

A. I. N.º - 255058101
AUTUADO - DICEL REFEIÇÕES COLETIVAS LTDA.
AUTUANTE - ISMÊNIA MAJDALANI DAMASCENO
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 30.07. 10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0210-04/10

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS. Infração não defendida. 2. REGIME DE APURAÇÃO. PAGAMENTO DO IMPOSTO EM FUNÇÃO DA RECEITA BRUTA. RESTAURANTE. COBRANÇA DO IMPOSTO COM BASE NO REGIME NORMAL. Restou comprovado que o estabelecimento autuado apurou e recolheu o imposto relativo às operações de fornecimento de refeições com base no regime simplificado de Receita Bruta, que não era previsto para a sua atividade econômica. Correto o procedimento fiscal de apurar o imposto com base no regime normal e deduzido os valores recolhidos. Na defesa foi aduzido que a matéria se encontraria “sub judice”, no sentido de inexistência de relação jurídica entre a autora e a Fazenda Pública. Infração procedente, devendo o Auto de Infração ser encaminhado a PGE/PROFIS para acompanhamento da decisão judicial com relação à infração 2. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DO ATIVO E DE MATERIAL DE CONSUMO. Infração não contestada. 4. LIVROS FISCAIS. MULTAS. a) ESCRITURAÇÃO SEM PRÉVIA AUTENTICAÇÃO. b) ESCRITURAÇÃO IRREGULAR. Infrações não defendidas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 31/10/1991 exige ICMS no valor de Cr\$4.600.580,17 (R\$1.672,94) acrescido das multas de 50%, 120% e 150%, além da aplicação de multas por descumprimento de obrigações acessórias totalizando 30 UPFs em decorrência das seguintes irregularidades:

01. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a notas fiscais inidôneas – Cr\$513.006,57.
02. Recolheu a menos o ICMS em razão de ter apurado o imposto com base no regime simplificado de receita bruta que não se aplica aos fornecedores de refeições - Cr\$2.381.612,50.
03. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo ou ativo fixo – Cr\$1.705.961,10.
04. Escriturou livros fiscais sem a prévia autenticação pela repartição fazendária, sendo aplicado multa de 27 UPF/BA.
05. Escriturou de forma irregular livros fiscais sem a prévia autenticação pela repartição fazendária, sendo aplicado multa de 9 UPF/BA.

O autuado apresenta impugnação (fls. 290/295) inicialmente diz que de forma resumida a acusação fiscal consiste em:

- a) Utilização indevida de crédito fiscal relativo à nota fiscal inidônea

b) Erro na apuração mensal do tributo por não se aplicar o regime de receita bruta.

Preliminarmente esclarece que se dedica à atividade de fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, café e estabelecimentos similares, na modalidade de “refeições coletivas” e ingressou com ações ordinárias contra a Fazenda Pública, que foram distribuídas na 3ª e 4ª Varas pleiteando a inexistência de relação jurídica entre ela e a Fazenda Pública que amparasse a exigência do ICM/ICMS sobre o fornecimento de refeições, bebidas e outras mercadorias em restaurantes ou similares com fundamento na base de cálculo fixada nas Leis 4.675/86 e 4.825/89.

Deferida as liminares, manifestou entendimento de que o processo administrativo fosse paralisado em vista de que a matéria fática é a mesma das ações judiciais mencionadas.

No mérito, alegou que tanto a exigência do ICM como do ICMS sobre o fornecimento de refeições não pode ser cobrado por entender que “A lei baiana prevê o fato gerador, mas é ilegal quanto à base de cálculo” ao incluir o valor dos serviços inerentes ao fornecimento de refeições, por contrariar o disposto no §2º do art. 8º do Dec. Lei 406/88 com a redação dada pelo Dec. Lei 834/69.

Em seguida transcreve diversas decisões de Tribunais Superiores acerca da matéria em questão e lembra que falta competência ao servidor público para examinar a constitucionalidade das leis mas tal vedação não atinge o julgador administrativo, sob pena de negação de direito de recurso do contribuinte nos termos do art. 5º, LV da Constituição Federal.

Conclui afirmando não existir obrigação jurídica entre a Fazenda Pública e o fornecedor de refeições, devendo o Auto de Infração “ser julgado insubsistente por carência de ação tanto na parte que fala de crédito indevido, como na que reclama diferença de alíquota” com fundamento de que a ilegalidade está na base de cálculo.

Afirma ainda que se devido fosse o tributo, devia ser aplicado à determinação contida no §4º do art. 42 da Lei 4.825/89 com redação dada pela Lei 5.341/89.

Por fim, protesta por todos os meios de prova admitidos em direito e requer a improcedência da autuação.

A autuante na informação fiscal prestada (fls. 361/352), inicialmente discorre sobre as infrações, alegações defensivas e passa a contestá-las conforme passou a expor.

Afirma que não tem procedência as Ações Ordinárias requeridas na justiça tendo em vista que as Leis 3.956/81 e 4.825/89 prevêm a incidência do ICM/ICMS nas operações de fornecimento de refeições (art. 3º, III e art. 1º, III) e estabelecem base de cálculo (art. 24, VI e art. 23) devidamente regulamentadas.

Esclarece que o autuado utilizou o regime simplificado na apuração do imposto aplicando porcentual de 5% sobre a receita bruta, quando o correto era apurar o ICM/ICMS pelo regime normal, tendo em vista que o estabelecimento autuado exerce atividade de fornecimento de refeições e é vedada a utilização do regime simplificado de acordo com o art. 2º da Port. 123/90.

Ressalta que os valores dos débitos apurados nos livros fiscais e depositados em juízo são irreais, em razão de que foi utilizada forma de apuração do imposto não prevista na legislação e se tivesse apurado corretamente os valores recolhidos em juízo seriam bem maiores. Destaca ainda que a partir de julho/90 o autuado não efetuou mais depósitos judiciais, ficando omissos.

Atenta que sentença proferida pela justiça negou pretensão contida em Mandado de Segurança impetrado por Hotéis Othon S.A. de que existe omissão na legislação do Estado quanto à definição de fato gerador e base de cálculo no fornecimento de alimentação, o que foi referendado em decisão do CONSEF do julgamento do Auto de Infração 02295700/89 lavrado contra NWS Com. Ind. de Alimentos e Turismo Ltda.

Ressalta que o impugnante não contestou na sua defesa a exigência alíquota e da mesma forma as multas aplicadas por descumprir obri

Ressalta que também procede a exigência do ICM/ICMS relativo à utilização indevida de crédito fiscal relativo a diversas notas fiscais inidôneas que foram escrituradas na contabilidade do estabelecimento autuado, conforme documentos juntados às fls. 19 a 131. Requer a procedência total do Auto de Infração.

Em seguida foram acostadas ao processo diversas manifestações da PROFAZ/PROFIS/PGE/PROFIS acerca das ações judiciais movidas pelo estabelecimento autuado, contestação da Fazenda Pública requerendo penhora dos valores depositados e indicação de que a matéria em questão está sumulada pelo STJ, sugerindo a conclusão do feito administrativo.

VOTO

Preliminarmente cumpre apreciar que na defesa apresentada o impugnante argumentou que a matéria em questão da autuação estava sendo objeto de Ações Ordinárias Judiciais “com depósito judicial do montante integral, o que suspende a exigibilidade do tributo” nos termos do art. 151, II do CTN (fl. 291).

Em tese, a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso nos termos do art. 117 do RPAF/BA. Da mesma forma, com a efetivação do depósito judicial ficaria suspensa a execução do crédito tributário de acordo com o § 2º do mesmo dispositivo e diploma legal. Caso a afirmativa do impugnante fosse verdadeira, a defesa ora apresentada deveria ser considerada prejudicada e suspensa a execução do crédito tributário.

Entretanto, observo que pelos elementos contidos nos autos a propositura judicial não tem pertinência com a realidade dos fatos e não ocorreu depósito do montante integral como afirmado pelo autuado, o que será apreciado quando do mérito, o que passo a fazê-lo.

No mérito, o Auto de Infração acusa o cometimento de diversas infrações: Utilização indevida de crédito fiscal; recolhimento a menos do ICM/ICMS por ter apurado o imposto com base no regime simplificado de receita bruta em vez do regime normal; falta de recolhimento do ICMS da diferença de alíquotas, além da aplicação de multa por descumprimento de obrigações acessórias.

Nas Ações Ordinárias impetradas contra a Fazenda Pública do Estado da Bahia (fls. 296/332), o autuado pleiteou que fosse declarado “inexistência de relação jurídico-tributária entre a autora e a Fazenda ré, que dê amparo à cobrança de ICM/ICMS sobre o fornecimento de refeições, bebidas e outras mercadorias em restaurantes ou similares, com amparo na base de cálculo fixada” pelas Leis 4.675/86 e 4.825/89. Fundamentou suas ações no art. 8º, §2º do Dec. Lei nº 406/88.

Com relação à primeira infração (utilização indevida de crédito fiscal) e terceira infração (diferença de alíquota), embora o autuado tenha afirmado que o Auto de Infração devia “ser julgado insubsistente por carência de ação tanto na parte que fala de crédito indevido, como na que reclama diferença de alíquota”, verifico pelos elementos contidos nos autos que a primeira infração trata de utilização indevida de crédito fiscal relativo a notas fiscais emitidas por contribuinte (Osvaldo Nascimento Alves Jr.) cuja inscrição estadual estava cancelada; contribuinte não localizado (Atacadão Barreto de Cereais Ltda); de talões extraviados publicados em jornais (CCR Califórnia e Repr. Ltda); e diversas empresas com inscrições canceladas (Comercial de Estivas e Insumos Agrícolas Ltda, Baspel-Bahia Distribuidora e Papéis Ltda, Hellu’s Dist. E Vendas Ltda, Supermercado Compre a Prazo) e notas fiscais falsas (Comercial de Estivas Betim Ltda). Da mesma forma, notas fiscais emitidas pelas empresas Mercantil Arco Verde, E. O Soares, Neves e Neves, Carlos Moreira de Oliveira, todas envolvidas em inquéritos policiais que tiveram talonários de notas fiscais apreendidos, acusado pela autuante “por venda de notas frias” além de outras empresas relacionadas no Termo de Fiscalização à fl. 8.

Logo, a utilização indevida dos créditos fiscais está suportada em documentos juntados ao processo que não foram contestados pelo impugnante Ação Ordinária impetrada. Por isso deve ser mantida na sua íntegra

Com relação à terceira infração, o autuado foi acusado de não efetuar o recolhimento do ICMS da diferença de alíquota relativo às aquisições de bens de ativo e material de consumo em outros Estados, conforme demonstrativos elaborados pela autuante. Também, o recorrente solicitou improcedência sob alegação de estar vinculado à ação judicial, mas tal pleito não pode ser acolhido, em razão de que não há pertinência alguma entre a ação judicial e esta modalidade do imposto exigido, motivo pelo qual deve ser mantida a exigência na sua totalidade relativa a esta infração.

Relativamente às infrações 4 e 5, foram aplicadas multas por descumprimento de obrigações acessórias, motivadas pela escrituração de livros sem prévia autenticação pela repartição fazendária e escrituração irregular dos livros de Registro de Saída, de Entrada de Mercadorias e Apuração do ICMS. Tais infrações não foram contestadas na defesa apresentada pelo recorrente, nem apresentado qualquer prova em contrário, o que implica em reconhecimento tácito do seu cometimento. Dessa forma, apesar de a autuante ter indicado o total de 30 UPFs, a soma dos valores individuais totaliza 36 UPF ($9 \times 3 = 27 + 3 \times 3 = 9$) devem ser mantidas integralmente as multas aplicadas nas infrações 4 e 5 totalizando 36 UPF/BA.

No tocante à infração 2, que a empresa alegou ter impetrado ação judicial e efetivado “depósito judicial do montante integral” antes de adentrar ao mérito, após análise dos elementos contidos nos autos faço as seguintes considerações:

1. **Infração – Conforme Termo de Encerramento de Fiscalização (fl. 7) a infração é descrita:** “ICMS devido por erro na apuração mensal dos valores do imposto, calculado pelo regime simplificado de 5% do valor da receita bruta mensal, regime este, instituído pela alteração do RICMS Nº 08 – Dec. 2.981/89, entretanto este procedimento, adotado pelo contribuinte é incorreto, pois de acordo com a Portaria nº 123 de 31/01/90, que faz a interpretação normativa da legislação, esclarece em seu artigo 2º que excluem-se deste favor fiscal os estabelecimentos fornecedores de alimentação, portanto, o imposto deve ser exigido pelo regime normal, sendo apurado através de levantamento fiscal, demonstrado no Anexo I”.
2. **Cálculo do ICMS – O Anexo I (fls. 15/16) indica por mês, o montante dos créditos pelas entradas, do débito pelas saídas, o saldo (devedor/credor) do qual foram deduzidos os valores recolhidos pelo contribuinte.**
3. **Ação Judicial – De acordo com o descrito na Medida Liminar de Mandado de Segurança (fl. 311) o fundamento invocado é de que “a lei baiana prevê o fato gerador, mas não o contempla com base de cálculo correta e específica (cf. art. 3º, III, e art. 24, VI, da Lei nº 3.956/81)”.**
4. **Depósito judicial – Conforme esclarecido na informação fiscal (fl. 352) e no documento da PGE à fl. 379, o autuado “utilizou de meios fraudulentos para reduzir o montante a ser depositado na justiça”, tendo a Fazenda Estadual requerido judicialmente a “penhora dos valores depositados em várias contas do então BANEBA como garantia de execuções em andamento”.**

Por tudo que foi exposto concluo que a matéria fática que se apresenta no processo é que o recorrente exercendo atividade econômica de fornecimento de refeições apurou o ICM/ICMS com base no regime simplificado de Receita Bruta, que era vedado pela legislação vigente na época da ocorrência dos fatos geradores para a atividade exercida pelo estabelecimento autuado.

Por sua vez, a fiscalização apurou o imposto com base no regime normal e deduziu os valores recolhidos apurado pelo contribuinte indevidamente pelo regime simplificado.

Assim sendo, restou caracterizado o cometimento da infração tendo em vista que o impugnante apurou e recolheu o ICM/ICMS incidente nas operações de fornecimento de refeições utilizando regime de apuração do imposto que não era previsto para sua atividade econômica. Também, está correto o procedimento fiscal ao apurar o imposto devido como previsto na legislação (regime normal), deduzindo os valores que foram apurados e recolhidos de forma incorreta. A incidência do ICM nas operações de fornecimento de alimentação e definição da base de cálculo era prevista no art. 3º, III e art. 24, VI da Lei nº 3.956/81 e do ICMS no art. 2, VII (irridência) e art. 22, IV (base de cálculo) da Lei nº 4.825/89. Ressalto que na sua defesa, o autuado alegou que os valores apurados pela fiscalização.

No tocante aos depósitos judiciais, embora os mesmos não tenham sido juntados ao processo, os esclarecimentos feitos pela autuante corroborado com a informação da PGE/PROFIS, ao contrário do que afirmado pelo autuado não foi feito o depósito integral dos valores exigidos neste lançamento e sim, depositado os valores que o autuado entendeu devido, que a Procuradoria ajuizou penhora como parte de pagamento dos créditos tributários exigidos.

Porém, como apreciado anteriormente, os valores foram apurados pelo recorrente com base no regime de Receita Bruta que não era previsto para sua atividade, além disso, na apuração dos valores a empresa deduziu créditos relativos a documentos fiscais inidôneos (empresas canceladas, talonários de notas fiscais extraviados, emitidas por empresas inexistentes, notas fiscais não autorizadas a serem impressas, notas fiscais “frias”) reclamados na primeira infração, a qual não foi contestada pelo impugnante.

Quanto as Ações Ordinárias ajuizadas na 3ª e 4ª Vara da Fazenda Pública versam sobre “inexistência jurídico-tributária entre a autora e a Fazenda Ré, que dê amparo à cobrança de ICM/ICMS sobre o fornecimento de refeições, bebidas e outras mercadorias em restaurantes ou similares” apresentando como fundamento o art. 8º, §2º do Decreto-Lei 406/88.

Por tudo que foi exposto, concluo que na sua defesa a recorrente não apresentou qualquer prova capaz de elidir as infrações 1 (utilização indevida de crédito fiscal), 3 (diferença de alíquota), 4 (multa de 27 UPF) e 5 (multa de 9 UPF) e nem foram objeto da ação ajuizada contra a Fazenda Pública Estadual. Logo, devem ser mantidas na sua totalidade.

Relativamente a infração 2, concluo também, que a infração decorre do fato do contribuinte ter efetuado cálculo e recolhimento do ICM/ICMS incidente sobre as operações de fornecimento de refeições adotando regime de apuração de imposto que não englobava sua atividade econômica, o que resultou em recolhimento a menos que o devido conforme apurado pela fiscalização, o que considero correto e procedente esta infração.

Entretanto, embora a exigência do ICMS relativo ao fornecimento de refeições já fosse assegurado na legislação do Estado da Bahia e no decorrer do tempo já tenha sido objeto da Súmula 163 do STJ: “O fornecimento de mercadorias com a simultânea prestação de serviços em bares, restaurantes e estabelecimentos similares constitui fato gerador do ICMS a incidir sobre o total da operação”, tendo o contribuinte impetrado ação pleiteando a declaração de inexistência de relação jurídica entre a autora e a Fazenda Pública, **com relação aos valores exigidos na infração 2**, o Auto de Infração deve ser encaminhado a PGE/PROFIS para acompanhar a decisão judicial e se favorável à Fazenda Pública, promover a sua execução.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **0255058101**, lavrado contra **DICEL REFEIÇÕES COLETIVAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **Cr\$4.600,580,17**, corrigido monetariamente, sendo Cr\$1.705,15, acrescido da multa de 120% prevista no art. 47, IV, “a” da Lei nº 3.956/81, e 50% sobre Cr\$2.706.537,80, e 150% sobre Cr\$1.892.337,22, previstas no artigo 61, I “a”, V “a” da Lei nº 4.825/89, além das multas totalizando **30 UPF**, prevista no art. 61, VIII, “a” e “b” da citada Lei com os acréscimos moratórios correspondentes, devendo ser convertido em moeda vigente.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de julho de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

FRANCISCO ATANA

PAULO DA