

PROCESSO - A. I. Nº 1100850.011/14-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CHALÉ REFEIÇÕES LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0207-02/15
ORIGEM - INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18/02/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0002-11/16

EMENTA. ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO. Argumentos defensivos elidiram a infração, comprovando que as mercadorias são insumos e embalagens utilizadas na atividade do estabelecimento no preparo de refeições. 2. REGIME DE APURAÇÃO EM FUNÇÃO DA RECEITA BRUTA. FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Nos termos do art. 343 do RICMS/BA, o fornecimento de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste Estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados, para efeitos de incidência do ICMS, se submete ao regime de diferimento, cuja responsabilidade pelo recolhimento do imposto é do adquirente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício, em razão da Decisão proferida pela 2ª JJF, constante no Acórdão nº 0207-02/15, ter desonerado o sujeito passivo da totalidade do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99.

O Auto de Infração, lavrado em 27/03/2015, acusa o Autuado das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 06.02.01 – Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$20.403,71, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2010, conforme demonstrativo às fls. 19 a 22.

Infração 02 – 03.03.01 – Recolhimento a menor do ICMS, no valor de R\$ 101.219,12, referente a comercialização de refeições, apurado através de divergências entre os valores recolhidos e os lançados no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de janeiro a março, junho a dezembro de 2010, com forme demonstrativo à fl.23.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 2ª JJF proferiu a Decisão unânime, transcrita abaixo (fls. 239/245):

Analisando a preliminar de nulidade suscitada na defesa pelo sujeito passivo, de que a descrição e a tipificação dos fatos, por não ter considerado a fiscalização a opção da empresa pela tributação do ICMS pela Receita Bruta com a alíquota reduzida de 4%, e ter calculado o imposto à alíquota de 17%, verifico no levantamento de fl.23, que o imposto devido foi calculado corretamente à alíquota de 4%, sendo transportado o valor para o demonstrativo de débito à fl.02, cuja indicação no referido demonstrativo de débito da alíquota de 17%, é feito automaticamente pelo sistema informatizado de lavratura do Auto de Infração, porém, os valores consignados correspondem exatamente com os valores apurados no aludido demonstrativo de fl.23.

Cabe consignar que a acusação fiscal constante da peça inicial está de acordo com os fatos apurados pela fiscalização, cuja descrição dos fatos está posta de forma clara e precisa no corpo do Auto de Infração, inclusive constando o devido esclarecimento sobre o procedimento fiscal e a origem da cada infração apurada, permitindo o perfeito entendimento da acusação fiscal. Os demonstrativos elaborados pelo autuante identificam

de forma bastante clara as infrações, tendo em vista que estão identificados todos os documentos fiscais e demais elementos objeto do levantamento que geraram a exigência tributária em questão, e permitiram ao sujeito passivo exercer com plenitude a ampla defesa e o contraditório.

Logo, com os esclarecimentos trazidos na informação fiscal não cabe a alegação de nulidade por descrição imprecisa das infrações. Da mesma forma, não cabe a argüição de nulidade por cerceamento do direito de defesa, uma vez que nas planilhas que embasaram a autuação, desde a formação inicial e durante o a fase processual, consta esclarecimento da descrição correta das infrações, especificando nota por nota, fato que possibilitou ao autuado exercer seu amplo direito de defesa.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito ou falta de comprovação do cometimento da infração, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum nos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

Quanto a argüição direta ou indiretamente de que não é devida a multa de 60%, observo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista no artigo 42, inciso II, alíneas "b" e "f", da Lei nº 7.014/96.

No mérito, a Infração 01 – 06.02.01, faz referência à falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$20.403,71, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2010.

No tocante às aquisições interestaduais de materiais de uso, cumpre esclarecer que cabe o pagamento do diferencial de alíquotas, nos termos do nos 1º, § 2º, inciso IV, do RICMS/97, ipsi litteris:

Art. 1º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), de que tratam o art. 155, inciso II, §§ 2º e 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil e a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, tem como fatos geradores:

§ 2º O ICMS incide sobre:

(.....)

IV - a entrada ou a utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes;

Já os artigo 5º e 7º do RICMS/97, dispõem:

Artigo 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;

II – da utilização ou recepção, por contribuinte, de serviço de transporte ou de comunicação cuja prestação tiver sido iniciada em outra unidade da Federação, quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes.

Parágrafo único – não são considerados materiais de uso ou consumo as mercadorias ou materiais adquiridos por prestador de serviços para emprego ou aplicação na prestação de serviços de qualquer natureza (Anexo 1).

Artigo 7º - Não é devido o pagamento da diferença de alíquotas:

I – nas aquisições de mercadorias ou materiais efetuadas por prestador de serviço para emprego ou aplicação, como insumos, na prestação de serviços de qualquer natureza, inclusive quando se tratar de estabelecimento que desenvolva atividades mistas;

II – nas aquisições de bens ou materiais pela arrendadora ou pela arrendatária, tratando-se de arrendamento mercantil, nas hipóteses do § 6º do art. 563;

III – se a operação de remessa for realizada com:

Não-incidência de imposto ou;

Isenção decorrente de convenio

IV – nas aquisições de bens do ativo permanente, a partir de 01/11/96, e de bens de uso e materiais de consumo, a partir de 01/01/2011, efetuadas por (Lei Complementar n.º 87/96).

Para que seja possível verificar se as mercadorias que foram objeto do lançamento tributário se enquadram nos dispositivos regulamentares acima transcritos, é necessário que sejam analisadas as mercadorias que foram consideradas no levantamento fiscal como de uso e consumo.

No levantamento fiscal constante às fls. fls. 19 a 22, não foram discriminadas as mercadorias considerados como de uso e consumo. Contudo, nos demonstrativos constam a indicação do número das notas fiscais e respectivos valores, e foram acostados ao processo cópias das referidas notas fiscais às fls. 24 a 86, nas quais, constam, na sua maioria, que as mercadorias são as seguintes: miolo de alcatra, filé mignon, lombo canadense, costela suína, carne seca, bucho bovino, filé de merluza, salame, ricota e queijo fresco, óleo de soja, açúcar, farinha, feijão, margarina, milho, leite, molho, sal, café, chocolate, inclusive constam aquisições de embalagens de alumínio.

Portanto, considerando que o estabelecimento tem como atividade fim preponderante a transformação de insumos de gêneros alimentícios em refeições coletivas para fornecer aos clientes da iniciativa privada, aos órgãos governamentais e autárquicos em geral, inclusive foi provado nos autos que no período fiscalizado ocorreu fornecimento para a Petrobrás e para outro contribuinte, e por conseguinte, que as mercadorias foram utilizadas no preparo de refeições, além do fato de que o estabelecimento por comercializar com os produtos objeto da autuação, à luz do artigo 7º, inciso I, do RICMS/97, vigente à época dos fatos geradores, não é devida a exigência de pagamento do diferencial de alíquotas sobre as mercadorias objeto da autuação.

Infração insubsistente.

Quanto à Infração 02 – 03.03.01, o fulcro da autuação é de houve por parte do autuado recolhimento a menor do ICMS sobre o fornecimento de refeições, apurado através de divergências entre os valores recolhidos e os lançados no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de janeiro a março, junho a dezembro de 2010.

Na planilha à fl. 23, intitulada de “Demonstrativo de ICMS devido e pago a menor”, consta informado mensalmente os valores das vendas, o imposto devido calculado à alíquota de 4%, o valor do imposto recolhido no período, e a diferença representativa entre o imposto apurado o imposto pago. Constam nos autos cópia do RAICMS, cujos valores das vendas e do imposto devido são idênticos aos apurados pela fiscalização no levantamento fiscal.

Portanto, a divergência entre os valores apurados pela fiscalização para o autuado dizem respeito a diferença entre o imposto apurado no levantamento fiscal para os valores recolhidos.

Para elidir o lançamento basta que o autuado comprove que os valores recolhidos não estariam corretos.

Quanto a esta questão, na peça defensiva, o sujeito passivo, trouxe provas acerca de sua atividade comercial de fornecimento de refeições, tendo apresentado cópias de contratos de fornecimento firmados com a Petrobrás e Secretaria da Saúde do Estado. (Anexo 4, fls. 169 a 181), e acostado ao processo Planilha Demonstrativa com os respectivos DAE's recolhidos tempestivamente, sustentando que não foi considerado pelo autuante os recolhimentos do ICMS por diferimento efetuados pela tomadora Petrobrás Transportes S/A - Transpetro, cujas DAE's, do recolhimento foram anexados (Anexo 3, fls. 156 a 168).

O autuante, por seu turno, na informação fiscal declara textualmente na folha 235 que: “Quando fiz o levantamento tive o cuidado de pesquisar sobre a habilitação do contribuinte para operar sob o Regime de Diferimento, e não encontrei essa habilitação, no entanto, reconheço que a empresa pagou realmente com diferimento do ICMS que foi transferido para a responsabilidade da Petrobrás e cujos DAE's de recolhimento a empresa teve o cuidado de apresentar em anexo. Como já foi pago ao Estado, a obrigação já está resolvida e de minha parte, declara a extinção dessa infração 02 - 03.03.01, para não haver bitributação.”

Assim sendo, considerando a informação do autuante de que os valores lançados nesta infração foram efetivamente recolhidos pelo regime de diferimento, considero insubsistente a infração.

Ante o exposto, voto IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

De ofício, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu da Decisão prolatada para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão da Decisão de primeira instância, ter desonerado parte do débito originalmente cobrado, consoante disposto no art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99.

Na análise do quanto trazido aos autos, entendo não merecer qualquer reforma o Julgado de Primeira Instância. Julgo a Decisão de toda acertada, lastreada na própria revisão fiscal, nos documentos apensados aos autos e no melhor entendimento quanto a aplicação da legislação pertinente.

A infração 1 decorre da falta de recolhimento do ICMS, relativo ao diferencial de alíquotas, na aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

Em sua defesa, o sujeito passivo esclarece que as mercadorias autuadas (carnes e queijos: alcatra, queijos, miolo de alcatra, atum ralado, azeitonas, lombo canadense, queijo fresco, queijo prato, óleos, feijão, extrato de tomates, toalhas, embalagens, etc. – fls. 24 a 86) não são de uso e consumo, mas sim insumos, utilizados no preparo de refeições.

Considerando a atividade preponderante da empresa como sendo a transformação de insumos de gêneros alimentícios em refeições coletivas, a JJF entendeu incabível a cobrança de diferencial de alíquotas, com base no art. 7º, inciso I, do RICMS/97.

O art. 5º do RICMS/1997 prevê a cobrança da diferença de alíquotas nas seguintes situações:

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;*
- II - da utilização ou recepção, por contribuinte, de serviço de transporte ou de comunicação cuja prestação tiver sido iniciada em outra unidade da Federação, quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes.*

Neste caso, verifico que as mercadorias autuadas são insumos, por onde concluo ser indevida a cobrança do diferencial de alíquotas por não ser destinado a uso e consumo ou ativo permanente.

Desta forma, entendo pela manutenção da Decisão recorrida, que julgou Improcedente a infração 1.

A infração 2 versa sobre o recolhimento a menor do ICMS, referente a comercialização de refeições, apurado através de divergências entre os valores recolhidos e os lançados no livro Registro de Apuração do ICMS.

Em sua defesa o autuado aduz que não foram considerados os recolhimentos do ICMS por diferimento, efetuado pela tomadora do serviço de fornecimento de refeições, apresentando cópias dos contratos (fls. 169 a 181) e acostado ao processo Planilha Demonstrativa com os respectivos DAE's recolhidos tempestivamente (fls. 156 a 168).

Ao prestar a segunda informação fiscal o autuante pontua que:

“Quando fiz o levantamento tive o cuidado de pesquisar sobre a habilitação do contribuinte para operar sob o Regime de Diferimento, e não encontrei essa habilitação, no entanto, reconheço que a empresa pagou realmente com diferimento do ICMS que foi transferido para a responsabilidade da Petrobrás e cujos DAE's de recolhimento a empresa teve o cuidado de apresentar em anexo. Como já foi pago ao Estado, a obrigação já está resolvida e de minha parte, declara a extinção dessa infração 02 - 03.03.01, para não haver bitributação.”

O art. 343 do RICMS/97 prevê que:

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 tudo quanto exposto, considerando que os valores lançados nesta infração foram efetivamente recolhidos pelo regime de diferimento, não há reparos a fazer na Decisão de piso que julgou insubstancial a autuação.

Em assim sendo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício proveniente da 2ª JJF,

mantendo intacta a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **110085.0011/14-2**, lavrado contra **CHALÉ REFEIÇÕES LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de fevereiro de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

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