

PROCESSO - A. I. Nº 108595.0022/12-2
RECORRENTE - MITTI ANDAIMES E EQUIPAMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JFJ nº 0129-02/14
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 26/04/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0060-11/17

EMENTA: ICMS. DIFERIMENTO. RECEBIMENTO DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. Restou comprovado que ocorreu fornecimento contínuo de refeições a funcionários do estabelecimento autuado, inclusive com indicação em alguns casos de que as operações estavam amparadas pelo regime de diferimento, com indicação do enquadramento legal. Mantida a Decisão recorrida por Decisão de maioria com voto de qualidade do presidente. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto da relatora. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão da 2ª JFJ que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, lavrado em 13/11/2012, o qual exige ICMS e MULTA, no valor total de R\$78.471,36, sob a acusação das seguintes infrações:

Infração 03 - 02.04.03 – Deixou de recolher o ICMS diferido no valor de R\$ 23.251,49, nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários, nos meses de janeiro de 2007 a dezembro de 2008, conforme documentos às fls.18 a 22. Em complemento consta: O contribuinte não fez o recolhimento do ICMS na condição de substituto como manda o RICMS.

O recorrente reconheceu a infração 1, tendo efetuado o devido pagamento. Em sede de Informação Fiscal, foram excluídas as infrações 2 e 4, restando tão somente parte das infrações 3, 5 e 6. O autuado, após a Informação fiscal, reconheceu e efetuou o pagamento das infrações 5 e 6.

De maneira pormenorizada, a referida Junta de Julgamento Fiscal julgou a questão entendendo pela Procedência em Parte nos seguintes termos:

VOTO

Na análise das peças processuais, constato que o sujeito passivo em sua defesa administrativa declarou o reconhecimento do débito no valor de R\$419,99, da infração 01 - 01.02.41, referente a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, nas aquisições de mercadorias para industrialização oriundas do sul/sudeste com ICMS destacado a maior que os 7% devidos em operações interestaduais. Portanto, diante do reconhecimento do débito pelo sujeito passivo, considero subsistente a infração.

Quanto às demais infrações que foram impugnadas (totalmente as infrações 02 - 01.02.02; 03 - 02.04.03 e 04 - 01.03.11, e parcialmente as infrações 05 - 16.01.01 e 06 - 16.01.02), passo a proferir o meu voto com base no que constam nos autos.

Infração 02 - 01.02.02

Trata de acusação de apropriação indevida crédito fiscal de ICMS, sobre a aquisição de Gás, sem a comprovação de que o referido produto foi utilizado no processo industrial da Empresa, conforme documentos às fls. 13 a 17.

Constato que a autuante em sua informação acolheu a comprovação feita pelo autuado, fls.84 a 115, representada por contratos formalizados com as empresas fornecedoras de gás onde ficou, segundo a autuante, demonstrado o modo de fornecimento em condições específicas para produção, cuja contabilização foi feita por medidores que aferem a combustão industrial, bem assim, que foi apresentada ainda uma grande quantidade de notas fiscais de gás natural que não teve o crédito aproveitado, tendo concluído, que "...a Empresa faz uso de gás natural canalizado em denso volume, única e exclusivamente para fins de produção industrial."

Assim, restando evidenciado que a utilização do gás natural através das notas fiscais objeto da autuação não foi

para qualquer outro fim que não o aquecimento dos fornos industriais, ou seja, a utilização do produto no processo industrial da Empresa, acompanhando a conclusão da autuante, considero insubsistente a acusação de apropriação indevida de crédito fiscal.

Infração 03 - 02.04.03

Diz respeito a falta de recolhimento do ICMS diferido, na condição de substituto tributário, nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários, conforme notas fiscais relacionadas às fls.18 a 22, fornecidas pelos seguintes contribuintes.

INSC. ESTADUAL	CONTRIBUINTE	ATIVIDADE
58.094.491	Braz de Almeida	Fornecimento de Alimentos
54.995.369	Sapore	Fornecimento de Alimentos
ISENTO	Melore Crisp	Restaurante
73.409.361	Kabanas das Águas	Restaurante
39.419.770	QCHEF	S.Adm.
55.362.540	Rest.de Deus Proverá	Fornecimento de Alimentos
75.124.940	Malbec Com.Atacadista	Com.atac.de bebidas
48.327.510	Valdir C. dos Santos	Restaurante
36.185.287	Nutricash	Emissão de V.Alimentação

A acusação fiscal foi enquadrada nos artigos 343, XVIII, 348 e 349, do RICMS vigente na data dos fatos geradores, com base na conclusão de houve fornecimento de refeições destinadas a consumo dos funcionários do contribuinte autuado.

Consoante o inciso XVIII do artigo 343 do RICMS/97, o lançamento do ICMS incidente 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;

No mesmo sentido, o artigo 348 do RICMS estabelece que o contribuinte que adquirir as refeições efetuará o recolhimento do imposto por ele lançado, na condição de responsável solidário.

Já o artigo 349 estabelece que 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.

Ao defender-se o sujeito passivo se insurge contra o lançamento fiscal arguindo que não houve fornecimento de refeições destinado ao consumo dos seus funcionários no seu estabelecimento, tendo em vista que:

- as notas fiscais acostadas ao Auto se tratam de notas emitidas por restaurantes escolhidos pelos seus funcionários para sua alimentação, nos momentos em que esses funcionários se encontravam em obras realizadas em áreas situadas fora da cidade de Salvador, e foram reembolsados pela empresa;
- jamais possuiu qualquer contrato, acordo, convênio, ou sequer indicação de estabelecimento para o fornecimento de alimentos, visto que, os seus funcionários, em regra, se alimentam mediante recebimento de Tickets Refeição, nos termos do regramento estabelecido pelo PAT.

Verifico que consoante o que consta no levantamento fiscal às fls. 18 a 22, as notas fiscais foram emitidas em nome do autuado, e servem como prova de que houve a entrada das refeições no estabelecimento, não havendo, por isso, necessidade de qualquer contrato entre o autuado e seus fornecedores. Ressalto que o entendimento do CONSEF é de que a nota fiscal originada neste Estado serve como elemento de prova de que as mercadorias entraram no estabelecimento do contribuinte.

Portanto, a realidade documental constante nos autos prova que as refeições foram fornecidas ao estabelecimento autuado, e foram utilizadas pelos respectivos funcionários. Quanto ao argumento defensivo, de que houve o ressarcimento das refeições aos funcionários, não foi apresentado qualquer documento de prova nesse sentido.

Nestas circunstâncias, apesar de a 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho da Fazenda Estadual através do Acórdão JF nº 0346-03/10, no julgamento do Auto de Infração nº 148714.0017/09-3, ter decidido que para que estivesse caracterizado o termo final do prazo do diferimento, teria que estar provado, que de fato o autuado recebera as refeições e as fornecera para consumo de seus empregados, não acompanho tal Decisão, visto que, como dito acima, no caso em comento, as notas fiscais emitidas em nome do autuado servem como prova de que houve o fornecimento das refeições para consumo dos funcionários. Além do mais, repito, não foi carreada ao processo, pelo autuado, qualquer prova de que houve o desembolso aos seus funcionários das refeições consumidas fora do estabelecimento.

Quanto a alegação defensiva de que os seus funcionários, também se alimentam mediante recebimento de Tickets Refeição, constato que a autuante acolheu tal alegação, e informou que excluiu do levantamento fiscal as notas fiscais de fornecedores de vales refeições, inclusive de notas fiscais referentes a contribuinte atacadista de bebidas, concluindo pela redução do débito para o valor de R\$21.349,49.

Considerando que a autuante não cumpriu o item "4" do pedido de diligência, fls. 262 a 263, deixando de elaborar o levantamento fiscal resultante das exclusões de que cuidam os itens anteriores do referido pedido,

apenas informando o débito resultante das exclusões, por medida de celeridade processual, excluí do levantamento fiscal às fls.18 a 22, as notas fiscais emitidas pelos contribuintes Malbec Com.Atacadista (75.124.940); Valdir C. dos Santos (48.327.510); e Nutricash (36.185.287), resultando na diminuição do débito deste item para o valor de R\$21.349,03, conforme planilha abaixo:

INSC. ESTADUAL	VLS. INICIAIS			EXCLUSÕES				VALORES DEVIDOS
	2007	2008	TOTAL	NF 2959	NF 2959	NF 1752	NF 1556	
58.094.491	399,36	47,19	446,55					446,55
54.995.369	191,48	1.800,94	1.992,42					1.992,42
ISENTO	315,84	410,55	726,39					726,39
73.409.361	6.243,46	10.466,21	16.709,67					16.709,67
39.419.770	40,39	173,32	213,71					213,71
55.362.540	894,64	365,57	1.260,21					1.260,21
75.124.940	-	428,11	428,11	326,72	101,39			-
48.327.510	-	283,93	283,93			283,93		-
36.185.287	-	1.190,50	1.190,50				1.190,50	-
SOMA	8.085,17	15.166,32	23.251,49	326,72	101,39	283,93	1.190,50	21.348,95

Ressalto que a autuante apurou o débito no valor de R\$21.349,49, que diferiu do total apurado acima, em razão de arredondamentos nos "centavos".

Item procedente em parte.

Infração 04 – 01.03.11

Acusa a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a aquisição de energia elétrica em percentual superior ao efetivamente consumido no processo de industrialização, conforme demonstrativos às fls. 23 a 24.

O sujeito passivo ao defender-se considerou inadequado o critério utilizado pelo Fisco para definir o consumo de energia no seu processo de industrialização, por entender que foi apurado com base no seu faturamento de vendas em relação ao faturamento total da empresa, tomando por base o percentual de consumo de energia elétrica proporcional ao percentual de faturamento das vendas sobre o faturamento total da empresa.

Sua justificativa para não aceitação do critério adotado pela autuante, está fundamentado no fato de que o consumo de energia elétrica atrelado a atividade de locação de andaimes é praticamente "inexistente", e que tal consumo se restringe à iluminação do escritório, e que não existem custos com energia elétrica vinculados aos serviços de montagem de andaimes.

Assim, considerou desproporcional adotar o consumo de energia elétrica em relação aos respectivos faturamentos das atividades, visto que o seu volume de faturamento advém da locação de andaimes desenvolvida em sua filial Dias D'Avila.

A autuante, por seu turno, apesar de entender proporcional o consumo de energia em relação ao faturamento, acolheu as razões defensivas com base na conclusão de que embora nenhum laudo técnico tenha sido apresentado, considerou fundamentada a argumentação da Empresa, acatando-a em sua totalidade.

Diante desta declaração da autuante, não subsiste a infração.

Infração 05 - 16.01.01

Neste item foi aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória em razão da falta de escrituração, no Registro de Entradas, de notas fiscais de aquisições de mercadorias sujeitas à tributação, conforme demonstrativo às fls. 25 a 26.

O lançamento foi impugnado com base na informação de que a maior parte das notas fiscais constantes no levantamento fiscal está devidamente escriturada no RE nas datas de entradas das mercadorias no estabelecimento ou por lançamento extemporâneo, conforme Anexo 5, fls.136 a 148, no valor contábil de R\$172.339,91, o que representaria uma suposta infração total de R\$17.233,99, e descaracteriza qualquer descumprimento de obrigações acessórias com relação às essas notas. Quanto às demais notas fiscais, foi reconhecido pelo autuado que realmente não tinha escriturado tais notas fiscais, reconhecendo a multa no valor de R\$3.246,86, calculada sobre o total de R\$32.468,61, conforme discriminado no Anexo 6, fl. 148.

Considerando que a autuante na informação fiscal confirmou que foi apresentada comprovação de lançamentos extemporâneos de parte das notas fiscais autuadas, que reduziram o valor em R\$17.233,98, considero subsistente em parte este item no valor reconhecido de R\$3.246,87.

Cumpra observar que quando do pedido de diligência, fls. 262 a 263, para apresentação de documentos relativos à infração 06, a autuante ao produzir a informação fiscal sobre dita diligência, informou que nenhum contribuinte encaminhou cópia das notas fiscais intimadas referente a este item. Considerando o reconhecimento parcial do débito pelo autuado, tal informação não será levada em consideração para o voto em questão.

Infração 06 - 16.01.02

Trata de aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória em razão da falta de escrituração, no

Registro de Entradas, de notas fiscais de aquisições de mercadorias não tributáveis, conforme demonstrativo às fls. 27 a 29.

O lançamento da multa foi impugnado, sendo destacado que dentre as notas fiscais apontadas pelo Fisco como não escrituradas, incorreram cinco situações distintas:

O lançamento foi impugnado com base nas alegações de que:

a) A maior parte das notas foi encontrada e devidamente escriturada nos livros fiscais nas datas de entrada das mercadorias ou por lançamento extemporâneo, conforme documentação anexada no Anexo 7, fls.150 a 164, totalizando um valor contábil de R\$180.053,35 em notas fiscais devidamente escrituradas, o que representa uma suposta infração total de R\$1.800,53.

b) Algumas notas foram consideradas como não escrituradas na Matriz, (CNPJ 15.153.265.0001-05), se tratam de notas emitidas para a filial Dias D'Ávila, (CNPJ 15.153265.0002-88), e que estão devidamente escrituradas no livro fiscal da referida Filial, no valor contábil de R\$30.699,02, conforme Anexo 8, fls. 165 a 164, e cópias de notas fiscais fls.171 a 197, que representaria uma suposta infração total de R\$306,99.

c) As notas fiscais “emitidas” pela empresa Votorantim Cimentos S/A jamais foram entregues à Mitti Andaimes e Equipamentos Ltda. (fl.190)

d) Admite que algumas notas fiscais recebidas pelo estabelecimento, de fato, deixaram de ser escrituradas, cujo débito está sendo quitado junto ao Fisco, e declara assumir o débito referente a essas notas fiscais, relacionadas no Anexo 10, fl.202, no valor total de R\$ 365.455,77, representando uma multa no valor de R\$ 3.654,56, débito esse, devidamente reconhecido e quitado junto ao fisco estadual.

e) A nota fiscal de remessa de substituição dos produtos emitida pela Braskem S/A não lhe foi entregue, conforme documentação anexada, que foi realizada uma operação de venda de braçadeiras à empresa Braskem S/A. (Anexo 12, fl.204 a 206), visto que naquele interstício, em razão de problemas de ordem técnica, se fez necessária a substituição de dois lotes do produto.

f) erro material – erro na soma das notas fiscais não tributáveis, correspondente ao montante de R\$427.584,86, que equivocadamente foi apurado pela fiscalização essa soma como correspondente à R\$435.992,15, resultando em uma diferença de R\$8.407,77, no valor total contábil, conforme Anexo 11, fls. 221 a 225.

Apesar de a autuante na informação fiscal ter acolhido apenas a comprovação das notas que foram escrituradas no Registro de Entradas (item “a”), conforme relação e documentos às fls.150 a 164, mas não elaborou nenhum demonstrativo, indicando apenas o valor acolhido.

Considerando as alegações contidas nos itens “c” e “e”, acima, bem assim, que consta no levantamento às fls. 27 a 29 que as notas fiscais foram informadas por terceiros em arquivos magnéticos e não constam no processo cópias das notas fiscais.

Conforme despacho de diligência às fls. 262 a 263, visando instruir o processo com todos os elementos de provas e permitir ao sujeito passivo exercer com plenitude a ampla defesa e o contraditório, bem como oferecer ao Estado a segurança do crédito tributário, ora exigido, foi proposto pelo Relator e acolhido pelos demais membros desta 2ª JF, na Pauta Suplementar do dia 28/98/2013, pela conversão do processo em diligência à Infaz de origem, no sentido de que a autuante adotasse as providências abaixo:

1. Obtivesse diretamente nos emitentes cópias das notas fiscais relacionadas às fls.190, 204 e 219, fazendo a juntada ao processo das mesmas.

2. Excluisse do levantamento fiscal, fls.27 a 29, as notas fiscais para as quais não forem carreadas aos autos as respectivas cópias.

3. Excluisse do levantamento fiscal as notas fiscais que foram comprovadas como lançadas no Registro de Entradas, conforme relatório à fl.150.

4. Juntasse ao processo o levantamento fiscal resultante das providências anteriores, indicando, o débito a ser mantido, se for o caso.

A autuante em sua informação à fl.267, informou que as empresas que declararam no SINTEGRA as notas fiscais foram intimadas a apresentar cópias das notas fiscais que motivaram o lançamento do item em comento, mas, não atenderem ao seu pedido.

Levando-se em conta o acima alinhado, ou seja, que não foram carreadas ao processo todas as cópias das notas fiscais identificadas no SINTEGRA, o lançamento do débito em relação a tais notas fiscais não subsistem, haja vista que a jurisprudência do CONSEF nestes casos exige a apresentação das cópias das notas fiscais, inclusive, se for o caso, da comprovação do efetivo recebimento das mercadorias.

A autuante cumprindo a diligência concluiu o débito a ser mantido é de R\$1.348,27, no caso das cópias das notas fiscais nº 375371, 375397, 27052 e 1160, obtidas junto aos fornecedores, (fls.268 a 272). Em relação a tais notas fiscais o autuado comprovou o lançamento nos livros fiscais. Contudo, considerando o autuado já havia reconhecido o débito no valor de R\$3.246,86, referente às notas fiscais relacionadas no demonstrativo à fl.202, concluo que deve ser mantido o referido valor, o que resulta na subsistência parcial deste item.

No que concerne à redução da multa, pleiteada pelo autuado, o § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, concede ao órgão julgador administrativo a discricionariedade de, uma vez imputadas às multas por descumprimento de obrigações acessórias, conceder redução ou cancelamento das mesmas, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto, dispositivo legal que é regulamentado pelo art. 158 do RPAF/BA.

Esta discricionariedade, portanto, permite que, mesmo não havendo dolo, fraude ou simulação ou falta de imposto recolhido, relativo a infração por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não conceda a redução ou o cancelamento das multas aplicadas.

No presente caso, considerando a inexistência de demonstração da não ocorrência de dolo, haja vista tratar de uma questão subjetiva, não há como contemplar o pedido do impugnante para de redução ou cancelamento da multa.

Ante o exposto, voto **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração no valor de R\$28.670,36, conforme planilhas abaixo:

INFRAÇÃO	VL. AUTUADO	VL.RECONHEC.	VL.JULGADOS	VL.IMPROC.
1	419,99	419,99		
2	15.262,59			15.262,59
3	23.251,49		21.348,95	
4	11.811,76			11.811,76
5	20.480,85		3.246,86	
6	7.244,68		3.654,56	
TOTAIS	78.471,36	419,99	28.250,37	27.074,35

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

Data Ocor.	D. Vencto.	B. Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	V. Débito	Exclusões	VL.Devido	INF.
31/01/2007	20/02/2007	1.790,00	4	60	71,60		71,60	3
28/02/2007	20/03/2007	1.503,00	4	60	60,12		60,12	3
31/03/2007	20/04/2007	8.786,25	4	60	351,45		351,45	3
30/04/2007	20/05/2007	12.661,00	4	60	506,44		506,44	3
31/05/2007	20/06/2007	11.380,00	4	60	455,20		455,20	3
30/06/2007	20/07/2007	12.289,25	4	60	491,57		491,57	3
31/07/2007	20/08/2007	25.109,00	4	60	1.004,36		1.004,36	3
31/08/2007	20/09/2007	24.313,25	4	60	972,53		972,53	3
30/09/2007	20/10/2007	20.818,50	4	60	832,74		832,74	3
31/10/2007	20/11/2007	26.018,25	4	60	1.040,73		1.040,73	3
30/11/2007	20/12/2007	30.107,75	4	60	1.204,31		1.204,31	3
31/12/2007	20/01/2008	27.353,00	4	60	1.094,12		1.094,12	3
31/01/2008	20/02/2008	33.416,75	4	60	1.336,67		1.336,67	3
29/02/2008	20/03/2008	32.023,00	4	60	1.280,92		1.280,92	3
31/03/2008	20/04/2008	24.686,50	4	60	987,46		987,46	3
30/04/2008	20/05/2008	25.798,50	4	60	1.031,94		1.031,94	3
31/05/2008	20/06/2008	54.619,00	4	60	2.184,76		2.184,76	3
30/06/2008	20/07/2008	41.242,25	4	60	1.649,69		1.649,69	3
31/07/2008	20/08/2008	21.258,75	4	60	850,35		850,35	3
31/08/2008	20/09/2008	5.517,50	4	60	220,70		220,70	3
30/09/2008	20/10/2008	15.835,50	4	60	633,42		633,42	3
31/10/2008	20/11/2008	39.459,25	4	60	1.578,37	- 428,11	1.150,26	3
30/11/2008	20/12/2008	41.633,50	4	60	1.665,34	- 283,93	1.381,41	3
31/12/2008	20/01/2009	43.667,50	4	60	1.746,70	- 1.190,50	556,20	3
TOTAL					23.251,49	- 1.902,54	21.348,95	

D. Ocor.	D. Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	V.Débito	INF.
31/12/2007	20/01/2008	12.389,06	-	10	1.238,91	3
31/01/2008	20/02/2008	1.567,50	-	10	156,75	5
31/03/2008	20/04/2008	1.990,00	-	10	199,00	5
31/05/2008	20/06/2008	7.210,90	-	10	721,09	5
30/06/2008	20/07/2008	7.410,44	-	10	741,04	5
31/08/2008	20/09/2008	1.900,71	-	10	190,07	5
TOTAL					3.246,86	

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	V. Débito	INF.
31/01/2007	16/07/2012	14.365,00	-	1,00	143,65	6
28/02/2007	16/07/2012	2.890,00	-	1,00	28,90	6
30/04/2007	16/07/2012	144.900,00	-	1,00	1.449,00	6
31/05/2007	16/07/2012	1.276,00	-	1,00	12,76	6
30/09/2007	16/07/2012	64.392,00	-	1,00	643,92	6

31/01/2008	16/07/2012	64.872,00	-	1,00	648,72	6
30/04/2008	16/07/2012	1.490,00	-	1,00	14,90	6
31/07/2008	16/07/2012	2.650,00	-	1,00	26,50	6
31/08/2008	16/07/2012	62.968,00	-	1,00	629,68	6
31/10/2008	16/07/2012	1.818,00	-	1,00	18,18	6
30/11/2008	16/07/2012	2.815,00	-	1,00	28,15	6
31/12/2008	16/07/2012	1.020,00	-	1,00	10,20	6
TOTAL					3.654,56	

Inconformada com a Decisão, o recorrente interpôs Recurso Voluntário objetivando a reapreciação do Acórdão nº 0129-02/14 em relação à infração 3, com base nas seguintes argumentações:

Primeiramente, afirma que o valor de R\$3.246,86 referente à infração 5, assim como os R\$ 3.654,56 relativo a infração 6, já foram reconhecidas e efetivamente quitadas pela empresa autuada desde a apresentação de sua primeira impugnação. O que inclusive, foi evidenciado na primeira pagina da impugnação.

Assim, considerando que a Decisão do CONSEF entendeu como devido apenas o exato valor reconhecido como devido (R\$3.246,86 referente a infração 5, assim como os R\$3.654,56 relativo a infração 6), expurgando completamente a quantia impugnada, resta constatar a total procedência (sic) dos referidos itens.

Quanto à infração 3, a empresa recorrente alega veementemente que sempre forneceu tickets refeição (NUTRICASH) aos seus funcionários, havendo, inclusive, notas fiscais da NUTRICASH pelo fiscal.

Aduz que não há refeitório ou espaço para alimentação de seus funcionários que pudesse sequer ensejar o ingresso de alimentos a serem destinados aos funcionários e que o simples fato de haverem notas fiscais de estabelecimentos distintos em nome do autuado não significa dizer que houve ingresso de alimentos destinados aos funcionários.

Deste modo, defende que a hipótese legal que se destina ao ingresso de alimentação no estabelecimento autuado a ser disponibilizada não se enquadra ao presente caso. Assim, a simples alimentação nos restaurantes com emissão de notas para pagamento do autuado não se enquadra na espécie em comento.

Ademais, informa que os pagamentos são referentes à alimentação de terceiros, prestadores externos de serviços (Kabana das Águas), funcionários em obras externas (sapore – situada nas dependência da Cibra Fértil Companhia Brasileira de Fertilizantes) efetuados em razão da alimentação em estabelecimentos externos. Logo, não se pode presumir que há entrada de alimentos no estabelecimento autuado pelo simples fato de haver uma nota fiscal emitida em nome da empresa autuada. Não cabe ao Fisco presumir a entrada de refeições no estabelecimento, mas sim comprovar entrada no estabelecimento para que assim se possa imputar a obrigatoriedade do Diferimento.

Em suma, alega o recorrente o que se pode constatar das notas fiscais acostadas ao Auto é que se tratam de notas emitidas por restaurantes escolhidos por alguns prestadores para sua alimentação, cujo pagamento se deu pela empresa recorrente.

Segue sua linha de defesa e aponta julgado da 3ª Junta de Julgamento Fiscal em julgado idêntico de autuação que lhe foi imputada em meados de 2010, a qual entendeu que “O Fisco não comprova que houve a entrada das refeições no estabelecimento do autuado”.

Mais uma vez afirma se tratar os pagamentos de reembolsos pelos gastos com alimentação, livremente exercidos em estabelecimentos diversos. Portanto, são clientes comuns que se alimentaram rotativamente em distintos restaurantes, não havendo qualquer vinculação com a entrada de alimentação ao estabelecimento da empresa.

Deste modo, conclui que os restaurantes apontados pelo Fisco jamais destinaram quaisquer refeições ao estabelecimento do autuado, razão pela qual não se enquadra em qualquer hipótese de diferimento dos impostos, devendo ser julgada totalmente improcedente a infração 03 deste Auto de Infração.

Em análise proferida pela PROFIS, da lavra da i. Procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa notou-se que a única prova do Fisco em relação à infração 03 é a relação das notas fiscais de fls. 18/22 e, como não há cópias das notas fiscais para que se possa buscar mais elementos da forma como se deu, o fornecimento das refeições – se dentro do estabelecimento ou se nos restaurantes emitentes dos documentos fiscais, sugeriu diligência para que se busque mais elementos quanto ao fornecimento de alimentação dentro do estabelecimento autuado.

Assim sendo, a 1ª Câmara converteu o feito em diligência à autuante com o objetivo de buscar mais elementos quanto ao fornecimento de alimentação dentro do estabelecimento autuado, solicitando: a) cópia das notas fiscais constantes no demonstrativo de fls. 18/22 e b) vistoria no estabelecimento autuado, a fim de identificar a existência de refeitório, trazendo aos autos fotos do ambiente encontrado.

A autoridade fiscalizadora manifestou-se quanto à diligência solicitada informando que as notas autuadas estão anexadas ao presente PAF, e que vistoria solicitada restou-se inaplicável, visto que a autuação refere-se aos anos de 2007 e 2008, e qualquer coisa que se encontre na empresa não vai ter correlação com a realidade da época. (diligência solicitada em 2015).

Dando prosseguimento o feito, a PGE/PROFIS manifestou seu opinativo nos seguintes termos:

Após a anexação das notas fiscais solicitadas na diligência, entendeu o i. Procurador Dr. José Augusto Martins Júnior, que há indícios de houve a entrada efetiva das refeições no estabelecimento autuado.

Cita como exemplo a nota fiscal de fl. 436, em que se verifica o pagamento de 400 almoços, precisamente no dia 20/03/2009, sendo que pela quantidade lustrada no documento fiscal, ter-se-ia o estabelecimento KABANA DAS ÁGUAS uma capacidade de 400 lugares para consumo desta refeição, o que afigura-se inverossímil. O mesmo acontece com as notas de fls. 437 e 440, com 938 e 1470 almoços fornecidos.

Assim, entende as refeições eram consumidas pelos funcionários dentro do estabelecimento autuado, não sendo cabível que o mesmo tenha sido fornecido nos estabelecimentos indicados nas notas fiscais, pela evidente incapacidade de suportar ao menos quinhentos funcionários no estabelecimento.

Argumenta ainda que, mesmo que se entenda que houve o fracionamento do fornecimento ao longo do mês, sendo lançados numa nota fiscal ao final do mês, prática muito comum no fornecimento de refeições, observa-se a proximidade das datas, conforme notas de fls. 433/434.

Por fim, entende o i. Procurador que há provas claras de que as refeições, de fato, eram consumidas dentro do estabelecimento do autuado, sob a modalidade vulgarmente denominada “quentinhas”, opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO VENCIDO

Visa o presente Recurso Voluntário a reapreciação da Decisão de piso que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado, sendo objeto de questionamento tão somente a infração 3, já que as infrações 1, 5 e 6 foram reconhecidas e pagas pelo recorrente, e as infrações 2 e 4 julgadas Improcedentes pelo autuado e confirmadas pelo julgador de Primeira Instância.

Entendeu o Fisco na infração 3 que houve por parte do Recorrente falta de recolhimento do ICMS diferido, na condição de substituto tributário, nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte de seus funcionários, conforme notas fiscais de fls. 18 a 22.

Ocorre que, em sede de defesa, o recorrente informou que as notas fiscais acostadas se tratam de notas emitidas por restaurantes escolhidos pelos funcionários nos momentos em que estes se encontravam em obras realizadas em áreas situadas fora da cidade de Salvador, sendo reembolsados pela empresa, e que jamais possuiu qualquer contrato com estabelecimento de fornecimento de refeições, já que seus funcionários recebem tickets refeição, conforme termos do PAF.

O autuado acatou a alegação de que os funcionários recebiam tickets refeição, excluindo do levantamento fiscal as notas fiscais de fornecedores de vales refeições, inclusive de notas fiscais referentes a contribuintes atacadistas de bebidas, reduzindo o débito em R\$21.349,49, entendimento também adotado em Decisão de primeiro grau, o que acarretou em sua Procedência em Parte.

Em sede recursal, alegou o recorrente que não há no estabelecimento fornecimento de refeições destinadas ao consumo dos funcionários da Mitti. O que se verifica, segundo a empresa recorrente, é que alguns prestadores de serviços foram reembolsados pelos gastos com alimentação, livremente exercidos em estabelecimentos diversos, não havendo qualquer vinculação com a entrada de alimentação ao estabelecimento autuado.

Em Parecer opinativo, após realização de diligência proposta pela PGE na tentativa de sanar dúvidas quanto à entrada ou não de refeições no estabelecimento autuado para os funcionários, entendeu o i. Procurador que as notas fiscais apresentadas mostram com clareza, que as refeições eram consumidas dentro do estabelecimento do autuado, sob a modalidade vulgarmente denominada “quentinha”, entendendo pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

Compulsando os autos, e verificando os documentos apresentados pela empresa, não há como se presumir que as refeições compradas dizem respeito à refeição dos funcionários efetivos da empresa, até porque, conforme notas anexadas, a empresa faz o pagamento mediante tickets refeição.

Analisando as notas fiscais, percebe-se inclusive que a quantidade de refeições fornecidas em um único dia, como ilustrou o Procurador na fundamentação de seu Parecer em relação a Nota Fiscal nº 436, referente a 400 almoços, nota-se uma quantidade de refeições extremamente alta, não sendo, claramente, o total de funcionários do estabelecimento, podendo-se presumir também tratar-se de alimentação de prestadores de serviços, como aduzido pelo recorrente.

De fato, estamos lidando com uma situação incerta, na qual não há como se atestar com precisão se houve entrada ou não de alimentos na empresa com o intuito de alimentar os funcionários da casa, até porque o período de autuação se deu em 2007/2008, sendo infértil inclusive, uma tentativa de diligência in loco para atestar tal condição.

Deste modo, apesar de pertinente a colocação do i. Procurador e do entendimento do julgador de piso ao defender que as notas fiscais ensejariam em prova capaz de comprovar que houve a entrada de alimentos no estabelecimento para os funcionários, os tickets apresentados também comprovam que a empresa pagava a alimentação dos seus empregados, entrando em choque com a ideia de um fornecimento, a mais, de refeições.

Entendo que o trecho da infração “nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários”, resta claro que o termo “entrada” refere-se a entrada física de refeições no estabelecimento e não em entrada no sentido jurídico, entendido no momento da tradição, da compra do produto e sua destinação aos funcionários.

Ademais, entendo que não seria caso de diferimento do ICMS, já que a empresa autuada não preenche todos os requisitos por não fornecer, em seu espaço físico, refeições aos seus funcionários.

O direito não se presume. Deste modo, todo o PAF demonstra a incerteza de tal infração, a começar pelo dizer da própria autuante quanto diz que: “na dúvida, mantenho a autuação” (fl. 229), bem como na solicitação de Parecer pela i. Procuradora Maria Dulce Hasselman Baleeiro Costa no intuito de sanar tais dúvidas, as quais permanecem, já que uma diligência in loco tonou-se infrutífera pelo passar do tempo.

Assim, em consonância com o entendimento exarado no Acórdão da 3ª JF de nº 0346-03/10, bem como no Princípio constitucional no *in dubio pro contribuinte*, constante no art. 112 do CTN, entendo pela improcedência da infração 3, já que não há, nos autos, provas concretas de que houve a entrada das refeições no estabelecimento do autuado, bem como não há nenhuma comprovação de existência de contrato para fornecimento das refeições, não sendo coerente

presumir que as Notas Fiscais anexadas assemelham-se a um contrato de prestação de serviços alimentícios junto ao estabelecimento autuado.

Por fim, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, entendendo pela IMPROCEDÊNCIA da infração 3.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao mérito da infração 3)

Em que pese a boa fundamentação expendida pela n.Relatora, divirjo do seu posicionamento com relação a apreciação do mérito da infração 3, que acusa falta de recolhimento do ICMS diferido, na condição de substituto tributário, nas entradas de refeições destinadas a consumo de funcionários.

Com relação à alegação de que parte das operações objeto da autuação se referem a notas emitidas por restaurantes que foram reembolsados pela empresa e recebimento de tickets refeição, observo que foram excluídas do levantamento fiscal o que reduziu os valores exigidos.

Quanto à fundamentação de que as notas fiscais emitidas podem não se referir a fornecimento de alimentação de funcionários e sim de alimentação de prestadores de serviços, constato que as notas fiscais de números:

- A) 801 e 835 emitidas pela empresa Bag Refeições Coletivas acostadas às fls. 350 e 351 indica fornecimento de 358 refeições no mês de janeiro/2007 e 281 refeições no mês de fevereiro de 2007;
- B) 1, 2, 3, 4 e 5 emitidas pela empresa Kabana das Águas, juntadas às fls. 354, 356, 357, 358 e 359 consignam fornecimento de 861, 778, 673, 118 e 682 refeições (almoço), além de cafés e jantas nos meses de março e abril/2007.

Logo, mesmo que não exista um contrato formal, denotam um contrato em que o fornecedor das refeições ofereciam de forma contínua serviços de alimentação a funcionários do estabelecimento autuado o que caracteriza um contrato, mesmo que informal.

Com relação à apreciação de que a legislação prevê o diferimento “nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários” e que o termo “entrada” deve ser interpretado como “a entrada física de refeições no estabelecimento”, também entendo que tal interpretação é equivocada, tendo em vista que o art. 343, XVIII do RICMS/97 vigente à época da ocorrência dos fatos geradores previa 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;

Neste caso, mediante um contrato (formal ou informal) entre o estabelecimento fornecedor e o adquirente das refeições, no caso o estabelecimento autuado, o primeiro fornece refeições ao empregado e o segundo se compromete a pagar pelas refeições fornecidas. Dessa forma, o termo entrada no estabelecimento deve ser interpretado pelo cumprimento do que foi pactuado, ou seja, entregar as refeições aos empregados, cuja obrigação de pagar é do estabelecimento onde está vinculado o empregado. No momento que há a entrega da refeição ao empregado e o contratante (recorrente) efetua o pagamento, materializa-se a transferência da mercadoria tanto em termos jurídicos como econômico.

Tomando por exemplo a primeira Nota Fiscal nº 801 (fl. 350) emitida pela empresa Bag Refeições Coletivas foi indicado no campo “Reservado ao Fisco” o seguinte: “Pagamento do ICMS em função da receita bruta, para efeito do inciso XVIII do art. 343 do decreto 6.284/97”, ou seja, o próprio fornecedor informou no documento fiscal que a responsabilidade pelo lançamento e pelo pagamento do imposto relativo a comercialização das refeições por ele fornecida era do destinatário e não dele.

Caso, se desconstitua o lançamento com base na apreciação da n.Relatora, nem o fornecedor das refeições, nem o adquirente teriam a obrigação de pagar o ICMS diferido, diante de uma operação

real de circulação de mercadorias, na qual tanto o fornecedor como o adquirente evidenciaram no documento fiscal que a operação estava contemplada pelo regime do diferimento. Por isso, deve ser mantida a exigência do ICMS diferido conforme apreciado na Decisão ora recorrida.

Com relação à Decisão contida no Acórdão JJF de nº 0346-03/10, entendo que não pode servir de supedâneo para a situação deste processo. Naquela autuação, a infração 2 acusava falta de recolhimento de ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários, porém referia-se apenas a uma Nota Fiscal de nº 0156, emitida pela “Associação Atlética de Mataripe”, cujo valor exigido foi de R\$110,42, tendo sido ressaltado que “*Sequer está identificada a quantidade de refeições fornecidas, ou a data de saídas das mesmas do estabelecimento emitente do documento fiscal*”.

Portanto, naquela autuação restou caracterizado que a empresa pagou uma despesa de um eventual serviço prestado por aquela Associação o que não configura situação de diferimento do imposto, diferindo da situação em lide de fornecimento contínuo e fornecedores de refeições, com emissão de notas fiscais mensais, em alguns casos, sequenciais, tendo em alguns casos indicado no próprio documento fiscal que a operação estava contemplada com o regime de diferimento.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a PROCEDÊNCIA da infração 3.

Observo que o montante do débito referente devido está incorreto, pois se verifica que o valor corrente é no valor de R\$28.250,37 e, não R\$28.670,37, conforme está exposto na resolução do julgamento de Primeira Instância no somatório do ICMS mais a multa por descumprimento de obrigação acessória. Assim retifico, de ofício, o valor do débito julgado remanescente de acordo com o art. 164, §3º do RPAF/99-BA.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **108595.0022/12-2**, lavrado contra **MITTI ANDAIMES E EQUIPAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$21.348,95**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$6.901,42**, prevista nos incisos IX e XI, do citado dispositivo legal, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05, devendo ser homologado o valor recolhido.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros(as): Eduardo Ramos de Santana, Paulo Danilo Reis Lopes e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros(as): Laís de Carvalho Silva, Rodrigo Lauande Pimentel e Valnei Sousa Freire.

Sala das sessões do CONSEF, 09 de março de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA/VOTO VENCIDO

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – VOTO VENCEDOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS