tendo em vista a constatação de que os pagamentos efetuados superaram as receitas auferidas. Irregularidade esta detectada através de Levantamento Financeiro.

NOTA EXPLICATIVA:

Foi apurada diferença tributável ao ser adotado o Levantamento Financeiro, conforme planilhas anexas por exercício financeiro.

Foram dados como infringidos os artigos 158, I, 160, I, c/fulcro no art. 646, parágrafo único, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, com proposição da penalidade prevista no artigo 82, V, “f” da Lei nº 6.379/96, sendo apurado um crédito tributário de R$ 62.028,16 (sessenta e dois mil, vinte e oito reais e dezesseis centavos), sendo, R$ 31.014,08 (trinta e um mil, quatorze reais e oito centavos), de ICMS, e R$ 31.014,08 (trinta e um mil, quatorze reais e oito centavos), de multa por infração.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Instruem a inicial Ordem de Serviço, Demonstrativo Financeiro, Planilha de Notas Fiscais e Termo de Encerramento de Fiscalização, às fls. 04 a 26.

Cientificada pessoalmente da ação fiscal, em 22 de junho de 2015 *(fl.03)*, a autuada apresentou reclamação tempestivamente, em 21 de julho de 2015 *(fls. 28 a 33)*, por meio do qual afirma, sem síntese que:

a) A atividade principal da autuada antes de encerrar suas atividades era de serviços de motel, que encontra amparo no art. 1º da Lei Complementar nº 116/2003, não havendo legitimidade para cobrança do ICMS;

b) As mercadorias alegadas pela fiscalização como omitidas não estão sujeitas ao ICMS, e sim, pelo ISS e pelos serviços prestados, que vale salientar já foram devidamente quitados na época própria, não havendo em que se falar em tal omissão;

c) O fiscal autuante pretendeu cobrar o ICMS de pequenos utensílios de consumo nos quartos, tais como bebidas, salgados e itens sexuais, que são fornecidos pelo motel;

d) Que a empresa Andorra Motel – Filial Bayeux, já está com suas atividades encerradas desde outubro de 2007, e que as notas fiscais de compras realizadas em sua inscrição foram feitas equivocadamente pelos fornecedores, mas foram depois lançadas no Registro de Entradas da empresa ANDORRA MOTEL – MATRIZ, e por ela foram pagas, não havendo que se falar, repita-se, em omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

Por fim, requer seja declarada a Nulidade do Auto de Infração nº 93300008.09.00000837/2015-80, determinando-se o seu consequente Arquivamento.

Sem informação de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos *(fl. 52)* e enviados para a Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para a julgadora fiscal, ADRIANA CÁSSIA LIMA URBANO, que decidiu pela *improcedência* do feito fiscal, conforme ementa abaixo transcrita:

OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. LEVANTAMENTO FINANCEIRO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO ILÍQUIDO E INCERTO. AFASTADA A IRREGULARIDADE.

- A constatação de desembolsos em valores superiores às receitas por meio de Levantamento Financeiro caracteriza a presunção de omissão de saída de mercadorias tributáveis sem o devido pagamento do imposto. Todavia, a atividade econômica exercida pela autuada comprometeu o crédito tributário exigido.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

- Procedimento de auditoria inadequado para o caso em questão ensejou a derrocada da acusação em análise.

AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE

Regularmente cientificada da decisão singular (AR, de fl. 65) em 12/4/2018, a autuada não apresentou qualquer recurso a esta Casa. Seguindo o trâmite processual, foram os autos remetidos a este Conselho de Recursos Fiscais e distribuídos a esta relatoria, segundo critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento do Recurso Hierárquico.

Remetidos os autos a esta Corte, estes foram distribuídos a esta relatoria, para exame e decisão, segundo critério regimentalmente previsto.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame o recurso hierárquico, interposto nos moldes do artigo 80 da Lei nº 10.094/2013 contra a decisão de primeira instância, que julgou *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000837/2015-80, lavrado em 26/05/2015, contra a empresa em epígrafe, conforme denúncia anteriormente relatada.

De início, é importante discorrer acerca da verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional. Com efeito, sabe-se que um ato administrativo poderá ser anulado quando ilegal ou ilegítimo. O libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, a natureza da infração, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação, conforme se aduz dos artigos 15, 16 e 17, abaixo transcritos, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13**:**

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

“Art. 15. As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a nulidade do auto de infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida;

IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V - ao local, à data e à hora da lavratura;

VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento. ”.

Assim, reitero que a lavratura do Auto de Infração atende aos requisitos formais, essenciais à sua validade, visto que são trazidos de forma particularizada todos os dispositivos legais aplicáveis à matéria objeto dessa lide, e ainda, foi ofertada a ora recorrente oportunidade para o exercício da ampla defesa, do contraditório, e do devido processo legal administrativo.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Face a inexistência de recurso voluntário, impõe-se apreciar as razões motivadoras da decisão proferida pela instância a quo, com o fim de tornar mais clara e objetiva as razões em que se pretende fundamentar a decisão deste Egrégio Conselho de Recursos Fiscais acerca do recurso hierárquico em análise, pelo que passo a fazê-la adiante.

Omissão de Saídas de Mercadorias Tributáveis – Levantamento Financeiro

A denúncia trata de omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, nos exercícios de 2010, 2011, 2012 e nos meses de janeiro a março de 2015, conforme demonstrativos *(fls. 10-26)*.

A exigência que motivou o presente contencioso fiscal tem origem na conduta da autuada, que consistiu de práticas evidenciadas pelo descumprimento de obrigação principal apurada em omissão de saídas pretéritas de mercadorias decorrentes dos resultados mensurados nos Levantamentos Financeiros dos exercícios citados.

Trata-se, portanto, de infração que foi alcançada pela técnica fiscal denominada de Levantamento Financeiro em um procedimento de aferição que analisa se há equilíbrio entre os somatórios das despesas incorridas com as receitas auferidas em um determinado exercício.

Vê-se que o fiscal adotou o procedimento comparativo entre as despesas e a receita do estabelecimento, conforme demonstrativos às fls. 10, 13, 17 e 20 dos autos, resultando numa acusação de omissão de saídas no valor de R$ 182.435,82, com ICMS a recolher no valor de R$ 31.014,08.

O fiscal tomou como base essa afirmação em presunção “juris tantum”, arrimada no artigo 646, parágrafo único, do RICMS/PB, que prevê a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto:

Art. 646. O fato de a escrituração indicar insuficiência de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção no passivo, de obrigações já pagas ou inexistente, bem como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Parágrafo único. A presunção de que cuida este artigo aplica-se, igualmente, a qualquer situação em que a soma das despesas, pagamentos de títulos, salários, retiradas, pró-labore, serviços de terceiros, aquisição de bens em geral e outras aplicações do contribuinte seja superior à receita do estabelecimento.

Partindo dessa premissa, infere-se que sendo detectada pela fiscalização a desconformidade com o que se exige a legislação, caracterizado estará o fato infringente, o qual deverá ser punido com multa, conforme dispõe o artigo 82, V, “f”, da Lei nº 6.379/96, *in verbis:*

Art. 82 - As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do Art. 80, serão as seguintes:

(...)

V - de 100% (cem por cento):

f) aos que deixarem de recolher o imposto proveniente de saída de mercadoria, dissimulada por receita de origem não comprovada, inclusive a representada por despesa realizada a descoberto de caixa, pela existência de passivo fictício ou por qualquer forma apurada através de levantamento da escrita contábil;

Por imperativo legal, a constatação desta omissão obriga o auditor fiscal a lançar, de ofício, o crédito tributário decorrente desta infração, tendo em vista a receita marginal originária das saídas omitidas afrontar o disciplinamento contido nos artigos 158, I, e 160, I, ambos do RICMS/PB, *in verbis:*

Art. 158. Os contribuintes, excetuados os produtores agropecuários, emitirão Nota Fiscal, modelos 1 ou 1-A, Anexos 15 e 16:

I - sempre que promoverem saída de mercadorias;

Art. 160. A nota fiscal será emitida:

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

I - antes de iniciada a saída das mercadorias;

Tratando-se de presunção relativa, as acusações podem ser elididas por prova em contrário, cabendo ao contribuinte, em razão da inversão do ônus da prova, conforme determina o parágrafo único do art. 56, da Lei 10.094/2013, pelo simples fato de que a empresa é detentora de seus livros e documentos fiscais e contábeis.

No entanto, há que se ter em conta que se trata de contribuinte não adstrito a operações com o ICMS e, devido à sua atividade peculiar na prestação do serviço de hospedagem em motel é pontual a incidência do ISS, imposto da competência municipal.

A autuada em sua defesa, alega que a época dos fatos, exercia os serviços de motel, não se sujeitando ao recolhimento do ICMS, conforme os ditamos da Lei Complementar nº 116/2003.

Neste interim, os serviços de hospedagens em hotéis, motéis, pousadas, são fatos geradores do Imposto Sobre Serviços (ISS) de competência municipal e não de ICMS, conforme preceitua a Lei Complementar de n° 116/2003, *infra*:

Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

§ 1o O imposto incide também sobre o serviço proveniente do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País.

§ 2º Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, **ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.**

Lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

(...)

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

9 – Serviços relativos a hospedagem, turismo, viagens e congêneres.

9.01 – Hospedagem de qualquer natureza em hotéis, apart-service condominiais, flat, apart-hotéis, hotéis residência, residence-service, suíte service, hotelaria marítima, motéis, pensões e congêneres; ocupação por temporada com fornecimento de serviço **(o valor da alimentação e gorjeta, quando incluído no preço da diária, fica sujeito ao Imposto Sobre Serviços).** (g.n)

No caso em análise, os motéis habitualmente divergem dos hotéis convencionais por não incluírem no preço da diária o valor dos alimentos consumidos (bebidas, refeições, entre outros itens), assim, tornam-se imprecisos quais valores comporão a base de cálculo do ISS e do ICMS, a fim de precisar o *quantum debeatur*, tornando o crédito tributário líquido e certo.

Portanto, a cobrança de ICMS pela totalidade das despesas, tratando-se de um estabelecimento que não exerça apenas atividades sujeitas à incidência do imposto, torna a técnica adotada inapropriada para o caso em análise, diante da singularidade da prestação de serviço em espécie, por demandar a existência de operações sujeitas ao ISS, onde, neste particular, o crédito tributário apurado se torna ilíquido pela imprecisão da técnica fiscal em detalhar a real movimentação com mercadorias sujeitas ao ICMS, com repercussão tributária devida.

Dito isto, afigura-se totalmente precária a análise da repercussão tributária almejada, restando caracterizada que sendo a atividade de prestação de serviço de hospedagem temporária (motel) não há como denunciar evasão de ICMS por imprecisão de detalhamento do Levantamento Financeiro levando-se em consideração que os pagamentos efetuados superaram as receitas auferidas.

Caberia o auditor ter concentrado a fiscalização na alimentação fornecida pelo contribuinte, não inclusa no preço da diária, bem como nas mercadorias vendidas aos hóspedes, e apurar o imposto a recolher, se devido.

Assim, diante da evidência, não enxergo razão para manutenção do feito fiscal, arrimado no parágrafo único do artigo 646 do RICMS/PB, supracitado. Portanto, ratifico a sentença exarada na instância prima.

Por todo o exposto,

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

V O T O - pelo recebimento do Recurso Hierárquico, por regular, e no mérito, pelo seu DESPROVIMENTO, para manter a sentença prolatada na primeira instância que julgou IMPROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.000000837/2015-80, lavrado em 26 de maio de 2015, em que foi autuada a empresa ANDORRA HOTEL LTDA., com inscrição no CCICMS sob o n° 16.132.467-3, já qualificada nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus oriundos do presente ação fiscal, em face dos fundamentos acima expendidos.

Segunda Câmara de Julgamento, Sala de Sessões, Presidente Gildemar Pereira de Macedo, em 12 de abril de 2019.

MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES
Conselheira Relatora

Phoca PDF