

A. I. N° - 140779.0004/03-6  
**AUTUADO** - PSH PRODUTOS E SERVIÇOS HOSPITALARES LTDA.  
**AUTUANTE** - PETRONIO ALBERTO DA FONSECA  
**ORIGEM** - INFAC IGUATEMI  
**INTERNET** - 29.09.03

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0380-02/03**

**EMENTA:** ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS POR ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. Fato não contestado. 2. REGIME DE APURAÇÃO. REFEIÇÕES. PAGAMENTO DO IMPOSTO EM FUNÇÃO DA RECEITA BRUTA. EXIGÊNCIA FISCAL PELO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO FACE A UTILIZAÇÃO DO REGIME SEM A SUA FORMALIZAÇÃO. É facultado aos contribuintes que exercem exclusivamente as atividades referidas no artigo 504, do RICMS/97, a opção pelo pagamento mensal do imposto à alíquota de 5% sobre o valor da receita bruta do período, condicionando o benefício ao cumprimento de obrigações acessórias. Infração 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 deferimento previsto no art. 343 do RICMS/97. Rejeitada a preliminar de nulidade arguida pelo sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 08/06/2003, e reclama o ICMS no valor de R\$ 111.741,12, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$ 7.472,65, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), no exercício de 2001, conforme demonstrativos e documentos às fls. 09 a 16.
2. Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$ 104.268,47, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, no período de janeiro a agosto de 2002, em razão de ter extrapolado o limite legal da RB ajustada em 2001, e apurado indevidamente o ICMS a recolher no exercício de 2002, com base em 5% sobre a Receita Bruta, em substituição a apuração por meio da conta corrente fiscal, sem estar enquadrado no artigo 118, § 1º e Anexo 96 do RICMS/97 para usufruir de tal benefício no período levantado, conforme demonstrativo e documentos às fls. 17 a 38.

O autuado através de seu representante legal, em seu recurso constante às fls. 42 a 53 reconhece o cometimento da infração 01, e impugna o lançamento relativo à infração 02, esclarecendo e argumentando que:

- a) É uma empresa dedicada a industrialização e comércio de alimentos especiais destinados a pacientes incapacitados de se alimentarem de forma convencional, classificada como

prestadora de bens e serviços de acordo com as Resoluções RDC nº 63/00; 449/99 e Portaria 272/88, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, conforme Alvará nº 093/00;

- b) É fornecedor de alimentos especiais para nutrição enteral e parenteral preparados a partir de insumos, de acordo com a prescrição nutricional de cada paciente, atendendo às recomendações de Boas Práticas de Produção de Nutrição Enteral (BPPNE) ANVISA/MS-RDC nº 63/00, e que a sua atividade é exclusivamente de venda de alimentos;
- c) No início de suas atividades obteve o enquadramento no SIMBAHIA, e que em 01/04/02, em decorrência de ter ultrapassado o limite de apuração foi desenquadrado no referido regime de apuração com efeito retroativo a partir de janeiro de 2002;
- d) A partir da exclusão, passou a recolher o imposto com base em 5% sobre a receita auferida mensalmente, nos termos do artigo 118 e 504 do RICMS/97;
- e) Atualmente encontra-se enquadrado no código de atividades econômicas (CNAE) nº 5229-9/99 (Comércio Varejista de Produtos Alimentícios não Especificados Anteriormente), e que até 09/09/2002, por lapso, encontrava-se cadastrado no CNAE nº 8516-2/99 – Outras Ativ. Relac. com Atenção a Saúde, correspondente à prestação de serviços de saúde constante da Lista de Serviços anexa ao Decreto Lei nº 406/68, sujeitando-se exclusivamente ao ISS.

Por conta desses argumentos, o autuado argüi a nulidade da autuação, com base em dois entendimentos: que no período em que ostentava o CNAE nº 8516-2/99 – Outras Ativ. Relac. Com Atenção a Saúde as operações realizadas pelo estabelecimento sujeitavam-se ao ISS; e que com base no princípio da verdade material, o fato deve prevalecer a forma, sujeitando-se ao ICMS as operações do citado período, se caracterizadas como fato gerador.

Assevera que na condição de fornecedor de alimentos especiais, tem direito a recolher o ICMS sobre o regime da Receita Bruta com base no artigo 504, do RICMS/97, e que por se encontrar à época sujeito ao regime normal de apuração do imposto estaria desobrigado de cumprimento do inciso II do citado dispositivo regulamentar, relativo a formalização da opção mediante o preenchimento e entrega do Documento de Informação Cadastral (DIC). Transcreveu a Ementa do Acórdão CJF nº 0545/99, sobre Recurso Conhecido e Provido, relativo a exigência de imposto com base no regime normal face a utilização do regime de diferimento sem a sua formalização.

Além disso, o representante do autuado invocou o artigo 343, XVII do RICMS/97 e o artigo 1º da Portaria nº 128/88, para mostrar que o fornecimento de refeições coletivas sujeito ao regime normal de apuração é enquadrado no regime de diferimento, e citou a jurisprudência do CONSEF sobre a transferência da obrigação tributária para o estabelecimento adquirente no caso de fornecimento de refeições.

Ressalta que ainda que não se estivesse o estabelecimento sujeito ao regime de apuração com base na receita bruta, as operações estão suportadas pelo diferimento previsto no artigo 343, do RICMS/97.

Por fim, requer a procedência parcial do Auto de Infração.

Na informação fiscal à fl. 59, o autuante manifesta-se acerca das razões defensivas contrargumentando que o estabelecimento está enquadrado no CNAE 5229-9/99, e somente fará jus ao tratamento previsto no artigo 118, § 1º e Anexo 96 do RICMS/97, quando as vendas forem efetuadas por “padarias, doçarias, bombonérias e sorveterias”, frisando que o autuado nunca exerceu tais atividades.

Contesta a alegação de que o estabelecimento estaria também enquadrado no regime do diferimento, dizendo que nos termos do art. 343, inciso XVIII, do RICMS/97, o diferimento só é aplicável para o “fornecimento de refeições a estabelecimentos de contribuintes deste estado, destinado a consumo por parte de seus empregados”.

O preposto fiscal frisa que o artigo 37, § 1º, inciso IV, da Lei nº 7.014/96 enquadra a questão como um benefício fiscal, por entender que a alíquota de 5% é inferior a menor alíquota prevista que é de 7% para operações interestaduais, e que pelos números apurados no seu trabalho fiscal e não contestados, implicou em prejuízo para o Erário Público Estadual. Salienta que no artigo 38 da citada lei está previsto que o reconhecimento de benefício fiscal condiciona a satisfação de condição prévia, e no caso, o CNAE específico não se trata apenas de um descumprimento de obrigação acessória, pois se constitui como formalidade legal sem a qual a fruição do benefício fica prejudicada.

Argumentou ainda que a opção para ser utilizada prescinde de formalidade e atendimento a determinadas condições regulamentares, e que quando não satisfeitas permanece a situação anterior, qual seja, a apuração do imposto com base no regime normal através da conta corrente fiscal, situação na qual o contribuinte encontra-se desde o seu desenquadramento automático do SIMBAHIA, por ter extrapolado o limite legal de faturamento.

Concluindo que o seu trabalho está revestido de todos os aspectos formais e materiais, pugna pela procedência do Auto de Infração.

Considerando que por ocasião da informação fiscal foi acostado aos autos novo elemento, o contribuinte foi intimado a tomar conhecimento dos documentos às fls. 61 a 63, conforme Intimação à fl. 64 devidamente assinada pelo preposto da empresa, não tendo o mesmo se pronunciado no prazo estipulado na mesma.

## VOTO

Das duas infrações contempladas no Auto de Infração, o sujeito passivo reconheceu integralmente a infração 01, relativa ao recolhimento a menos do ICMS, no período de janeiro a dezembro de 2001, no valor de R\$ 7.472,65, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA).

Quanto a infração 02, a acusação de recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$ 104.268,47, decorre de erro na apuração dos valores do imposto, pelo fato do contribuinte ter apurado indevidamente pelo regime normal, no período de janeiro a agosto de 2002, o imposto com base em 5% sobre a receita bruta, em virtude de não estar devidamente enquadrado nos termos do artigo 118, § 1º e Anexo 96 do RICMS vigente para usufruir desse benefício fiscal, tendo em vista que o estabelecimento estava no período objeto da autuação enquadrado no CNAE 8516-299 – Outras Ativ. Relac. com Atenção a Saúde.

A peça defensiva interposta pelo sujeito passivo está centrada na argumentação de que é uma empresa dedicada à comercialização exclusiva de produtos alimentícios especiais destinados à pacientes que não tem condições de alimentar-se normalmente, e que nessa condição, estaria sujeita ao regime de apuração com base na receita bruta à alíquota de 5%, e assim não fosse esse entendimento, as operações estariam suportadas pelo regime do diferimento.

Analisando-se a questão sobre estas duas óticas, a legislação tributária prevê os seguintes comandos legais.

“Artigo 504 – Os restaurantes, churrascarias, pizzarias, lanchonetes, bares, padarias, pastelarias, confeitarias, docerias, boboneras, sorveterias, casas de chá lojas de “delicatessen”, serviços de ‘buffet’, hotéis, motéis, pousadas, fornecedores de refeições e outros serviços de alimentação poderão optar pelo pagamento do ICMS mediante o regime de apuração em função da receita bruta, observando-se, além das normas relativas aos demais contribuintes, as seguintes:

I - os contribuintes de que trata este artigo, quando optarem pelo regime de apuração mencionado no “caput”, serão inscritos no cadastro estadual na condição de contribuintes normais, atendida a respectiva codificação prevista no Anexo 3;

II - o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração do imposto que pretender optar pelo tratamento previsto neste artigo formalizará a sua opção mediante o preenchimento e entrega do Documento de Informação Cadastral (DIC), com assinalação da alteração do regime de apuração do imposto, devendo anexar àquele documento um demonstrativo da receita bruta do exercício anterior, a menos que se trate de estabelecimento em início de atividade;

III - só poderá adotar o regime de pagamento previsto neste artigo o estabelecimento que exercer, unicamente, atividade compreendida entre as especificadas no “caput”;

IV - o cálculo do imposto a ser pago mensalmente será feito com base na aplicação de 5% sobre o valor da receita bruta do período;

.....

“Artigo 343 – É diferido o lançamento do imposto incidente:

“XVIII – nos fornecimentos de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste Estado, destinado a consumo por parte de seus empregados, para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente;”

O contribuinte estava enquadrado no SIMBAHIA na condição de empresa de pequeno porte, sendo desenquadrado de ofício em 01/04/2002, com efeito a partir do mês de janeiro de 2002, por ter ultrapassado o limite de faturamento previsto para a utilização do benefício, fato confirmado pelo autuado. Nestes termos, ou seja, tendo sido desenquadrado do referido regime com base no artigo 406-A, IV e VII, do RICMS/97, incorreu nas irregularidades previstas no artigo 408-L do citado Regulamento, cujo procedimento fiscal está amparado no artigo 408-S, sendo devida a apuração do imposto pelo regime de apuração normal de forma retroativa, pois não existe nos autos qualquer prova de que o autuado tivesse comunicado tal fato à repartição fazendária.

O débito encontra-se claramente demonstrado às fls. 17 a 38 pelo regime normal, ou seja, através da conta corrente fiscal, tendo sido considerados os créditos fiscais destacados nas notas fiscais de entradas; o débito oriundo das notas fiscais de saídas; o ICMS devido = diferença entre os créditos fiscais e os débitos fiscais; e sobre este resultado foram deduzidos os valores recolhidos, resultando na diferença a recolher em cada período.

Portanto, tratando-se de contribuinte inscrito como EPP (no ano 2000), enquadrado no SIMBAHIA, tendo sido constatado recolhimento a menor do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, e tendo sido desenquadrado do referido regime de apuração simplificado, a legislação tributária autoriza a exigência do imposto pelo regime normal de apuração, a teor do que dispõe o artigo 408-S do RICMS/97.

Quanto aos argumentos defensivos, 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 mudança do CNAE. O DIC que foi apresentado pelo contribuinte à fl. 54 foi preenchido no mês 09/2002.

Além disso, o pleito do contribuinte em considerar como diferido o fornecimento dos alimentos, também não encontra amparo no artigo 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 condição prevista na lei para o reconhecimento do benefício do imposto com redução da alíquota, ou do diferimento, previstos na legislação citada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **140779.0004/03-6**, lavrado contra **PSH PRODUTOS E SERVIÇOS HOSPITALARES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 111.741,12**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de setembro de 2003.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR