



**ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA**

**PROCESSO N° 071.981.2009-1
Recurso VOL/CRF N.º 018/2014
Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROC.FISCAIS - GEJUP
Recorrida: ANDORRA HOTEL LTDA.
Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA
Autuante: FÁBIO OLIVEIRA GUERRA
Relator(a): CONS. JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES**

OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. DIVERGÊNCIA ENTRE AS VENDAS REALIZADAS ATRAVÉS DOS CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO E AS DECLARADAS PELO CONTRIBUINTE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS SUJEITOS AO ISS. INAPLICABILIDADE DA TÉCNICA. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO SINGULAR. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO

Comprovou-se a ocorrência de falta de repercussão tributária de ICMS diante da atividade de prestação de serviço de hospedagem em motel, campo de incidência do ISS, onde o procedimento de confronto entre os valores lançados nas GIM's e aqueles informados pelas operadoras de cartão de crédito ficou comprometido pela iliquidez, o que resultou na queda da técnica fiscal.

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

A C O R D A M os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, 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 **93300008.09.000000774/2009-14**, lavrado em 2 de julho de 2009, em que foi autuada a empresa **ANDORRA HOTEL LTDA.**, com inscrição no CCICMS sob o nº **16.090.025-5**, já qualificada nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus oriundos do presente ação fiscal, em face dos fundamentos acima expendidos.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do art. 84, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.094/13.

P.R.E.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 16 de março de 2015.

João Lincoln Diniz Borges

Cons. Relator

Gíanni Cunha da Silveira Cavalcante

Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, PATRÍCIA MÁRCIA DE ARRUDA BARBOSA, ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO, FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO e DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.

Assessor Jurídico

Relatório

Examina-se neste Colegiado o Recurso Hierárquico, interposto nos moldes do artigo 80 da Lei nº 10.094/2013, contra sentença prolatada na instância prima que considerou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.0000774/2009-14, lavrado em 2 de julho de 2009, contra a empresa HOTEL ANDORRA LTDA., nos autos devidamente qualificada, em razão da seguinte infração:

OMISSÃO DE VENDAS >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte, optante do Simples Nacional, omitiu saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido por ter declarado o valor de suas vendas tributáveis em valores inferiores às informações fornecidas por instituição financeiras e administradoras de cartões de crédito e débito.

Pelo fato, foi enquadrada a infração no **art. 158, inciso I, art. 160, inciso I, e art. 646**, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/96, c/c os **art. 9º e 10º** da Res. CGSN Nº 030, DE 07.02.08, sendo proposta aplicação de multa por infração com fulcro no **art. 16, II** da Res. CGSN nº 030 de 07.02.08, perfazendo um crédito tributário no valor de **R\$ 66.376,31**, sendo **R\$ 26.550,50**, de ICMS, e **R\$ 39.825,81**, de multa.

Cientificada pessoalmente da acusação, a autuada veio tempestivamente aos autos através de petição reclamatória e documentação probante (fls.315/317), para informar que a empresa é prestadora de serviço de hotelaria com incidência do ISS, não cabendo à presunção estampada na legislação do ICMS.

Por fim, requereu a insubsistência do auto de infração.

Em contestação (fls. 321/a 115), o autuante se manifesta contrário às alegações apresentadas por entender que a autuada vende refeições e bebidas requerendo a procedência do feito fiscal.

Atestada a inexistência de antecedentes fiscais da empresa e encerrada a fase de preparação, os autos foram conclusos e encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, onde foi solicitada diligência, a fim de que o autuante procedesse ao reexame dos valores lançados no auto de infração, com complementação da alíquota de ICMS e lavratura de Termo de Infração Continuada, conforme fls. 0331 dos autos.

Seguindo a marcha processual, foi procedida a lavratura de Termo de Infração Continuada com a complementação da alíquota incidente sobre as omissões de vendas no período de julho de 2007 a dezembro de 2008, com ICMS exigido de R\$ 7.182,16 e de R\$ 10.773,24 de multa por infração, com ciência proferida em 3/3/2011, conforme Aviso de recebimento – AR às fls. 343 dos autos.

Comparecendo, mais uma vez, a autuada alega nulidade por uso de Termo de Infração Continuada sem que houvesse uma nova irregularidade, discorrendo, no mérito, que os valores declarados pelo contribuinte ao Fisco municipal foram maiores que os ofertados pelas administradoras de cartão de crédito e débito.

Evidencia que a atividade principal da autuada é de serviços de motel que encontra ancora no artigo 1º da Lei Complementar nº 116/2003, não havendo legitimidade para cobrança do ICMS.

Em nova contestação, reforça suas convicções de autuação por ser o contribuinte enquadrado na

sistemática do Simples Nacional, requerendo a manutenção do feito fiscal na íntegra.

Em retorno definitivo a GEJUP, o processo foi distribuído ao julgador, Petrônio Rodrigues Lima, que decidiu pela IMPROCEDÊNCIA do auto de infração, com interposição de recurso de ofício.

A empresa foi notificada da decisão de primeira instância em 14/11/2013 (Aviso de Recebimento - fl. 371).

Convocado a se pronunciar, o fiscal autuante acostou contra-arrazoado (fl. 377), concordando com a tese que fundamentou a decisão singular, pela existência de operações de prestação de serviços sujeitos ao imposto municipal.

Na sequência, os autos foram remetidos a esta Casa, e, a mim, distribuídos, segundo critério regimentalmente previsto, para o fim de apreciação e julgamento.

Este é o RELATÓRIO.

VOTO

Versam os autos sobre a infração de omissão de saídas de mercadorias tributáveis verificadas através da declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito nos exercícios de 2007 e 2008.

Constata-se que a técnica de aferição da situação fiscal do contribuinte, empregada pela autoridade fiscal, consistiu no cotejo diário entre os valores declarados nas operações com cartão de débito e crédito com os valores declarados no consolidado ECF//TEF/GIM VIA notas fiscais de serviço apontadas no faturamento do Simples Nacional, procedimento que demonstrou uma diferença tributável nos períodos acima citados.

Desse resultado, a literatura que se faz é que se alcançaram àquelas operações de venda não faturadas, materializando a presunção legal de omissão de vendas, conforme redação do artigo 646 do RICMS/PB, que teve sua vigência a partir de 13 de junho de 2007, com a publicação do Dec. nº 28.259, de 13/06/2007, senão vejamos:

“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 inexistentes, 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”.

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 motelaria, é pontual a incidência do ISS, imposto da competência municipal.

Observa-se, ainda, por relevante, que o critério de apuração da situação fiscal da empresa tomou por base o cotejamento diário das informações das administradoras de cartão de crédito sem considerar a existência de notas fiscais de serviços emitidas pelo contribuinte.

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 nº 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.

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).

Isto considerando, vejo acertada a decisão de improcedência tomada pelo julgador singular, haja vista ser inadmissível a cobrança de ICMS pela totalidade dos pagamentos por meio de cartões de crédito de um estabelecimento em que a atividade é exclusivamente de serviços de motel.

Em verdade, a técnica adotada torna-se 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.

Tal constatação teve reconhecimento pleno da fiscalização, revelando precariedade na 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 nas operações com cartão de crédito e débito.

Por oportunidade do julgamento de questão semelhante, este Conselho de Recursos Fiscais acolheu à unanimidade o voto da relatoria da Cons^a. Gianni Cunha da Silveira Cavalcante, decidindo pelo provimento do Recurso Voluntário nº 466/2010, conforme se constata no Acórdão CRF nº 65/2012, cuja ementa transcrevo:

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO. DIVERGÊNCIA ENTRE AS VENDAS REALIZADAS ATRAVÉS DOS CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO E AS DECLARADAS PELO CONTRIBUINTE. EXCLUSÃO DAS RECEITAS DE SERVIÇOS SUJEITOS AO ISS. RETIFICAÇÃO DO LEVANTAMENTO. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. REFORMADA A DECISÃO SINGULAR.

Mediante a comprovação da existência de receitas de serviços de hotelaria com fornecimento apenas de café da manhã, em determinado período, o procedimento de confronto entre os valores lançados nas GIM's e aqueles informados pelas operadoras de cartão de crédito ficou comprometido, o que resultou na queda do procedimento.

Assim, diante da evidência, não enxergo razão para manutenção do feito fiscal.

EX POSITIS,

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 **93300008.09.000000774/2009-14**, lavrado em 2 de julho de 2009, em que foi autuada a empresa **ANDORRA HOTEL LTDA.**, com inscrição no CCICMS sob o nº 16.090.025-5, já qualificada nos autos, eximindo-a de quaisquer ônus oriundos do presente ação fiscal, em face dos fundamentos

acima expendidos.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 16 de março de 2015.

JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES
Conselheiro(a) Relator(a)