

A. I. Nº - 295902.1001/08-0
AUTUADO - LEMOSPASSOS ALIMENTAÇÃO E TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS ADM.LTDA.
AUTUANTES - JACI LAGE DA SILVA ARYEETEY
ORIGEM - INFAS TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET 21.10.09

5.ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0297-05/09

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES. PROGRAMA FAZATLETA. A Certificação apresentada pelo autuado, assim como a exclusão de itens indevidos, reduz o valor lançado. Infração parcialmente elidida. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ESTORNO DE DÉBITO EFETUADO IRREGULARMENTE. Ausência de documento comprobatório à efetivação do estorno. Infração não elidida. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. MATERIAL DE USO E CONSUMO. Acusação elidida. Item improcedente. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Inocorrendo o encerramento da fase de tributação, descebe a exigência do imposto por antecipação. Item improcedente. 5. LIVROS FISCAIS. LIVROS REGISTRO DE ENTRADAS, REGISTRO DE SAÍDAS, E REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. ESCRITURAÇÃO EM DESACORDO COM AS NORMAS. 6. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTAS. Penalidades reduzidas. Infrações continuadas. Ocorrência em diversos meses. Incidência de apenas uma multa. Indeferido pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 26/09/08, para exigir ICMS e multas em decorrência das irregularidades abaixo descritas

Infração 01 - Recolheu a menor o ICMS em decorrência de abatimento deste imposto em desacordo com a legislação do Programa de Incentivo de Esporte Amador do Estado da Bahia -Fazatleta disposto na Lei nº 7.539/99, não sendo mediante fraude ou dolo. Valor: R\$ 14.066,48.

Infração 02 - Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Valor: R\$ 9.654,15.

Infração 03 - Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Valor: R\$ 3.619,50.

Infração 04 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. Valor R\$ 27.644,03.

Infração 05 - Escriturou livro(s) fiscal(is) em desacordo com as normas regulamentares.

Escriturou livros fiscais através de processamento de dados, sem a devida autorização, tendo ocorrido esta infração em relação aos livros de Registro de Entrada, Registro de Saída e do livro de Apuração do ICMS. Valor: R\$ 1.680,00.

Infração 06 - Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Valor: R\$ 1.680,00.

O contribuinte, através de seus advogados, apresentou defesa às fls. 345 a 353. Ao discorrer acerca da infração 1 afirmou que a i. Auditora consignou que o abatimento do ICMS realizado pela impugnante foi indevido, uma vez que, no sistema da Secretaria da Fazenda não consta sua habilitação no Programa FAZATLETA. Anexou documentos ao PAF declarando que os mesmos demonstram que a impugnante se encontrava devidamente habilitada neste Programa e, em razão disso, tinha direito a efetuar as deduções do imposto. Pediu pela improcedência deste item da autuação.

Quanto à infração 02, declarou que os estornos de débito do ICMS não foram indevidos, já que se referem às deduções decorrentes do Programa FAZATLETA e das retenções. Explicou que por força contratual, alguns contratantes assumiram a obrigação de recolher o ICMS da operação, de modo que, em relação a essas saídas, a impugnante efetuou estorno de débito de ICMS, haja vista que não faz qualquer sentido pagar novamente o imposto definitivamente quitado pelo tomador. Argumentou que o estorno de débito de ICMS se mostrou o método mais racional para evitar o *bis in idem*, sendo perfeitamente lídimo e justificável, ao revés do que acusa a fiscalização. Declarou que contrariar essa lógica significaria cobrar um valor que já foi pago anteriormente ao Estado da Bahia. Afirmou ainda que no curso deste processo juntará aos autos os Documentos de Arrecadação Estadual DAE's, que demonstrariam o recolhimento do tributo ao erário. Requeru a declaração de improcência da infração 02.

Relativamente à infração 03 disse que o imposto decorrente do diferencial de alíquota foi devidamente recolhido, Juntou DAE's ao PAF (doc. 03 da defesa). Relacionou nas planilha anexas (doc. 04 da defesa) todas as notas fiscais referidas na autuação, apontando a situação de cada uma delas, inclusive apresentando a memória de cálculo com os valores das notas, a fim de comprovar que houve o efetivo recolhimento do ICMS decorrente do diferencial de alíquotas.

Registrhou que o suposto débito relativo à Nota Fiscal nº 2555 já foi objeto de lançamento no Auto de Infração nº. 180503.0150/07-5, não podendo ser novamente cobrado pelo Fisco, sob pena de se incorrer em *bis in idem*.

Observou também que na relação de notas fiscais que compõem o lançamento foram incluídos copos plásticos, que no seu entendimento devem ser expurgados do valor lançado por serem mercadorias aplicadas no fornecimento das refeições, não se enquadrando no conceito de material de consumo. Anexou contrato social para demonstrar a atividade que a empresa desenvolve e respectivos contratos com os clientes, que incluem o fornecimento de copos descartáveis para o consumo de líquidos, especialmente sucos. Transcreveu dispositivos da legislação do ICMS e do Parecer Normativo nº 1, da PROFAZ, para sustentar a tese defensiva.

Pediu a improcedência da infração 03.

No tocante à infração 04, em que a i. auditora alega que a impugnante não efetuou o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, afirmou estar comprovado no extrato emitido pela própria Inspetoria os pagamentos realizados referentes às GNRE's (doc. 05 da defesa). Disse que houve o efetivo recolhimento do ICMS por antecipação. A impugnante anexa à sua defesa, ainda, a cópia das notas fiscais emitidas pela empresa DAN Indústria e Comércio de Carnes Ltda. (doc. 06), para permitir a identificação dos valores.

Disse que oportunamente, caso este Egrégio CONSEF entenda ser necessário, a impugnante providenciará a juntada das cópias das GNRE's em comento, que já foram solicitadas aos fornecedores, mas ainda não foram obtidas. Formulou pedido pela improcedência também desta infração.

Nas infrações 05 e 06, reconheceu que houve erro na escrituração dos livros fiscais e que a impugnante declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA. Sem adentrar na razão dos equívocos formais cometidos, a impugnante entendeu que a forma de calcular a multa resultou em penalidade pecuniária desproporcional e desarrazoada. Isto porque o erro apontado pela Fiscalização teria sido absolutamente involuntário e visualizado somente na ação fiscal, tendo se repetido mensalmente durante os 12 (doze) meses investigados. Argumentou não ser crível que se cobre multa por doze infrações, quando estaria nítido que o comportamento do contribuinte revelaria o descumprimento de apenas uma obrigação acessória. Ressaltou que este egrégio. CONSEF já vem decidindo que "a multa a ser aplicada restringe-se à infração detectada na ação fiscal, no valor de R\$ 140,00, não importando em quantos meses tal declaração foi incorreta ou houve omissão de dados" Trouxe à coloção o Acórdão JJF nº. 0335-04/07 proferido pela 4^a Junta de Julgamento Fiscal no Auto de Infração nº. 141596.0106/07-2 (em anexo - doc. 07 da defesa).

Requeru a declaração de procedência parcial das infrações 5 e 6, para aplicação de apenas uma multa de 3 (três) vezes o valor da Unidade Padrão (UPF-BA), nos termos do art. 42, XVIII, "c", da Lei nº. 7014/96.

A autuante ao prestar informação fiscal (fls. 423/424) discorreu que a empresa apresentou justificativas e documentos com o objetivo de impugnar a autuação na forma como foi lavrado o auto de infração, conforme especificado a seguir. Quanto à Infração 1 foi acostado aos autos certificado de enquadramento e outros documentos, às fls. 362 a 367, comprovando estar habilitada no Programa FAZATLETA. Após exame da documentação, a autuante verificou existir uma certificação relativa ao exercício de 2006 e outra em relação ao exercício de 2007. Considerou que a certificação relativa a 2007 foi expedida em março, razão pela qual excluiu dos cálculos da infração os valores relativos ao abatimento da parcela relativa ao programa acima citado, a partir deste mês de março. Manteve a exigência fiscal contida nos meses de janeiro e fevereiro.

Em relação à Infração 2, afirmou que a impugnante alegou que os estornos de débito do ICMS são devidos por se referirem às deduções decorrentes do Programa FAZATLETA e das retenções. Alega ainda que o estorno do débito decorre de saídas em que o contratante assumiu a obrigação de pagar o imposto. Embora o contratante declare que juntará aos autos os DAE's comprovando o recolhimento do imposto, estes documentos não foram localizados no processo. Assim, a autuante manteve inalterado o valor desta infração 2, pela falta de comprovação dos recolhimentos e em virtude dos abatimentos do programa FAZATLETA terem sido contemplados na infração 1.

Na Infração 3 acatou as alegações do autuado e excluiu as notas relativas a copos, além da nota fiscal 2555 que já tinha sido inclusa em auto de infração anterior. Apresentou novos demonstrativos com o valor desta infração, ressalvado que os valores dos DAE's já haviam sido abatidos do cálculo.

No tocante à Infração 4 registrou ter encontrado nas GNERS apresentados tão-somente o valor de R\$ 1.691,16 (um mil, seiscentos e noventa e um reais e dezesseis centavos), relativo ao mês de agosto, que foi excluído do total da infração. Amexou novos demonstrativos. Manteve em parte a exigência fiscal.

Por último, em relação às Infrações 5 e 6 fez informou que a primeira decorreu de escrituração de livros fiscais através de processamento de dados, sem a devida autorização, o

que se verificou durante os 12 meses fiscalizados. Já na infração 6 foi aplicada multa fixa em função de erro nas DMA's do período de janeiro a dezembro/2007. Considerando a redação dos dispositivos pugnou pela manutenção das multas lançadas. Diante do exposto, e em vista dos dispositivos legais infringidos, manteve inalteradas estas infrações.

Foram anexados novos demonstrativos das infrações 1 a 4 e novo demonstrativo de débito do Auto de Infração como um todo.. Abriu-se vistas ao contribuinte para pronunciamento acerca das modificações operadas no lançamento por ocasião da informação fiscal.

O contribuinte, nas contrarrazões anexadas às fls. 439/443, afirmou que em sua Impugnação havia apresentado o Certificado de Habilitação no Programa FAZATLETA, comprovando, com isso, que fazia jus às deduções do ICMS. Que a autuante as prestava suas informações, concordou parcialmente com a defesa, excluindo do cálculo da infração os valores referentes ao abatimento da parcela relativa ao Programa a partir do mês de março de 2007, pois considerou que, como o Certificado de Habilitação de 2007 somente foi expedido no mês de março, o direito ao benefício poderia ser aproveitado somente a partir deste mês.

Com isso, manteve a infração, tão-somente, em relação aos meses de janeiro e fevereiro de 2007. Declarou, todavia, o valor abatido do imposto pela Autuada nos meses de janeiro e fevereiro de 2007 referiam-se a saldos credores do benefício remanescentes do exercício de 2006. Melhor explicando a questão: o título 394/06 (referente ao saldo remanescente de 2006), emitido em 27/12/2006, no valor de R\$ 2.576,82, foi lançado em janeiro de 2007, restando um saldo a ser aproveitado no mês de fevereiro, no valor de R\$1.766,07.

Assim, afirmou que não houve utilização indevida do benefício no exercício de 2007, mas, tão-somente, aproveitamento do saldo remanescente do ano de 2006 (em relação ao qual a Autuada possuía o Certificado de Habilitação no Programa).

A fim de que não restassem dúvidas, requereu a juntada do Título de Incentivo na. 394/06 (doe. 01), bem como a planilha anexa (doe. 02), que comprovam possuir a Autuada direito ao abatimento do imposto, e pleiteia seja realizada uma diligência fiscal para confirmar o acerto do procedimento realizado para, ao final, ser julgada totalmente improcedente a infração 01.

Com relação à infração 02, em sua Impugnação, a Autuada esclareceu que os estornos de débito do imposto não foram indevidos, já que se referiram às deduções decorrentes do Programa FAZATLETA e das retenções efetuadas por alguns dos seus clientes, os quais assumiram contratualmente a obrigação de recolher o ICMS da operação. Assim, em relação a essas saídas, a Autuada efetuou o estorno do débito de ICMS, haja vista que não faria qualquer sentido pagar novamente o imposto definitivamente quitado pelo tomador. O estorno de débito, neste caso, segundo o sujeito passivo, se mostrou o método mais racional para evitar o *bis in idem*, sendo perfeitamente lídimo e justificável. Reiterou seu argumento de que contrariar essa lógica significaria cobrar um valor que já foi pago anteriormente ao Estado da Bahia, ou seja, uma verdadeira incongruência. Autuada esclarece que está providenciando junto aos seus clientes os Documentos de Arrecadação Estadual - DAE's, que comprovarão claramente o recolhimento do tributo ao erário. Pediu novamente pela improcedência deste item do lançamento.

Na infração 03, após as exclusões efetuadas pela autuante, restou um saldo devedor no valor de R\$321,02, que a autuada não entende devido, isto porque teria a auditora cometido equívocos, mantendo alguns valores de débito do ICMS que foram duplicados, mais precisamente, em relação às notas fiscais nes. 13522, 955 e 16656 (referentes ao mês de março/2007) e às notas fiscais n°s. 13842 e 16903 (referentes aos mês de abril/2007), fazendo com que o débito da Autuada fosse majorado indevidamente. Pleiteou o refazimento dos os cálculos desconsiderando os valores duplicados pelo Auditor Fiscal, a fim de que a infração 03 seja julgada totalmente improcedente.

Na infração 04, declarou que a i. Auditora procedeu à exclusão do valor de R\$1.691,16,

relativo ao mês de agosto de 2007. Entretanto, ressaltou que nas notas fiscais anexas na defesa (doc. 03 da defesa), o valor do ICMS/substituição tributária foi destacado e retido pelos fornecedores. Assim, pleiteia a Autuada seja realizada uma diligência a fim de excluir do Auto de Infração essas notas, uma vez que a obrigação de efetuar o recolhimento do imposto substituído recai sobre os fornecedores das mercadorias, conforme os arts. 370 e ss. do RICMS. Ressaltou ainda que uma vez efetuada a retenção do imposto substituído, não subsiste a responsabilidade da Autuada pelo pagamento do ICMS na modalidade antecipação total. Fez menção aos documentos 4 e 5 anexados à pela defensiva. Requereu a exclusão das operações com imposto retido pelos fornecedores.

Nas infrações 05 e 06, reiterou sua postulação esboçada na peça de defesa, para que sejam julgadas parcialmente procedentes, aplicando-se apenas uma multa de 3 (três) vezes o valor da Unidade Padrão (UPF-BA), nos termos do art. 42, XVIII, "c", da Lei nº. 7014/96.

VOTO

De início, indefiro o pedido de diligência solicitado pela defesa por entender estar presente nos autos os elementos probatórios suficientes para a Decisão de mérito, conforme será destacado no exame de cada uma das infrações impugnadas.

Em relação à infração 1, a certificação apresentada através do documento de nº 394/06 , emitido em 27 de dezembro de 2006, totaliza a cifra de R\$ 2.576,82. Como o ICMS exigido nos meses de janeiro e fevereiro de 2007, alcançam o valor de R\$ 3.716,49, remanesce uma diferença de R\$ 1.139,67, correspondente ao valor que foi certificado e o ICMS exigido no presente lançamento (R\$ 3.716,49 – R\$ 2.576,82). O item em questão, portanto, é procedente em parte, com a exclusão também dos valores reconhecidos como indevidos pelo autuante, em relação aos meses de março a dezembro de 2007.

No item dois do Auto Infração os estornos de débito não se fizeram acompanhar dos comprovantes de pagamentos alegados na peça defensiva. O item é procedente. Valor do débito: R\$ 9.654,15.

Na Infração 3, assiste razão ao autuado. A diferença de R\$ 321,02 decorreu da apuração em duplicidade das notas fiscais 13522, 955 e 16656 (conforme Demonstrativo de fl. 430). Ademais devem ser ratificadas as exclusões efetuadas pelo autuante, na informação fiscal, dos produtos copos que estão inseridos na atividade de fornecimento de alimentação, além da NF 2555, já lançada em outro Auto de Infração (nº 180503.0150/07-5). Item improcedente

Na infração 4, as notas fiscais anexadas ao processo (Anexo III do AI, doc. fls. 260 a 308), revelam que, em sua grande maioria, se tratam de operações de aquisição interestadual com produtos resultantes do abate de gado e aves e derivados, submetidas ao regime de antecipação do ICMS nas operações internas. Nos termos da legislação posta, o regime da Substituição Tributária não aplica às operações de aquisição dos ingredientes destinados ao preparo de refeições, pois esta atividade envolve a transformação dos citados ingredientes em alimentos fornecidos ou vendidos aos clientes da empresa e que se submetem à tributação integral. Em outras palavras: o regime de substituição tributária nas operações de aquisição dos ingredientes destinados ao preparo de refeições não encerra a fase de tributação das mercadorias, que serão transformadas em alimentos e submetidas à tributadas nas operação subsequente. Ademais, nos termos do que preceitua o art. 359, § 1º, inc. III do RICMS, é admitido o direito ao crédito, quando nas operações internas, ocorre a retenção do ICMS de produtos adquiridos fornecedores de refeições, restaurantes, cantinas, bares, hotéis, motéis, pousadas e similares, para emprego no preparo de refeições ou de produtos alimentícios sujeitos a tributação.

Observo que os livros de apuração do ICMS anexados aos autos (doc. fls. 17 a 42), revelam que no exercício de 2007 o contribuinte não fazia jus a qualquer crédito fiscal recolhendo o ICMS sobre o valor de todas saídas, através do regime de apuração especial, à alíquota de 4%, revelando assim

que a despeito de não se aplicar ao autuado a regra do art. 359, acima citado, em decorrência do regime de apuração adotado, as operações de revenda dos produtos produzidos pela empresa são todas tributadas.

Ademais as notas fiscais, envolvendo a aquisição de outros produtos, a exemplo de guloseimas (NF 333634, fl. 260), massas (NF 240206, fl. 261, NF 241321, fl. 264); farinha de trigo (NF 00601, fl. 266) e calçados (NF 009420, fl. 273), são originárias de outras unidades da Federação e envolvem os produtos que foram destinados ao preparo de refeições, à exceção das aquisições de calçados, que devem ter sido comprados para uso final no estabelecimento.

Em suma, todas as notas fiscais objeto do lançamento deste item do lançamento são originárias de outras unidades da Federação, sendo que o regime da antecipação, com encerramento da fase de tributação só seria possível se houvesse encerramento da imposição do ICMS nas operações subsequentes, situação que não se aplica ao caso em exame.

Diante do acima exposto, o item em questão é improcedente.

No que tange às infrações 5 e 6, capituladas pelo autuante no art. 42, inc. XVIII, alíneas “b” e “c”, respectivamente, os referidos dispositivos estabelecem a aplicação de penalidade pela conduta de escrituração irregular e aposição de dados incorretos nos formulários de informações econômico-fiscais. Correto o entendimento externado pelo impugnante, visto que para essas infrações não importa quantas ocorrências foram detectadas. A infração é uma só. É o denominado delito continuado, em que há ofensa apenas a um bem jurídico. A Decisão mencionada pelo contribuinte, contida no Acórdão nº 0335-04/07 reflete esse entendimento, que constitui a jurisprudência predominante do Conselho de Fazenda Estadual da Bahia. Isto posto, os itens em exame são modificados, sendo a penalidade reduzida para R\$ 140,00, para cada uma das imputações.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 295902.1001/08-0, lavrado contra **LEMOSPASSOS ALIMENTAÇÃO E TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS ADM.LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 10.793,82**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor total de **R\$ 280,00**, previstas no art. 42, inc. XVII, alínea “b” e alínea “c”, do mesmo diploma legal.

Esta Junta recorre de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de outubro de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

PAULO DANILo RESI LOPES - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA