

PROCESSO - A. I. Nº 217359.0001/11-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e XILOLITE S/A.
RECORRIDOS - XILOLITE S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0237-01/11
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET - 28/03/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0069-11/14

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÕES SUCESSIVAS DE SERVIÇO DE TRANSPORTE. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O tomador do serviço de transporte, quando inscrito como contribuinte normal, nos casos de prestações sucessivas, é o responsável pelo lançamento e recolhimento na condição de sujeito passivo por substituição, devendo efetuar a retenção do imposto. 2. DIFERIMENTO. RECEBIMENTO DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. O Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de diligência ou perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão de a Decisão proferida através do Acórdão JF nº 0237-01/11 ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte que, inconformado com a referida Decisão, apresenta a peça recursal respaldado no art. 169, I, “b” do citado Regulamento.

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 21/03/2011 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$ 1.686.107,05, sob a acusação do cometimento de duas (02) irregularidades, das quais a de nº 02 foi objeto do Recurso de Ofício, julgada Parcialmente Procedente, enquanto do Voluntário as de nºs 01 e 02, aquela tida como procedente, abaixo pormenorizadas.

INFRAÇÃO 1. Falta de retenção e consequente recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal, nos meses de janeiro a dezembro de 2006, janeiro a dezembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008, janeiro a dezembro de 2009 e janeiro a dezembro de 2010. Consta que o contribuinte, além de não efetuar a retenção e o recolhimento do imposto sobre as operações de prestação de serviço de transporte interestadual, utilizou o crédito relativo a essas operações. R\$ 1.042.470,58 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 2. Deixou de recolher o imposto diferido nas entradas de refeições destinadas ao consumo dos seus funcionários, nos meses de janeiro a dezembro de 2006, janeiro a dezembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008, janeiro a dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010. Está dito que o recorrente, na condição de adquirente de refeições destinadas ao consumo dos seus funcionários, deixou de efetuar a substituição tributária por diferimento, conforme determina o inciso XVII do art. 343 c/c os arts. 342 e 349 do RICMS/1997. R\$ 643.636,47 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/1996.

A 1ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal) apreciou a lide na Pauta de 17/08/2011 (fls. 6.424 a 6.440), decidindo pela procedência parcial por unanimidade, nos termos abaixo transcritos.

“Inicialmente, no que concerne a arguição de nulidade do lançamento referente à infração 02, por ter o autuante efetuado o levantamento considerando como valor devido de ICMS os valores totais das notas fiscais, constato que, apesar de assistir razão ao impugnante quanto ao mencionado equívoco, o autuante ao prestar a informação fiscal acatou o argumento defensivo e retificou os valores referentes a esta infração, portanto, saneando o vício existente.

Relevante consignar que, após a informação fiscal, o autuado tomou ciência da retificação realizada pelo autuante, inclusive reconhecendo a procedência de parte do valor exigido referente ao período compreendido entre os exercícios de 2008 e 2010 e impugnando as demais parcelas.

Desta forma, não acolho a nulidade arguida, haja vista que incorreu qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, capaz de inquinar de nulidade o lançamento.

No respeitante ao pedido de realização de perícia, também não acolho a pretensão defensiva, com fulcro no art. 147, inciso II, alínea “b” do mesmo Diploma regulamentar processual acima referido, haja vista que as questões apresentadas pelo impugnante não exigem conhecimento especializado específico de perito, sendo as matérias tratadas no Auto de Infração em exame de pleno conhecimento dos julgadores.

No respeitante à solicitação de realização de diligência, não acolho o pedido, com fundamento no art. 147, inciso II, alínea “a” do mesmo RPAF/99, tendo em vista que o impugnante não trouxe aos autos elementos que pudessem suscitar dúvidas capazes de exigir a realização da diligência requerida.

No mérito, com relação à infração 01-Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal-, constato que o próprio autuado reconhece não ter observado a sua responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto, contudo, alega em seu favor que em “parceria” com seu prestador de serviço de transporte, este efetuou o recolhimento do ICMS devido, inexistindo qualquer imposto a recolher.

Verifico, também, que o autuante rechaça o argumento defensivo, afirmando que o autuado utilizou uma forma própria de recolhimento do ICMS nas prestações de serviço de transporte, contrariando frontalmente o art. 380, inc. II do RICMS/BA.

Nos termos do referido art. 380, inciso II, do RICMS/BA, o tomador do serviço de transporte, quando inscrito como contribuinte normal, nos caso de prestações sucessivas de serviços de transporte, é responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo efetuar a retenção do imposto relativo às prestações de serviços de transporte, sendo esta a situação do autuado.

Da análise dos elementos acostados aos autos, especialmente daqueles trazidos pelo impugnante, observo que, apesar de o autuado alegar que o prestador de serviço de transporte Contrasil Comércio e Transportes Ltda. recolheu o ICMS devido e exigido neste item do Auto de Infração, inexistente qualquer comprovação nesse sentido. Verifico que a relação apresentada pelo autuante na informação, contendo inúmeros clientes da Contrasil Comércio e Transportes Ltda., efetivamente, afasta a alegação defensiva de que o imposto exigido neste item da autuação foi recolhido pela referida empresa.

Isto porque os documentos acostados aos autos - inclusive pelo próprio autuado-, infirma a alegação defensiva de que houve o recolhimento pela Contrasil Comércio e Transportes Ltda. "ato contínuo," ocorrendo o "pagamento e pronto recolhimento". Ou seja, inexistente recolhimento específico e imediato, para cada prestação de serviço de transporte conforme alegado pelo impugnante, sendo possível se verificar nos lançamentos efetuados nos livros Registro de Apuração do ICMS às fls. 5.567 a 6.147, bem como nos documentos de arrecadação – DAEs, às fls. 6.148 a 6.221, que não existe um documento de arrecadação para cada conhecimento de transporte emitido.

Certamente, no presente caso, não há como se acatar o argumento defensivo, pois, necessária e indispensavelmente teria que existir uma perfeita identificação entre os Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas – CTRCs e documentos de arrecadação – DAEs, no intuito de estabelecer uma total correspondência entre os referidos documentos e, conseqüentemente, considerar extinto o crédito tributário pelo pagamento.

Relevante observar que, mesmo o autuado tendo oportunidade de realizar uma possível identificação dos recolhimentos, conforme aduzido acima, tanto na defesa vestibular como na manifestação sobre a informação fiscal, nada trouxe no intuito de comprovar sua alegação, salvo uma farta documentação que não permite comprovar o efetivo recolhimento.

Indubitavelmente, os alegados recolhimentos não foram comprovados, afastando, dessa forma, a ocorrência do “bis in idem”. Não há nos autos qualquer comprovação de que o imposto devido esteja sendo exigido em duplicidade, conforme alegado pelo impugnante.

No que concerne à alegação defensiva de existência de diversos julgados do CONSEF sobre a mesma matéria de que cuida o presente Auto de Infração favorável a sua tese, verifico que no Acórdão nº 0107-11/03, somente foram reconhecidos pelos julgadores os documentos de arrecadação que guardavam correspondência com as respectivas notas fiscais, o que não ocorreu no presente caso, conforme aduzido acima.

Vale observar que

Diante do exposto, considero integralmente subsistente a infração 01.

No respeitante à infração 02, observo que em conformidade com o inciso XVIII do art. 343 do RICMS/97, é diferido o lançamento do ICMS nos fornecimentos de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes, destinadas ao consumo por parte dos empregados, para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente.

O art. 349 do RICMS/BA, ao tratar sobre a responsabilidade tributária do adquirente assim determina:

“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.”

Noto que o autuado alega que os seus fornecedores de refeições são optantes pelo Simples Nacional, razão pela descabe a aplicação da alíquota de 17%, devendo ser aplicadas as alíquotas de ICMS previstas no Anexo I da Lei Complementar nº 123/2006. Alega, também, que no período fiscalizado compreendido entre janeiro de 2006 a junho de 2007, as empresas fornecedoras de refeições recolhiam o ICMS através de DAEs, com o código de receita 0830 – receita bruta acumulada, efetuando um recolhimento de 4% sobre o faturamento, consoante regra estatuída no art. 504 do RICMS/97.

Vejo que o autuante contesta o argumento defensivo sustentando que o fornecimento de refeições está enquadrado no regime de substituição tributária por diferimento, razão pela qual a condição das empresas fornecedoras de refeições de optantes do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS para as operações sujeitas ao regime da Substituição Tributária. Diz, também, que inexistem DAEs referentes ao recolhimento do diferimento na aquisição de refeições, sendo os DAEs juntados à defesa para comprovação da tese sustentada pelo impugnante referentes ao Simples Nacional, portanto, restando comprovado que o autuado deixou de recolher o ICMS diferido nas aquisições de refeições, conforme DAE anual às fls. 6.354 a 6.361.

No que concerne à alegação defensiva de que no período fiscalizado compreendido entre janeiro de 2006 a junho de 2007, as empresas fornecedoras de refeições recolhiam o ICMS através de DAEs, com o código de receita 0830 – receita bruta acumulada, efetuando um recolhimento de 4% sobre o faturamento, verifico que este é o procedimento correto, pois previsto no inciso XII do art. 504 do RICMS/BA, abaixo reproduzido:

“Art. 504. Os restaurantes, churrascarias, pizzarias, lanchonetes, bares, padarias, pastelarias, confeitarias, doçarias, bombonérias, sorveterias, casas de chá, lojas de “delicatessen”, serviços de “buffet”, hotéis, motéis, pousadas, fornecedores de refeições e outros serviços de alimentação poderão optar pelo pagamento do ICMS mediante o regime de apuração em função da receita bruta, observando-se, além das normas relativas aos demais contribuintes, as seguintes:

(...)

XII - os fornecedores de refeições que optarem pelo presente regime, sempre que fornecerem refeições a outros contribuintes, destinadas a consumo por parte de seus empregados, farão constar nas Notas Fiscais e na coluna “Observações” do Registro de Saídas a indicação “Pagamento do ICMS pelo regime de apuração em função da receita bruta”, para os efeitos do inciso XVIII do art. 343;”.

Desta forma, tratando-se de contribuinte optante pelo regime de apuração do ICMS em função da receita bruta, o ICMS diferido referente ao fornecimento de refeições a outros contribuintes deve ser indicado na nota fiscal de saída com observância do mencionado regime de apuração. Ou seja, deve ser feito com aplicação da alíquota de 4% e não de 17%.

Nessa linha de entendimento, o ICMS diferido referente ao fornecimento de refeições exigido de contribuinte optante pelo regime de apuração em função da receita bruta, mediante lançamento de ofício, deve ser feito com aplicação da alíquota de 4% prevista no referido regime.

Ocorre que, no presente caso, apesar da alegação defensiva, constato que as notas fiscais arroladas na autuação emitidas pela empresa fornecedora de refeições Comercial de Alimentos Saboreart Ltda., acostadas às fls. 5.200 a 5.238, contêm o destaque normal do imposto, tendo sido aplicada a alíquota de 17% sobre o valor da operação, significando dizer que não procede o argumento defensivo, sendo correto o levantamento realizado pelo autuante com a aplicação da alíquota de 17%.

Quanto à alegação defensiva de que os seus fornecedores de refeições são optantes pelo Simples Nacional, razão pela descabe a aplicação da alíquota de 17%, devendo ser aplicadas as alíquotas de ICMS previstas no Anexo I da Lei Complementar nº. 123/2006 constato que o autuante agiu acertadamente ao aplicar a alíquota

de 17%, haja vista que, efetivamente, o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, não exclui a incidência do ICMS devido nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme previsto no art. 386, inciso I, c/c o art. 343, inciso XVIII, e art. 349, todos do RICMS/BA.

Desta forma, não é procedente o argumento defensivo de que o ICMS devido nas operações de aquisição de refeição para seus empregados está incluído nas parcelas apuradas na forma do Regime de Apuração do Simples Nacional, ao qual estão submetidos seus fornecedores de refeições.

Entretanto, constato que assiste razão ao impugnante no que diz respeito à alegação de que no levantamento levado a efeito pelo autuante, este consignou como valor devido de ICMS os valores totais das notas fiscais, bem como de que deve ser aplicada a redução da base de cálculo de 30% nas operações de fornecimento de refeições, em atendimento ao disposto no artigo 87 do RICMS e deve ser excluído da base de cálculo o valor de R\$ 24.104,45, referente a compra de pães e afins, por estarem submetidos ao regime de Substituição Tributária.

Noto que o autuante agindo corretamente acatou as alegações defensivas acima referidas, e refez os cálculos, o que implicou na redução do valor do ICMS originalmente apontado nesta infração de R\$ 643.636,47 para R\$ 73.724,31.

Observe que o impugnante reconheceu parte do débito exigido referente ao período compreendido entre 2008 e 2010, conforme comprovante de recolhimento acostado aos autos, sob o argumento de que a empresa fornecedora de refeições não recolheu o imposto.

Desta forma, considero parcialmente subsistente esta infração no valor de R\$ 73.724,31, conforme demonstrativo elaborado pelo autuante às fls. 6.255 a 6.257.

Quanto à dispensa ou redução da multa, conforme requerido pelo autuado, é certo que se tratando de multa por descumprimento de obrigação principal, a sua dispensa ou redução ao apelo da equidade, é de competência da Câmara Superior deste CONSEF, cabendo ao autuado em momento oportuno, apresentar requerimento nesse sentido.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido”.

Em virtude de a desoneração da sociedade empresária ter ultrapassado o limite disposto no art. 169, I, “a” do RPAF/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), a 1ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão JF nº 0237-01/11.

O contribuinte, com arrimo no art. 169, I, “b” do RPAF/1999, ingressa com Recurso Voluntário às fls. 6.456 a 6.484, no qual inicia aduzindo a tempestividade da peça, sintetizando os fatos e informando o recolhimento parcial de valor concernente à infração 01.

Em seguida, informa que elaborou planilha através da qual demonstra o recolhimento dos montantes ora exigidos, nas duas imputações, com a discriminação dos conhecimentos de transporte rodoviário de cargas e dos fornecedores de refeições (Comercial de Alimentos Saboreart Ltda. e Refeições Industriais Cuca Ltda.).

Por isso, salienta que o Estado não pode exigir ICMS já pago, inclusive por substituição tributária (recolhido pelos substituídos; fls. 6.472/6.473), sob pena de violação aos mais elementares princípios de direito.

Salienta que a partir de julho de 2007, por conta da opção pelo Simples Nacional, os fornecedores de refeições passaram a recolher o tributo de acordo com este Regime, pelo que entende que, ao invés da alíquota de 17%, deveriam ser usados os percentuais do Anexo I da Lei Complementar 123/2006.

Requer diligência, dispensa do pagamento da multa e encerra pleiteando o Provimento Recursal.

Esta CJF, acatando o Parecer PGE/PROFIS de fl. 6.887, converteu o feito em diligência ao autuante no dia 25/01/2012, para que o mesmo se manifestasse acerca dos elementos de prova trazidos pelo sujeito passivo no Recurso (fl. 6.890).

Às fls. 6.894 a 6.930, o auditor fiscal assevera que não se pode afirmar que o imposto por substituição tributária foi pago pelas transportadoras, pois não há vinculação entre os documentos de arrecadação estadual e os conhecimentos de transporte (CTRC). A seu ver, ainda que o tributo tivesse sido pago pelo substituído, que não é o caso, a exigência não seria

maculada, em face da possibilidade de pedido de restituição.

Com relação à infração 2, assinala que não há comprovantes de recolhimento do imposto diferido, e que o fato de os fornecedores de alimentos serem optantes do Regime Simplificado não afasta a tributação em enfoque (relatórios de arrecadação anual de fls. 6.354 a 6.361).

Reconhece erro na constituição inicial da base de cálculo, situação já corrigida apreciada no julgamento de origem.

O recorrente volta a se manifestar às fls. 6.936 a 6.959, afirmando, relativamente à primeira infração, que não houve pagamentos através de documentos de arrecadação por CTRC, mas mensais, “*dentro dos prazos*” estabelecidos em lei. Além disso, não há um DAE (documento de arrecadação estadual) para cada CTRC, mas um ou mais deles correspondentes a todos os conhecimentos de transporte do período.

No que se refere à segunda acusação, repete as argumentações referentes ao Simples Nacional e alega que há comprovação nos autos de que os fornecedores recolheram o gravame aos cofres do Estado.

O autuante colaciona informação às fls. 6.962 a 6.989, pontuando que o recorrente em nenhum momento abordou a questão que realmente interessa na infração 01: a falta de lançamento na escrita dos conhecimentos de transporte rodoviário de cargas designados às fls. 6.963/6.964.

A fim de que não parem dúvidas, elabora demonstrativo às fls. 6.966 a 6.968, utilizando a mesma amostra do recorrente, e conclui que não há comprovação do pagamento do ICMS ora reclamado.

Chama atenção para o fato de que o sujeito passivo, em momento algum nas suas diversas intervenções processuais, fez referência ao pedido de restituição de indébito apresentado por uma das suas prestadoras de serviços de transporte, a Comtrasil Comércio e Transporte Ltda. (processo 10875920112), cuja respectiva Decisão – pelo deferimento - transcreveu à fl. 6.975.

Quanto à infração 02, mencionando a Saboreart Ltda., diz que as fornecedoras de alimentos recolhiam de acordo com o regime normal até junho de 2007 (código 0830 – receita bruta), não tendo o recorrente apresentado a escrita (livro Registro de Saídas), por exemplo, respeitante ao período de janeiro a dezembro de 2006, ignorando injustificadamente a situação. Às fls. 6.977 a 6.979 junta planilha comparativa entre o tributo pago pelos fornecedores de refeições e o devido.

Pontua novamente que em relação a 2006 o recorrente omitiu o Registro de Saídas da Saboreart Ltda. Para fazer a sua própria análise, escolheu o mês de fevereiro de 2007 (fl. 6.462). Considera isso no mínimo estranho, pois a sociedade empresária, “*tão pródiga em acostar documentos ao processo (quase 7.000 folhas)*”, não trouxe o livro Registro de Saídas coincidentemente correspondente ao período que tomou como base para as suas argumentações.

A PGE / PROFIS, no Parecer de fls. 7.008/7.009, opina pelo Não Provimento do apelo voluntário, pois tem como fato incontroverso que o autuado deveria ter recolhido o ICMS-ST, incidente nas operações sucessivas de transporte.

VOTO

No que diz respeito à validade do procedimento administrativo e da Decisão recorrida, que analisou todas as questões ventiladas na peça de defesa, o autuante e os julgadores de primeira instância expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram os ilícitos, indicando os documentos e demonstrativos com seus dados e cálculos, assim como apontando o embasamento jurídico, que se mostra correto e compreensível.

Não foi identificada violação ao princípio da busca da verdade material, do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal (art. 2º, Decreto 7.629/1999), tendo sido, por conseguinte, observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório.

Rejeitada a preliminar de nulidade, direta ou indiretamente suscitada.

Já tendo sido realizada diligência, da qual resultaram informações e manifestações esclarecedoras, do Fisco e do contribuinte, tomo como supedâneo o art. 147, I, “a” do Decreto 7.629/1999 para indeferir o requerimento de conversão do feito em perícia, pois estão presentes nos autos os elementos aptos a formar a convicção dos membros deste órgão.

Com relação às multas, previstas no art. 42, II, “e” e “f” da Lei do ICMS/BA, não há previsão legal para redução ou cancelamento, porquanto derivadas de descumprimento de obrigações principais.

No mérito do Recurso de Ofício (infração 02), vejo que no demonstrativo inicialmente elaborado para a acusação o auditor fiscal registrou os valores totais das notas, olvidando a redução da base de cálculo de 30% nas operações de fornecimento de refeições, consoante determina o art. 87 do RICMS/1997.

Tal equívoco foi corretamente expurgado pela autoridade fiscal em sede de primeira instância, juntamente com o cômputo indevido das aquisições de pães e afins, mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária.

No que concerne ao Recurso Voluntário à infração 1, o art. 380, II, RICMS/1997 estatui que o tomador do serviço de transporte, quando inscrito como contribuinte normal, nos casos de prestações sucessivas, é o responsável pelo lançamento e recolhimento na condição de sujeito passivo por substituição, devendo efetuar a retenção do imposto.

Não me debruçarei sobre a questão do pedido de restituição, por absoluta falta de necessidade, posto que existem fatos mais relevantes para a apreciação do mérito, dos quais resultarão conclusão idêntica à que se chegaria com a análise do suposto indébito (Processo 10875920112; fl. 6.975).

Por ser essencial, cabe destacar que a prestadora citada pelo recorrente para sustentar as suas argumentações não efetuou os pagamentos de modo a se poder concluir, inequivocadamente, que o tributo ora reclamado não é devido.

A citada transportadora possui diversos clientes e não há recolhimento específico ou imediato para cada prestação de serviço de transporte (fls. 5.567 a 6.147 e 6.148 a 6.221). Por conseguinte, é impossível acolher a argumentação recursal, vez que para tanto seria necessária a equivalência entre os conhecimentos de transporte e os documentos de arrecadação.

Peço vênica para transcrever a relevante observação do relator “*a quo*”.

“Relevante observar que, mesmo o autuado tendo oportunidade de realizar uma possível identificação dos recolhimentos, conforme aduzido acima, tanto na defesa vestibular como na manifestação sobre a informação fiscal, nada trouxe no intuito de comprovar sua alegação, salvo uma farta documentação que não permite comprovar o efetivo recolhimento”.

Quanto à infração 02, o inciso XVIII do art. 343 do RICMS/1997 dispõe sobre o diferimento do lançamento nos fornecimentos de refeições para quaisquer estabelecimentos de contribuintes, destinadas ao consumo dos empregados, para o momento em que ocorrer a entrada no adquirente.

Veja-se o comando do art. 349 do mesmo Regulamento.

“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”.

Com respeito ao período anterior a julho de 2007, no qual os fornecedores recolhiam com base na receita bruta (código 0830), as notas fiscais de fls. 5.200 a 5.238, contém o destaque normal do imposto sobre os valores das operações (17%), imposto este, como dito, de responsabilidade do recorrente.

Quanto ao Simples Nacional, tenho que o autuante agiu de forma legítima e legal ao aplicar a alíquota de 17%, uma vez que o mesmo não exclui a incidência do ICMS devido nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária.

Nos termos do artigo 13 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, o Simples Nacional implica no recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições: IRPJ, IPI, CSLL, Cofins, PIS, INSS patronal, ICMS e ISS.

Cabe transcrever o §1º, XIII do precitado artigo.

“§1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas: (...); XIII – ICMS devido: a) nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária; (...)”.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário, devendo ser homologado o valor já pago.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 217359.0001/11-9, lavrado contra **XIOLITE S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.116.194,80**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “e” e “f”, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS