

PROCESSO - A. I. Nº 295902.1001/08-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e LEMOSPASSOS ALIMENTAÇÃO E TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA. (LEMOSPASSOS RESTAURANTE E INDÚSTRIA)
RECORRIDOS - LEMOSPASSOS ALIMENTAÇÃO E TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA. (LEMOSPASSOS RESTAURANTE E INDÚSTRIA) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JFF nº 0297-05/09
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 23/12/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0442-12/10

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 ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Inocorrendo o encerramento da fase de tributação, descabe 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. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Declarada, de ofício, a **NULIDADE** da infração 2. Modificada a Decisão recorrida. Considerada **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte, bem como Recurso de Ofício lastreado no artigo 169, Inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF, impetrado pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal que, através do Acórdão JFF 0297-05/09 julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado contra a empresa Lemospassos Alimentação e Terceirização de Serviços Ltda. o qual imputava ao sujeito passivo a cobrança de ICMS no valor de R\$58.344,16, além da multa, pelo cometimento das seguintes infrações, ocorridas no exercício de 2007:

1. Recolhimento a menor do ICMS em decorrência de abatimento deste imposto em desacordo com a legislação do Programa de Incentivo de E
Bahia -Fazatleta disposto na Lei nº 7.539/99, não sendo median
R\$14.066,48, multa de 60%;

2. Estorno de débito de ICMS realizado em desacordo com a legislação, no montante de R\$ 9.654,15, além da aplicação de multa no percentual de 60%;
3. Falta de recolhimento do 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, com imposto de R\$3.619,50, e multa de 50%;
4. Falta de 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, com imposto devido no montante de R\$ 27.644,03, além da multa de 60%.
5. Escrituração de livro(s) fiscal(is) em desacordo com as normas regulamentares, vez que 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 Registro de Apuração do ICMS. Valor da penalidade: R\$1.680,00;
6. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA), com cobrança de penalidade no valor de R\$ 1.680,00.

Não se conformando com o lançamento, o sujeito passivo apresentou impugnação constante às folhas 346 a 353, na qual requer a declaração de improcedência parcial do lançamento.

Em sua informação fiscal (fls. 423 a 424), a autuante concorda em parte com as razões de defesa, reduzindo o valor do débito, e elaborando novos demonstrativos (fls. 425 a 432).

Em manifestação contida às fls. 439 a 443, o autuado reitera os termos da defesa anteriormente apresentada, mantendo o posicionamento do julgamento pela procedência parcial do lançamento, acostando novos documentos (fls. 449 a 474).

Julgado, o Auto de Infração foi considerado procedente em parte, pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF 0297-05/09 (fls. 478 a 483), tendo, em função da sucumbência da Fazenda Pública, recorrido da Decisão.

A Decisão recorrida teve como base a seguinte argumentação esposada pelo relator:

“ (...)

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 outros 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 se submetem à tributação nas operações subsequentes. Ademais, nos termos do III do RICMS, é admitido o direito ao crédito, quando nas operações internas produtos adquiridos fornecedores de refeições, restaurantes, cantinas, ...

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 entedimento 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”.

O sujeito passivo, após cientificado e inconformado com a Decisão interpôs Recurso Voluntário (fls. 494 a 496), no qual alega em relação à infração 2, que “(...)por força contratual, alguns contratantes assumiram a obrigação de recolher o ICMS da operação, de modo que, em relação a essas saídas, o recorrente efetuou estorno de débito de ICMS haja vista que não faria qualquer sentido pagar novamente o imposto definitivamente quitado pelo tomador.

O estorno de débito de ICMS, portanto, se mostrou o método mais racional para evitar o ‘bis in idem’, sendo perfeitamente lícito e justificável, ao revés do que acusa a fiscalização. Contrariar esta lógica significaria cobrar um valor que já foi pago anteriormente ao Estado da Bahia. Ou seja, uma incongruência, d. v.!

Ora, é evidente que, tendo o cliente pago o ICMS incidente sobre a saída da mercadoria, cabe o estorno de débito, equivalente ao valor recolhido pelo contratante, sob pena de se pagar o imposto em duplicidade (pelo contratante e pelo contratado)”.

Finaliza, solicitando que seja o Acórdão parcialmente modificado, com a improcedência da infração 2.

Parecer opinativo da Procuradoria Geral do Estado, através da Procuradoria Fiscal (PGE/PROFIS), afirma que o estorno do débito foi feito de forma regular e legítima, pela análise dos documentos de arrecadação trazidos ao processo pelo recorrente, considerando estarem presentes os argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão recorrido, esclarecendo que os documentos deverão ser confirmados e homologados pelo órgão competente da Secretaria da Fazenda, opinando, pois, pelo provimento do Recurso Voluntário interposto (fls. 511 e 512).

Tal Parecer foi devidamente convalidado mediante despacho da lavra da procuradora Assistente em exercício, datado de 08 de fevereiro de 2010, e constante à fl. 515.

VOTO

Temos dois Recursos a apreciar: o Recurso de Ofício, interposto cc alínea “a”, item 1 do RPAF/99, e o Recurso Voluntário apes inconformado com a Decisão de primeiro grau.

Apreciemos, inicialmente o Recurso de Ofício. Analisando-se o mérito do lançamento, verifico que a matéria objeto do Recurso à Decisão do Auto de Infração relativa às infrações 1, 3, 4, 5 e 6, as quais foram não foram acatadas, ou o foram parcialmente.

No caso da infração 1, tendo o recorrente trazido certificados de enquadramento no programa “Faz Atleta”, e tendo os mesmos sido aceitos pela autuante no período de março a dezembro de 2007, restou saldo que não se comprovou como indevido daí a redução da mesma.

Relativamente à infração 3, as alegações defensivas foram acatadas pela autuante, além da duplicidade de lançamentos, o que levou à redução do item, a zero, e a sua consequente improcedência.

No tocante ao item 4 da autuação, a Decisão de primeiro grau encontra-se perfeita, diante das considerações e análises feitas, especialmente em função do tipo de atividade desenvolvido pela empresa recorrente (fornecimento de refeições), sujeita a tratamento tributário e alíquota diferenciados por força de norma regulamentar, razão pela qual a acusação fiscal se mostrou insubsistente, e que levou à conclusão da Junta de Julgamento de sua total improcedência.

Quanto às infrações 5 e 6, possuem a mesma essência. A autuante considerou equivocadamente que a cada período em que se constatarem as irregularidades descritas no lançamento, caberia a aplicação de penalidade para cada uma delas. O julgamento, também acertadamente, afastou este tipo de cobrança, entendendo que a imposição da multa é cabível apenas uma única vez a cada período verificado, e não a cada repetição dentro do mesmo período, razão pela qual, ainda que entendendo correta a acusação, alterou via redução, o total do lançamento.

Dessa forma, entendo que a Decisão da junta de julgamento se apresenta correta, razão pela qual nego provimento.

Analisando a infração 2, verifico que o recorrente traz aos autos cópias de documentos de arrecadação (fls. 498 a 500), acompanhados de extratos de arrecadação do sistema de arrecadação da Secretaria da Fazenda (fls. 501 a 507), informando que os mesmos se reportam ao pagamento do imposto por diferimento.

Constato, em relação a tal infração, que, no momento da autuação, foi elaborado o demonstrativo de fl. 11, o qual engloba as infrações 1 e 2, segundo observação aposta no mesmo, sendo relativas aos meses de agosto, outubro, novembro e dezembro de 2007.

O recorrente acostou cópia dos documentos de arrecadação que comprovariam o recolhimento dos valores cobrados na autuação (fls. 498 a 500), e se referem a recolhimentos feitos por diferimento pela empresa Suzano Papel e Celulose S/A, relativamente aos meses de agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2007, nos valores, respectivos de R\$ 3.520,36, R\$4.4143,68, R\$5.466,99, R\$2.150,49 e R\$1.625,77.

Todavia, numa análise realizada, verifica-se que os dados constantes na planilha elaborada pela autuante à fl. 11, as cópias do livro Registro de Apuração de ICMS constantes às fls. 17 a 42, especialmente as de nº. 33, 37, 39 e 41, bem como os comprovantes de recolhimento acostados pelo recorrente, não guardam qualquer conexão lógica ou numérica um com o outro, a exemplo daquela infração constante do mês de agosto de 2007, onde temos o valor cobrado pela autuante de R\$593,14; o valor lançado no livro fiscal como dedução do valor do crédito é de R\$4.064,41, e o DAE apresentado pelo recorrente tem o valor de R\$3.520,36.

Todavia, com base no artigo 20 do RPAF/99, que permite a decretação de ofício de nulidade, e entendendo que a autuante, ao elaborar o demonstrativo da infração de fl. 11, não especificou ou indicou a forma de apuração dos valores lançados, o que se constitui em violação ao princípio constitucional da ampla defesa, razão pela qual entendo que tal infração deve ser decretada nula, diante da incerteza quanto à determinação da infração, nos termos

IV, alínea “a”.

Assim, pelos motivos expostos, e em consonância com o Parecer da PGE/PROFIS, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, mantendo a Decisão exarada em primeiro grau, declaro o Recurso Voluntário PREJUDICADO, e, de ofício, considerar a infração 2 NULA, ao tempo em que se recomenda, caso possível, o refazimento da ação fiscal, a salvo dos equívocos apontados, quanto a esta infração, remanescendo o débito no valor de R\$1.139,67, referente ao imposto e R\$280,00 à multa por descumprimento de obrigação acessória.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto, considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, declarar **NULA** a infração 2, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **295902.1001/08-0**, lavrado contra **LEMOSPASSOS ALIMENTAÇÃO E TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA. (LEMOSPASSOS RESTAURANTE E INDÚSTRIA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.139,67**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “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, XVII, alíneas “b” e “c”, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala de Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ -REPR. DA PGE/PROFIS