

A. I. Nº - 217359.0004/13-4
AUTUADO - CALÇADOS RAMARIM NORDESTE LTDA.
AUTUANTE - ITAMAR GONDIM SOUZA
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET - 24.09.2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0186-04/14

EMENTA: ICMS. DIFERIMENTO. TERMO FINAL. RECEBIMENTO DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O ICMS incidente sobre o fornecimento de refeições destinadas a consumo por parte de funcionários fica diferido para o momento em que ocorrer a entrada dessas refeições no estabelecimento do adquirente, a quem cabe a responsabilidade pelo recolhimento do imposto diferido, independentemente do regime de apuração adotado pelo fornecedor. Infração caracterizada. Indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2014, exige ICMS no valor de R\$ 61.295,77, acrescido de multa de 60%, em decorrência da falta de retenção do ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários.

O autuado apresentou defesa (fls. 43 a 54) e, após faz um breve histórico da sociedade, explica que em razão da grande quantidade de funcionários do seu setor produtivo, se viu obrigado a contratar uma empresa do ramo alimentício para fazer e servir as refeições de seus funcionários diariamente, situação em que o pagamento do imposto ficava diferido nos termos do art. 286, VII, do RICMS-BA/12. Diz que para o fornecimento dessas refeições foi contratada a GUTEN APPETIT ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA., a qual veio a constituir filial no endereço do impugnante.

De plano ressalta que os débitos referentes às Notas Fiscais nºs 438, 453, 459, 468, 476, 483, 489, 497, 551, 557, 561 e 566 (fls. 103 a 114) devem ser excluídos da autuação, pois esses documentos fiscais são referentes a aquisições de lanches e refrigerantes provenientes da Panificadora e Lanchonete Mandacaru Ltda., não se enquadrando na acusação de *falta de recolhimento de ICMS diferido nas refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários*. Frisa que a Panificadora e Lanchonete Mandacaru Ltda. está enquadrada como microempresa e que essa condição consta nas referidas notas fiscais.

Referindo-se às refeições servidas pela Guten Appetit Alimentação e Serviços Ltda., diz que os documentos fiscais (fls. 67 a 102) não fazem referência ao diferimento do ICMS, o que o induziu a uma possível isenção ou não incidência do imposto. Afirma que, antes de ser autuado, foi informado pela Guten que o ICMS vinha sendo recolhido normalmente, conforme comprovam as fotocópias de DMAs e DAEs (fls. 115 a 219). Afirma que, é fácil a constatação de que a fornecedora das refeições recolheu o imposto devido, especialmente porque o seu estabelecimento filial atende exclusivamente o impugnante, e as notas fiscais foram emitidas em sequência. Destaca que o ICMS devido ingressou integralmente nos cofres do Estado da Bahia.

Menciona que, quando a um contribuinte é atribuída a responsabilidade pelo recolhimento do imposto, mas o valor é satisfeito por outro contribuinte, o Poder Judiciário vem decidindo pelo afastamento de autuações quando não houver prejuízo ao Estado, conforme jurisprudência que cita.

Acrescenta que a partir de outubro de 2010, nos fornecimentos de refeições pela Guten, passou a pagar integralmente o ICMS diferido, conforme as guias de recolhimento anexas (fls. 220 a 229), constando por equívoco no levantamento feito pelo autuante.

Ao finalizar, solicita que seja decretada a insubsistência do Auto de Infração e, caso assim não entenda este colegiado, que seja o processo convertido em diligência para as devidas averiguações.

Ao prestar a informação fiscal (fls. 234 a 243), o autuante, referindo-se às aquisições efetuadas junto à Panificadora e Lanchonete Mandacaru Ltda., afirma que o Regime do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS nas operações e prestações sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme o art. 386, I, do RICMS-BA/97. Diz que o fornecimento de refeições está sob o regime de substituição tributária por diferimento e, portanto, o fato de a Panificadora e Lanchonete Mandacaru Ltda. ser optante do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS nas operações consignadas nas Notas Fiscais nºs 438, 453, 459, 468, 476, 483, 489, 497, 551, 557, 561 e 56. Aduz que a orientação formulada pela DITRI em resposta a consulta efetuada pela Guten Appetit Alimentos e Serviços Ltda., também fornecedora de refeições para o autuado, esclarece que o adquirente de refeições para fornecimento a seus funcionários fica responsável pelo recolhimento do imposto diferido, independentemente do regime de apuração adotado pelo fornecedor. Também faz alusão ao Acórdão CJF nº 0069-11/14, deste CONSEF, que tratou de idêntica matéria.

No que tange às refeições fornecidas pela Guten Appetit Alimentos e Serviços Ltda., ressalta que é inaceitável a alegação de desconhecimento da exigência da substituição tributária por diferimento, uma vez que o fornecedor formulou consulta à DITRI sobre essa matéria e obteve resposta (Parecer 23466/2010) no sentido de que, no fornecimento de refeições destinadas à alimentação de funcionários, o “imposto incidente sobre tais operações é postergado para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente, ficando este responsável pelo recolhimento do imposto diferido, independentemente do regime de apuração adotado pelo fornecedor”.

