

PROCESSO	- A. I. Nº 206837.3003/16-1
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- TOK TAKE ALIMENTAÇÃO LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 4ª JJF nº 0196-04/16
ORIGEM	- INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 04/05/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0076-11/17

EMENTA: ICMS. DESENCONTRO ENTRE OS VALORES RECOLHIDO E 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente processo foi encaminhado para esta Câmara pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, a qual formalizou Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, face a Decisão exarada no Acórdão JJF Nº 0196-04/16, que julgou Improcedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$173.676,19, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e escriturado na apuração do imposto. Multa de 60% prevista pelo art. 42, inciso II, alínea “b” da Lei nº 7.014/96.

O autuado, às fls. 33 a 37, apresentou defesa, concentrando a sua irresignação na tese de que o desencontro apontado pelo autuante deveu-se ao fato de que não foi observada a atividade econômica principal da empresa autuada, porquanto, enquadrando-se no ramo de restaurante e similar, deveria se submeter ao modelo simplificado para apuração do tributo, tendo tal inobservância tipificado a infração, eis que tratou a empresa como se ela devesse realizar a apuração pela conta corrente fiscal.

Por sua vez, a autuante, na informação fiscal de praxe (fls. 222/223), posicionando-se na linha de que, em razão dos elementos apensados, acatava e reconhecia a pertinência da nulidade da Infração imputada, destacando que o fato do autuado não ter observado os procedimentos previstos na legislação do ICMS para apuração e recolhimento do imposto devido, dever-lhe-ia ser aplicada multa, até por serem requisitos básicos e tão elementares que induzi-lo a erros. Concluiu recomendando a anulação da infração e consequentemente do Auto de Infração.

Consubstanciado no Acórdão JJF Nº 0196-04/16, o Auto de Infração foi julgado Improcedente, com decisão de teor adiante transcrita:

“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, confeitorias, 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, confeitorias, 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 deferimento 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.”

Em decorrência da desoneração do sujeito passivo ultrapassar o valor do limite previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 1^a JJF recorreu de ofício de sua Decisão.

VOTO

Consoante se depreende do Relatório, é objeto deste Recurso de Ofício a Decisão da 4^a JJF referente ao Auto de Infração supra identificado, a qual julgou Improcedente a imputação lavrada para cobrar o recolhimento a menor do ICMS em decorrência de desencontro entre os valores recolhido e escriturado na apuração do imposto.

Examinada, cuidadosamente, a proceduralidade, verifica-se ter sido o decisório recorrido exemplarmente proferido, nesse passo, desmerecendo qualquer tipo de reforma, porquanto acolhidos os argumentos sustentados pelo sujeito passivo, frise-se, os quais se encontram alicerçados em elementos probantes.

Outrossim, válido ressaltar que o próprio autuante, conforme retrata a Informação Fiscal de fls. 222/223, acatou a tese e documentos defensivos, concluindo pela nulidade do lançamento original, em termos de: “*Em face dos elementos apensados o autuante acata e reconhece a pertinência da nulidade da Infração imputada. Cabe destacar o fato do contribuinte ter inobservado os procedimentos previstos na legislação do ICMS para apuração e recolhimento do imposto devido e que deveria ser cabível de multa, até por ser requisitos básicos e tão elementares que induzir o autuante a erros. Recomenda-se a ANULAÇÃO da Infração e consequentemente do Auto de Infração.”*

Nesse contexto, considerando a classificação do sujeito passivo como restaurante, sujeito ao Regime Especial de Apuração do ICMS de 4% sobre a base de cálculo, receita total no período de apuração, e não sobre o Regime Normal da conta corrente fiscal, irretocável o posicionamento da primeira instância, concluindo 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.”

Destarte, evitando delongas desnecessárias, por ser a matéria eminentemente fática e apresentando-se fidedignas as ponderações defensivas, aliás, confirmadas pelo autuante, mediante a apresentação dos documentos fiscais necessários à elisão da imputação, acompanho a Decisão da JJF, considerando indevido o lançamento atinente ao Auto de Infração sob análise, mantendo a improcedência do débito sob análise.

Em suma, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado pela 4^a JJF, mantendo incólume a Decisão recorrida, por se encontrar em consonância com o Direito e a Justiça.

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 **206837.3003/16-1**, lavrado contra **TOK TAKE ALIMENTAÇÃO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de março de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS