

A. I. Nº - 298942.1102/06-3
AUTUADO - MULTIPLUS – RESTAURANTE DE COLETIVIDADE LTDA.
AUTUANTE - HELDER RODRIGUES DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAC TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 19.12.06

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0407-02/06

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. É devido o pagamento da diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas aquisições interestaduais de mercadorias para uso e consumo do estabelecimento. Comprovado que parte das mercadorias são móveis e utensílios, não sujeitas ao pagamento da diferença de alíquotas em razão do estabelecimento está submetido ao regime de apuração em função da receita bruta (art. 7º, IV, “a”, do RICMS/97). 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. a) FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE SAÍDAS. Não foi comprovado o cancelamento dos documentos fiscais. b) OPERAÇÕES DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS LANÇADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração caracterizada. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. SAÍDA DE MERCADORIA REGULARMENTE ESCRITURADA. Infração não elidida. A de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 25/10/2006, para exigência de ICMS no valor de R\$ 32.359,84, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$ 6.751,46, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de abril e maio de 2006, através das Notas Fiscais nº 86832 e 221489, conforme demonstrativo à fl. 07.
2. Deixou de recolher nos prazos regulamentares, o ICMS no valor de R\$ 5.670,26, referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, no mês de maio de 2006, conforme demonstrativo à fl.07.
3. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 357,30, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no mês de abril de 2006, conforme demonstrativo à fl. 07.
4. Recolhimento a menos do ICMS, no total de R\$ 19.580,82, no mês de agosto de 2006, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme demonstrativo à fl. 08.

O autuado, representado por advogado legalmente constituído, em sua defesa às fls. 62 a 69, esclarece que é uma sociedade comercial que tem como objeto social o fornecimento de refeições coletivas, e analisando o direito, argüiu, com base no art. 145, § 1º, e 150, IV, da CF/88, que a multa aplicada tem caráter confiscatório, sendo facultado ao órgão julgador, diante do fato

concreto, o poder de reduzi-la, citando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e lições de professor de direito tributário sobre esta questão.

No mérito, impugnou a infração 01, no tocante à Nota Fiscal nº 86832, com o argumento de que a mercadoria foi adquirida para integrar o seu ativo imobilizado, e nos termos do artigo 7º, inciso IV, alínea “b”, do RICMS/97, as aquisições de ativo imobilizado por contribuintes enquadrados no regime de apuração em função da receita bruta não se submeterão ao pagamento da diferença de alíquota. Quanto a Nota Fiscal nº 221489, diz que as mercadorias foram adquiridas para preparo de refeições coletivas, sobre as quais, a ser ver, não incide a antecipação parcial deste tributo, com base no Parecer final exarado nos autos do Processo de Consulta nº 116078/2004-0, formulado pelo Sindicato das Empresas de Refeições Coletivas do Estado da Bahia.

Quanto a infração 02, alega que deixou de efetuar o recolhimento do imposto sobre as Notas Fiscais nºs 0047 a 0071, visto que as mesmas foram devidamente canceladas. Diz que ficou impossibilitado de juntar as notas fiscais em virtude de que elas já se encontram em poder da Secretaria da Fazenda. Aduz que nos termos do art. 37 da Lei nº 9.784/99, estando o órgão público com a posse do meio de prova capaz de elidir a infração apontada, nada mais precisa acrescentar para elidir a acusação fiscal.

Sobre a infração 03, diz que não é responsável pelo recolhimento do tributo, em virtude da sistemática de diferimento do ICMS prevista no art. 343, XVIII, 344, III, “a” e 348, § 1º, II, do RICMS/97, que estabelece o diferimento do pagamento do ICMS nas operações de fornecimento de refeições a estabelecimentos também contribuintes deste estado e destinadas ao consumo por parte de seus empregados. Salienta que o tributo deve ser cobrado de seus substitutos tributários especificados nas Notas Fiscais objeto da autuação de nºs 002, 003, 008, 012, 022, 025, 033, 035, 040 e 044.

Com relação à infração 04, aduz que as Notas Fiscais nºs 085 a 083, que se encontram em poder do autuante, referem-se à venda de ativo imobilizado, operação essa, que entende deve incidir a alíquota de 4%, por se tratar de empresa enquadrada no regime especial de apuração de ICMS sobre a receita bruta.

Por fim, requer a improcedência da autuação, e em atenção ao princípio da eventualidade que seja revista a multa aplicada.

O autuante formulou sua informação fiscal à fl. 83 nos seguintes termos.

Infração 01 – Contesta a alegação de que as mercadorias constantes na Nota Fiscal nº 86832 foram adquiridas para o ativo fixo, dizendo que por se tratar de pratos, paliteiro, açucareiro, bandejas e afins são considerados como material de uso e consumo. Quanto a Nota Fiscal nº 221489, diz que as mercadorias não foram utilizadas no preparo de refeições, pois se tratam de copos plásticos.

Infração 02 – Não acatou a alegação de que as notas fiscais foram canceladas e os documentos fiscais estavam na repartição fiscal, chamando a atenção de que o auto de infração foi lavrado em 25/10/06, sendo o autuado cientificado no dia 27/10/06, ocasião em que declarou ter recebido todos os livros e documentos fiscais arrecadados para fins da fiscalização, bem como, as planilhas constantes à fl. 02. Além disso, diz que nas cópias das notas fiscais às fls. 21 a 71 não existem sinais ou aparência de cancelamento, ressaltando que se realmente tivesse ocorrido o cancelamento constaria no seu corpo observação nesse sentido e os motivos do seu cancelamento, conforme exige a legislação tributária.

Infração 03 – Diz que houve equívoco do autuado em considerar que as operações estariam beneficiadas pelo diferimento, uma vez que houve sua opção pelo regime simplificado de apuração, hipótese em que não se aplica o diferimento do imposto.

Infração 04 – Salientou que, em virtude da legislação não definir de maneira clara esse tipo de lançamento, poderia ser atendido o pleito do autuado no sentido de ser calculado o imposto sobre o faturamento bruto, à alíquota de 4%, o que geraria o imposto de R\$ 38.200,80, ou

alternativamente poder-se-ia aplicar a regra que admite a redução da base de cálculo para venda de ativo imobilizado, tendo em vista que a segunda hipótese é mais benéfica para o contribuinte, dizendo que foi esta última a adotada na ação fiscal.

Conclui pela manutenção integral do Auto de Infração.

VOTO

Na análise das peças que compõem o processo, concluo o seguinte.

Infração 01 – Diz respeito a falta de recolhimento do ICMS da diferença entre a alíquota interna e interestadual, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, através das Notas Fiscais nºs 86832 e 221489.

Foi alegado na defesa que em relação à NF nº 86832 as mercadorias foram adquiridas para integrar o ativo imobilizado da empresa, e quanto a NF 221489 as mercadorias foram destinadas ao preparo de refeições coletivas.

O autuante, por seu turno, esclareceu que as mercadorias constantes na primeira nota fiscal são pratos, paliteiro, açucareiro, bandejas e afins, e a outra nota fiscal faz referência copos plásticos.

Analizando as cópias das notas fiscais que se encontram nos autos às fls. 09 e 10, observo que os esclarecimentos do autuante correspondem exatamente com o que consta nos documentos fiscais. No caso das mercadorias constantes na Nota Fiscal nº 86832, realmente tais mercadorias se enquadram perfeitamente no conceito de móveis e utensílios, haja vista que se tratam de bens de permanência mais duradoura destinados a realização de atividades e manutenção da entidade, e devem ser consideradas como bens do ativo imobilizado, não se sujeitando tais aquisições ao pagamento da diferença de alíquotas por se tratar de contribuinte enquadrados no regime de apuração em função da receita bruta, nos termos do art. 7º, IV, “a”, do RICMS/97. Quanto a mercadoria constante na Nota Fiscal nº 221489, por se tratar de copos não há como ser acatado o argumento de que foi utilizada no preparo de refeições, ficando enquadrada como mercadoria de uso e consumo.

Desta forma, subsiste em parte a infração no valor de R\$ 1.336,07.

Infração 02 – O imposto exigido neste item diz respeito a falta de escrituração no Registro de Saídas das Notas Fiscais nºs 0047 a 071.

A justificativa apresentada pelo autuado em sua peça defensiva é que realmente deixou de efetuar o recolhimento do imposto sobre as citadas notas fiscais, visto que foram canceladas.

O RICMS/BA prevê que quando o documento fiscal for cancelado (art. 210), deverão ser conservadas no talonário todas as suas vias, com a anotação do motivo que houver determinado o cancelamento.

Nas fotocópias das notas fiscais às fls. 21 a 71 não consta qualquer observação no sentido de que tais documentos foram cancelados.

Entendo que para elidir a acusação fiscal o autuado deveria ter trazido aos autos todas as vias dos documentos fiscais, demonstrando o motivo do cancelamento. Não acato a sua alegação de que os documentos fiscais se encontram na repartição fiscal, pois conforme esclareceu o autuante, consta na fl. 02 a confirmação de que foram devolvidos todos os livros e documentos fiscais arrecadados durante a ação fiscal. Se acaso ainda existem documentos fiscais em poder da repartição fiscal, fato não comprovado, o autuado não demonstrou ter tomado qualquer providência solicitando a sua devolução.

Infração 03 – A acusação fiscal é de que o imposto não foi recolhido em razão de lançamento de notas fiscais de saídas tributáveis como não tributáveis.

Conforme demonstrado à fl. 07, o débito foi calculado com base nas Notas Fiscais de saídas nºs 002, 003, 008, 012, 022, 025, 033, 035, 040 e 044, cujas cópias encontram-se às fls. 11 a 20.

O autuado discordou da autuação dizendo que não é responsável pelo recolhimento do tributo, em virtude da sistemática de diferimento do ICMS prevista no art. 343, XVIII, 344, III, “a” e 348, § 1º, II, do RICMS/97, que estabelece o diferimento do pagamento do ICMS nas operações de fornecimento de refeições a estabelecimentos também contribuintes deste estado e destinadas ao consumo por parte de seus empregados, e que o tributo deve ser cobrado dos substitutos tributários especificados nas notas fiscais.

Considerando que houve a opção do estabelecimento pelo regime simplificado de apuração do imposto, neste caso, não se aplica o regime do diferimento, subsistindo a infração.

Infração 04 – O fulcro da autuação é de que o autuado recolheu a menos o imposto nas operações de venda de bens do ativo imobilizado através das Notas Fiscais nºs 075 a 083 (fls. 45 a 53), por erro na aplicação da alíquota.

Examinando o demonstrativo de apuração do débito constante à fl. 08, observo que o autuante aplicou o percentual de 17% sobre a base de cálculo reduzida, e sobre esse resultado deduziu o imposto que o contribuinte calculou à alíquota de 4%, resultando nas diferenças que foram lançadas no auto de infração.

Na defesa foi confirmado pelo autuado de que realmente as notas fiscais contemplam operações de venda de bens do seu ativo imobilizado, entendendo que sobre tais operações deve incidir a alíquota de 4%, por se tratar de empresa enquadrada no regime especial de apuração de ICMS sobre a receita bruta.

Conforme salientou o autuante, se for atendido o pleito do autuado, ou seja, se calculado o débito à alíquota de 4% sobre a receita bruta, geraria o imposto no valor de R\$ 38.200,80 (R\$ 955.020,13 x 4%), valor esse superior ao que foi lançado no demonstrativo de débito.

Disso decorrente, mantendo o lançamento no valor que foi originalmente lançado, por considerar que realmente esta foi a forma mais benéfica para o contribuinte.

Finalmente, quanto às multas pelo descumprimento da obrigação principal, restando caracterizadas as infrações, a sua aplicação está em conformidade com a Lei nº 7.014/96.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, ficando o demonstrativo de débito da infração 01 modificado conforme quadro abaixo.

INFRAÇÃO 01

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito
31/5/2006	9/6/2006	7.859,24	17	60	1.336,07
TOTAL DO DÉBITO					1.336,07

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298942.1102/06-3, lavrado contra **MULTIPLUS – RESTAURANTE DE COLETIVIDADE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 26.944,45**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$ 21.274,19 e 70%, sobre R\$ 5.670,26, previstas no artigo 42, II, “a”, e “f”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de dezembro de 2006.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR