

PROCESSO - A. I. Nº 180642.0603/06-4
RECORRENTE - MULTIPLUS - RESTAURANTE DE COLETIVIDADE LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0094-01/07
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 11/03/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0063-11/08

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. ESTORNO DE DÉBITO CONSIDERADO IRREGULAR. CONTRIBUINTE OPERANDO SOB REGIME DE APURAÇÃO PELA RECEITA BRUTA. Falta de suporte na legislação para acolhimento do procedimento adotado pelo autuado. Infração não elidida. Indeferido o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra Decisão da 1ª JJF, a qual, no Acórdão nº 0094-01/07, considerou Procedente em Parte a ação fiscal, exigindo ICMS no valor de R\$16.822,72, acrescido de multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

1. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de julho a setembro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$16.093,31, acrescido da multa de 60%.
2. Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação, nos meses de abril a dezembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$729,41, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresentou impugnação (fls. 51 a 72), com suas justificativas e ponderações de inexistência de sonegação, alegando ser a ação fiscal marcada por questões eminentemente interpretativas, face o entendimento jurídico do autuante.

Sobre a Infração 1, afirma que agiu de boa-fé, não tendo embolsado qualquer centavo dos valores injustamente apontados como evasão fiscal e que o procedimento adotado se coadunou, perfeitamente, aos interesses políticos e econômicos do próprio Estado da Bahia.

Aduz que o Convênio nº 26, de 04 de abril de 2003, autorizou os Estados e o Distrito Federal a conceder isenção do ICMS nas operações ou prestações internas destinadas a Órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias.

Assevera consistir tal isenção, verdadeiramente, na dispensa do pagamento do ICMS incidente nas operações ou prestações internas, relativas a aquisições de bens, mercadorias ou serviços por Órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias, desde que o contribuinte descontasse do preço do produto ou serviço o valor do imposto não destacado.

Reporta-se à Consulta formulada pela impugnante à SEFAZ/BA, sobre a utilização do benefício da isenção estabelecido no artigo 32-B do RICMS/97, cuja resposta através do Parecer nº 2245/2005, não foi dada ciência ao consulente.

Concernente à Infração 2, sustenta ter a empresa optado pelo regime de apuração do ICMS com base na receita bruta, mas, dentro da sua atividade, comercializa, também, bebidas e sorvetes, produtos estes sujeitos ao regime de substituição tributária, não podendo integrar a base de cálculo da receita bruta, razão pela qual procedeu estornos de débitos de ICMS, relativos a ditas mercadorias.

Para firmar sua discordância do entendimento do autuante e amparar sua tese de que não possui qualquer responsabilidade tributária sobre a venda de mercadorias já tributadas pelo regime de substituição ou antecipação do ICMS, sendo lícito e correto o estorno do respectivo “débito”, invoca o artigo 128, do Código Tributário Nacional - CTN, transcrevendo-o.

Os autuantes, na sua informação (fls. 96 e 97), confirmam a existência da Consulta formulada pelo contribuinte e asseveram que o benefício fiscal está condicionado a condições fixadas em ato conjunto dos Secretários da Fazenda e da Administração, as quais não foram por eles estabelecidas, não cabendo a fruição da isenção e, portanto, existindo a obrigatoriedade de destaque do ICMS nas vendas realizadas às Entidades invocadas no caso presente.

Ratificam a efetivação da ação fiscal de acordo com o artigo 112 do RICMS/BA, sustentando que o autuado, quando efetua venda de produtos sujeitos à substituição tributária, discrimina tal situação nas notas fiscais respectivas, não prestando o aludido argumento para justificar os estornos efetuados no livro Registro de Apuração do ICMS.

A Decisão recorrida da Junta de Julgamento Fiscal, após analisar aspectos da Consulta protocolizada pelo contribuinte, a qual versa sobre a matéria objeto da infração 01 da autuação, constatou que o Auto de Infração sob exame foi lavrado em data posterior à data da protocolização da consulta, concluindo, então, pela nulidade deste item, por inobservância do devido processo legal, considerando que nenhum procedimento fiscal pode ser instaurado entre as datas da entrada da inicial e do vigésimo dia após a ciência da Decisão final da consulta.

Tangentemente à infração 2, a JJF, depois de estudar os documentos anexados aos autos, verificou ser o contribuinte optante pelo pagamento do imposto em função da receita bruta, conforme disposto no artigo 504, do RICMS/97, daí inferindo que os valores das operações encontravam-se devidamente lançados e classificados em operações com débito de imposto e sem débito de imposto, isentas ou não tributadas, concluindo que, à vista do que estabelece o inciso VI, do artigo 504, do RICMS/97, é vedada a utilização de quaisquer créditos fiscais por parte do contribuinte que optar pelo regime de apuração em função da receita bruta.

Assim, no momento que procede o estorno do débito, o autuado efetua um crédito no livro RAICMS, lançamento este vedado pela legislação, nesse passo, julgando a JJF o item da autuação totalmente subsistente.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 127 a 136), tendo por objeto a infração rotulada como de nº 2.

Na peça recursal, o autuado repete, *ipsis litteris*, suas argumentações já apresentadas na peça impugnatória, transcrevendo trechos de Acórdão da 3^a JJF e da 2^a CJF, os quais diz serem esclarecedores, por abordarem situação idêntica à da lide.

Prosegue o seu inconformismo, aduzindo se encontrar em situação excepcional, por força dos contratos a que está submetida, pois é exigência do contratante que, na nota de venda, conste apenas a referência à “refeição completa”, sem identificar os produtos que a compõem, bem como sem destaque para as mercadorias já tributadas.

Reconhece que a interpretação por ela adotada está em desacordo com o RICMS/97, mas justifica ser a única opção “capaz de manter a integridade do regime de substituição do ICMS”, evitando a duplicidade de pagamento do imposto.

Finaliza, pedindo a reforma da Decisão da JJF, a fim de que seja julgada improcedente a infração 02 do Auto de Infração e reitera, se necessário, o pleito de diligência fiscal para comprovação das falhas da ação fiscal.

Em seu Parecer (fls. 142 a 144), o ilustre representante da PGE/PROFIS analisa os argumentos recursais de que a ausência de discriminação das notas fiscais de saída se devia apenas ao cumprimento da exigência editalícia do próprio Estado da Bahia, observando que tais normas somente podem ser interpretadas à luz do ordenamento jurídico, até porque a ele se encontram subordinadas pelo princípio da hierarquia das leis, além do que, em nenhum momento, houve a prova da recusa expressa da Administração Pública em receber as notas fiscais de saídas emitidas pelo autuado com discriminação das mercadorias, objeto de substituição tributária.

Pugna pelo Improvimento do Recurso Voluntário, considerando que as razões oferecidas pelo recorrente já foram devidamente analisadas em 1^a Instância, inexistindo justificativa capaz de modificar a Decisão hostilizada.

VOTO

Do exame atencioso do presente PAF, constato que o Recurso Voluntário manejado pelo contribuinte versa sobre a infração de nº 02 do Auto de Infração nº 180642.0603/06-4, onde lhe é imputada a exigência do imposto no valor de R\$729,41, acrescido de multa de 60%, em decorrência do estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação vigente.

A 1ª JJF julgou procedente em parte o Auto de Infração, considerando nula a infração de nº 01 e totalmente procedente a de nº 02, tendo o recorrente, nas razões recursais, sustentado idêntica tese já argüida na sua peça impugnatória, sem trazer à apreciação qualquer fato novo ou prova documental capaz de promover alguma alteração no curso do julgamento do feito.

Assim é que, acompanhando o entendimento da JJF e o Parecer da PGE/PROFIS, posicione-me na linha de que o pedido de diligência formulado pelo recorrente deve ser indeferido, na medida em que não foi colacionada aos autos qualquer documentação nova pertinente, havendo elementos informativos na procedimentalidade suficientes para o julgamento da questão.

Meritoriamente, o autuado-recorrente reconhece se encontrar em situação excepcional, justificando tal ocorrência em razão dos compromissos contratuais a que está submetida, do que resulta, para não pagar em duplicidade e, também, obedecer aos termos do pacto, a situação de confronto com a legislação do RICMS/97.

Por outro lado, a juntada, pelo autuante, de documentos que certificam efetuar a empresa registros, em separado, dos itens relativos às mercadorias tributáveis pelo regime de apuração da receita bruta e daquelas tributadas pelo regime de substituição, excluindo, consequentemente, da base da receita bruta o que realmente não era devido, evidencia a impossibilidade de se efetuar qualquer outro estorno de débito de ICMS, como pretende o sujeito passivo.

Outrossim, ficou claro que o autuado-recorrente infringiu, frontalmente, o artigo 504 do RICMS, o qual regulamenta a opção de apuração do ICMS pelo regime da receita bruta, com renúncia à apropriação de qualquer crédito fiscal advindo de entradas de mercadorias, sendo válido frisar que a escrituração dos seus livros fiscais demonstra encontrarem-se as operações lançadas com códigos diversos e em separado, ou seja, as operações com débito do imposto separadas daquelas que não geram débito nas saídas, face à isenção ou não tributação.

Por tais fundamentos e com supedâneo nos elementos informativos residentes nos autos, incapazes de dar amparo à tese apresentada pelo recorrente visando elidir a ação fiscal, alternativa não resta senão a de considerar incensurável a imputação aplicada pela fiscalização, mantendo, na íntegra, a Decisão proferida pela 1ª JJF.

Concludentemente, o meu voto é no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 180642.0603/06-4, lavrado contra **MULTIPLUS - RESTAURANTE DE COLETIVIDADE LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento de imposto no valor de **R\$729,41**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de fevereiro de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA- PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

PAULA GONCALVES MORRIS MATOS - REPR. DA PGE/PROFIS