

PROCESSO - A. I. Nº 180503.0150/07-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - LEMOSPASSOS ALIMENTAÇÃO E TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS LTDA. (LEMOSPASSOS RESTAURANTES INDUSTRIAIS)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 3º JF nº 0161-03/10
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 08/07/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0164-11/11

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Refeitos os cálculos para excluir Notas Fiscais relativas a mercadorias não destinadas à comercialização sobre as quais não se aplica a antecipação parcial, ficou elidida a exigência fiscal. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA ESTORNO DE DÉBITO EFETUADO IRREGULARMENTE. O autuante, após revisão por ele efetuada, concluiu que inexistia débito a ser exigido. Infração insubsistente. 3. BENEFÍCIOS FISCAIS. FAZ ATLETA. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Diligência realizada por preposto da ASTEC apurou que o autuado tem direito ao incentivo FAZ ATLETA, e que ficou comprovada a correção do valor recolhido. Infração improcedente. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo do estabelecimento. Refeitos os cálculos pelo autuante, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versam os autos de Recurso de Ofício interposto em face do acórdão em referência que julgou o Auto de Infração, lavrado em 25/09/2007, para exigir ICMS no valor de R\$87.697,71, acrescido da multa de 60%, por imputar ao sujeito passivo o cometimento das infrações abaixo transcritas, sobre as quais houve a desoneração integral, e parcial quanto à quarta.

INFRAÇÃO 1: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, para fins de comercialização, no período de junho de 2006 a março de 2007. Valor do débito: R\$74.334,91.

INFRAÇÃO 2: Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, nos meses de agosto, setembro, novembro e dezembro de 2006. Valor do débito: R\$11.276,22.

INFRAÇÃO 3: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em decorrência de abatimento do imposto em desacordo com a legislação do Programa de Incentivo Fiscal à Cultura do Estado da Bahia – FAZCULTURA disposto na Lei nº 7.015/96, não sendo mediante fraude ou dolo. Valor do débito: R\$1.086,48.

INFRAÇÃO 4: Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de fevereiro e março de 2007. Valor do débito: R\$1.000,10.

O autuado defendeu-se argumentando que se dedica ao fornecimento de refeições industriais e que por isso não se sujeita ao recolhimento do ICMS na antecipação parcial, eis que as mercadorias oriundas de outras unidades da Federação são utilizadas como ingredientes no preparo das refeições, estas que são o produto final por si comercializado.

O autuante às fls. 281/282 em sua informação fiscal, inicialmente, acatando tais argumentos, refez os cálculos (fls. 283/284), considerando o teor do Parecer GECOT nº 4898//2004, ratificado pela DITRI, segundo o qual não é aplicável a norma constante do art. 352-A do RICMS-BA aos produtos utilizados no preparo de refeições coletivas, cujas mercadorias não são comercializáveis.

Dessa revisão fiscal foi intimado o contribuinte que se manifestou às fls. 291/295, salientando as notas fiscais correspondentes e o contrato firmado com os contratantes que especificam no item II o cardápio das refeições e que há produto que, embora se destine ao uso e consumo, como luvas plásticas, foi cobrado o ICMS pela antecipação parcial tendo sido convertido o processo, pela JJF, em diligência à ASTEC que exarou o PARECER nº 214/2008 às fls. 312/315, concluindo pela existência de débito no valor de R\$ 44.584,03, sobre o qual se opôs o sujeito passivo que, ao requerer nova diligência, ensejou a emissão de novo Parecer ASTEC de nº 112/2008 - fls. 503/505, tendo sido reduzida a dívida tributária para R\$ 8.163,53.

Disso o sujeito passivo se opôs suscitando nova diligência que foi atendida através do Parecer ASTEC nº 033/2010 que concluiu que, feito o confronto com os documentos originais, excluiu-se a nota fiscal que não havia sido retirada do levantamento fiscal, opinando que após a elaboração do demonstrativo de fls. 581/586, o débito foi reduzido a zero, do que, intimados, o autuante e autuado não se pronunciaram:

INFRAÇÃO 2- O contribuinte justificou os estornos de débito como modo de evitar o *bis in idem*, já que os contratantes dos seus serviços assumem a obrigação de recolher o ICMS da operação em relação à saída, citando como exemplo a Nota Fiscal nº 0255, emitida em nome da Suzano Bahia Sul Papel e Celulose, juntando os DAE's respectivos, razões estas acatadas pelo autuante.

INFRAÇÃO 3- O sujeito passivo disse ter o fiscal se equivocado, pois não foi por si infringida a legislação do Estado da Bahia, notadamente o FAZ CULTURA, já que se trata de estorno de débito ocorrido no mês de 10/2006, aplicando-se a essa infração os mesmos argumentos defensivos relativos à segunda.

O autuante esclareceu que, do exame das notas fiscais de fls. 284/261 e dos DAEs e demais documentos de fls. 263/266, confirmou a tese defensiva de que o ICMS foi recolhido integralmente pelo Suzano, nos meses de agosto a dezembro/2006. E em novembro/06, que o ICMS era de R\$ 3.909,86, recolhido R\$ 2.143,00, restou devido R\$ 1.766,46, salientando que, com as exclusões feitas, remanesceu apenas tal montante quanto à infração 2 e zero quanto à infração 3.

INFRAÇÃO 4- Defendeu-se o contribuinte sob o fundamento de que as operações por si realizadas não ensejaram o pagamento da diferença de alíquota, tendo a fiscalização incidido em erro ao incluir no cômputo do ICMS, valores referentes ao pagamento de transporte de mercadorias a preço CIF, transcrevendo o art. 8º, parágrafo único, inciso I, do RICMS/97, requerendo a exclusão das Notas Fiscais nºs 10294 e 160800 correspondentes ao pagamento de frete a preço CIF.

O autuante mencionou que, tendo analisado os fundamentos da defesa em cotejo com a documentação dos autos, apresentou novo demonstrativo com a exclusão das ditas notas fiscais por se tratar de operação com frete CIF, citando como exemplo as Notas Fiscais nºs 343331 e 345401, concluindo que resta a recolher apenas R\$ 711,12 do mês de março /2007, conforme novo demonstrativo de fl. 287.

A Primeira Instância julgadora, do confronto destes fundamentos, proferiu Decisão nestes termos:

“O primeiro item do Auto de Infração em lide trata falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial referente a mercadorias adquiridas para comercialização, conforme demonstrativo à fl. 0 dos autos.

Observe que as hipóteses em que deve ser feita a antecipação parcial do imposto são estabelecidas no art. 12-A da Lei nº 7.014/96:

“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição”.

O autuado alegou em sua defesa que se dedica ao fornecimento de refeições industriais, não estando obrigado a recolher o ICMS antecipação parcial em relação às suas aquisições interestaduais, uma vez que não se trata de mercadorias de outros Estados da Federação para fins de comercialização. São ingredientes que serão transformados em refeições prontas, estas sim comercializadas. Salienta que o seu procedimento encontra-se albergado pelo Parecer nº GECOT/DITRI 4.898/2004; comenta sobre o art. 12-A da Lei nº 7.014/96 e assegura que não adquire mercadorias com o intuito de revenda posterior, mas para compor o produto final (refeição pronta).

Foram realizadas diligências fiscais no sentido de que fosse apurada a atividade principal do autuado, se era exclusivamente o preparo de refeições coletivas; se as notas fiscais elencadas pelo defendente são relativas a ingredientes para a produção de refeições industriais. Em relação a outras notas fiscais indicadas nas razões de defesa, se foram adquiridas para uso e consumo do impugnante.

Após as diligências efetuadas, foi confirmado que a atividade do autuado é exclusivamente o preparo de refeições coletivas, tendo sido informado no PARECER ASTEC Nº 033/2010, que o autuado foi intimado a apresentar a relação de todas as notas fiscais correspondentes aos ingredientes utilizados no preparo de refeições, conforme fls. 587/588, tendo sido efetuada a verificação no PAF e elaborado novo demonstrativo, partido do levantamento original de fls. 09, 10, 12 e 13, excluindo as notas fiscais em duplicidade, notas fiscais que não constaram no demonstrativo original e aquelas comprovadas pelo autuado, conforme fls. 581/586. Informa, ainda, que foram analisadas as notas fiscais anexadas aos autos pelo defendente, tendo constatado que se referem a ingredientes para a produção de refeições industriais. Tais ingredientes são: bisteca de porco, presunto, filé de peito, óleo, pudim, gelatina, suco, dentre outros. O diligente conclui, informando que após a elaboração do demonstrativo de fls. 581/586, o débito originalmente apurado ficou reduzido a zero.

Considerando que foi expedida intimação ao autuado (fl. 593), acompanhada de cópia do PARECER ASTEC Nº 033/2010 e demonstrativo, e que o autuante também tomou conhecimento (fl. 592), e não se pronunciou quanto ao mencionado Parecer, inexistente controvérsia quanto às conclusões relativas a este item da autuação fiscal. Assim, acatando o resultado apresentado pelo diligente da ASTEC, concluo pela insubsistência desta infração, haja vista que após o refazimento dos cálculos para excluir Notas Fiscais relativas a mercadorias não destinadas à comercialização sobre as quais não se aplica a antecipação parcial, ficou elidida a exigência fiscal.

Infração 02: Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, nos meses de agosto, setembro, novembro e dezembro de 2006.

O autuado alega que, por força contratual, alguns contratantes assumiram a obrigação de recolher o ICMS da operação, e dessa forma, em relação a essas saídas, o defendente efetuou estorno de débito de ICMS, porque não faz sentido recolher novamente o imposto já pago pelo tomador. Cita como exemplo a NF 0255, emitida em nome de Suzano Bahia Sul Papel e Celulose, empresa contratante das refeições coletivas preparadas pelo defendente. Assegura que o estorno do débito se tornou o método mais racional para evitar bis in idem, apresentando o entendimento de que contrariar esta lógica seria cobrar um valor que já foi pago anteriormente.

Na informação fiscal prestada às fls. 281/282, o autuante esclarece que, realmente, o ICMS foi recolhido integralmente pela Suzano, em relação aos meses de agosto, setembro, outubro e dezembro de 2006. Quanto ao mês 11/2006, informa que o ICMS totalizou R\$3.909,86, e foi recolhido o valor de R\$2.143,40. Portanto, restava a recolher o valor de R\$1.766,46.

O autuado não acatou o valor indicado pelo autuante, alegando que em decorrência do programa FAZ ATLETA, no mês 11/2006, tem direito ao incentivo obtido por meio do Título de Incentivo nº 323/06, estando autorizado a deduzir R\$2.576,82 do ICMS apurado, no limite de 5% do débito do imposto. Assim, o defendente requer seja excluído o valor de R\$1.766,47, resultando na improcedência desta infração 02.

Em face das divergências apresentadas, foi realizada diligência fiscal por preposto da ASTEC e, conforme PARECER ASTEC Nº 214/2008 (fls. 312/315), foi informado pelo diligente, que de acordo com os documentos

às fls. 319/320, o autuado tem direito ao incentivo FAZ ATLETA; que documento apresentado pelo autuado, referente ao benefício de FAZ ATLETA, comprova o valor cobrado no mês de novembro/2006.

De acordo com o art. 343, inciso XVIII, do RICMS/BA, é diferido o lançamento do ICMS incidente, nos fornecimentos de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste Estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados, para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente. Neste caso, a exigência do imposto do fornecedor das refeições seria passível de nulidade da autuação por ilegitimidade passiva. Entretanto, o parágrafo único do art. 155, do RPAF/99, estabelece que não será declarada a nulidade, considerando a possibilidade de se decidir o mérito.

Portanto, após a informação fiscal prestada pelo autuante e a diligência fiscal realizada por preposto da ASTEC, conclui pela improcedência da infração 02, haja vista que o preposto da ASTEC apurou que o autuado tem direito ao incentivo FAZ ATLETA, e que ficou comprovada a correção do valor recolhido.

Infração 03: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em decorrência de abatimento do imposto em desacordo com a legislação do Programa de Incentivo Fiscal à Cultura do Estado da Bahia – Faz Cultura disposto na Lei 7.015/96, não sendo mediante fraude ou dolo.

Na informação fiscal prestada às fls. 281/282, quanto às infrações 02 e 03 o autuante informa que examinou as notas fiscais de fls. 248 a 261, bem como os DAEs e documentos de fls. 263 a 266, e constatou que, realmente, o ICMS foi recolhido integralmente. Concluiu que a infração 03 fica com “valor negativo”. Após a informação fiscal prestada pelo autuante, voto pela improcedência desta infração, haja vista a inexistência de lide, considerando que o autuante concluiu, após revisão por ele efetuada, que inexistia débito a ser exigido.

Infração 04: Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de fevereiro e março de 2007.

O autuado alega que as operações não ensejaram o pagamento da diferença de alíquota porque a fiscalização se equivocou ao incluir no cálculo do imposto exigido, valores de notas fiscais referentes ao pagamento de serviço de transporte de mercadorias a preço CIF.

O autuante acatou as alegações defensivas, informando que apresenta novo demonstrativo de débito, após excluir os valores correspondentes aos CTC 10294 e 160800, por se tratar de frete CIF, com base nos citados documentos fiscais e nas notas fiscais de números 343331 e 345401. Disse que nesta infração 04, resta a recolher o valor de R\$711,12, relativo ao mês de março de 2007. O defendente informou à fl. 295 dos autos que concorda com a informação prestada pelo autuante. Assim, conclui que esta infração é subsistente em parte, no mencionado valor.

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

Ao final do voto, a JJF recorreu, de ofício, desta Decisão, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal 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.

VOTO

Analizados os autos, constato que este CONSEF buscou mediante sucessivas diligências dirigidas à ASTEC, elucidar toda a verdade material, o que teve o condão de resultar na inferência tanto pelo diligente como pelo autuante, de serem pertinentes –como robustamente comprovado – as alegações defensivas, daí que na última revisão fiscal acima citada, resultou como devido apenas o valor de R\$ 1.766,46, sobre a infração 2, evidenciando as demais serem totalmente insubsistentes.

Disso, implica dizer que se revelam legítimas as desonerações que são objeto do Recurso de Ofício.

De fato, a JJF após ter convertido o feito em sucessivas diligências à ASTEC, com ampla confrontação da tese defensiva com a prova documental residente no PAF, constatou do exame de todos os Pareceres exarados, mormente o último que concluiu pela subsistência tão-somente de parte da infração 2, no valor de R\$ 1.766,46, verifico que o autuante, em respeito ao princípio da legalidade, acatou tais conclusões sem mais ressalvas, findando a controvérsia, o que também foi anuído pelo sujeito passivo,

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício para manter na íntegra a Decisão recorrida.

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 **180503.0150/07-5**, lavrado contra **LEMO PASSOS ALIMENTAÇÃO E TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS LTDA. (LEMOSPASSOS RESTAURANTES INDUSTRIAIS)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$711,12**, 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, 14 de junho de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA - RELATORA

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