

A. I. Nº - 002993.2552/12-7
AUTUADO - GR S.A.
AUTUANTE - RUBEM LEAL IVO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET 27.02.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0027-04/13

EMENTA: ICMS. 1. REGIME DE APURAÇÃO EM FUNÇÃO DA RECEITA BRUTA. COMERCIALIZAÇÃO DE REFEIÇÕES. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Documentos juntados com a defesa comprovam que ocorreram erros na apuração do montante exigido, em função de equívocos na escrita fiscal, o que diminuiu o valor a ser exigido. Infração subsistente em parte. **2.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Não é devida a antecipação parcial do ICMS, nas aquisições interestaduais, tendo em vista que as mercadorias adquiridas serão empregadas no preparo de refeições coletivas, ou seja, não destinadas a consumidor final individualizado. Negado o pedido de diligência. Preliminar de decadência não acolhida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/06/2012, exige ICMS no valor de R\$181.672,41 através das seguintes infrações:

1. Recolheu a menor ICMS referente à comercialização de refeições, apurado de acordo com o Regime de Apuração em Função da Receita Bruta. Valor Histórico: R\$139.046,39 – Multa de 60%;
2. Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização. Valor Histórico: R\$42.626,02– Multa de 60%;

O autuado apresenta peça defensiva fls. 174/176, inicialmente, descreve as imputações impostas, o enquadramento de cada uma, consequentemente, os meses correspondentes, e o correspondente montante do débito do Auto de Infração.

Em preliminar, requer seja aplicado o princípio da decadência, nos termos do disposto nos arts. 150, §4º e 173, I, ambos do Código Tributário Nacional.

No mérito, na infração 1, pede vênia em relação ao erro material involuntário, quando da impressão das folhas do livro fiscal de saída, pois houve o deslocamento da última linha da folha anterior para a folha posterior, o que acabou induzindo a erro o Fiscal, quando da verificação da somatória, fazendo crer que teria a empresa autuada deixado de calcular o imposto devido sobre a totalidade da base de cálculo, o que de fato não ocorreu. Não obstante, tal erro não alterou o cálculo do valor total, não acarretando, pois, em prejuízo ao Fisco.

Colaciona as fls. 384, 385, 386 e 387 do livro Registro de Saídas, relativo às operações realizadas no período de 1 a 31 de Agosto de 2007, tendo como destinatário dos serviços, a empresa Oxitenó. Nesses documentos nota-se que os subtotais indicados ao final das folhas nºs 384, 385 e 386 estão

incorretos, em função do deslocamento já citado, porém sem afetar o total das operações do período, indicado na página 387.

No que tange à infração 2, sustenta que efetuou corretamente o recolhimento do imposto antecipado devido, nos exatos termos da determinação contida no referido artigo 352-A do RICMS/BA. Isto porque, embora a atividade do contribuinte esteja sujeita à incidência do ICMS, por força do disposto no inciso I do artigo 2º da Lei Complementar nº 87/96, é inegável que os insumos por ela adquiridos e utilizados no preparo das refeições, durante o processo de cocção, sofrem a transformação em novo produto (refeição), tornando-se impossível dissociá-los (os insumos) física e economicamente desse novo produto (refeição). Assim é que, pela natureza de suas atividades, os insumos, em quase sua totalidade, não são adquiridos para fins de comercialização, não se verificando, pois, nesta hipótese, a ocorrência do antecedente contido na norma tributária em questão, qual seja: *“a aquisição de produtos destinados à comercialização”*.

Também exemplifica, que a apuração das entradas de mercadorias destinadas à comercialização e abrangidas sob o CFOP 2102, oriundas de outras unidades da Federação, referente ao período de 01 a 31 de Agosto de 2007, cujo total, foi considerado para cálculo das antecipações recolhidas (Fl. nº 425 do livro Registro de Entradas e Fl. nº 31 do livro Registro de Apuração do ICMS, ambos do período de Agosto de 2007).

Requer diligência para que sejam apuradas as alegações aduzidas e, por fim, a improcedência do Auto de Infração, com as provas de suas alegações por todos os meios admitidos.

O autuante presta informação fiscal, fls. 205/206, de início, informa que consultou o CTN (arts. 50, §4º e 173, I) e quanto à preliminar de decadência, o regulamento garante à Fazenda Pública o direito de constituir o crédito tributário até cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Afirma que a legislação está muito clara, e que não há margem para interpretação duvidosa – até 31/12/2012 a Fazenda Estadual pode constituir o crédito tributário de ICMS com fato gerador até 31/12/2007, não se aplicando o princípio da decadência, conforme pedido.

Verificou que ocorreu uma seqüência de erros, nos subtotais das folhas do livro de Saídas de Mercadorias, cujos valores foram, indevidamente, somados pelo Auditor autuante para perfazer as bases de cálculo mensais, utilizadas no Auto de Infração, para incidência do ICMS cobrado. Achados os valores exatos das bases de cálculo mensais, que estão em consonância com os valores registrados no livro de Registro de Saídas, chegou aos valores constantes das planilhas às fls. 201 (R\$ 8.599,20 em 2007), 202 (R\$ 121,67 em 2008) e 203 (R\$ 2.102,81 em 2009), perfazendo para a Infração 1 o total de R\$10.823,58 de Recolhimento a Menor do ICMS - Receita Bruta.

No questionamento da cobrança do ICMS-Antecipação Parcial (art. 61, inciso IX; art. 125, inciso II e art. 352-A do RICMS), o defendente sustenta ter feito o recolhimento do imposto antecipado devido, além de que os insumos, em quase sua totalidade, não são adquiridos para fins de comercialização e sim utilizados no preparo das refeições. Discorre que existem várias interpretações do Regulamento do ICMS feita pela DITRI/GECOT, o ICMS-Antecipação Tributária, incide sobre as aquisições interestaduais feitas por “Restaurantes e Similares”, cujo produto da comercialização destina-se a consumidor final. Contudo, em se tratando de fornecedor de refeições preponderantemente preparadas para empresas, às aquisições interestaduais não são objeto da Antecipação Tributária Parcial, conforme parecer da DITRI/GECOT (Parecer nº 08692/2010 – 21/05/2010):

“ICMS – Não será devido o recolhimento da antecipação parcial nas aquisições interestaduais efetuadas pela Consulente, tendo em vista que as mercadorias assim adquiridas serão empregadas no preparo de refeições coletivas, ou seja, não destinadas a consumidor final individualizado.”

Conclui que não é devido o ICMS Antecipação Tributária Parcial do autuado, por tratar-se de uma fornecedora de refeições, com CNAE 5620101 – Fornecimento de alimentos preparados preponderantemente para empresas, conforme fl. 09 do presente PAF, apesar de recolhimentos

superiores a R\$500.000,00 efetuados nos anos de 2007 a 2009, não se sustenta a infração 2 – recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial.

Por outro lado, sustenta que é devido o recolhimento de ICMS-Diferencial de Alíquotas sobre as entradas interestaduais de bens destinados a uso e consumo. Mesmo não sendo objeto do presente Auto de Infração, o que fica demonstrado na planilha à fl. 204, que os recolhimentos do tributo nessa rubrica foram compatíveis com as aquisições interestaduais (Estados do Sudeste e Nordeste), de bens destinados a uso e consumo do contribuinte.

O autuado devidamente cientificado da informação fiscal não se manifestou.

VOTO

Nego o pedido de diligência ou de perícia formulado na impugnação administrativa, pois entendo não ser necessário, face aos elementos constantes nos autos serem suficientes para a formação do meu juízo de valor acerca das infrações elencadas neste lançamento, a teor do art. 147, I, do RPAF/99.

Quanto a preliminar de decadência com relação aos fatos geradores referentes ao exercício de 2007, não a acolho haja vista que a Fazenda Pública Estadual tem o direito de constituir o crédito tributário até cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do art. 173, I do CTN. Portanto, até 31/12/2012 a Fazenda Estadual pode iniciar a constituição do crédito tributário de ICMS com fato gerador até 31/12/2007, não se aplicando o princípio da decadência, conforme pedido na inicial.

No mérito, a infração 1 exige ICMS recolhido a menor referente à comercialização de refeições, apurado de acordo com o Regime de Apuração em Função da Receita Bruta, relativo aos períodos de janeiro a dezembro de 2007, 2008 e 2009.

No decorrer da instrução processual, no momento da informação fiscal, auditor fiscal estranho ao feito, tendo em vista a aposentadoria do autuante, ratificou o reclamo da empresa autuada, com relação a erros na apuração do montante exigido, em função de equívocos na elaboração de sua escrita fiscal. Assim conclui que o real montante de ICMS a ser exigido perfaz o valor de R\$ 10.823,58, conforme discriminado na planilha de fls. 201/203 do PAF.

Concordo com as correções efetuadas no lançamento, e consoante as planilhas de fls. 201, 202, e 203, o demonstrativo de débito assume a seguinte configuração:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de cálculo	Alíquota	ICMS
30/06/2007	09/07/2007	207.481,50	4,0	8.299,26
30/09/2007	09/10/2007	5.164,75	4,0	206,59
30/11/2007	09/12/2007	2.333,75	4,0	93,35
31/08/2008	09/09/2008	1.718,25	4,0	68,73
30/09/2008	09/10/2008	1.323,50	4,0	52,94
31/05/2009	09/06/2009	16.974,00	4,0	678,96
30/07/2009	09/08/2009	12.699,00	4,0	507,96
31/10/2009	09/11/2009	1.499,75	4,0	59,99
30/11/2009	09/12/2009	21.397,50	4,0	855,90
Total				10.823,68

Dessa forma julgo procedente em parte esta infração.

Na infração 2 está sendo exigido ICMS antecipação parcial recolhido a menor referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização, prevista no art. 352- A do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Tendo em vista que o ICMS antecipação tributária incide sobre as aquisições interestaduais efetuadas por “restaurantes e similares”, cujo produto da comercialização destina-se a consumidor final, a Diretoria de Tributação desta SEFAZ, manifestou-se no sentido de que, a contrario sensu, não é devido o recolhimento da antecipação parcial nas aquisições interestaduais

efetuadas quando as mercadorias adquiridas forem empregadas no preparo de refeições coletivas, ou seja, não são destinadas a um consumidor final individualizado. Esta previsão enquadra-se na situação concreta ora examinada, posto que o sujeito passivo fornece refeições coletivas.

Portanto não é devido o ICMS Antecipação Tributária Parcial do autuado, por tratar-se de uma fornecedora de refeições, com CNAE 5620101 – Fornecimento de alimentos preparados preponderantemente para empresas, conforme fl. 09 do presente PAF, posição amparada no Parecer DITRI nº 8692/2010 *“ICMS – Não será devido o recolhimento da antecipação parcial nas aquisições interestaduais efetuadas pela Consulente, tendo em vista que as mercadorias assim adquiridas serão empregadas no preparo de refeições coletivas, ou seja, não destinadas a consumidor final individualizado.”*

Infração improcedente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **002993.2552/12-7**, lavrado contra **GR S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.823,68**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de fevereiro de 2013.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JORGE INÁCIO AQUINO - JULGADOR