

PROCESSO - A. I. N° 272041.0020/13-3
RECORRENTE - LPATSA ALIMENTAÇÃO E TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0177-03/15
ORIGEM - INFRAZ EUNÁPOLIS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 25/11/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0361-12/15

EMENTA: ICMS. LIVROS FISCAIS. RAICMS. OPERAÇÕES ESCRITURADAS. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração. Apresentação de comprovantes de pagamentos não contemplados no levantamento fiscal. Fato modificativo comprovado. Utilização do incentivo fiscal do Programa FAZATLETA. Demonstrada a autenticidade dos Títulos de Incentivo, o sujeito passivo faz jus ao abatimento de, no máximo, 5% do imposto a recolher. Refeitos os cálculos mediante revisão realizada pelo autuante, após procedimento de diligência fiscal. Acolhidos os cálculos do autuado para fruição do incentivo fiscal. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Voluntário interposto devido ao julgado epigrafado que deliberou pela Procedência Parcial do lançamento tributário lavrado em 28/06/13 para exigir ICMS no valor histórico de R\$31.424,20, contendo a acusação fiscal seguinte :

01 - 03.03.01 - "Divergência entre o Valor Recolhido e o Lançado no Registro de Apuração do ICMS". Multa de 60%. Meses de jan/08 a out/10 e dez/10.

Houve impugnação consignada às fls. 58 a 62. Às fl. 142 foi prestada informação fiscal, tendo a 3ª JJF dirimido a lide baseada nestes fundamentos :

"Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal - PAF está revestido das formalidades legais no que preceitua o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999, tendo sido apurados o imposto, a multa e a respectiva base de cálculo, conforme demonstrativos e documentos juntados, respectivamente, nas fls. 07 a 55 dos autos. Há, inclusive, clareza quanto à indicação do nome, endereço, qualificação fiscal do autuado e da conduta típica do ilícito administrativo, fls. 1 e 2, bem como os nítidos exercícios do direito de defesa e do contraditório pelo impugnante, inclusive, no transcurso do procedimento de diligência fiscal.

Entendo correta a acusação fiscal empreendida, por considerar que o levantamento fiscal relaciona-se com lançamentos na escrita fiscal do impugnante, cujo procedimento contempla pagamentos do imposto decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual no Registro de Apuração do ICMS - RAICMS, conforme fls. 14 a 54. Logo, afasto o argumento defensivo acerca da divergência entre o fato jurígeno e a imputação fiscal lançada.

Assim, não havendo vícios na lavratura do Auto de Infração e no decorrer da instrução processual, que possam inquinar de nulidade o lançamento de ofício, concluo que o Auto de Infração está apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

O deslinde da pretensão resistida consiste na avaliação das provas produzidas e das metodologias apresentadas para a apuração do ICMS devido, em virtude da aplicação do incentivo fiscal decorrente do Programa FAZATLETA.

Os comprovantes de pagamento juntados aos autos, nas fls. 112 a 134 - doc. 3, possuem o condão de modificar o crédito tributário lançado. Neste sentido, o autuante acolhe em parte a prova produzida e altera o demonstrativo de débito, conforme fl. 143, remanescendo imposto a pagar nos meses de out/08 a ago/09, por

conta, exclusivamente, do ingresso dos Recursos no banco de dados da SEFAZ/BA, como se depreende dos relatórios nas fls. 144 a 149, mas sem considerar o incentivo fiscal com base nos Títulos de Incentivo Fiscal do Programa FAZATLETA de nºs. 164/08, de 07/08/08, valor de R\$25,33; 322/08, de 30/10/08, valor de R\$240,00 e 440/08, de 29/12/08, valor de R\$2.454,67, às fls. 136 a 138, por falta de autenticidade.

Para ultrapassar o impasse da autenticidade, os autos foram remetidos à INFRAZ EUNÁPOLIS com o fim de intimar o sujeito passivo a apresentar os originais dos mencionados Títulos ou em cópia autenticada, o que foi realizado conforme documentos acostados às fls. 177 a 179, possibilitando a fruição do incentivo fiscal pelo autuado.

Nesta oportunidade, o autuante elabora novo demonstrativo de débito, fl. 180, considerando o incentivo fiscal do Programa FAZATLETA ao abater de, no máximo, 5% do montante do ICMS a ser recolhido do confronto dos valores débito do imposto (4% das saídas) com as deduções permitidas.

Tal procedimento do autuante mantém a divergência, e, por consequência a lide, visto que o impugnante entende a aplicação da dedução máxima de 5%, exclusivamente, sobre o valor consignado na rubrica "Por Saídas/Prestações com Débito do Imposto" do Registro de Apuração do ICMS.

Para ultrapassar a divergência, constato que a Lei nº 7.539, de 24/11/99, ao dispor sobre a concessão de incentivo fiscal para financiamento de projetos esportivos, inclusive de apoio financeiro a atletas que pratiquem modalidades olímpicas e, outras providências, estabelece, no art. 1º, §1º, o abatimento de, no máximo, 5% do valor do ICMS a recolher, após as deduções permitidas, em cada período ou períodos sucessivos, não podendo exceder a 80% do valor total do projeto a ser incentivado.

Concluo, com base na norma acima mencionada, pelo correto procedimento do autuante ao calcular, por mês, o valor do abatimento conferido pelos Títulos de Incentivo do Programa FAZATLETA, fls. 177 a 179, após o confronto do débito do imposto (4% das saídas) com as deduções permitidas, tendo em vista os lançamentos dos pagamentos realizados pelo sujeito passivo, sob o Código de Receita 0791 - ICMS COMPLEM. ALIQ-USO/CONSUMO ATIVO FIXO ICMS, no quadro "Débito do Imposto", e não no quadro "Crédito do Imposto" da escrita fiscal, como constatado na fl. 23 - cópia do Registro de Apuração do ICMS de out/08, o que não evidencia o correto montante do imposto a recolher decorrente da apuração da conta corrente fiscal.

Logo, julgo subsistente em parte a infração, nos termos do demonstrativo de débito à fl. 180 dos autos, a seguir resumido.

MÊS	ICMS DEVIDO
out/08	220,94
nov/08	218,91
dez/08	432,11
jan/09	351,92
fev/09	322,69
mar/09	227,04
abr/09	382,09
mai/09	170,49
jun/09	200,25
jul/09	211,80
ago/09	10,73
TOTAL DA INFRAÇÃO	2.748,97

Portanto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração em epígrafe."

Resistindo ao teor do julgado, o sujeito passivo apela à Segunda Instância do CONSEF para, em suma, aduzir a guisa de razões para reforma, o seguinte:

- a) Destaca que o montante mantido pela JJF decorre do entendimento de que teria havido utilização indevida de benefício fiscal do FAZATLETA, por ultrapassar o limite máximo de aproveitamento na ordem de 5% do ICMS do valor a recolher em cada período de apuração;
- b) Contesta essa posição sob o fundamento de que da análise da Portaria nº 288/2002, infere-se que o contribuinte faz jus "cumulativamente" ao abatimento de 5% do valor do ICMS a recolher considerando as operações de Importação, Antecipação Parcial e Regime Normal do ICMS nos termos do seu art. 1º, §§ 1º e 2º que transcreve;
- c) Acrescenta que o cálculo desse benefício fiscal do FAZATLETA, por valor do ICMS a recolher, deve-se se entender não apenas o saldo devedor do imposto apurado no livro de apuração, mas, sim, tudo que o contribuinte tiver a recolher no mês, a qualquer título, seja pelo regime normal, seja por importação, seja pelo cálculo em função da receita bruta, seja por substituição ou antecipação tributária.

- d) Dito isto, conclui que no cálculo do benefício fiscal há de ser considerado para efeito da base de cálculo, o ICMS retido na fonte e recolhido pelos adquirentes das refeições fornecidas pelo recorrente, enquadradas como responsáveis tributários por substituição, eis que o valor está dentro do conceito ICMS a recolher como previsto na legislação.
- e) Enfatiza, nesse passo, que o § 1º da Portaria nº 288/2002 dispõe com clareza que o abatimento poderá ocorrer “cumulativamente” nas hipóteses dos incisos desse artigo, portaria essa que esclarece que o cálculo é mesmo cumulativo, desde que não ultrapasse a 5% do valor total do imposto a recolher, limite este que diz ter respeitado em cada operação.
- f) Por fim, requer a improcedência total do Auto de Infração.

Em face do valor controvertido estar abaixo do piso mínimo legal, a PGE/PROFIS não foi instada a exarar Parecer acerca do apelo recursal.

VOTO

O lançamento de ofício imputa a divergência entre o valor recolhido e o lançado no registro de apuração do ICMS nos meses de Janeiro/08 a outubro/08 e dezembro/10.

Inicialmente, como fundamentos defensivos, foi exposto na impugnação de fls. 58/62, que o Auto de Infração não pode prosperar por estar por exigir tributo já recolhido, bem como por força do incentivo fiscal previsto no Programa FAZATLETA, o que afirma fazer jus.

Pontuou, ainda, o recorrente quando da sua defesa inicial, naquela oportunidade, que o DIFAL relativo ao período de janeiro/08 a dezembro/08 foi integralmente recolhido, e que o Fisco não poderia desconsiderar o incentivo fiscal do FAZATLETA, amparado por títulos de incentivo. Apresentou uma planilha e documentos fiscais a fim de comprovar o recolhimento integral.

Do teor da fl. 142, observa-se que o autuante, ante as provas apresentadas pelo autuado, admitiu que houve o recolhimento correto do ICMS com DAEs específicos mês a mês (Fls. 144/149), e refez os cálculos sem as diferenças de alíquotas, como ali salientou.

No demonstrativo de fl. 143, infiro que consta uma coluna relativa às deduções permitidas, totalizando em 2008 o valor de R\$ 934,85 e em 2009 o valor de R\$ 1.999,47.

O sujeito passivo, ciente, manifestou-se às fls. 153/155 ressaltando que houve, na revisão fiscal, a exclusão de todos os valores referentes ao ICMS DIFAL, com substancial redução do débito originalmente exigido, mas que, todavia, a documentação concernente ao incentivo do FAZATLETA foi desconsiderada.

Como relatado acima, foi realizada diligência para que o autuado apresentasse a documentação original ou em cópia autenticada, quando frisou que o Fisco deduziu os 5% apenas do ICMS a ser recolhido, sem considerar o que foi retido e recolhido pelos adquirentes das suas refeições, o que está enquadrado no conceito de ICMS devido.

Acrescentou que, o abatimento deve ser de 5% sobre o total do ICMS efetivamente devido a cada mês, e que identificou apenas uma diferença a recolher em novembro/08 de R\$ 240,00 e em outubro/09 de R\$ 0,20.

Posta a controvérsia ao crivo da JJF, foi decidido, com base na Lei nº 7.539 de 24/11/99, que dispõe sobre a concessão de incentivos fiscais para financiamento de projetos esportivos, no seu art. 1º, § 1º, que o abatimento deve ser no máximo de 5% do valor total do ICMS a recolher, após a deduções permitidas, em cada período ou períodos sucessivos, sem poder exceder a 80% do valor total do projeto incentivado.

E expendida essa linha argumentativa, concluiu pelo acerto na conduta do autuante, mantendo o valor de R\$ 2.748,97, com redução de R\$ 28.679,23 daquele originalmente lançado.

Ocorre que a análise deve ser sistemática da Lei nº 7.539 de 24/11/99 combinada com a Portaria nº 288/2002 para se extrair a norma a ser aplicada ao caso em concreto.

Assim sendo, estabelece os dispositivos dessa lei que :

Art. 1º - Fica concedido abatimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação; ICMS à empresa, com estabelecimento situado no Estado da Bahia, que apoiar financeiramente projetos aprovados pela Secretaria do Trabalho e Ação Social na área do esporte amador, inclusive aqueles destinados ao apoio de atletas que disputem modalidades olímpicas e para-olímpicas.

§ 1º - O incentivo de que trata o caput deste artigo limita-se ao máximo de 5% (cinco por cento) do valor do ICMS a recolher, em cada período ou períodos sucessivos, não podendo exceder a 80% (oitenta por cento) do valor total do projeto a ser incentivado.

§ 2º - Para utilizar-se dos benefícios desta Lei, a empresa patrocinadora deverá contribuir, com Recursos próprios, em parcela equivalente a, no mínimo, 20% (vinte por cento) do valor total da sua participação no projeto.

Já a Portaria 228/2002 adiante transcrita, abrange todas as rubricas como sustentado, com acerto, pelo sujeito passivo no seu apelo a esta CJF.

Art. 1º A expressão “valor do ICMS a recolher” contida no art. 13 dos Regulamentos do FAZATLETA e do FAZCULTURA, aprovados pelos Decretos nº 7.733/99 e 7.833/00 respectivamente, poderá corresponder, cumulativamente, às seguintes situações:

I - imposto apurado pelo regime normal, na forma do art. 116 do Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado pelo Decreto 6.284, de 14 de março de 1997;

II - imposto devido pela importação do exterior de mercadorias ou bens, no desembarço aduaneiro, mesmo que este ocorra em portos ou aeroportos situados fora do Estado da Bahia;

III - imposto apurado na forma do art. 118 e do inciso II do art. 118-A do RICMS;

IV - imposto devido nas operações de substituição ou antecipação tributária.

§ 1º O abatimento poderá ocorrer cumulativamente nas hipóteses dos incisos deste artigo

§ 2º O valor a ser abatido em qualquer das hipóteses dos incisos deste artigo não poderá ultrapassar, para cada programa, a 5% (cinco por cento) do total do ICMS devido em cada período de apuração.

Da confluência desses dispositivos legais, concluo que o saldo devedor é aquele constante da planilha de fl.188, ou seja, há uma diferença a recolher em novembro/08 de R\$ 240,00 , e em outubro/09, de R\$ 0,20, sem com isto ter sido ultrapassado o 5% (cinco por cento) do total do ICMS devido em cada período de apuração.

Do exposto, voto pelo CONHECIMENTO e PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 272041.0020/13-3, lavrado contra **LPATSA ALIMENTAÇÃO E TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$240,20**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de novembro de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA RELATOR

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA - REPR. DA PGE/PROFIS