

A. I. Nº - 279919.0023/10-9
AUTUADO - SODEXHO DO BRASIL COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - JOSIAS MENEZES NETO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 17.08.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0218-02/11

EMENTA: ICMS. REGIME DE APURAÇÃO EM FUNÇÃO DA RECEITA BRUTA. RESTAURANTE. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. O sujeito passivo logrou êxito na comprovação de que foram inseridas no levantamento fiscal notas fiscais cuja responsabilidade pelo recolhimento do imposto é do adquirente. Corrigido equívoco de cálculo do imposto, o autuado recolheu a parcela remanescente. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, foi lavrado em 20/12/2010, para exigência do valor de R\$64.977,64 de imposto, mais multa, tendo em vista que foi constatada o recolhimento a menor do ICMS no prazo regulamentar referente à comercialização de refeições, apurado com base no Regime de Apuração em Função da Receita Bruta, nos meses de maio, junho, agosto, novembro e dezembro de 2006, janeiro a dezembro de 2007, janeiro a abril, e outubro de 2008, janeiro a dezembro de 2009.

O autuado, representado por advogado legalmente constituído, em sua defesa às fls. 53 a 77, esclarece que é pessoa jurídica de direito privado que tem como objeto social o fornecimento de alimentos preparados para empresas, hospitais e outros estabelecimentos, e após descrever a infração, suscitou a nulidade do lançamento, com fulcro no inciso IV, “a”, do art. 18, do Decreto nº 7.629/99, bem assim, no art. 5º, incisos LIV e LV da CF/88, com base no fundamento de que não foi indicada corretamente no auto de infração a base legal da infração imputada, e por isso, que o lançamento não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração cometida.

Prosseguindo, comentou sobre a motivação necessária para o ato administrativo de lançamento, dizendo que a fundamentação legal compõe a sua motivação. Sobre a obrigatoriedade de correta motivação do ato administrativo, transcreveu lições de renomados professores de direito tributário.

No caso em tela, aduz foi autuado porque teria infringido os artigos 2º, inciso VII, 59, inciso I, “b” e 504 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, que tratam: (I) do fato gerador do ICMS (fornecimento de alimentação); (II) da base de cálculo do ICMS; (II) da data do recolhimento do ICMS; e (IV) da possibilidade de se optar pelo pagamento do imposto mediante o regime de apuração em função da receita bruta.

Argumenta que o autuante não fez constar no Auto de Infração os dispositivos legais referentes ao suposto recolhimento a menor do ICMS, entendendo que restou caracterizado ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, não podendo defender-se da acusação fiscal. Transcreveu a jurisprudência do CONSEF e tribunais administrativos.

No mérito, destaca que de acordo com o “Demonstrativo de Débito” a diferença a recolher decorre da consideração, de 3 (três) de seus clientes, como “não contribuintes” do Estado da Bahia, ensejando a equivocada eleição de sua responsabilidade pelo recolhimento do imposto devido.

Invocou os arts. 342 e 343, ambos do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/1997, que estabelece que o fornecimento de refeições a contribuintes do Estado enseja o lançamento do ICMS por diferimento, em que a responsabilidade pelo pagamento do imposto é transferida aos adquirentes das refeições, e que no art. 504, inciso XII, do RICMS/BA está estipulado como deverão ser expedidas as Notas Fiscais, para efeitos do diferimento do ICMS, previsto no art. 343, XVIII.

Por conta disso, argui que o fornecimento de refeições a “*não contribuintes*” do Estado da Bahia enseja a responsabilidade do recolhimento do imposto ao *fornecedor*, no caso, o estabelecimento autuado.

Alega que durante o período fiscalizado (mai/06 a dez/09), todas as empresas indicadas no levantamento fiscal referem-se a contribuintes do Estado da Bahia, sendo desconsideradas as empresas “*Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás*”, “*Monsanto Nordeste Indústria e Comércio de Produtos Químicos Ltda*” e “*Veracel Celulose S/A*” como contribuintes do Estado da Bahia. Juntou como elemento de prova dessa alegação, os comprovantes da situação cadastral de cada um deles, obtido no *site* da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (docs. fls. 117 a 119);

Ressalta que na hipótese de as referidas empresas não terem procedido ao recolhimento do imposto devido, a responsabilidade continua sendo delas, transcrevendo trecho do Parecer nº 4.684/2002, dado em resposta à Consulta formulada pela empresa, e a ementa do ACÓRDÃO JJF Nº 0403/99 do CONSEF.

Em sentido contrário, diz que caso as citadas empresas não fossem contribuintes do Estado, seria sua a responsabilidade pelo recolhimento do imposto, conforme esclarecido pela SEFAZ no Parecer nº 3.903/2001 (doc.fl. 127 a 132), que foi transcrito em parte.

Como elemento de prova da improcedência da autuação do débito relativo ao período de 2006 a 2008, juntou as planilhas constante às fls. 122 a 124, para demonstrar que a consideração do imposto diferido pago pelos seus clientes afasta, de plano, qualquer valor devido a título de ICMS.

Em relação ao ano de 2009, alega a existência de equívoco no Demonstrativo do Débito, em decorrência do fato de que ao elaborar os aludidos cálculos, o autuante incorreu em equívocos ao calcular o imposto devido pela aplicação da alíquota de 12% sobre a venda de refeição interestadual e, não, de 4%, conforme previsto no art. 504, IV, do RICMS/BA.

Para comprovar o equívoco cometido pelo autuante apresentou uma planilha às fls. 125 a 126, salientando que ainda que o imposto fosse de sua responsabilidade, o cálculo foi feito erroneamente, vez que não foi considerado o regime de apuração pela receita bruta, previsto no art. 118, inciso II, do RICMS/BA, transcrevendo trecho do Parecer nº 3.903/2001.

Em seguida, frisa que caso seja mantida a autuação, pede a redução ou o cancelamento da multa de 60%, por considerar que a mesma é inconstitucional e desproporcional, por ter caráter confiscatório e desproporcional, e por não ter se verificado dolo, fraude ou simulação e pela ausência de prejuízo ao Erário. Justifica este pedido, comentando o artigo art. 137, II, c/c art. 112, do CTN, e transcrevendo a jurisprudência do STJ e do TIT/SP.

Com base no art. 18 do Decreto nº 70.235/72, e considerando as provas constantes às fls.122 a 124, e para demonstrar que a consideração do imposto diferido pago pelos seus clientes afasta, de plano, qualquer valor devido a título de ICMS, requereu diligência para novo cálculo do montante devido, nos seguintes termos:

1. “conferência dos cálculos elaborados pelo Sr. AF, especificamente em relação ao ano de 2009, objeto de defesa no item “III, A.2 (*retro*)”;
2. confirmação de que as empresas *Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás*, *Monsanto Nordeste Indústria e Comércio de Produtos Químicos Ltda* e *Veracel Celulose S/A* são contribuintes do

Estado da Bahia, sendo, portanto, responsáveis pelo recolhimento do ICMS diferido incidente sobre o fornecimento de alimentação realizado pela empresa.”

Ao final, pede que seja recebida e totalmente provida a sua impugnação para:

- a) preliminarmente, seja reconhecida a nulidade existente no Auto de Infração relativo à ausência de fundamentação legal e coerência com a suposta infração cometida, determinando-se o seu cancelamento total; e
- b) no mérito, o cancelamento total da exigência fiscal (imposto, multa, juros e demais encargos), o arquivamento do processo administrativo instaurado; ou
- c) que seja relevada a multa aplicada, sob alegação de que não causou qualquer prejuízo ao Erário, não lhe sendo cabível a aplicação de qualquer penalidade.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em Direito admitidos, sem exceção de quaisquer, inclusive o da realização de eventual diligência para averiguação do que fora alegado, bem como apresentação de documentos, os quais, diz que não foram possíveis apresentar nesta oportunidade, devido ao acesso remoto dos arquivos, localizados no Estado do Rio de Janeiro.

O autuante formulou sua informação fiscal às fls.251 a 252, nos seguintes termos.

Esclareceu que o contribuinte autuado atua no ramo de Fornecimento de Refeições Coletivas, com opção pelo regime de apuração Receita Bruta, e recolheu a menor o tributo estadual em diversos meses dos exercícios de 2006 a 2009.

Diz que além da opção pelo Regime de Apuração do ICMS em função da Receita Bruta, o autuado opera com Regime Especial – Inscrição Única Estadual, concedido no Processo nº 021814/2001-1 e reativado pelo Processo nº 568100/2003-5.

Não acolheu a alegação de que as Unidades 5188, 5690 e 5765, fornecem refeições para a Monsanto Nordeste Indústria e Comércio de Produtos Químicos Ltda, Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRÁS e Veracel Celulose S/A, as quais são responsáveis pelo recolhimento do imposto incidente.

Sustenta que o auto de infração foi lavrado em conformidade com a legislação vigente, com enquadramento no Art. 2º, inciso VII, 124, inciso I, "b" e Art. 504 do Decreto 6284/97. A multa aplicada tem respaldo no Art. 42, inciso II, alínea "a", da Lei 7.014/96.

Diz que analisando as notas fiscais acostadas às páginas 120 e 121 do processo, além de outras notas que foram remetidas pelo Setor Fiscal da empresa, pode avaliar que:

“- A MONSANTO NORDESTE IND. E COM. DE PROD. QUÍMICOS - Inscrição Estadual nº 50.535.877 é destinatária das refeições fornecidas pela Unidade 5085, cujas faturas são compatíveis com recolhimentos de ICMS-Diferimento da fornecida. Não foram apresentadas notas fiscais da Unidade 5188 destinadas à Monsanto, razão porque deve o Imposto Estadual incidente sobre faturas serem cobradas como ICMS Normal da autuada.

- As faturas anexadas às fls. 227 a 233, referentes à Unidade de Fornecimento de Refeições nº 5690 destinaram-se à PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS Inscrição Estadual nº 02.604.576, baseada no Estaleiro de São Roque no Paraguaçu fls. 236 e 237. Os valores de ICMS-Diferimento recolhidos pelo estabelecimento - fls. 234 e 235 são compatíveis com as faturas da unidade fornecedora.

- As faturas referentes à Unidade nº 5765 destinaram-se VERACEL CELULOSE S.A. Inscrição Estadual nº 30.262.313 - baseada na Zona Rural de Eunápolis - fls. 243 e 244. Essa mesma inscrição é destinatária da Unidade 5763, que fornece refeições para a planta fabril da VERACEL. As notas apresentadas às fls. 238 a 240, estão em consonância com as faturas e ICMS relativos à Unidade Fornecedora. Não há dúvida que se tratam de ICMS-Diferimento. Contudo, a VERACEL CELULOSE S.A. recolheu o imposto a menor no período de Outubro a Dezembro/2006-R\$3.810,12 - fl.241, e de Janeiro a Dezembro/2007 - R\$11.385,65 - fl. 242, diferenças que estamos cobrando da

destinatária, responsável por recolher o tributo.”

Quanto aos valores cobrados no exercício de 2009, confirmou que realmente se equivocou na aplicação da alíquota do imposto. Assim, diz que com a aplicação da alíquota correta - 4% (quatro por cento), a diferença do tributo fica a reduzida a R\$176,26, referente ao mês de dezembro/2009.

Conclui que acolhidos os recolhimentos feitos pela PETROBRÁS - Unidade 5690 e VERACEL - Unidade 5765, corrigida a alíquota aplicada no exercício de 2009 e refeitos todos os cálculos, apurou as diferenças de ICMS Normal a recolher, nos valores de:

- Exercício 2006 - R\$318,30 - fl. 248;
- Exercício 2007 - R\$4.125,29 - fl. 249 e
- Exercício 2008 - R\$176,26 - fl. 250, totalizando R\$4.619,85, acrescido da multa de 60% e encargos moratórios.

Foi feita a juntada aos autos dos documentos às fls.227 a 250, referente a cópias de notas fiscais extratos do SIDAT, referentes a ICMS Diferimento Declarado, e Dados Cadastrais dos contribuintes acima citados, e planilhas contendo novo cálculo do débito.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls.254 a 255 o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal constante às fls. 251 a 252, sendo-lhe entregues cópias das folhas 227 a 252, o qual, se manifestou às fls. 258 a 259, com base no que segue.

Argüi que em sua defesa anterior demonstrou que período objeto da autuação forneceu refeições a contribuintes do Estado, o que ensejou o lançamento do ICMS por diferimento, no qual a responsabilidade pelo pagamento do imposto é transferida aos adquirentes das refeições, ou seja, que todas as empresas relacionadas no levantamento fiscal referem-se a contribuintes do Estado da Bahia.

Alega que requereu e apresentou junto à defesa, os comprovantes da situação cadastral de cada um dos fornecedores mencionados na autuação, algumas Notas Fiscais do adquirente "Petrobrás" (dez/07 e jan/08) e planilhas de cálculos demonstrando que a consideração do imposto diferido pago pelos seus clientes afasta, de plano, qualquer valor devido a título de ICMS.

Conclui dizendo que considerando o Princípio pela Busca da Verdade Material que norteia o Processo Administrativo Fiscal, bem como de acordo com o art. 137, parágrafo único, do Decreto nº 7.629/99, apresenta algumas Notas Fiscais relativas às operações do período, que demonstram o destaque efetuado e o consequente fornecimento de alimentação a contribuintes do Estado, nos termos dos Pareceres nºs 3.903/2001 e 4.684/2002 elaborados pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Ao final, requer seja julgada totalmente procedente a Defesa apresentada, com o consequente cancelamento do auto de infração.

O autuante se manifesta às fls. 282 a 283, dizendo que as notas fiscais da Petrobrás, IE 02.604.576 e Veracel IE 30.262.313 já foram acatadas na informação fiscal, fls.251 e 252, com objeto de ICMS diferido e excluídas dos valores da autuação fiscal.

Quanto às notas fiscais de saída da Unidade de Fornecimento 5.188 – Monsanto Nordeste IE 50.535.877, declara o seu acatamento dos valores das notas constantes no Registro de Saídas, conforme discriminação feita no corpo da informação fiscal (fl.282).

Conclui reconhecendo tais valores, retificando a planilha de 2006 para o valor de R\$1,26 (fl.279); a planilha de 2007 para R\$771.34 (fl.280), e mantendo os valores do exercício de 2009 em R\$ 76,26 (fl.281), totalizando o débito do auto de infração a cifra de R\$308,86.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls.288 a 289 o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal constante às fls.909 a 924, sendo-lhe entregues cópias das folhas 279 a 283, o qual, se manifestou às fls.929 a 937, argüindo o seguinte.

Aduz que o débito inicialmente lançado totalizou o valor de R\$117.923,60, e que em suas manifestações demonstrou e comprovou no período objeto da autuação forneceu refeições a contribuintes do Estado, o que ensejou o lançamento do ICMS por diferimento, no qual a responsabilidade pelo pagamento do imposto é transferida aos adquirentes das refeições.

Observa que após a apresentação da defesa e a juntada de outros documentos, o autuante acolheu os argumentos defensivos, refazendo o levantamento fiscal e reduzindo o débito para o valor de R\$4.619,85.

Ressalta que após nova análise do autuante de suas razões apresentadas, foi reduzida a exigência para R\$ 4.038,86.

Conclui que diante da redução do débito, requer a emissão de DAE para pagamento do débito remanescente, bem como a baixa do auto de infração após a comprovação do devido recolhimento.

O autuante tomando conhecimento da defesa, reitera o conteúdo do complemento de sua informação fiscal às fls.282 a 283.

Constam às fls. 306 a 307, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, referente ao pagamento da parcela reconhecida, no valor de R\$4.038,86.

VOTO

Analisando as preliminares de nulidade suscitadas na defesa, observo que não assiste razão ao sujeito passivo em sua alegação de que não foi indicada corretamente no auto de infração a base legal da infração imputada, e por isso, que o lançamento não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração cometida, tendo em vista que:

a) o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, cuja multa exigida está fundamentada em diplomas legais vigentes, e nos demonstrativos e respectivos documentos que fundamentam a autuação.

b) a acusação fiscal constante da peça inicial está de acordo com os fatos apurados pela fiscalização, cuja descrição dos fatos está posta de forma clara e precisa no corpo do auto de infração, permitindo o perfeito entendimento da acusação fiscal, como bem comprovam seus argumentos defensivos. Os demonstrativos elaborados pelo autuante identificam de forma bastante clara as infrações, tendo em vista que estão identificados todos os documentos fiscais e demais elementos objeto do levantamento que geraram a exigência tributária em questão. Inclusive o sujeito passivo comprovou que houve erro na apuração do débito, demonstrando, assim, o seu perfeito entendimento sobre a acusação fiscal.

c) o enquadramento está em consonância com o fato narrado no auto de infração, é o autuado entendeu perfeitamente a infração, tanto que logrou êxito na comprovação de erro no trabalho fiscal resultando na diminuição do débito.

e) com relação a argüição de inaplicabilidade da multa e o pedido para o seu cancelamento ou redução, também serão apreciadas ocasião do exame do mérito se subsistir a acusação fiscal e for cabível à luz da legislação tributária.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito e aplicação das respectivas multas, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito,

ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum dos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

Quanto ao pedido de revisão fiscal, considero desnecessária a realização de tal diligência, pleiteada pelo patrono do autuado nas razões de defesa, pois todas as questões suscitadas na impugnação foram acolhidas pelo autuante, e são suficientes para minha convicção sobre a lide.

Também verifico que a jurisprudência citada na defesa não se aplica ao presente caso, por se tratar de situações diversas à ora analisada.

O Auto de Infração foi lavrado em decorrência da constatação de recolhimento de ICMS efetuado a menos, em vários meses dos exercícios de 2006 a 2009, referente à comercialização de refeições, apurada de acordo com o Regime de Apuração em Função da Receita Bruta, conforme demonstrativos às fls. 08 a 11.

O lançamento foi impugnado com base no argumento as diferenças apuradas são decorrentes do fato de que foram considerados, indevidamente, no levantamento fiscal 3 (três) empresas como “não contribuintes” do Estado da Bahia, quais sejam, Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás”, “Monsanto Nordeste Indústria e Comércio de Produtos Químicos Ltda” e “Veracel Celulose S/A, que são os responsáveis por diferimento pelo recolhimento do imposto devido. Além disso, foi argüido que houve erro na aplicação da alíquota de 17%, quando o correto seria 4%. Foram juntados documentos pelo autuado para comprovar suas alegações.

Pelo que foi relatado, o autuante reconheceu os equívocos cometidos em seu trabalho fiscal, apontado nas impugnações pelo sujeito passivo, tendo na primeira informação fiscal acolhido os recolhimentos feitos pela PETROBRÁS - Unidade 5690 e VERACEL Unidade 5765, e corrigido a alíquota aplicada no exercício de 2009, bem assim, que na última informação fiscal, também acolheu as razões defensivas quanto às notas fiscais de saída da Unidade de Fornecimento 5.188 – MONSANTO NORDESTE IE 50.535.877.

Considerando que o autuante refez o levantamento fiscal inicial, através das planilhas às fls.246 a 250 e posteriormente nas planilhas às fls.279 a 281, resultando na diminuição do débito para o valor de R\$ 4.038,86, e o sujeito passivo concordou com este novo valor do débito, fica encerrada a lide, subsistindo em parte a autuação, inclusive, o referido débito já foi devidamente recolhidos aos cofres públicos, conforme comprovam os documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, às fls.306 e 307.

No que tange à alegação defensiva quanto à nulidade do Auto de Infração, sob o entendimento de que a multa de 60% seria ilegal, não a acolho, tendo em vista que a referida multa encontra-se prevista no art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e portanto, é legal, o que afasta o argumento defensivo. Quanto ao pedido para redução ou cancelamento da multa este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$4.038,86, conforme demonstrativo de débito abaixo.

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito
30/06/2006	09/07/2006	536,82	17	60	91,26
30/04/2007	09/05/2007	10.930,35	17	60	1.858,16
31/05/2007	09/06/2007	6.288,47	17	60	1.069,04
31/07/2007	09/08/2007	3.003,53	17	60	510,60

31/08/2007	09/09/2007	1.962,00	17	60	333,54
31/12/2009	09/01/2010	1.036,82	17	60	176,26
TOTAL					4.038,86

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279919.0023/10-9**, lavrado contra **SODEXHIO DO BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.038,86**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente 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 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de agosto de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR