

PROCESSO	- A. I. N° 269184.0001/15-3
RECORRENTE	- INDEBA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF N° 0009-04/16
ORIGEM	- INFAS INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 20/07/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0136-11/16

EMENTA: ICMS. DIFERIMENTO. REFEIÇÕES. AQUISIÇÕES PARA FORNECIMENTO AOS FUNCIONÁRIOS. TERMO FINAL. FALTA DE PAGAMENTO. Alegações defensivas insuficientes para modificar a Decisão recorrida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 4ª JJF constante no Acórdão nº 0009-04/16, que julgou Procedente em Parte a presente autuação, lavrada em razão da *"falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido"*.

Complementando a acusação acima, consta que: *"O contribuinte deixou de recolher o ICMS diferido dos exercícios de 2011 a abril de 2015, referente ao fornecimento de refeições aos seus funcionários, conforme planilhas anexas ao presente Auto de Infração. Não foram observadas as disposições contidas nos Arts. 2º, VII, 343, XVIII, 386, I, 87, XX do RICMS - Decreto 6.284 de 13/03/1997 e Art. 267, VI do RICMS - Decreto 13.780 de 16/03/2012"*.

Após análise dos argumentos delineados pelo autuado e pelo fiscal autuante, a 4ª JJF proferiu a Decisão não unânime, transcrita abaixo (fls. 163/167):

Conforme já relatado, no Auto de Infração em epígrafe o autuado foi acusado de ter deixado de recolher ICMS devido por diferimento, no valor total de R\$25.384,53, relativamente a fornecimento de refeições aos seus funcionários. Os fatos descritos ocorreram nos meses de janeiro a dezembro de 2011, janeiro e fevereiro e abril a dezembro de 2012, janeiro a novembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014 e janeiro a abril de 2015.

Quanto à preliminar de nulidade suscitada na defesa, observo que o Auto de Infração nº 269184.0001/15-3 foi decorrente da auditoria sumária determinada Ordem de Serviço nº 503662/15 (fl. 10), emitida em 18/06/15, para o lançamento de ICMS relativo ao fornecimento de alimentação a funcionários do estabelecimento autuado, no período de 2011 a 2015. Por seu turno, a Notificação Fiscal nº 9269184001/15 decorreu do cumprimento da Ordem de Serviço nº 502432/15, emitida em 08/04/15, para a realização de uma auditoria fiscal/contábil referente ao período de 01/01/10 a 31/12/10.

Fica claro, portanto, que as ações fiscais decorrentes dessas ordens de serviços eram distintas e tratavam de períodos não coincidentes, portanto, os créditos tributários referentes a essas ações fiscais foram corretamente constituídos mediante dois instrumentos distintos. Os procedimentos adotados pelas autuantes nas duas ações fiscais seguiram as determinações contidas nas respectivas ordens de serviço, não havendo qualquer cerceamento de defesa. Dessa forma, afasto a preliminar de nulidade.

Adentrando ao mérito, observo que o autuado não questiona a sua condição de responsável pelo lançamento do ICMS diferido de que trata as operações relacionadas na autuação, limitando-se a impugnar a alíquota aplicada na apuração do imposto relativamente aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro de 2011 a fevereiro de 2012. Segundo a defesa, no período impugnado, o imposto a recolher deveria ter sido apurado à alíquota de 4% em vez de 17%.

Tomando por base os dados constantes nos documentos de fls. 144 a 147, os quais estão sintetizados na tabela apresentada à fl. 139, temos as situações relacionadas a seguir.

Quanto ao mês de janeiro de 2011, o fornecedor das refeições apurava o imposto segundo o regime de conta corrente fiscal, portanto, à alíquota de 17%. Dessa forma, nesse referido mês o imposto a ser recolhido pelo autuado deve ser apurado à alíquota de 17%, como acertadamente fizeram as autuantes no demonstrativo retificado de fl. 143.

No que tange aos meses de fevereiro a dezembro de 2011, o fornecedor das refeições apurava o imposto pelo regime de Receita Bruta, mediante a utilização da alíquota de 4%. Assim, o imposto a ser recolhido pelo autuado nesses meses deve ser apurado à alíquota de 4%. Na informação fiscal, as autuante acataram o argumento defensivo e refizeram a apuração do imposto relativamente a esses meses, conforme o já citado

demonstrativo de fl. 143, do qual o autuado recebeu cópia.

Em face ao acima exposto, o valor devido no exercício de 2011 é de R\$2.561,21, conforme o demonstrativo retificado de fl. 143.

Relativamente ao mês de janeiro de 2012, o fornecedor das refeições apurava o imposto segundo o regime de conta corrente fiscal, portanto, à alíquota de 17%. Dessa forma, nesse referido mês o imposto a ser recolhido pelo autuado deve ser apurado à alíquota de 17%, com a redução de base de cálculo em 30%, prevista no art. 88, XX, do RICMS-BA/97, como acertadamente fizeram as autuantes na ação fiscal.

No mês de fevereiro de 2012, efetivamente o fornecedor das refeições apurava o imposto segundo o regime do Simples Nacional, porém há que se observar que o disposto no art. 13, §1º, XIII, “a”, da Lei Complementar 123/06, exclui do regime do Simples Nacional a apuração do ICMS incidente sobre as operações tributadas pelo regime de substituição tributária, no qual se inclui o diferimento. Dessa forma, em relação às operações praticadas no mês de fevereiro de 2012, apesar de o fornecedor das refeições já estar enquadrado no regime do Simples Nacional, as operações eram tributados à alíquota interna de 17%, com a redução de base de cálculo em 30%, prevista no art. 88, XX, do RICMS-BA/97, como acertadamente fizeram as autuantes na ação fiscal.

Saliento que relativamente ao mês de fevereiro de 2012 não há como se aplicar o entendimento contido no Parecer DITRI nº 04226/2013 (fls. 132 e 133), pois só a partir de 1º de abril de 2012, com a entrada em vigor do RICMS-BA/12, os fornecimentos de refeições passaram a ser tributados à alíquota de 4% quando o estabelecimento fornecedor das refeições estivesse enquadrado no regime do Simples Nacional. Desse modo, de forma acertada, as operações ocorridas no período de abril de 2012 a abril de 2015 foram tributadas à alíquota de 4%.

O argumento defensivo atinente à segregação das receitas, tratada na Resolução CGSN nº 05, não procede, pois, a teor do disposto no art. 13, §1º, XIII, “a”, da LC 123/06, o ICMS devido por diferimento está excluído do regime do Simples Nacional. Portanto, a segregação de receita a ser efetuada pelo fornecedor das refeições na apuração do Simples Nacional não tem qualquer relação com o imposto diferido que está sendo exigido neste lançamento de ofício.

Tendo em vista o acima comentado, não há retificação a fazer no que tange ao imposto exigido nos exercícios de 2012, 2013, 2014 e 2015.

Por tudo quanto exposto, o Auto de Infração subsiste parcialmente, no valor de R\$18.898,40, ficando os débitos referentes ao exercício de 2011 conforme o demonstrativo retificado de fl. 143, mantendo-se inalteradas as parcelas referentes aos demais exercícios.

Voto, portanto, pela Procedência Parcial do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Inconformado o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário, às fls. 179/180, objetivando a reforma da Decisão recorrida.

Sustenta que a Decisão da JJF merece reforma, no que tange aos meses de janeiro de 2011 e janeiro e fevereiro de 2012.

Pontua que ficou constatado que o fornecedor foi desenquadrado do Simples Nacional, voltando a esta condição em 2012. Entretanto, enquanto esteve “fora do Simples Nacional”, optou pelo Regime Especial de Receita Bruta, sujeitando-se ao previsto no art. 267, V, “b”, do RICMS/12 (art. 504, IV, RICMS/97, com redação dada pelo Decreto nº 9.426/05).

Argui que a JJF não interpretou corretamente a matéria, já existindo pronunciamento da DITRI, no Parecer nº 04226/13, deixando claro que:

“As empresas que atuam no ramo de fornecimento de refeições para funcionários de terceiros, independentemente do fato de serem optantes do Simples Nacional, poderão adotar a redução da base de cálculo prevista no art. 267, inciso V, alínea “b”, do RICMS-Ba/2012, tendo em vista o diferimento encontrase excluído da sistemática de apuração do imposto sob tal regime (LC 123/06, art. 13, XIII, “a”).”.

Transcreve a parte conclusiva do referido Parecer, no sentido que *“..as empresas fornecedoras de refeições poderão adotar a redução de base de cálculo prevista no art. 267, inciso VI, alínea “b” do RICMS/2012, de forma que a carga tributária seja equivalente a 4% (quatro por cento), ainda que sejam optantes pelo regime do Simples Nacional...”.*

Por fim, alega que caso fosse aplicado o regime de apuração normal, com alíquota de 17%, haveria que se aplicar a proporcionalidade sobre produtos isentos e substituídos, a fim de que não fossem tributados em 17%.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão de primeira instância que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração epigrafado, lavrado em razão da falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido”.

Da análise do quanto trazido aos autos, entendo não haver reparos a fazer na Decisão recorrida.

O recorrente restringe suas razões de apelo aos meses de janeiro de 2011 e janeiro e fevereiro de 2012, ao argumento que o fornecedor era optante pelo regime de receita bruta, de modo que a carga tributária seria correspondente à 4%.

Pelos documentos contidos no processo, de fls. 144 e 146, verifico que nos meses de janeiro de 2011 e janeiro de 2012, o fornecedor das refeições, ao revés do quanto aduzido pelo recorrente, não era optante pelo regime de receita bruta, visto que apurava o imposto por conta corrente fiscal, à alíquota de 17%.

Assim, nesses meses, correto o procedimento levado a efeito pelas autuantes, que apuraram o imposto à alíquota de 17%, com a redução de base de cálculo em 30%, prevista no art. 87, XX, do RICMS/97.

No que tange ao mês de fevereiro de 2012, o art. 386, I do RICMS/1997 prevê que o recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária.

Do mesmo modo, correto o procedimento das autuantes que aplicaram a alíquota de 17%, com a redução de base de cálculo em 30%, prevista no art. 87, XX, do RICMS/97, visto que somente com a entrada em vigor do RICMS/2012, em 01/04/2012, que os fornecimentos de refeições passaram a ser tributados à alíquota de 4% quando o estabelecimento fornecedor das refeições estivesse enquadrado no regime do Simples Nacional.

Desta forma, não merece guarida a tese recursal de aplicação do Parecer DITRI nº 04226/2013, visto que o período contido no referido Parecer é posterior a vigência do RICMS/2012.

Ato contínuo, não há previsão legal para aplicação da proporcionalidade ao presente processo, como sustenta o recorrente.

Neste caso já que os elementos materiais não foram objetivamente impugnados e não verifico indícios de erros ou inconsistências no lançamento, julgo correta a Decisão da JJF que manteve o lançamento em parte.

Em assim sendo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração epigrafado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269184.0001/15-3, lavrado contra **INDEBA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$18.898,40**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de julho de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE -REPR. DA PGE/PROFIS