

A. I. N° - 233099.2050/06-7
AUTUADO - SALCO COMÉRCIO DE ALIMENTOS S/A.
AUTUANTE - MARCOS VINICIUS BORGES DE BARROS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 26/07/2007

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0235-03/07

EMENTA: ICMS. REGIME DE APURAÇÃO EM FUNÇÃO DA RECEITA BRUTA. RESTAURANTE. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Ficou comprovado que houve recolhimento do imposto efetuado a menos. Refeitos os cálculos mediante diligência fiscal realizada por preposto da ASTEC, ficou reduzido o valor originalmente exigido. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 22/11/2006, refere-se à exigência de R\$17.229,61 de ICMS, acrescido da multa de 60%, tendo em vista que foi constatado recolhimento efetuado a menos do ICMS referente à comercialização de refeições, calculado de acordo com o Regime de Apuração em Função da Receita Bruta, no período de janeiro de 2001 a dezembro de 2002. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte deduziu indevidamente do cálculo da receita bruta os valores das mercadorias utilizadas como insumos ou ingredientes das refeições, e os valores das saídas de mercadorias que foram adquiridas através de antecipação ou substituição tributária.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 60 a 73), alegando que embora acusação fiscal verse sobre recolhimento a menos do ICMS, trata de duas situações completamente diversas. A primeira delas diz respeito ao recolhimento a menos do imposto em razão da comercialização de refeições, e o defendente entende que essa acusação não reflete conteúdo algum. Diz que, “imaginando que a expressão comercialização de refeições se refira a omissão de saídas, há de se questionar que mercadorias tributadas seriam essas” e quais as refeições que não foram computadas na receita bruta mensal. Assim, alega que a primeira parte da descrição da infração é lacônica, implicando nulidade do lançamento. O autuado salienta que é franqueado de uma famosa rede mundial de restaurantes, realizando, anualmente, no mês de agosto um evento chamado “Mac Dia Feliz”, sendo revertido o produto da venda dos sanduíches “Big Mac” para instituições que atendem crianças carentes com câncer, e tal comercialização seria, em verdade, as vendas ocorridas no evento “Mac Dia Feliz”, operações que não foram tributadas em razão do benefício concedido pelo Secretário da Fazenda do Estado da Bahia e posteriormente ratificado no Processo de nº 12380720012.

Quanto à segunda parte da acusação fiscal, diz que o autuante não apresentou os elementos indispensáveis para definir com clareza a infração, ensejando a sua nulidade. Alega que a afirmação do autuante de que foram deduzidos indevidamente, do cálculo da receita bruta, os valores das mercadorias sujeitas à antecipação ou substituição tributária, o autuante não informou quais seriam essas mercadorias, seus respectivos NCM, ou como foram utilizadas como insumos no preparo do produto fornecido, e fazendo o exercício de adivinhação, identificou que as mercadorias tratadas na autuação fiscal são refrigerantes (únicas mercadorias sujeitas ao regime de antecipação ou substituição tributária no período fiscalizado). O autuado salienta que, por força do art. 504, inciso V, do RICMS-BA, tem o direito de deduzir da receita bruta mensal as saídas de refrigerantes, porque se tratam de mercadorias sujeitas à substituição tributária, não constituindo insumos no preparo dos produtos fornecidos pelo estabelecimento. O defendente fala sobre os princípios de proteção do cidadão frente ao Estado, em especial, o princípio da

segurança jurídica e o da ampla defesa, argumentando que por força desses princípios, o Estado apenas está autorizado a restringir ou delimitar o patrimônio particular dos contribuintes, se apresentar com clareza e objetividade a sua pretensão, oportunizando o correlato direito à ampla defesa. Diz que o autuante descumpriu os mencionados princípios, tendo em vista que não informou quais as refeições comercializadas que não teriam sido tributadas pelo estabelecimento autuado, nem explicou quais as mercadorias sujeitas à antecipação ou substituição que foram deduzidas no cálculo da receita bruta mensal ou como foram (ou teriam sido) utilizadas como insumos no preparo dos produtos comercializados, e se fosse explicado o que realmente ocorreu, poderia haver a defesa pelo autuado, rebatendo os critérios adotados no levantamento fiscal. O defendente transcreve o art. 18, inciso IV, do RPAF/99, requerendo a declaração de nulidade absoluta do presente Auto de Infração.

Prosseguindo, o defendente comenta sobre o benefício concedido pelo Estado da Bahia através do Parecer GECOT Nº 1.409/2000, tendo em vista que o Estado da Bahia foi provocado a se manifestar através do Processo nº 029.252/00, sobre eventual isenção sobre as vendas de “Big Mac” realizadas no “Mac Dia Feliz”. Em resposta, foi exarado o Parecer GECOT Nº 1.409/00, pelo deferimento do benefício de isenção do ICMS sobre as vendas ocorridas no evento beneficente. Assim, a partir de 08/08/2000, todas as saídas no Estado da Bahia de “Big Mac” ocorridas no “Mac Dia Feliz” estão amparadas pelo benefício concedido no Parecer GECOT, sendo indubitável que o mencionado parecer, ratificado pelo Parecer GECOT Nº 3731/2001, todos os estabelecimentos do autuado gozavam, desde o exercício de 2000, do benefício de isenção relativamente às saídas de “Big Mac” ocorridas no “Mac Dia Feliz”. Dessa forma, entende que não procede a primeira parte da acusação fiscal. Quanto à segunda parte, diz que não tem cabimento a acusação fiscal quanto à dedução dos valores das mercadorias sujeitas ao regime da antecipação ou substituição tributária (refrigerantes). Em relação às deduções da receita bruta, reproduz o inciso V, do art. 504, do RICMS/97, e assegura que no caso de refrigerante, é incontestável que tem direito de deduzir o seu valor da receita bruta, de acordo com o art. 504, “c”, 1, do RICMS/97. Afirma que o autuante glosou todas as deduções de refrigerantes ocorridas nos exercícios de 2001 a 2005, e após as explicações do contribuinte de que os valores deduzidos correspondiam às vendas de refrigerantes, ele decidiu manter a autuação nos exercícios de 2001 e 2002, por entender que a Alteração 38 do RICMS/97, revogou o art. 504, V, “c”, 2. Entretanto, o estabelecimento autuado não utilizava máquina registradora no exercício fiscalizado, mas ECF, detalhado, conforme comprovam os documentos acostados aos autos, que identificava todas as operações de saídas, permitindo a exclusão dos valores de refrigerantes da receita bruta mensal. Além disso, o dispositivo revogado dizia que os contribuintes usuários de máquina registradora tinham até 30/12/02 o direito de realizar deduções da receita bruta previstas no art. 504, V, do RICMS/97, isso porque, ao contrário do ECF detalhado, a máquina registradora não permitia identificar as operações de saídas, não possibilitando a exclusão direta das mercadorias dedutíveis. Assegura que não utilizava máquina registradora no período, salientando que a revogação do benefício para os usuários de máquina registradora ocorreu somente a partir de 30/12/2002, inexistindo qualquer fundamento para a glosa das deduções nos exercícios de 2001 e 2002. Finaliza, dizendo que confia que o presente Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente.

O autuante, em sua informação fiscal à fl. 98 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que todos os demonstrativos e levantamentos foram acostados aos autos, de forma clara, estando comprovado que o contribuinte deduziu indevidamente, no cálculo da receita bruta, os valores das mercadorias utilizadas como insumos ou ingredientes das refeições, nos exercícios de 2001 e 2002. Diz que o defendente não apresentou qualquer demonstrativo ou levantamento que modifique o entendimento, apenas tentou postergar o pagamento do imposto devido. Ratifica o Auto de Infração em lide.

Considerando que no cálculo do imposto devido devem ser deduzidos da receita bruta os valores relativos às saídas de mercadorias isentas, não tributadas ou com ICMS pago antecipadamente, esta JJF, converteu o presente processo em diligência (fl. 101) para autuante:

1 – Intimar o autuado a comprovar as saídas de mercadorias isentas, não tributadas ou com ICMS pago antecipadamente, que não tenham sido utilizadas como insumos ou ingredientes no preparo dos produtos fornecidos pelo autuado..

2 - Elaborar demonstrativo dessas parcelas e refazer o levantamento fiscal, de acordo com a comprovação apresentada pelo contribuinte.

A diligência fiscal foi cumprida pela ASTEC, sendo elaborado o PARECER ASTEC Nº 070/2007 (fls. 102 a 104), no qual a diligente informa que o autuado apresentou, por amostragem, documentos que comprovam as saídas de mercadorias isentas, não tributadas ou com o ICMS pago antecipadamente, conforme cópias dos mapas resumos dos ECFs acompanhados de cópias dos totalizadores dos ECFs e cópias do livro Registro de Saídas (fls. 107 a 155 do PAF), sendo também apresentados os mapas resumos dos ECFs completos, referentes ao mês de outubro de 2002 (fls. 156 a 186). Em relação à segunda solicitação da diligência, informa que elaborou novos demonstrativos de débitos referentes aos exercícios de 2001 e 2002, “por ficar constatado que o autuante, ao apurar a base de cálculo do imposto, em função da Receita Bruta considerou para dedução do valor total das receitas, os valores referentes às saídas das mercadorias isentas, quando deveriam ser considerados os valores das saídas de mercadorias com substituição tributária, ou seja, com ICMS pago antecipadamente (fls. 6 e 7)”. A diligente salienta ainda, que não foram consideradas as saídas de mercadorias isentas, porque constatou que estas mercadorias foram utilizadas como insumos ou ingredientes no preparo dos produtos fornecidos pelo autuado. Finaliza, informando que após refazer os cálculos apurou os totais do ICMS devido de R\$2.134,75 e R\$739,77, referentes aos exercícios de 2001 e 2002, respectivamente, conforme demonstrativo à fl. 103 dos autos.

Intimado a tomar conhecimento do PARECER ASTEC 070/2007, o autuado apresentou nova manifestação às fls.193 a 196, aduzindo que na planilha constante do mencionado parecer não foi deduzido da base de cálculo do ICMS, nos meses de agosto e setembro de 2001 e agosto de 2002, o valor referente às mercadorias comercializadas durante o evento “Mac Dia Feliz”, as quais desde 08/08/2000 gozam do benefício da isenção concedido pelo Estado da Bahia, conforme Parecer GECOT nº 1.409/2000, ratificado pelo Parecer GECOT nº 3.731/2001. Assim, o defendente apresenta à fl. 196, planilha referente aos três meses, apontando os valores que entende serem corretos e as respectivas diferenças. Por fim, o impugnante reitera todos os argumentos apresentados em sua impugnação inicial e pede a nulidade ou improcedência do presente Auto de Infração.

À fl. 198, o autuante informa que acompanha em sua totalidade o Parecer ASTEC nº 70/2007, que apurou novas diferenças de ICMS a recolher, de R\$2.134,75 (exercício de 2001) e R\$739,77 (exercício de 2002).

VOTO

Quanto à preliminar de nulidade suscitada na impugnação do autuado, constatei que o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário apurado e a natureza da infração, sendo que, eventuais incorreções alegadas pela defesa não implicam nulidade haja vista que, pela descrição dos fatos e enquadramento legal, ficaram evidentes as infrações apuradas, e o autuado entendeu a acusação fiscal, se defendeu, apresentando impugnação, referindo-se inclusive ao mérito da autuação. Assim, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade apresentadas pelo defendente.

No mérito, o presente Auto de Infração se refere à exigência de ICMS, tendo em vista que foi constatado recolhimento efetuado a menos do ICMS referente à comercialização de refeições, calculado de acordo com o Regime de Apuração em Função da Receita Bruta porque o contribuinte deduziu indevidamente do cálculo da receita bruta os valores das mercadorias utilizadas como insumos ou ingredientes das refeições, e os valores das saídas de mercadorias que foram adquiridas através de antecipação ou substituição tributária, sendo apurado o débito por meio dos demonstrativos às fls. 06 e 07 do PAF.

O autuado alega que não tem cabimento a acusação fiscal quanto à dedução dos valores das mercadorias sujeitas ao regime da antecipação ou substituição tributária (refrigerantes); e assegura que no caso de refrigerante, é incontestável que tem direito de deduzir o seu valor da receita bruta, de acordo com o art. 504, “c”, 1, do RICMS/97

O art. 504, do RICMS/97, estabelece:

***Art. 504.** Os restaurantes, churrascarias, pizzarias, lanchonetes, bares, padarias, pastelarias, confeitarias, doçarias, bombonérias, 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:*

V - na receita bruta mensal não serão incluídos os valores:

a) das devoluções;

b) das receitas não-operacionais, assim entendidas, para os efeitos deste inciso, as decorrentes de situações alheias ao fato gerador do ICMS;

c) das operações não sujeitas ao imposto por isenção ou não-incidência, bem como das operações tributadas pelo regime de substituição tributária por antecipação, sendo que:

1 - no caso de mercadorias cujo imposto tenha sido objeto de antecipação ou substituição tributária, não serão excluídos os valores daquelas que tenham sido utilizadas como insumos ou ingredientes no preparo dos produtos fornecidos;

Considerando que no cálculo do imposto devido devem ser deduzidos da receita bruta os valores relativos às saídas de mercadorias isentas, não tributadas ou com ICMS pago antecipadamente, por determinação desta Junta de Julgamento Fiscal, foi realizada diligência fiscal por preposto da ASTEC, que refez os cálculos, sendo informado pela diligente no PARECER ASTEC Nº 070/2007, que elaborou novos demonstrativos de débitos referentes aos exercícios de 2001 e 2002, deduzindo da receita bruta os valores relativos às vendas de mercadorias com substituição tributária, salientando que não foram consideradas as saídas de mercadorias isentas, porque constatou que estas mercadorias foram utilizadas como insumos ou ingredientes no preparo dos produtos fornecidos pelo autuado. Assim, após refazer os cálculos a diligente apurou os totais do ICMS devido de R\$2.134,75 e R\$739,77, referentes aos exercícios de 2001 e 2002, respectivamente, conforme demonstrativo à fl. 103 dos autos.

Entretanto, o autuado não concordou integralmente com a apuração efetuada pela diligente, tendo alegado que na planilha constante do mencionado PARECER ASTEC não foi deduzido da base de cálculo do ICMS, nos meses de agosto e setembro de 2001 e agosto de 2002, o valor referente às mercadorias comercializadas durante o evento “Mac Dia Feliz”, as quais desde 08/08/2000 gozam do benefício da isenção concedido pelo Estado da Bahia, conforme Parecer GECOT nº 1.409/2000, ratificado pelo Parecer GECOT nº 3.731/2001. Por isso, o defendente apresentou à fl. 196, planilha referente aos três meses, apontando os valores que entende serem corretos e as respectivas diferenças.

De acordo com o Parecer Final de fls. 83/84, efetivamente, foi concedido ao estabelecimento autuado o benefício da dispensa da cobrança do ICMS nas vendas do sanduíche “Big Mac” no dia do evento “Mac Dia Feliz”, a partir do exercício de 2000, e os valores correspondentes a essas vendas nos meses citados pelo defendente encontram-se escriturados no livro RAICMS, cujas fotocópias foram acostadas aos autos, às fls. 24, 48 e 50. Portanto, assiste razão ao autuado, haja vista que devem ser excluídos da base de cálculo do ICMS, nos meses de agosto e setembro de

2001 e agosto de 2002, o valor referente às mercadorias comercializadas durante o evento “Mac Dia Feliz”, as quais desde 08/08/2000 gozam do benefício da isenção concedido pela SEFAZ.

Assim, acato o resultado da diligência fiscal apresentado no PARECER ASTEC Nº 070/2007, com as retificações quanto ao débito relativo aos meses de agosto e setembro de 2001 e agosto de 2002, ficando alterado o imposto exigido no presente lançamento, conforme demonstrativo abaixo:

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	VALOR DO DÉBITO R\$
31/01/2001	09/02/2001	222,31
28/02/2001	09/03/2001	160,68
31/03/2001	09/04/2001	144,60
30/04/2001	09/05/2001	224,44
31/05/2001	09/06/2001	64,22
30/06/2001	09/07/2001	186,76
31/07/2001	09/08/2001	157,10
31/08/2001	09/09/2001	143,89
30/09/2001	09/10/2001	56,02
31/10/2001	09/11/2001	44,56
30/11/2001	09/12/2001	61,94
31/12/2001	09/01/2002	80,59
31/01/2002	09/02/2002	-
28/02/2002	09/03/2002	22,57
31/03/2002	09/04/2002	-
30/04/2002	09/05/2002	27,03
31/05/2002	09/06/2002	46,85
30/06/2002	09/07/2002	45,48
31/07/2002	09/08/2002	85,55
31/08/2002	09/09/2002	52,04
30/09/2002	09/10/2002	61,53
31/10/2002	09/11/2002	-
30/11/2002	09/12/2002	37,73
31/12/2002	09/01/2003	51,91
T O T A L		1.977,80

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **233099.2050/06-7**, lavrado contra **SALCO COMÉRCIO DE ALIMENTOS S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.977,80**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de julho de 2007

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA – JULGADOR