Sustenta que efetivamente o autuado é o responsável pela retenção e recolhimento do ICMS nas operações de aquisição de refeições para seus funcionários. Diz que passar essa responsabilidade para a empresa contratada, ao arrepio da legislação tributária, vai de encontro ao previsto no artigo 123 do CTN, cujo teor transcreveu.

Menciona que acatar a argumentação de que o fornecedor das refeições recolheu o ICMS enseja uma enorme insegurança jurídica para o Estado, pois a legislação atribui ao autuado a condição de substituto tributário e exclui o contratado da responsabilidade no tocante à obrigação principal, nos termos do art. 349 do RICMS-BA/97. Diz que, dessa forma, o fornecedor poderia requerer administrativamente a restituição do indébito e, tendo sido o pedido negado, poderia recorrer a via judicial para rever o imposto que porventura tivesse recolhido indevidamente.

Ao finalizar, sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente em sua totalidade.

VOTO

Inicialmente, saliento que o Auto de Infração em comento está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação a nenhum dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal, nem aos ditames contidos no Código Tributário Nacional. Verifico, também, que o procedimento fiscal atende às determinações previstas no artigo 39 do RPAF-BA/97, e que o autuado, exercendo o seu direito de ampla defesa e do contraditório, apresentou impugnação, demonstrando ter pleno conhecimento dos fatos que ensejaram a lavratura do Auto de Infração.

Com fulcro no art. 147, II, “a”, do RPAF-BA/99, indefero a solicitação de diligência, tendo em vista que o impugnante não trouxe aos autos elementos que pudessem suscitar dúvidas capazes de exigir a realização da diligência requerida.

Adentrando ao mérito, conforme já relatado trata o Auto de Infração da falta de retenção e recolhimento do ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte de funcionários do estabelecimento do autuado. No período abarcado pela ação fiscal, a obrigação

dessa retenção e recolhimento estava prevista no art. 343, XVIII, do RICMS-BA/97, cujo teor transcrevo a seguir:

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;

Por seu turno, o art. 349 do mesmo Regulamento, 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.

Com base nesses dispositivos acima transcritos, não há dúvida que o autuado, em relação às aquisições de refeições destinadas ao consumo por parte de seus funcionários, estava obrigado a efetuar a retenção e recolhimento do ICMS incidente sobre o fornecimento das citadas refeições.

Visando elidir a acusação que lhe foi imposta, o autuado, inicialmente, argumenta que devem ser excluídos da autuação os débitos referentes às aquisições de lanches e refrigerantes provenientes da Panificadora e Lanchonete Mandacaru Ltda., pois essas aquisições não se enquadram na acusação contida no Auto de Infração e, além disso, foram efetuadas junto a uma microempresa.

Considerando que lanche é uma espécie de refeição, essas aquisições destinadas à alimentação de funcionários do autuado se enquadram na acusação contida no Auto de Infração. Além disso, a teor do disposto no art. 386, inc. I, do RICMS-BA/97, o fato de o fornecedor dos lanches ter optado pelo regime do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária. Não se pode olvidar que o instituto do diferimento constitui uma espécie de substituição tributária, o que justifica a aplicação do art. 386, inc. I, do RICMS-BA/97.

Observo que em relação a essas operações originadas da Panificadora e Lanchonete Mandacaru Ltda., optante pelo regime do Simples Nacional, o autuante apurou o imposto devido utilizando o regime da Receita Bruta (4%). Esse posicionamento do auditor fiscal mercê reparo, porquanto essas operações deveriam ter sido tributadas à alíquota de 17%. Corroborando esse entendimento, cito o Acórdão CJF Nº 0069-11/14, acostado à fl. 35 dos autos.

Quanto às refeições fornecidas pela Guten Appetit Alimentos e Serviços Ltda., não há dúvida que o autuado estava obrigado, nos termos dos artigos 343, inc. VIII, e 349, ambos do RICMS-BA/97, a efetuar o pagamento do imposto diferido de que trata o Auto de Infração em análise.

O autuado afirma que o imposto foi pago pelo fornecedor das refeições e, portanto, a infração não deveria subsistir.

Mesmo restando comprovado o pagamento do imposto pelo fornecedor das refeições, esse fato não elide a autuação, pois o responsável pelo pagamento do imposto diferido é o autuado. Ademais, o fornecedor das refeições formulou consulta à Secretaria da Fazenda, tendo sido esclarecido que o ICMS referente às refeições destinadas ao consumo dos funcionários ficava diferido para o momento da entrada no estabelecimento adquirente, a quem cabia efetuar o pagamento do imposto diferido. Conforme foi bem salientado pelo autuante na informação fiscal, o pagamento indevidamente efetuado por terceiros pode ser objeto de pedido de restituição de indébito.

Ressalto que a jurisprudência citada na defesa não vincula a presente decisão e, além disso, as decisões proferidas neste CONSEF têm sido no sentido de que o pagamento efetuado por terceiros não elide a autuação, conforme se depreende do já citado Acórdão CJF nº 0069-11/14.

Os pagamentos efetuados pelo autuado relativamente aos meses de novembro e dezembro de 2010 foram deduzidos pelo autuante na apuração dos valores devidos, conforme se pode observar às fls. 12, 13, 14 e 15 dos autos.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **217359.0004/13-4**, lavrado contra **CALÇADOS RAMARIM NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 61.295,77**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de setembro de 2014.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – JULGADOR