

**A. I. Nº** - 206837.3003/16-1  
**AUTUADO** - TOK TAKE ALIMENTAÇÃO LTDA.  
**AUTUANTE** - RAIMUNDO SANTOS LEAL  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 11.11.2016

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0196-04/16**

**EMENTA:** ICMS. DESENCONTRO ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O ESCRITURADO NOS LIVROS FISCAIS. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Restou demonstrado que o autuado, por se tratar de contribuinte do ramo de fornecimento de alimentação, efetua o pagamento do imposto em função da receita bruta, com utilização do percentual de 4%, sem considerar o uso de qualquer crédito fiscal. A autuação considerou para efeito do lançamento, a apuração com base no regime normal. Autuante reconheceu o equívoco, opinando pela insubsistência da autuação. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

Cuida o presente Auto de Infração de exigência de crédito tributário no valor de R\$173.676,19 sob a acusação de que o contribuinte recolheu a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. Multa de 60% prevista pelo art. 42, inciso II, alínea “b” da Lei nº 7.014/96.

O autuado, através do seu representante legal, apresentou impugnação ao lançamento, fls. 33 a 37, destacando inicialmente que o desencontro apontado pelo autuante deve-se ao fato de que não foi observada a atividade econômica principal da empresa autuada, que em se tratando de restaurante e similar, deverá se submeter ao modelo simplificado para apuração do tributo, ao tempo em que tal inobservância tipificou a infração tratando a empresa como se esta devesse realizar a forma de apuração pela conta corrente fiscal. Diz, em seguida, que para efeito de demonstração do equívoco ocorrido, está juntando aos autos (Doc.1) planilha com demonstrativo/comparativo mês a mês da apuração como "CADASTRO RESTAURANTE" x "APURAÇÃO VIA CONTA CORRENTE", onde se percebe que a suposta diferença de tributo a ser recolhido é proveniente de uma apuração no modelo equivocado.

Salienta que as operações sujeitas à substituição tributária e transferência das mercadorias da matriz em São Paulo para a filial em Camaçari, não poderiam compor a base de cálculo para apuração do tributo, pois, para estes produtos já houve o devido recolhimento do ICMS ST, antecipadamente, exaurindo desse modo a cadeia de incidência tributária. Desta maneira, diz que com o intuito de elucidar ainda mais os fatos e sanar a presente autuação, apresenta planilha em anexo (Doc. 2), que relaciona as notas fiscais mês a mês, do período apurado, com somatório mensal que compõe a base de cálculo com a correspondente demonstração do imposto devido para cada operação.

Acrescenta que para corroborar o acima exposto, está também juntando planilha resumo (Doc.3) com exposição da base de cálculo, ICMS devido e valor recolhido do tributo, para este segue também extrato de pagamento (Doc.4), juntamente com os registros fiscais da apuração do ICMS de todo o período.

Após pontuar questões de direito, conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração, produção de provas e a juntada dos documentos que apresentou.

O autuante prestou Informação Fiscal, fls. 222 e 223, pontuando que após o exame das alegações da defesa constantes as fls. 33 a 37, e anexos às fls. 38 a 218, que o contribuinte foi intimado e informado das inconsistências e irregularidades preliminarmente detectadas em 14/04/2016, tendo 45 (quarenta e cinco) dias para prestar esclarecimentos, “*não tendo efetuado, sendo subsidiado em todos os elementos de informações complementares solicitadas*”.

Acrescenta que o contribuinte, **mesmo estando enquadrado no regime simplificado de apuração**, apresentou as respectivas Escrituração Fiscal Digital (EFD) do período auditado (exercícios de 2011 e 2012), como se adotasse o Regime de Apuração Normal e que, de maneira similar e distorcida, os recolhimentos efetuados pelo contribuinte no período se deu através do código de receita 0759 – ICMS REGIME NORMAL – COMÉRCIO, quando o correto seria o uso do código 0830 – ICMS REGIME SIMPLIFICADO DE APURAÇÃO. Com isso considera que tais fatos, **aliado a ausência dos elementos só agora apresentados** é que demonstram a necessidade de revisão da infração.

Nesta ótica, se posicionou que em face dos elementos apensados acata e reconhece a pertinência da nulidade da Infração imputada, destacando que o fato do autuado ter inobservado os procedimentos previstos na legislação do ICMS para apuração e recolhimento do imposto devido deveria ser aplicada multa, até por ser requisitos básicos e tão elementares que induzi-lo a erros.

Conclui recomendando a anulação da infração e consequentemente do Auto de Infração.

#### VOTO

Inicialmente observo que o lançamento foi efetuado a partir do demonstrativo constante à fl. 22, com indicação do valor mensal do débito pelas saídas ocorridas, deduzido os créditos constantes pelas entradas e, a partir daí, foi estabelecido o valor do ICMS a ser recolhido, do qual, após deduzido o imposto efetivamente recolhido, apurou-se o valor recolhido a menos. Portanto, o valor apurado se deu com base no regime normal de apuração. Entretanto, o valor do imposto exigido foi transferido para o Auto de Infração como sendo constituído através da alíquota de 4% que é a aplicada para restaurantes e outros serviços de alimentação. Nesta ótica, fica claro que o próprio autuante já havia reconhecido, quando do lançamento, que a tributação das operações pelo autuado se davam com base no regime de apuração da receita bruta. E isto fica claro ao se examinar os demonstrativos de fls. 57 a 61, onde se constata que os valores recolhidos, com base na receita bruta, coincidem com os constantes na base de dados da SEFAZ, a exemplo dos constantes na Relação de DAEs fls. 11 e 12, com os constantes nos demonstrativos da lavra do autuado, fls. 57 a 61.

Por outro lado vejo que à fl. 10 dos autos, consta os dados cadastrais do autuado, com indicação de que a forma de apuração do imposto das operações efetuadas pelo mesmo é através da conta corrente fiscal, o que corrobora com os recolhimentos efetuados pelo autuado com indicação do código de receita 7.59 – ICMS regime normal de apuração, fls. 12 a 15. Entretanto, verificando os dados cadastrais do autuado, consta, por exemplo, o Indeferimento do Processo nº 06929220051 referente a pedido de Regime Especial para utilização de ECF, em razão do contribuinte utilizar o regime de apuração do imposto em função da receita bruta.

Nesta ótica, o RICMS/BA estabelece o seguinte:

*Art. 267. É reduzida a base de cálculo do ICMS, em opção à utilização de quaisquer outros créditos fiscais:*

*(...)*

*VI - das operações realizadas por 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 salgados, refeições e outros serviços de alimentação, de forma que a carga tributária seja equivalente a 4% (quatro por cento), observado o disposto no § 1º e o seguinte:*

**Nota: A redação atual do inciso VI do art. 267 foi dada pelo Decreto nº 14.187, de 19/10/12, DOE de 20 e 21/10/12, efeitos a partir de 01/11/12, mantida a redação de suas alíneas. Redação originária, efeitos até 31/10/12:**

“VI - das operações realizadas por 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 salgados, refeições e outros serviços de alimentação, de forma que a carga tributária seja equivalente a 4 % (quatro por cento), observado o seguinte:”

**a) o contribuinte que optar por este benefício não poderá alterar a sistemática de tributação no mesmo exercício;**

**Nota: A redação atual da alínea “a” do inciso VI do art. 267 foi dada pela Alteração nº 5 (Decreto nº 14.073, de 30/07/12, DOE de 31/07/12), efeitos a partir de 01/08/12. Redação originária, efeitos até 31/07/12:**

“a) o contribuinte que optar por este benefício, deverá formalizar a sua opção, mediante registro no RUDFTO, não

podendo alterar no mesmo exercício;”

**b) nos fornecimentos de refeições com diferimento do ICMS, o substituto tributário utilizará este benefício, devendo o remetente constar nas notas fiscais e na coluna “Observações” do Registro de Saídas a indicação “Pagamento do ICMS pelo substituto com a redução de base de cálculo prevista no inciso VI do art. 267 do RICMS”;**

**c) as transferências e devoluções de mercadorias ocorrerão com destaque do ICMS, mas sem ônus tributário para o emitente;**

**d) o benefício não se aplica no cálculo do imposto devido por antecipação parcial e por antecipação tributária que encerre a fase de tributação nas aquisições de mercadorias realizadas pelo contribuinte, que deverá ser recolhido integralmente, inclusive por fornecedores de alimentos preparados predominantemente para empresas nas aquisições interestaduais de mercadorias para utilização no preparo das refeições;**

**Nota: A redação atual da alínea “d” do inciso VI do art. 267 foi dada pela Alteração nº 20 (Decreto nº 14.898, de 27/12/13, DOE de 28 e 29/12/13), efeitos a partir de 01/01/14.**

**Redação anterior dada à alínea “d”, tendo sido acrescentada ao inciso VI do art. 267 pela Alteração nº 1 (Decreto nº 13.870, de 02/04/12, DOE de 03/04/12), efeitos a partir de 01/04/12 a 31/12/13:**

“d) o benefício não se aplica no cálculo do imposto devido por antecipação parcial e por antecipação tributária que encerre a fase de tributação nas aquisições de mercadorias realizadas pelo contribuinte;”

Assim, considerando que o autuante, quando da informação fiscal, declarou que “**o contribuinte, mesmo estando enquadrado no regime simplificado de apuração**, apresentou as respectivas Escrituração Fiscal Digital (EFD) do período auditado (exercícios de 2011 e 2012), como se adotasse o Regime de Apuração Normal e que, de maneira similar e distorcida, os recolhimentos efetuados pelo contribuinte no período se deu através do código de receita 0759 – ICMS REGIME NORMAL – COMÉRCIO, quando o correto seria o uso do código 0830 – ICMS REGIME SIMPLIFICADO DE APURAÇÃO. Com isso considera que tais fatos, **aliado a ausência dos elementos só agora apresentados** é que demonstram a necessidade de revisão da infração”, e que apesar do pagamento do imposto ter sido efetuado com o código de receita incompatível com o tipo do recolhimento efetuado, acolho o posicionamento do autuante no sentido de afastar a exigência fiscal já que os cálculos levados a efeito pelo mesmo levaram em consideração a apuração do imposto com base no regime normal, inaplicável ao presente caso.

Diante dos fatos acima expostos, não vislumbro nestes autos motivação para a nulidade do lançamento conforme sugerido pelo autuante, mas, de improcedência vez que a exigência fiscal não subsiste.

Em conclusão voto pela Improcedência do presente Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206837.3003/16-1** lavrado contra **TOK TAKE ALIMENTAÇÃO LTDA.**

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das sessões do CONSEF, em 25 de outubro de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR