

PROCESSO	- A. I. N° 207097.3003/16-4
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- LPATSA ALIMENTAÇÃO E TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 3ª JJF nº 0110-03/17
ORIGEM	- INFRAZ ALAGOINHAS
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 13/04/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0043-11/18

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. RECEBIMENTO DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. O lançamento e recolhimento do imposto encontravam-se diferido, em virtude da responsabilidade que é atribuída por lei ao destinatário, na qualidade de responsável tributário por substituição, por ter ocorrido em seu estabelecimento o fato que encerra a fase de diferimento. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra decisão da 3ª JJF que declarou Nulo o Auto de Infração nº 207097.3003/16-4, que tem por objeto a exigência do ICMS no valor de R\$74.074,20, acrescido da multa de 60% em razão de recolhimento a menor, referente a comercialização de refeições, com base no Regime de Apuração em Função da Receita Bruta, nos meses de Maio a Dezembro de 2013, Janeiro a Novembro de 2014 e Maio de 2015.

Após a análise do processo assim se manifestou a 3ª JJF:

VOTO

O presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, constando na descrição dos fatos que foi apurado recolhimento a menos, referente à comercialização de refeições, conforme Regime de Apuração em Função da Receita Bruta, nos meses de maio a dezembro de 2013; janeiro a novembro de 2014 e maio de 2015.

O defensor suscitou a nulidade do presente lançamento, alegando ausência de elementos definidores de qual infração foi verificada pela Fiscalização, visto que não existe qualquer detalhamento pormenorizado do motivo da autuação. Disse que em um primeiro momento, não sabe o motivo da autuação, sendo claramente nulo o lançamento tributário. Em segundo lugar, caso o motivo da autuação seja o reenquadramento das refeições fornecidas como operações destinadas a contribuinte estabelecido em outro Estado, o defensor discorda do lançamento em razão de que o fornecimento das mercadorias se atreve a destinatários localizados fisicamente dentro do Estado da Bahia.

No demonstrativo elaborado pelo autuante, constam os dados relativos ao número das notas fiscais, CNPJ do destinatário das refeições, valor, base de cálculo do ICMS, carga tributária, imposto a pagar, imposto pago e as diferenças apuradas. As cópias das notas fiscais acostadas aos autos pelo defensor confirmam que se trata de levantamento fiscal em relação às refeições fornecidas à Petrobrás, encontrando-se a indicação no campo "Informações Complementares" quanto ao diferimento do imposto.

Neste caso, entendo que inexiste dúvida quanto ao fato relatado pelo autuante e a descrição da infração, cujo teor foi entendido pelo autuado que apresentou alegações defensivas. O contribuinte autuado está devidamente identificado à fl. 01 do PAF, constando a sua inscrição estadual, CNPJ, e endereço, existindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação.

O defensor alegou que verificou que as notas fiscais referentes às operações autuadas são decorrentes do fornecimento de refeições em Catu, município pertencente ao Estado da Bahia. Disse que a autuação somente poderia ser possível caso a Fiscalização Tributária entendesse que o impugnante forneceu refeições a adquirentes localizados em outros Estados da Federação e não cadastrados na SEFAZ da Bahia. Afirma que todas as notas fiscais arroladas no levantamento fiscal são pertinentes a refeições que foram servidas em refeitório localizado nas dependências da Petrobrás, em Catu, neste Estado, tanto para esta empresa, quanto

para outras empresas contratadas pela Petrobrás.

Observo que a substituição tributária pode ocorrer em três situações ou modalidades: (i) substituição tributária por diferimento (postergação do lançamento e do pagamento do imposto); (ii) substituição tributária por retenção; (iii) antecipação tributária.

Em relação à substituição tributária por diferimento sobre refeições, o recolhimento do imposto é postergado para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente, salientando-se que de acordo com o art. 286, inciso VII, do RICMS-BA/2012, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto diferido é atribuída ao contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer a operação ou circunstância que encerre a fase de diferimento, como é o caso das refeições.

Art. 286. É diferido o lançamento do ICMS:

...

VII - nos fornecimentos de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados;

O defendente também reafirmou que a refeição saiu do seu estabelecimento, localizado dentro do Estado da Bahia, para o refeitório da Petrobrás, também localizado neste Estado, ou seja, a mercadoria apenas transitou dentro do território deste Estado; todas as notas fiscais arroladas no anexo são pertinentes aos contratos firmados com a Petrobrás e todas as refeições tiveram seu destino físico no Município de Catu.

Entendo que o fato de o autuado ter efetuado opção pelo Regime de Apuração em Função da Receita Bruta não exclui a incidência do ICMS devido nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária. Neste caso, o destinatário (Petrobrás), na condição de adquirente, é responsável por substituição relativamente ao imposto cujo lançamento se encontrava diferido. O valor do imposto correspondente às operações antecedentes cujo lançamento se encontrava diferido, em virtude da responsabilidade que é atribuída por lei ao destinatário, na qualidade de responsável tributário por substituição, por ter ocorrido em seu estabelecimento o fato que encerra a fase de diferimento.

Nos termos do art. 123 do CTN, “Diante da definição legal quanto ao sujeito passivo e as obrigações tributárias correspondentes, salvo disposição de lei em contrário, não podem ser opostas à Fazenda Pública as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos. Neste caso, a existência de um contrato de não possui o condão de transferir a responsabilidade pelo adimplemento da obrigação tributária.

Dessa forma, embora exista a possibilidade de o imposto ter sido assumido incorretamente pelo remetente, como afirmou o autuante, em decorrência do contrato firmado com o destinatário das refeições, apesar de não ficar comprovado nos autos o pagamento do ICMS relativo às operações em comento, o tributo é de responsabilidade do adquirente.

Sendo assim, o defendente figurou indevidamente como responsável pelo pagamento do imposto que se encontrava diferido, considerando a previsão de que a responsabilidade pelo adimplemento da obrigação tributária correspondente às refeições é do estabelecimento destinatário. Houve neste caso, um vício de substancial importância, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado em nome de pessoa à qual a lei não atribui responsabilidade pelo pagamento do tributo (o remetente).

Entendo que não se trata de incorreção eventual passível do saneamento previsto no § 1º do art. 18 do RPAF/BA, Trata-se de vício não passível de correção no curso do processo, sendo nulo o procedimento por ilegitimidade passiva, nos termos do art. 18, inciso IV, “b” do mencionado Regulamento.

Portanto, concluo pela nulidade da exigência do imposto, devendo ser renovado o procedimento fiscal para verificar junto à Petrobrás o recolhimento do ICMS incidente sobre as refeições, observando o benefício de pagamento do imposto em função da Receita Bruta, considerando que o lançamento e recolhimento do imposto encontravam-se diferido, em virtude da responsabilidade que é atribuída por lei ao destinatário das refeições, na qualidade de responsável tributário por substituição.

A JJF recorreu de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “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.

VOTO

A defesa da autuada demonstra em sua argumentação a dificuldade, se não a impossibilidade, de se identificar o que seria o objeto da autuação, se fornecimento de refeições a contribuintes situados em outras unidades federativas, quando a tributação seria na condição de Contribuinte Normal, com a imposição da alíquota interestadual, se seriam operações internas não amparadas

pelo diferimento.

O autuante não consegue identificar em sua manifestação, realmente, a que se refere a autuação, realçando apenas que o diferimento está previsto na legislação do ICMS, o que vem ao encontro ao manifestado pela autuada.

Considerando que as manifestações acostadas ao processo não conduzem a que se admitam como verdadeiras as afirmações iniciais do autuante, que a forma adotada não atende ao que determina o art. 39, III, do Decreto nº 7.629/99:

Art. 39. O Auto de Infração conterá:

III - a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principais e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta; ,

Que as operações realizadas pela autuada estão perfeitamente enquadradas no que dispõe o RICMS no art. 286. Vejamos:

Art. 286. É diferido o lançamento do ICMS:

*...
VII - nos fornecimentos de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados; ,*

Assim, voto pela manutenção da Nulidade do Auto de Infração, NEGANDO PROVIMENTO ao Recurso da 3ª JJF. Pede-se pela renovação do procedimento fiscal para verificar junto à Petrobrás o recolhimento do ICMS incidente sobre as refeições, observando o benefício de pagamento do imposto em função da Receita.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 207097.3003/16-4, lavrado contra **LPATSA ALIMENTAÇÃO E TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS LTDA**. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal para verificar junto à Petrobrás o recolhimento do ICMS incidente sobre as refeições, observando o benefício de pagamento do imposto em função da Receita.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de fevereiro de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS - RELATOR

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS