

PROCESSO - A.I. Nº 140779.0004/03-6
RECORRENTE - PSH PRODUTOS E SERVIÇOS HOSPITALARES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0380-02/03
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 18.12.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CFJ Nº 0707-11/03

EMENTA: ICMS. FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO COM BASE NA RECEITA BRUTA. EXIGÊNCIA DE RECOLHIMENTO PELO REGIME NORMAL. A atividade desenvolvida pela empresa não é beneficiada pela possibilidade de recolhimento do imposto de acordo com a receita bruta e, muito menos, pelo diferimento. Aplicação ao caso concreto das normas legais: art. 118, II, § 1º, Anexo 96; art. 504 e 343, XVII, todos do RICMS/97. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Auto de Infração lavrado contra a empresa PSH em 08/06/2003 exigindo ICMS no valor histórico de R\$ 111.741,12, pelas infrações:

1. Recolhimento de ICMS a menos no exercício de 2001 por erro na apuração dos valores do imposto enquanto enquadrada no SIMBAHIA.
2. Recolhimento a menos de ICMS por apurar, nos meses 01/2002 a 09/2002, débito de acordo com regime estabelecido nos arts. 118 e 504 do RICMS/97, sem ter respeitado as condições para submeter-se ao mesmo (apuração e recolhimento do imposto com base na aplicação da alíquota de 5% sobre a receita bruta).

O Auto de Infração foi impugnado no tocante ao item 2, tendo sido reconhecido o débito correspondente ao item, 1, motivo pelo qual não mencionaremos o mesmo no julgamento deste Recurso Voluntário.

Na impugnação, o recorrente/autuado sustenta que:

- a) Dedicar-se à industrialização e comércio de alimentos especiais destinados a pacientes que não podem alimentar-se de forma convencional;
- b) É exclusivamente vendedora de alimentos para nutrição enteral e parenteral;
- c) Desde o início de suas atividades, era contribuinte do ICMS enquadrada no regime do SIMBAHIA até que foi desenquadrada do mesmo em 01/04/2002, com efeitos retroativos a 01/01/2002.
- d) Que desde a competência 01/2002 passou a recolher o ICMS com base na aplicação da alíquota de 5% sobre a Receita Bruta, embasando-se na aplicação do regime previsto nos artigos 118 e 504 do RICMS/97;
- e) Que até setembro/2002 estava erroneamente cadastrado no CNAE 8516-2/99, atividade esta sujeita ao ISS.
- f) Que nunca teve dúvidas de sua condição de contribuinte do ICMS, já que praticava e pratica atos que caracterizam hipótese de Incidência do referido imposto.

- g) Que desde 09/2002 está com o CNAE correto relativo a sua atividade, qual seja o CNAE 5229-9/99;
- h) Que apresenta todas as condições para auferir o benefício dos artigos 118 e 504 do RICMS/97, pois apenas não cumpriu a formalidade de informar no DIC (Documento de Informação Cadastral) sua opção por esse benefício;
- i) Que não fez a citada opção por entender que como era enquadrada no SIMBAHIA, não se considerava contribuinte normal do ICMS;
- j) Citou decisões deste Conselho, no sentido de que obedecidas as condições para enquadramento em benefício fiscal, a não opção formal pelo mesmo não descaracteriza o direito de usufruir deste, devendo apenas o contribuinte arcar com multa pelo descumprimento de obrigação acessória;
- k) Que entendendo os julgadores que o recorrente/autuado não faz jus ao benefício citado (arts. 118 e 504 do RICMS/97), seja enquadrado retroativamente (período discutido no Auto de Infração) ao benefício previsto no art. 343, XVII do RICMS/97, qual seja diferimento (adiamento) do pagamento do ICMS.

O autuante, tendo conhecimento da impugnação, manifestou-se pela subsistência do Auto de Infração e fundamentou sua posição pelo fato de que estando o contribuinte enquadrado no CNAE sob nº 5229-9/99, somente poderia fazer jus ao benefício do art. 118, § 1º se fosse padaria, doçaria, bobonérias e sorveterias, conforme NOTA no anexo 96 do citado RICMS. Como nunca exerceu tais atividades, não fez nem faria jus ao benefício.

Do mesmo modo não tem direito ao regime de diferimento previsto no art. 343, XXVIII do RICMS/97, pois o mesmo somente é aplicado quando do "fornecimento de refeições a estabelecimentos de contribuintes deste Estado, destinado a consumo por parte de seus empregados".

Que para usufruir de qualquer benefício fiscal, o contribuinte há de atender os requisitos e formalidades exigidas pela Legislação.

Foi dada oportunidade para o autuado manifestar-se sobre as alegações do autuante, o que não ocorreu.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal julgou o Auto de Infração Procedente em relação às duas infrações. A primeira por ter sido confessada pelo autuado e a segunda pelos motivos a seguir transcritos e que fazem parte deste relato:

“Quanto aos argumentos defensivo, observo que não vejo como os mesmos prosperarem, pois em que pese a atividade do estabelecimento ser de fornecimento de alimentos, para usufruir do benefício previsto no artigo 504, II do RICMS/97, deveria ter formalizado a sua opção mediante o preenchimento e entrega do Documento de Informação Cadastral (DIC), o que não restou comprovado, mas tão somente a mudança do CNAE. O DIC que foi apresentado pelo contribuinte à fl. 54 foi preenchido no mês de 09/2002.

Além disso, o pleito do contribuinte em considerar como diferido o fornecimento dos alimentos, também não encontra amparo no art. 343 do RICMS/97, tendo em vista que a previsão regulamentar é para o fornecimento a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste Estado, destinado a consumo por parte de seus empregados, o que não foi comprovado.

Portanto concluo que a infração está devidamente caracterizada, tendo em vista que não foi satisfeita a condição prevista na Lei para o reconhecimento do benefício do imposto com redução da alíquota ou do diferimento, previstos na legislação citada.”

Sobreveio o Recurso Voluntário, em que o recorrente reitera os argumentos da impugnação, aprofunda-se em explicar a natureza de suas atividades e coloca seu entendimento sobre a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, se irresignando por ser mantida a infração pelo fato de sua atividade consignada no DIC ser diversa da constante no Anexo 96 do RICMS/97 e pelo fato de não ter feito formalmente a opção ao regime dos artigos 118 e 504 do Regulamento.

Ressalta ainda que se o Conselho de Fazenda entender que seu CNAE (vigente desde 09/2002) está errado, que considere ser a atividade desenvolvida pela empresa como fornecimento de refeições, sujeita ao benefício já citado, independentemente de seu código.

O Parecer da PGE/PROFIS foi pelo conhecimento e improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Cumpra ressaltar inicialmente que o contribuinte sempre esteve ciente de sua condição como contribuinte do ICMS, exercendo atividade sujeita à hipótese de incidência do referido imposto, tanto que, conforme citado em sua impugnação e Recurso Voluntário, no início de suas atividades buscou regime especial para apuração e pagamento do imposto.

Dessa forma não há como escusar em qualquer momento a responsabilidade do autuado em saber qual seu CNAE, se este está correto e providenciar para que o mesmo espelhe as atividades econômicas exercidas.

E muito menos imaginar que durante o período em que o CNAE esteve errado, de que o autuado estava sujeito ao ISS, como Parecer querer em sua afirmação no Recurso (fl.10):

"Nessa análise, as operações ocorridas no período em que a sociedade ostentava o equivocado CNAE "OUTRAS ATIV. RELAC. COM ATENÇÃO A SAÚDE", sujeitam-se ao ICMS, se caracterizadas como fato gerador desse tributo." (negrito do recorrente).

Obviamente que as operações realizadas nesse período são fatos geradores do ICMS. Se o autuado tivesse qualquer dúvida a respeito, não poderia, desde o início, buscar melhores condições de apuração e recolhimento do dito imposto, como fez por meio do SIMBAHIA.

Ademais, aplicando-se a citação de que ninguém pode beneficiar-se de sua própria torpeza, fica definitivamente afastada a hipótese de que o autuado estava sujeito ao ISS.

Não há qualquer possibilidade de aplicação do regime previsto no art. 343, XVIII do RICMS/97, porque a atividade do autuado não se coaduna com a previsão legal para deferimento do mesmo.

As demais alegações são rechaçadas, sem maiores detalhamentos, com informação fornecida pelo autuante e que não foi suficientemente aprofundada pelo primeiro julgamento.

De fato, o CNAE do autuado, após retificação ocorrida em 09/2002 por solicitação do mesmo, é 5229-9/99. Esse CNAE corresponde a comércio varejista de outros produtos alimentícios não especificados anteriormente.

O Anexo 96, acrescentado ao RICMS/97 pelo Decreto nº 8.040/2001, em vigor desde a sua publicação em 30/09/2001, lista as atividades que podem ter pagamento de ICMS em função da Receita Bruta, regime a que se refere os arts. 118, § 1º e 504 do RICMS/97. Nessas atividades está prevista a de comércio varejista de outros produtos alimentícios não especificados anteriormente – CNAE-Fiscal 5229-9/99. Só que a nota constante no citado anexo dispõe o seguinte:

"As atividades de comércio varejista previstas nos CNAE's – Fiscal: 5221-3/1; 5221-3/02, 5222-1/00 e 5229-9/99, somente farão jus ao tratamento previsto quando as vendas forem efetuadas por padarias, confeitarias, doçarias, bombonérias e sorveterias." (grifo da relatora)

Em assim sendo, o autuado, por sua própria atividade não pode ser beneficiado com o pagamento de ICMS sobre a Receita Bruta, desde a data de publicação do citado anexo.

As alegações de que nunca esteve sujeito ao regime normal de apuração do imposto não procedem. Quando o contribuinte tem algum tipo de benefício fiscal, ele deve estar atento para as condições que deve cumprir para continuar no mesmo. Dessa forma o autuante não pode escusar-se de não saber que, a partir de 01/2002 não mais estaria no SIMBAHIA, porque ele mesmo, conhecedor nos números da empresa já sabia que havia extrapolado (em 2001) os valores máximos para estar enquadrado no regime e que, estando desenquadrado do SIMBAHIA, estaria sujeito ao regime normal de apuração (débito/crédito).

As citações de decisões proferidas por esse Conselho de Fazenda não são aplicáveis a essa discussão, por estarem envolvidos nesta, aspectos muito mais ligados ao fato de que a atividade desenvolvida pelo autuado não estar sujeita ao regime de apuração de recolhimento do ICMS sobre a Receita Bruta, do que simplesmente a formalização de opção por este.

Assim concedo esse voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, mantendo integralmente a Decisão recorrida, pelos seus próprios fundamentos, adicionados pelos argumentos expostos nesse voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 140779.0004/03-6, lavrado contra **PSH PRODUTOS E SERVIÇOS HOSPITALARES LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$111.741,12**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as) Antonio Ferreira de Freitas, Rosa Maria Santos Galvão e Ivone de Oliveira Martins.

VOTO (VENCIDO): Conselheiros Ciro Roberto Seifert e Alberto Nunes Vaz da Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de dezembro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

ROSA MARIA DOS SANTOS GALVÃO – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS