

PROCESSO - A. I. Nº 279919.0008/09-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MULTIPLUS RESTAURANTE DE COLETIVIDADE LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 4º JJF nº 0444-04/09
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 19/11/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0394-11/10

EMENTA: ICMS. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Valor se refere a repactuação e atualização financeira. No cálculo da receita bruta mensal não serão incluídos valores de receitas não operacionais, alheias ao fato gerador do ICMS. Erro na escrituração de livros fiscais convertido em multa. Infração não caracterizada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0444-04/09) que manteve na íntegra o lançamento de ofício constante da infração 1 da presente autuação e julgou procedente em parte o item 2, a seguir descrito:

Recolheu a menos ICMS referente à comercialização de refeições apurado de acordo com o regime de Apuração em função da Receita Bruta. Valor do débito: R\$ 162.225,51.

A Decisão submetida à revisão desta Câmara de Julgamento Fiscal estriba-se nos seguintes fundamentos, *in verbis*:

“Na infração 02, recolheu a menos ICMS referente à comercialização de refeições apurado de acordo com o regime de Apuração em função da Receita Bruta.

O autuado alega que a operação objeto da exigência pelo fisco do Estado da Bahia é oriunda do desfazimento de um contrato firmado para o fornecimento de alimentos naturais destinados aos pacientes e funcionários do Instituto Nacional de Traumatologia e Ortopedia (INTO), situado no Rio de Janeiro, órgão ligado ao Ministério da Saúde, para cujo negócio procedeu a abertura de filial naquele Estado. Cerradas as atividades dessa unidade e sem possibilidade de emissão de nota fiscal para o recebimento de R\$ 4.055.637,00, relativo a obrigações não adimplidas, emitiu a nota fiscal nº 3701 de sua filial de Salvador CNPJ 01.682.650/0006-31.

Argúi o autuado, no entanto, que o fato pode ser facilmente verificado analisando as notas fiscais emitidas pela filial Rio de Janeiro e a filial Salvador; que seria absurdo do ponto de vista logístico a impugnante preparar refeições em Salvador para fornecê-las no Estado do Rio de Janeiro e que os referidos valores sequer deveriam ser objeto de imposição de ICMS.

Examinando as peças componentes da presente verifico a efetiva existência de contrato firmado com o autuado e o Órgão do Ministério da Saúde para prestação de serviço de fornecimento de alimentos naturais de alimentação preparada e destinada aos pacientes e funcionários do INTO, fls. 17/24; a constituição da filial Rio de Janeiro, na área interna do Hospital de Trauma e Ortopedia; emissão das notas fiscais referentes às operações prestadas no Estado do Rio de Janeiro, fls. 73/219; notas fiscais de entrada, fls. 242/325; livros fiscais, 328/501. Além dos acordos financeiros do desfazimento do contrato, planilha de cálculos, fls. 503/510, com os valores que originaram a “diferença de repactuação e atualização financeira” e emissão da nota fiscal 3701, fl. 15, que originou a exigência em questão.

Não obstante a citada nota fiscal estar registrada no livro Registro de Saída (fl. 28) e no livro Registro de Apuração de ICMS (fl. 29), não foi lançada na DMA correspondente, em dezembro/08. Observo ainda que, à fl. 503, em ofício endereçado ao INTO, o autuado indica o valor do resíduo contratual não cumprido pelo órgão; em outra repactuação de diferenças não recebidas, relativamente aos serviços, a novembro 06 que, atualizadas monetariamente importou em R\$ 5.000,00. O autuado alega que, em novembro 06, realizou negociações para a finalização do contrato através de ofício do Instituto de Saúde, fl. 507.

Ora, o Regime de Apuração de ICMS em função da receita bruta, nos termos do art. 504, RICMS BA é aplicável aos contribuintes que exercerem as atividades de 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 e no cálculo da receita bruta mensal não serão incluídos os valores das receitas não-operacionais, assim entendidas, aquelas decorrentes de situações alheias ao fato gerador do ICMS (art. 504, V, “b”, RICMS/BA).

Além dos documentos supracitados, corroboram em favor das alegações defensivas as planilhas, fls. 509/510, discriminando as operações havidas, desde o início do contrato até o seu término, consumando o valor constante na nota fiscal 3701, R\$ 4.055.637,70.

Portanto, não obstante tratar-se de um equívoco do contribuinte a utilização da nota fiscal nº 3701 (fl. 15), de estabelecimento situado neste Estado da Bahia para operacionalizar situação havida em unidade situada em outro Estado, tal fato, restou provado, não se constitui fato gerador de ICMS de competência desse Estado, muito menos ocorreu recolhimento de ICMS a menos referente à comercialização de refeições de acordo com o regime de apuração em função da receita bruta, como constante na inicial desse Auto de Infração.

Nem mesmo o lançamento da aludida nota fiscal nos livros fiscais, fls. 28 e 29, tem o condão de fazer nascer a obrigação tributária principal. Na situação, cabível é a multa prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96, caso de descumprimento de obrigação acessória sem penalidade prevista expressamente nesta Lei, no valor de R\$ 50,00.

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

Em atendimento ao art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a 2ª JF do CONSEF recorreu de Ofício a esta CJF.

VOTO

Nenhuma censura comporta a Decisão objeto deste Recurso de Ofício.

Com efeito, dessume-se dos autos que a cobrança engendrada pelo Fisco baiano através da infração 2, da presente autuação, decorreu da falta de inclusão do valor de R\$4.055.637,70, referente à Nota Fiscal de Venda nº 3701, emitida em 10/12/2008 (fls. 15), no cálculo da receita bruta mensal para apuração do ICMS devido pelo sujeito passivo.

Sucedem que, como bem exposto pela Junta de Julgamento Fiscal, as provas coligidas ao feito pelo contribuinte revelam que essa nota fiscal serviu para amparar valores recebidos a título de “diferenças de repactuação e atualização financeira” de um contrato de fornecimento de alimentação para os funcionários e pacientes do Instituto Nacional de Traumatologia e Ortopedia (INTO/HTO), localizado na cidade do Rio de Janeiro, instrumento este firmado entre a empresa autuada e o referido instituto (contrato de fls. 17/24 e aditivo de fls. 25/27).

As provas a que faço referência são as seguintes: o já mencionado contrato firmado com o recorrido e o Órgão do Ministério da Saúde para prestação de serviço de fornecimento de alimentos naturais de alimentação preparada e destinada aos pacientes e funcionários do INTO, fls. 17/24; o contrato social da empresa, indicando a existência de uma filial instalada no INTO, fls. 53/57; as notas fiscais de saída emitidas pela filial do Rio de Janeiro, tendo por objeto a venda de refeições destinadas ao INTO, fls. 73/219; as notas fiscais de aquisição de insumos pela filial do Rio de Janeiro, demonstrando o seu regular funcionamento, fls. 242/325; os livros fiscais da filial do Rio de Janeiro regularmente escriturados, 328/501; os acordos financeiros do desfazimento do contrato e as planilhas de cálculos, fls. 503/510, com os valores que originaram a “diferença de repactuação e atualização financeira” e emissão da Nota Fiscal nº 3701, fl. 15.

Nas circunstâncias, revela-se correta a não inclusão do valor relativo à Nota Fiscal nº 3701 no cômputo da receita bruta mensal, porquanto se trata de receita decorrente de situação alheia ao fato gerador do ICMS, conforme estabelece o art. 504, V, “b”, RICMS/BA:

“Art. 504. Os restaurantes, churrascarias, pizzarias, lanchonetes, bares, padarias, pastelarias, confeitarias, doçarias, bombonérias, sorveterias, casas de chá, lojas de “delicatessen”, e pousadas, fornecedores de refeições e outros serviços de alimentação podem

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:

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

Ante o exposto, não havendo recolhimento a menos do ICMS, como acusa a infração 2, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para manter a Decisão de primeiro grau que afastou a exigência do imposto e aplicou multa pelo descumprimento de obrigação acessória.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279919.0008/09-6, lavrado contra **MULTIPLUS RESTAURANTE DE COLETIVIDADE LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.088,81**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “F”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento da obrigação acessória no valor de **R\$50,00**, prevista no art. 42, inciso XXII, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de novembro de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS