

**PROCESSO** - A. I. Nº 278996.0015/09-1  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ESAB INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.  
**RECORRIDOS** - ESAB INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0023-01/13  
**ORIGEM** - IFEP INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 01.10.2013

### **3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO CJF Nº 0371-13/13**

**EMENTA:** ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. COMPRA INTERESTADUAL DE MERCADORIAS. BRINDES. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Aquisição de brindes não é fato gerador do ICMS para efeito de pagamento da diferença de alíquotas, previsto no art. 5º, I, RICMS-BA/97, conforme indicado nos autos, porque não existe, a rigor, entrada de mercadoria ou bem destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento, mas adquiridos para distribuição gratuita a consumidor ou a usuário final. Infração não caracterizada. 2. DIFERIMENTO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECEBIMENTO DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A situação particular dos autos demonstra que a norma de substituição tributária com diferimento não se aplica ao presente caso. Infração insubsistente. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. O autuado comprova a regularidade de parte das notas fiscais listadas no demonstrativo fiscal. b) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multa de 1% do valor das mercadorias não escrituradas. O autuado comprova a regularidade de parte das notas fiscais listadas no demonstrativo fiscal. Infrações parcialmente procedentes. 4. ZONA FRANCA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO DOS PRODUTOS PELA SUFRAMA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Descaracterização da isenção do ICMS, prevista no art. 29 do RICMS/97. A isenção do imposto nas operações com produtos industrializados destinadas à Zona Franca de Manaus condiciona-se à comprovação do internamento dos produtos mediante vistoria física pela SUFRAMA e pela SEFAZ/AM, não sendo bastante o registro nos livros fiscais do destinatário. Como essas provas são suficientes para comprovar operações interestaduais, deve ser aplicada a alíquota de 12%. Infração parcialmente subsistente. 5. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. APURAÇÃO DE DIFERENÇAS TANTO DE ENTRADA E DE SAÍDAS, EXIGIDO IMPOSTO SOBRE A DIFERENÇA DE MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA. SAÍDAS. Impugnante elide parte da exigência. Infração parcialmente caracterizada. Rejeitadas as nulidades suscitadas.

Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.  
Recurso Voluntário **PROVIDO PARCIALMENTE**.  
Decisão não unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração que reclama ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$112.824,16, através das seguintes infrações:

1. 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 ativo fixo do próprio estabelecimento. Deixou de recolher, também, material de uso e consumo referente a diferencial de alíquota, conforme demonstrativo em anexo, parte integrante do Auto de Infração. Valor R\$5.985,30 – Multa de 60%;
2. Deixou de proceder o recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido referente à aquisição de refeições para consumo no estabelecimento, conforme demonstrativo em anexo, parte integrante do Auto de Infração. Valor R\$4.080,10 – Multa de 60%;
3. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal conforme demonstrativo em anexo, parte integrante do Auto de Infração. Valor da Multa de 10%. Valor R\$14.530,97;
4. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal conforme demonstrativo em anexo, parte integrante do Auto de Infração. Valor da Multa de 1%. Valor R\$975,94;
5. Deixou de recolher o ICMS devido em virtude de saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus com benefício de isenção do imposto sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA, conforme demonstrativo em anexo, parte integrante do Auto de Infração. Valor R\$24.351,27 – Multa de 60%;
6. Falta de recolhimento do imposto relativa à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis, conforme os 8 demonstrativos em anexo, parte integrante deste Auto de Infração. Valor R\$41.366,65 – Multa de 70% (exercício 2005);
7. Falta de recolhimento do imposto relativa à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis, conforme os 8 demonstrativos em anexo, parte integrante deste Auto de Infração. Valor R\$21.533,93 – Multa de 70% (exercício 2006);

Em primeira instância, as arguições de nulidade foram rejeitadas, pois, os Ilustres Julgadores da 1ª JF entenderam que o Auto de Infração está em conformidade com o art. 39, do RPAF, e não é o caso de aplicação do art. 18, II, do RPAF. A Decisão recorrida ressalta, ainda, que, em obediência ao princípio da verdade material, foram realizadas várias diligências fiscais.

No mérito, concluíram pela improcedência da infração 1 em razão do seguinte:

*Verifico que o Auditor Fiscal elaborou demonstrativo de débito, fls. 16/21, relacionando as diversas aquisições de materiais que originaram a exigência, no total de R\$5.985,30, referindo-se na realidade, à diferença de recolhimento, uma vez que parcela do ICMS DIFAL foi recolhida.*

*O autuado observa várias falhas no levantamento fiscal, a exemplo das aquisições de peças e suprimento para veículos, em outros estados, transferência de ativo imobilizado adquirido a mais de um ano, remetido da matriz para a Bahia, tributação de diferença de alíquota já ocorrida em outro Auto de Infração (148714.0077/06-1), de prestação de serviço de composição gráfica da PRINT FORMULÁRIOS. Parte das alegações foi acatada, reduzindo a exigência para R\$ 2.387,20, conforme Parecer ASTEC nº 37/2012, fls. 4337/4339.*

*A partir de então a lide restringir-se-à aos produtos remetidos pela matriz como brindes, material promocional, devidamente escriturados no livro Registro de Entradas com o CFOP exigido para o caso (6910 – Remessa em bonificação, doação ou brinde).*

*Com relação ao ICMS diferencial de alíquota, assim estabelece o RICMS BA:*

*Art. 5º Para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas ocorre o fato gerador do ICMS no momento:*

*I - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento;*

*Examinando os autos do processo, não obstante o demonstrativo da Auditoria da Diferença de Alíquotas/Ativo Imobilizado, anexo aos autos, às fls. 16 / 21 e o demonstrativo da ASTEC (Parecer nº 37/2012, fls. 4337/4339, com a discriminação das respectivas aquisições, devidamente escrituradas no livro Registro de Entrada, concluindo pela obrigação tributária de pagar o imposto em comento, verifico que não estão presentes os elementos que informam o surgimento da obrigação tributária principal de pagar o ICMS diferencial de alíquota, nas aquisições de brindes.*

*A princípio, devemos entender que brindes são mercadorias que não constituem objeto normal da atividade do contribuinte, sendo adquiridas para distribuição gratuita a consumidor ou a usuário final. Não existe sequer qualquer impedimento do estabelecimento realizar a distribuição de mercadorias de sua fabricação ou adquiridas de terceiros, isto é, que fazem parte do objeto normal da sua atividade econômica, nestes casos, contudo, a operação será classificada como bonificação ou doação. Tanto a bonificação quanto a doação são tributadas normalmente pelo ICMS e IPI, cujo fato gerador é a circulação ou a saída das mercadorias*

*No caso presente, o contribuinte ao adquirir brindes para serem distribuídos diretamente a consumidor ou usuário final, deveria realizar os seguintes procedimentos, segundo o RICMS BA.*

*Art. 565. O contribuinte que adquirir brindes para distribuição direta a consumidor ou usuário final deverá lançar:*

*I –lançar a nota fiscal emitida pelo fornecedor no Registro de Entradas, com direito a crédito do imposto destacado no documento fiscal;*

*II - emitir, no ato da entrada da mercadoria no estabelecimento, nota fiscal com lançamento do imposto, incluindo no valor da mercadoria adquirida o IPI eventualmente lançado pelo fornecedor e fazendo constar, no local destinado à indicação do destinatário, os mesmos dados do emitente da nota fiscal, bem como a seguinte expressão no corpo do documento fiscal: "Emitida nos termos do art. 565 do RICMS-BA";*

*III - em seguida, lançar a Nota Fiscal referida no inciso anterior no Registro de Saídas, na forma regulamentar.*

*Portanto, quando da aquisição de brinde com ICMS calculado pela alíquota interestadual, como ocorreu, no caso em tela, o contribuinte deve lançar a nota fiscal emitida pelo fornecedor, com direito do crédito fiscal destacado; no ato da entrada da mercadoria (brinde), emitir nota fiscal para lançamento do imposto, aplicando a alíquota "cheia", (em contraposição à alíquota interestadual da entrada) e registro no livro Registro de Saídas.*

*Não se trata, contudo, a presente situação de fato gerador do ICMS para efeito de pagamento da diferença de alíquotas, previsto no art. 5º, I, RICMS-BA/97, conforme indicado nos autos, porque não existe, a rigor, entrada de mercadoria ou bem destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento, mas adquiridos para distribuição gratuita a consumidor ou a usuário final.*

*Posto isso, resta descaracterizada a exigência do ICMS diferencial de alíquotas e improcedente a infração 01. A autoridade fiscal responsável deve, contudo, verificar, se o contribuinte segue os procedimentos, segundo o art. 565, RICMS-BA/97, com relação aos brindes adquiridos.*

**Concluíram pela procedência da infração 2 em razão do seguinte:**

*Trata-se de exigência típica do fornecimento de refeições, em que é diferido o lançamento e o recolhimento do ICMS, nos termos do art. 343, XVIII, RICMS BA, assim traduzido:*

*Art. 343. É diferido o lançamento do ICMS incidente*

*(...)*

*XVIII - 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;*

*O DIFERIMENTO é modalidade de substituição tributária, chamada pela doutrina “pra trás”, e diz respeito às situações em que, segundo a lei, a responsabilidade pelo pagamento do imposto incidente sobre determinada operação ou prestação efetuada no presente é transferida para o adquirente ou destinatário da mercadoria ou usuário do serviço, na condição de sujeito passivo por substituição, ficando adiado o lançamento e o pagamento do tributo para o momento em que ocorrer o evento expressamente previsto na legislação.*

*Nesse contexto, em conformidade com o inciso XVIII, do art. 343, RICMS/BA, o fornecimento de refeições a estabelecimentos de contribuintes, neste Estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados, é operação sujeita ao DIFERIMENTO do imposto, ficando o recolhimento postergado para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente, sendo este responsável por recolhimento do imposto diferido, independentemente do regime de apuração adotado pelo fornecedor.*

*Insustentável a interpretação do sujeito passivo ao termo “entrada [das refeições] no estabelecimento do adquirente”, deduzindo que tal hipótese incide somente quando ocorrer a aquisição de refeições e o fornecimento se der no estabelecimento do adquirente, “pois é lá que se daria a entrada”. O termo entrada, em tela não é físico, como, equivocadamente, imaginou o autuado, mas, jurídico. O fornecimento de refeições destinadas a consumo por parte dos empregados de contribuinte marca o termo inicial do DIFERIMENTO previsto no artigo (art. 343, XVIII, RICMS BA); o termo final é a entrada [jurídica] das refeições no estabelecimento do adquirente, evento previsto na legislação para o lançamento e pagamento do ICMS postergado.*

*Nesse mesmo sentido, o adquirente, destinatário ou usuário de serviço, que na condição de sujeito passivo por substituição, vinculado a etapa posterior, é o responsável pelo pagamento do imposto, no momento em que ocorrer a operação prevista na lei, que encerre a fase do DIFERIMENTO (art. 342 c/c art. 349, RICMS BA).*

*Cumprido reiterar que, no caso concreto, o autuado, destinatário das refeições, responsável legal pelo pagamento do ICMS DEFERIDO, mantinha um contrato com o restaurante pactuando a forma e as condições para o fornecimento do alimento para os seus empregados; irrelevante se o espaço físico utilizado nas refeições seja o do estabelecimento contratante ou do fornecedor das refeições, que não se confunde com o local da operação, para fins da responsabilidade tributária.*

*Em síntese, o autuado é, legalmente, o responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS DIFERIDO e a infração resta caracterizada, no valor de R\$4.080,10.*

**A Decisão recorrida analisa conjuntamente as infrações 3 e 4 e conclui pela procedência parcial de ambas, com base na seguinte fundamentação:**

*Após as discussões para acerto do crédito tributário em seu valor exato, com oportunidade de defesa, arguições e contraditório do preposto fiscal, autor do feito e do impugnante, sobreleva o demonstrativo de fls. 4205/4206, que reduz a exigência inicial de R\$ 14.530,97 para R\$ 8.143,92, na infração 03 e de R\$ 975,94 para R\$ 806,51, na infração 04, conforme demonstrativo de fls. 4207/4209.*

*Posto isso, caracterizada a exigência das multas por descumprimento de obrigação tributária relativamente às duas infrações descritas na inicial, procedidos aos ajustes, tendo em vistas as razões retro descritas. A infração 03 no valor de R\$ 8.143,92. A infração 04, no valor de R\$ 806,51.*

**A infração 5 foi julgada procedente:**

*A remessa produto industrializado para a Zona Franca de Manaus tem o benefício de isenção do ICMS, competindo, em contrapartida, ao contribuinte comprovar que efetivamente as mercadorias foram internadas na zona franca, conforme prescreve os artigos 29, 597 e 598 do RICMS/BA, norma recepcionada a partir do Convênio ICMS 36/97.*

*Não obstante as alegações do autuado de estar diante de uma obrigação legal impossível, nos documentos juntados pela defesa não há efetiva comprovação de internação das mercadorias na Zona Franca de Manaus, como alegou o contribuinte. Os documentos acostados aos autos apenas informam a escrituração das notas fiscais nos livros do destinatário, ausente, contudo, a declaração ou reconhecimento da SEFAZ-AM e da SUFRAMA que as mercadorias ingressaram fisicamente na Zona Franca de Manaus.*

*O artigo 29 da legislação baiana, antes citado, estabelece que são isentas do ICMS as operações com produtos industrializados de origem nacional, nas saídas para comercialização ou industrialização na Zona Franca de Manaus, exceto armas, munições, perfumes, fumo, bebidas alcoólicas, automóveis de passageiros e açúcar de cana, ficando a isenção condicionada à comprovação da entrada efetiva dos produtos no estabelecimento do destinatário. Determina, ainda, o referido artigo, no seu inciso VII, que o contribuinte que pretender efetuar remessa de mercadorias para a Zona Franca de Manaus ou outras áreas da Amazônia com o benefício de que cuida este artigo deverá observar as regras contidas nos artigos 597 e 598 do mesmo diploma regulamentar.*

*Nesse sentido, o artigo 598 manda observar o Convênio ICMS 36/97, sem prejuízo de controles fiscais outros*

*que venham a ser estabelecidos, a fim de comprovar o ingresso da mercadoria nas áreas incentivadas, com a formalização do internamento. O Convênio ICMS 36/97 dispõe sobre os procedimentos relativos ao ingresso de produtos industrializados de origem nacional e, de acordo com a sua cláusula terceira, a constatação do ingresso da mercadoria nas áreas incentivadas far-se-á mediante a realização de sua vistoria pela SUFRAMA e pela SEFAZ/AM, de forma simultânea ou separadamente. A legislação específica determina que essa comprovação deve ocorrer, obrigatoriamente, mediante a constatação física da entrada das mercadorias.*

*Portanto, não basta apresentações de papeis, cópia de notas fiscais, de livros fiscais, como ocorreu, no caso em concreto, mas é de fundamental importância a constatação física, vistorias realizadas por dois órgãos diferentes. O próprio Convênio enfatiza (Cláusula quarta, § 2º) que não constituirá prova de ingresso da mercadoria a aposição de qualquer carimbo, autenticação, visto ou selo de controle pela SUFRAMA ou SEFAZ/AM, nas vias dos documentos apresentados para vistoria. Assim, a alegação defensiva não pode ser acolhida, estando a infração caracterizada e procedente a exigência no valor de R\$ 24.351,27.*

**As infrações 6 e 7 foram analisadas conjuntamente e julgadas parcialmente procedentes:**

*Nas razões, o autuado anuncia uma série de equívocos no levantamento de estoque elaborado pela fiscalização. Diz que o livro de inventário de 2005 deduziu indevidamente do estoque próprio, o estoque de clientes; que as operações de remessas em consignação, em demonstração e respectivos retornos não foram considerados e não repercutiram, por equívoco do seu sistema, no estoque, mas, afirma que tais movimentações estão apontadas no livro Registro de Controle de Produção e Estoque, com cópias dos respectivos documentos fiscais, além de planilha de reconstituição das efetivas entradas e saídas. Admite falhas nos registros dos estoques, mas pede que a exigência esteja conforme a verdade material, solicitando diligência para reconstituição das efetivas movimentações.*

*O sujeito passivo destaca os lançamentos equivocados com relação ao produto com o código 400820 - CONJ. CABOS MIG 550A 10M 10 VIAS; questiona a omissão apontada no relatório fiscal do item código 401401 – LHI 425 PIPEWELD 50-60HZ estacionária. Por outro lado, reconhece expressamente a omissão de saída referente aos produtos LPH 82 S/TOCHA -220/380/440V-50/60HZ (cód. 401281); SMASHWELD 316 TOPFLEX (cód. 400370); LPH 82 -220/380/440V-50/60HZ (cód. 401142); no exercício 2005, na infração 06, e ORIGO TIG 150 - LIFT ARC COM TOCHA (cód. 401549), exercício 2006, relativo a Infração 07.*

*O Auditor Fiscal acata parcela das alegações defensivas. Reduz a infração 07 para R\$ 15.788,58, fls. 4210/4213; mantém a infração 06, posto que dedução das operações com CFOP 1918, 2918, 5917 e 6917 agravaria a exigência. O PAF foi convertido em diligência a fim de revisar os procedimentos do levantamento dos estoques.*

*O Parecer ASTEC nº 37/2012, fls. 4337/4339, objetivando cumprir a diligência solicitada, manteve os valores inicialmente exigidos, no item 06, R\$ 44.532,22 (fls. 4277/4280). A infração 07, R\$ 15.214,91 (fls. 4298/4302), concluindo que o levantamento fiscal está de acordo com a Portaria nº 445/98.*

*A conclusão da ASTEC é contestada pelo contribuinte autuado, fls. 4350/4356, questionando, objetivamente, o item código 401401 – LHI 425 PIPEWELD 50-60HZ estacionária, apontado no relatório fiscal com omissão de 2 unidades, no exercício 2006, relativamente à infração 07. Verifico que o direito assiste ao contribuinte e a omissão inexistente, considerando que os produtos encaminhados para demonstração e seus respectivos retornos não foram identificados por seu sistema de estoque e também não foram considerados no levantamento fiscal, o que gerou a divergência. Os documentos fiscais que comprovam a movimentação das remessas e retornos na operação de demonstração foram disponibilizados pelo autuado e encontram-se anexos ao presente PAF, fls. 2387/2404 (volume X).*

*O item código 400004 – ALIMENT. ARAME MEF-44R (42V) MA, que no levantamento fiscal e no Parecer ASTEC consta omissão de 1 unidade, igualmente não procede. O autuado faz prova com a exibição das notas fiscais nº 1417 (fl. 2377) e nº 420 (fl. 2380), natureza da operação devolução de mercadoria em consignação (CFOP 6918), documentos lançados regularmente no livro Registro de Entradas (fls. 2378 e 2381) consideradas como compras no levantamento fiscal e não constantes do livro de inventário do autuado pelas razões acima expressados.*

*Os itens de códigos 704753 e 706474 apontam omissão final de uma unidade, ocorrida porque o retorno de demonstração (CFOP 6.913), através da nota fiscal 230815 (fl. 2523), registrada regularmente nos livros de entrada e controle de produção e de estoque (fls. 2522 e 2529), não foi identificado no livro de inventário e apurado de forma equivocada no levantamento fiscal.*

*O item código 400715 aponta omissão final de 4 unidades, que também não prospera, tendo em vista as remessas (saídas) em consignação (CFOP 6.917), através da nota fiscal 15.653 (fl. 3852) e 19.623 (fl. 3864) além dos respectivos retornos (CFOP 6.918), através das notas fiscais nº 19.139 (fl. 3862), nota fiscal 20.400 (CFOP 2.918) e retorno de bens em demonstração (CFOP 5.913), através das notas fiscais 16.856 (fls. 3867), todos registrados regularmente nos livros de entrada e controle de produção e de estoque, mas que não foram refletidos no livro de inventário do autuado.*

O item código 400730 aponta omissão final de 2 unidades, que também não prospera, tendo em vista a remessas para demonstração (CFOP 6.912), através da nota fiscal 22.619 (fl. 3890) e os retorno para demonstração (CFOP 5.913), através das notas fiscais nº 16.856 (fl.3884) e 305 (fl. 3893), cujos registros ocorreram apenas nos livros de entrada e controle de produção e de estoque (fls. 3882/3894), mas que não foram refletidos no livro de inventário do autuado.

Posto isso, a infração 07 resta caracterizada, conforme quadro abaixo:

<b>exercício 2006</b>	<b>E.incial</b>	<b>Entradas</b>	<b>Saídas</b>	<b>E.final</b>	<b>omissão</b>	<b>unit</b>	<b>b.calculo</b>	<b>ICMS</b>
<b>Produto 401549</b>	8	27	30	6	1	2.872,42	2.872,42	488,31
							<b>2.872,42</b>	<b>488,31</b>

Na infração 06, que cuidou do levantamento de estoque no exercício de 2005, as mesmas circunstâncias determinaram as omissões apontadas com equívocos.

O item código 401281 aponta omissão final de 8 unidades, mas que não prospera em sua integralidade, tendo em vista a seguintes movimentação do estoque: entradas – 10 unidades, transferência da matriz, situada em Contagem – MG, através da nota fiscal nº 225.655 (fl. 678) e 225.938 (fl.680). O levantamento fiscal somente considerou as saídas de 2 unidades com as notas fiscais 13.665 e 14.480, desconsiderando as saídas através das notas fiscais 10253 (fl. 684) e 10254 (fl. 686), CFOP 5.949, registradas regularmente nos livros de entrada e controle de produção e de estoque. O saldo inicial do produto constante no levantamento fiscal é de uma unidade e zero unidade no livro de Inventário, cópias acostadas aos autos, fls. 704/727. A omissão final apurada é de 5 unidades, conforme consta no demonstrativo de fl. 629 (volume IV) e que mostraremos no quadro de débito final.

O item código 401549 que aponta omissão de saída de 18 unidades não se justifica, tendo em vista que as operações de saídas com CFOP 5949 e 6949, discriminadas no demonstrativo de fl. 718 e cujas respectivas notas fiscais foram acostadas aos autos, fls. 726/782, não foram consideradas no levantamento fiscal. Por outro lado, a entrada de uma unidade do produto, nota fiscal 36.345 (fl. 769), um retorno de demonstração (CFOP 1.913), não foi também considerado no levantamento de Estoque em análise, apesar de registro nos livros de entrada e controle de produção e de estoque. Não restando qualquer diferença de estoque a ser exigida.

O item código 702825 aponta omissão de saída de 2 unidades. No demonstrativo fiscal foi apontado no estoque final 01 unidade, quando na livro inventário constam 2 unidades (fls. 719). A omissão de saída é de apenas 1 unidades e não 2 como consta na autuação ou zero como pleiteia o autuado. (1 unidade x R\$ 7.938,91 (fl. 4278) = R\$ 7.938,91 x 17% = R\$ 1.349,61)

No item código 4000042 a omissão de 12 unidades não se justifica, tendo em vista que novamente as operações de saídas com CFOP 5922, 5915, 5917, 6916, 6917, discriminadas no demonstrativo de fl. 980 e cujas respectivas notas fiscais foram acostadas aos autos, fls. 984/1.090, não foram consideradas no levantamento fiscal. Por outro lado, foram consideradas entradas com CFOP 1.922, simples faturamento (fl. 1065) que não representou saída física (18 unidades) e não poderia compor a movimentação dos estoques, além das entradas por demonstração, consignação, pelas razões antes consignadas. No estoque final consta apenas 4 unidades (fl.710): Estoque inicial – 7, Entradas – 33, estoque Final – 4, Saídas efetiva 36, saídas comprovadas 35, omissão de 1 unidade. (1 unidade x R\$ 4.759,40 (fl. 4278) = R\$ 4.759,40 x 17% = R\$ 809,09).

No item código 400057 a omissão de 3 unidades não se justifica, tendo em vista que novamente as operações de consignação e demonstração das mercadorias não foram corretamente consideradas no levantamento fiscal, conforme provam os documentos anexados aos autos, às fls. 1092/1136. No entanto o estoque final considerado pelo autuado foi de 5 unidades; no inventário constam 3 (fls. 623) e a omissão apurada de 1 unidade. (1 x R\$ 5.862,23 = R\$ 5.862,23 x 17% = R\$ 996,58)

Antes (sic) o exposto, o levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, nos exercícios de 2005 (infração 06) e 2006 (infração 07) é subsistente em parte, de acordo com o demonstrativo construído abaixo, considerando as omissões reconhecidas pelo autuado e aquelas outras remanescentes, após o confronto da farta documentação acostada aos autos pelo sujeito passivo.

<b>exercício 2005</b>	<b>E.incial</b>	<b>Entradas</b>	<b>Saídas</b>	<b>E.final</b>	<b>Omissão</b>	<b>unit</b>	<b>b.calculo</b>	<b>ICMS</b>
produto 401281	0	10	2	1	5	7.187,00	35.935,00	6.108,95
Produto 400370	1	17	14	3	1	2.202,89	2.202,89	374,49
produto 401142	4	14	10	7	4	8.504,40	34.017,60	5.782,99
produto 702825	1	2	0	2	1	7.938,91	7.938,91	1.349,61
Produto 400042	7	33	35	4	1	4.759,40	4.759,40	809,10
produto 400057	5	12	11	5	1	5.862,23	5.862,23	996,58
							<b>72.155,49</b>	<b>12.266,43</b>

O contribuinte apresenta Recurso Voluntário tão somente quanto às infrações 2 e 5.

Quanto à infração 2, alega que a autuação estabeleceu profunda confusão quanto ao fato, desconsiderando por completo a análise da verdade real. O recorrente aduz que mantém

convênio (contrato) com restaurante, cujo estabelecimento pertence a outro contribuinte (Nichetti & Nichetti Ltda., cadastrada no CNPJ sob o n. 16.351.868/0001-76 e Inscrição Estadual n. 26.948.173), para que seus empregados possam fazer as refeições no estabelecimento do restaurante, em local distinto da sede do recorrente.

Sustenta que a documentação apresentada juntamente com a defesa comprova que o consumo das refeições se dá no estabelecimento do fornecedor (Nichetti & Nichetti), ou seja, do próprio restaurante que vende, local onde os empregados realizam as refeições nos respectivos horários de almoço. Entende que as notas fiscais anexadas com a defesa demonstram o quanto alegado, bem como a correspondência datada de 17.04.07, alertando quanto ao aumento do preço do valor contratado, limitado em 800g por pessoa, e salientando que referido valor somente será praticado para o fornecimento de refeição no estabelecimento do restaurante.

Argumenta que a análise das notas fiscais ainda se mostra relevante na medida em que se pode verificar que o número de refeições fornecidas é variável, somando-se ao argumento da empresa recorrente que o fornecimento não se dá em seu estabelecimento, pois se assim o fosse, o número de refeições seria idêntico e constante, ocasionando inclusive sobras. Patente que os documentos nos revelam o contrário.

Diz que o restaurante (Nichetti & Nichetti Ltda.) quantifica a aquisição de alimentos pelo excedente a 800g, conforme planilhas anexadas com a defesa, comprovando que o número de refeições é variável e que referido controle somente poderia ser feito se a aquisição fosse na modalidade “self-service” e no estabelecimento do próprio restaurante.

Cita o art. 343, XVIII, do RICMS/97, e sustenta que este prevê hipótese de incidência do ICMS pela forma diferida quando ocorrer aquisição de refeição e o fornecimento se der no estabelecimento do adquirente, pois é lá que se daria a entrada, o que entende que não se aplica ao caso, pois, não há o ingresso da mercadoria (alimentos) em seu estabelecimento.

Suscita o princípio da tipicidade cerrada e os arts. 110 e 112, II, do CTN.

Defende que o entendimento proferido na Decisão recorrida chancela um caso de dupla incidência, pois, o restaurante fornecedor, cujo consumo se deu em seu próprio estabelecimento, pagou ICMS sobre o seu faturamento quanto ao fornecimento de alimentação, e, a empresa ora recorrente pagará novamente por algo que já foi pago.

Quanto à infração 5, ressalta que o autuante reconheceu a procedência dos fundamentos jurídicos da defesa apresentada pelo recorrente, razão pela qual postula o reconhecimento de tal fato, bem como a exclusão desta infração.

Assevera que a Decisão recorrida deve ser reformada, pois, as mercadorias efetivamente foram entregues aos destinatários (compradores), após a liberação do trâmite exigido pela legislação e pela SUFRAMA.

Aduz que foi ofendido o princípio da verdade material, mesmo tendo o recorrente apresentado os documentos comprobatórios da efetividade e legalidade da transação comercial.

Alega que, em prestígio ao princípio da primazia da realidade e da verdade material, é perfeitamente possível contrastar a autuação com a documentação apresentada, cujas cópias dos documentos contábeis, emitidos pelos destinatários, eleitos para fins comprobatórios de regularidade fiscal, demonstram que as empresas compradoras receberam as mercadorias e foram autorizadas a “regionalizá-las” sob a proteção fiscal, aproveitando o crédito tributário da transação.

Diz que as notas fiscais apresentadas no processo foram emitidas para empresas compradoras com sede em Manaus, município contemplado pela ZFM, atendidos os incisos I e II do art. 29, bem como o art. 597, ambos do RICMS, e que as cópias dos livros contábeis, também apresentadas, comprovam o registro das transações comerciais, a entrada de mercadorias e a escrituração dos créditos tributários para fins de aproveitamento.

Argumenta que a finalidade do benefício fiscal destinado à ZFM é proporcionar equiparação

econômica dos agentes produtores, razão pela qual se permite a remessa de bens sem tributação, como se tratasse de exportação para outro país, e a obtenção do crédito fiscal pelo adquirente para manutenção do preço possível do bem a ser comercializado e, assim, equiparar economicamente o consumidor final do Norte do País.

Entende que, como o mecanismo adotado pela SUFRAMA se assemelha à exportação e à importação de produtos, deveria ser mantido o mesmo raciocínio quanto às obrigações acessórias do desembaraço, cuja responsabilidade deveria ser do destinatário, adquirente dos produtos, pois, assim se dá com a importação. Aduz que a documentação deveria ser validada no ato de retirada do produto do estabelecimento da SUFRAMA, ao invés de impor ao remetente ônus por uma fiscalização impossível.

Diz que a exigência de que o remetente é que tem a obrigação de comprovar que os produtos foram desembaraçados pela SUFRAMA, independentemente da entrada no estabelecimento do destinatário, e que só a partir da conclusão desse procedimento é que estaria autorizado a creditar-se do benefício fiscal da isenção, revela-se uma interpretação equivocada do quanto previsto na norma jurídica e se traduz por obrigação legal impossível, diabólica, razão pela qual nenhuma penalidade pode ser atribuída à Recorrente.

Defende que o inc. III do art. 29 do RICMS/97 foi completamente respeitado pelo recorrente, conforme comprova a documentação apresentada, razão pela qual a infração deve ser excluída.

Assevera que a extensa redação do art. 597 do RICMS/97 foi perfeitamente atendida pelo recorrente, e em momento algum tal dispositivo exige do remetente que somente será possível auferir o benefício fiscal após documentação expedida pela SUFRAMA comprovando o desembaraço e conferindo atestado de ausência de pendências por parte do adquirente/destinatário dos produtos.

Aduz que a cobrança do imposto, sob o pálio de operação ilícita ou em franca desobediência às normas estaduais, não está abalizada pela exigência da legalidade, da tipicidade e fere os princípios da primazia da realidade e da verdade material, bem assim da proporcionalidade e razoabilidade. Argumenta que tal exigência ofende o art. 110 do CTN, pois ultrapassa em muito o conceito de compra e venda e de tradição da mercadoria.

Alega que há um equívoco que agravou a situação do recorrente, pois, foi aplicada a alíquota no percentual de 17%, quando a operação se submeteria à alíquota de 12%, conforme previsão contida no inc. II do art. 50 do RICMS/BA, por se tratar de venda destinada à outra unidade da federação.

Diante disso, subsidiariamente, requer que, acaso não seja afastada a cobrança em tela, seja reduzida a alíquota para 12%.

Em Parecer de fls. 4425/4428, a PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria Coelho Lins de Sento Sé, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Quanto à infração 2, diz que o fornecimento de refeições destinadas a consumo dos empregados de contribuinte marca o termo inicial do diferimento previsto no art. 343, XVIII, do RICMS/97, sendo que o termo final é a entrada jurídica das refeições no estabelecimento do adquirente, evento previsto na legislação para o lançamento e pagamento do ICMS postergado. Entende que o adquirente, destinatário do serviço, na condição de sujeito passivo por substituição, vinculado a etapa posterior, é o responsável pelo recolhimento do imposto, no momento em que ocorrer a operação prevista na lei, que encerra a fase do diferimento, conforme determinam os arts. 342 e 349 do RICMS/97. Defende que é irrelevante o espaço físico no qual é servido os alimentos, para fins de caracterização da responsabilidade tributária.

Quanto à infração 05, entende que resta descaracterizada a isenção prevista no art. 29 do RICMS/97. Diz que a remessa de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus goza do benefício de isenção de ICMS, condicionada à comprovação pelo contribuinte que efetivamente as mercadorias foram internadas na Zona Franca, conforme arts. 29, 597 e 598 do RICMS/97, norma recepcionada a partir do Convênio ICMS 36/97. Entende que não é suficiente o mero registro nos



livros fiscais do destinatário para tal comprovação. Ressalta que os documentos apresentados pelo Recorrente não comprovam a internação das mercadorias na Zona Franca de Manaus, pois, apenas informam a escrituração das notas fiscais nos livros do destinatário.

Cita a Cláusula Terceira do Convênio ICMS 36/97, que prevê que a constatação do ingresso da mercadoria nas áreas incentivadas será feito mediante a realização de vistoria pela SUFRAMA e pela SEFAZ/AM, de forma simultânea ou separadamente.

Assevera que a condição para a isenção em tela é a comprovação da entrada efetiva dos produtos no estabelecimento destinatário e o internamento dos mesmos pela SUFRAMA, não sendo suficiente o mero registro nos livros fiscais do destinatário.

## VOTO

*Ab initio*, analisaremos o Recurso de Ofício, o qual se refere às infrações 1, 3, 4, 6 e 7.

Quanto à infração 1, que foi excluída totalmente pela Decisão recorrida, observo que a Decisão foi motivada por dois motivos: a) os equívocos reconhecidos pelo próprio autuante (fl. 4200) confirmados no Parecer ASTEC (fl. 4337); e b) não incidência do ICMS diferencial de alíquota sobre produtos remetidos pela matriz como brindes, material promocional, devidamente escriturados no livro Registro de Entradas com o CFOP exigido para o caso (6910 – Remessa em bonificação, doação ou brinde).

Quanto ao primeiro motivo, que resultou na redução do valor da infração para R\$ 2.387,20, entendo que não há qualquer reparo a ser feito, haja vista que se trata de mera correção de erros materiais suscitados pelo Contribuinte e acatados pelo próprio autuante.

Quanto ao segundo motivo, observo que a Decisão recorrida motivou a não incidência do imposto no entendimento de que o caso presente não representa fato gerador do ICMS para efeito de pagamento da diferença de alíquotas, previsto no art. 5º, I, RICMS-BA/97. Entenderam os Ilustres Julgadores de Primeira Instância que os brindes não se referem à entrada de mercadoria ou bem destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento, pois, foram adquiridos para distribuição gratuita a consumidor ou a usuário final.

Concordo com o entendimento exarado em primeira instância e acrescento que o envio dos brindes não representa operação de circulação de mercadoria, pois, não há onerosidade, ou seja, não está configurada qualquer riqueza que justifique a tributação. São fatos desprovidos de capacidade contributiva. Não há que se falar em incidência de ICMS na entrega de brindes por parte das empresas, logo, também não há que se cogitar a incidência do imposto, a título de diferencial de alíquota, no recebimento dos brindes advindos da matriz, localizada em outro Estado.

Observe-se, ainda, que os fatos ora analisados não representam mudança de titularidade da mercadoria. Trata-se de envio de brindes da matriz para a filial da empresa, ou seja, estabelecimentos do mesmo titular. Assim, entendo que também é aplicável a Súmula 166 do STJ, apesar deste não ser o entendimento majoritário deste Egrégio CONSEF.

Por tudo quanto foi exposto, entendo que a infração 1 é improcedente.

Quanto às infrações 3 e 4, noto que a redução está de acordo com o demonstrativo apresentado pelo autuante em sede de Informação Fiscal, fls. 4205/4209, quando o próprio reconheceu algumas das alegações defensivas e reduziu o montante das duas infrações.

Destarte, homologo a Decisão recorrida quanto às infrações 3 e 4.

Quanto às infrações 6 e 7, observo que as reduções aplicadas pela 1ª JF decorreram de análise minuciosa da documentação apresentada pelo contribuinte. Nota-se que, após a emissão do Parecer ASTEC, o contribuinte impugnou especificamente alguns pontos do levantamento, os quais, com o intuito de atender ao princípio da economia processual, foram analisados pelo próprio Relator do processo em primeira instância, que, em extensa fundamentação transcrita

acima, motivou as exclusões realizadas.

Ante ao exposto, entendo que as reduções das infrações 6 e 7 estão de acordo com a prova apresentada pelo Contribuinte e atendem ao princípio da verdade material, portanto, homologo a Decisão de primeira instância também neste ponto.

*Ex positis*, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

O Recurso Voluntário se refere às infrações 02 e 05.

Quanto à infração 2, observo que o art. 343, XVIII c/c art. 347, I e art. 349 do RICMS/97 representam uma norma de substituição tributária com diferimento, veja-se:

*Art. 343. É diferido o lançamento do ICMS incidente:*

*XVIII - 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;*

*Art. 347. O ICMS será lançado pelo responsável:*

*I - uma vez ocorrido o momento previsto como termo final do diferimento, ainda que a operação que encerrar o diferimento seja isenta ou não tributada;*

*Art. 349. A responsabilidade tributária por substituição relativa ao imposto cujo lançamento seja diferido, correspondente às operações ou prestações antecedentes, é atribuída ao contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer a operação, evento, fato ou circunstância que encerre a fase do diferimento.*

Da leitura das prescrições regulamentares acima transcritas podemos inferir o seguinte: quando uma empresa contratar um serviço de fornecimento de refeições para os seus funcionários, o ICMS incidente sobre as refeições não será devido quando a empresa pagar pelas refeições, e sim no momento em que “*ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente*”, e o responsável pelo pagamento deste imposto não será o restaurante que fornece os alimentos e sim o “*contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer a operação, evento, fato ou circunstância que encerre a fase do diferimento*”.

No caso em análise observa-se, pelas notas fiscais apresentadas pelo Recorrente, que as mesmas eram emitidas após o fornecimento das refeições, ou seja, não houve um pagamento antecipado pelas refeições e o posterior fornecimento das mesmas pelo restaurante. Vejo que o Recorrente acertou com o restaurante que os funcionários da sua empresa almoçariam no próprio restaurante e, após tal fornecimento, o restaurante emitiu a respectiva nota fiscal, calculando o valor de acordo com a quantidade das refeições fornecidas, apurando-se, inclusive, as refeições extras.

Entendo, portanto, que se trata de fornecimento de refeições que deve ser oferecido à tributação pelo próprio restaurante, não sendo o caso de aplicação da regra de substituição com diferimento. Não se trata de refeições já adquiridas pela empresa e que foram servidas aos seus funcionários em momento posterior.

Observo, ainda, que o intuito da norma de substituição com diferimento é possibilitar a fiscalização nos casos em que a empresa já contratou e pagou pelas refeições e elas são servidas no estabelecimento da empresa, pois seria impossível exercer a fiscalização no próprio restaurante.

Face ao exposto, entendo que deve ser excluída a infração 2.

Quanto à infração 5, observo que o cerne da questão está no atendimento ou não da condição imposta às isenções de produtos industrializados destinados à Zona Franca de Manaus.

Observe-se que o art. 29, III, do RICMS/97 condiciona a isenção à comprovação do internamento do produto enviado.

*Art. 29. São isentas do ICMS as operações com produtos industrializados de origem nacional, nas saídas para comercialização ou industrialização na Zona Franca de Manaus, exceto armas, munições, perfumes, fumo, bebidas alcoólicas, automóveis de passageiros e açúcar de cana, observado o seguinte (Conv. ICM 65/88 e 45/89, e Conv. ICMS 25/89, 48/89, 62/89, 80/89, 01/90, 02/90 e 06/90):*

*III - a isenção é condicionada à comprovação da entrada efetiva dos produtos no estabelecimento destinatário;*

Por sua vez, o Convênio ICMS 36/97, em suas Cláusulas Segunda e Terceira, estabelece como se dá o internamento:

*Cláusula segunda O processo de internamento da mercadoria é composto de 2 (duas) fases distintas:*

*I - ingresso da mercadoria nas áreas incentivadas;*

*II - formalização do internamento.*

*Cláusula terceira A constatação do ingresso da mercadoria nas áreas incentivadas far-se-á mediante a realização de sua vistoria física pela SUFRAMA e pela SEFAZ/AM, de forma simultânea ou separadamente.*

*§ 1º As vistorias realizadas separadamente serão informadas ao outro órgão com repasse dos dados indicados na cláusula quinta.*

*§ 2º A SUFRAMA e a SEFAZ/AM manterão sistemas integrados de informação das vistorias realizadas, assim como da situação cadastral dos destinatários.*

Diante de tais normas, há de se concluir que não está comprovado o internamento da mercadoria na ZFM. Com efeito, o Recorrente não buscou comprovar o internamento dos produtos enviados, conforme determina o Convênio ICMS 36/97 e também os arts. 597 e 598 do RICMS/97. A documentação apresentada pelo Recorrente não é suficiente para atender a condição da isenção. Note-se que tal prova não é impossível, como alega o Recorrente, e poderia ter sido apresentada mesmo durante o processo administrativo fiscal, o que não foi feito.

Todavia, apesar de não estar comprovado o internamento na ZFM, a documentação apresentada pelo contribuinte comprova que houve venda interestadual de mercadoria para contribuinte do ICMS. Note-se que, em outros casos, tal documentação seria suficiente para a comprovação de venda interestadual para contribuinte do ICMS, e somente não foi acolhida no presente caso porque a norma de isenção é condicionada ao internamento da mercadoria mediante vistoria física da SUFRAMA e da SEFAZ/AM.

Note-se que o inciso IV, do art. 29, do RICMS/97, apesar de não ser totalmente aplicável ao presente caso, pode ser aplicado analogicamente, uma vez que determina que, nos casos em que o benefício da isenção é perdido em razão do produto enviado ter saído da ZFM, o Estado de origem deverá cobrar o imposto normalmente.

*IV - as mercadorias cujas operações sejam favorecidas pela isenção, quando saírem do Município de Manaus e de outras áreas em relação às quais seja estendido o benefício, perderão o direito àquela isenção, hipótese em que o imposto devido será cobrado por este Estado, com os acréscimos legais cabíveis, salvo se o produto tiver sido objeto de industrialização naquela zona (Conv. ICMS 84/94);*

No presente caso, a isenção não foi “perdida”, pois, o contribuinte nem mesmo chegou a ter direito a ela, haja vista que não cumpriu com a condição prevista na norma de isenção (isenção condicionada). Destarte, como não chegou a ter o direito à isenção, a operação deve ser tributada normalmente, e a carga tributária que deve ser aplicada nas operações interestaduais é a alíquota de 12%.

Ate o exposto, resta subsistente parcialmente a infração 5, para readequar a alíquota para 12%.

*Ex positis*, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para declarar a improcedência da infração 2, e procedência parcial da infração 5.

#### **VOTO DIVERGENTE (Quanto à infração 2 - Recurso Voluntário)**

Discordo, com a devida *venia*, do entendimento do ilustre Relator, quanto a sua Decisão de Prover o Recurso de Voluntário relativo à segunda infração.

As razões da minha discordância são as mesmas exaradas na Decisão recorrida, pois vislumbro que se trata de exigência típica da hipótese legal prevista para o diferimento do lançamento e do recolhimento do ICMS, nos termos do art. 343, XVIII, RICMS/BA, visto que o fornecimento de refeições a estabelecimentos de contribuintes, neste Estado, destinadas a consumo por parte de

seus empregados, conforme consignados nos documentos fiscais, é operação sujeita ao DIFERIMENTO do imposto, ficando o recolhimento postergado para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente, física ou jurídica, sendo este responsável por recolhimento do imposto diferido, independentemente do regime de apuração adotado pelo fornecedor.

Há de se observar que, em momento algum, ocorreu a operação jurídica entre o fornecedor das refeições e os consumidores finais, empregados da empresa autuada, mas, sim, entre o emitente das notas fiscais e o adquirente, ora recorrente, este destinatário ou usuário de serviço, que na condição de sujeito passivo por substituição, vinculado a etapa posterior, é o responsável pelo pagamento do imposto, no momento em que ocorrer a operação prevista na lei, que encerre a fase do DIFERIMENTO (art. 342 c/c art. 349, RICMS BA).

Ressalte-se, ainda, como bem salientou a Decisão recorrida, que o recorrente, na condição de destinatário das refeições e responsável legal pelo pagamento do ICMS DIFERIDO, mantinha um contrato com o restaurante pactuando a forma e as condições para o fornecimento do alimento para os seus empregados. Sendo assim, comungo com o Parecer da PGE de que é irrelevante se o espaço físico utilizado nas refeições seja o do estabelecimento contratante ou do fornecedor das refeições.

Diante de tais considerações, opto em manter a linha do voto do Relator da Decisão recorrida, razão para votar pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, quanto à segunda infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **278996.0015/09-1**, lavrado contra **ESAB INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$29.943,86**, acrescido das multas de 60% sobre R\$17.189,12 e 70% sobre R\$12.754,74, previstas no art. 42, incisos II, alínea “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$8.950,43**, previstas nos incisos IX e XI, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário – Infração 2) - Conselheiros(as): Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo; Oswaldo Ignácio Amador; Leonardo Baruch Miranda Souza e Osmira Freire Carvalho R. Silva.

VOTO DIVERGENTE (Recurso Voluntário – Infração 2) - Conselheiros: Fernando Antonio Brito de Araújo e Álvaro Barreto Vieira.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de Setembro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/VOTO DIVERGENTE  
(Recurso Voluntário – Infração 2)

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO – RELATOR

ANGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA – REPR DA PGE/PROFIS