

A. I. Nº - 298576.0006/17-0
AUTUADO - MAGNESITA MINERAÇÃO S/A. (FRUTIMAG LTDA.)
AUTUANTES - LUÍS CARLOS MOURA MATOS
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 26/04/2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0050-05/18

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. DIFERIMENTO. RECEBIMENTOS DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Cabe ao tomador do serviço o recolhimento do imposto diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo dos seus funcionários. Refeitos os demonstrativos. Infração parcialmente elidida. Afastada a arguição de nulidade. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/06/2017, exige crédito tributário em razão da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 1 - 02.04.03 – Deixou de recolher ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários, nos meses de janeiro a dezembro de 2016, no valor total de R\$86.025,89, com aplicação da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

O Autuado apresentou defesa (fls. 24 a 33), onde suscitou a nulidade por ausência de fiscalização efetiva, por não ter ocorrido visita técnica, onde seria demonstrado que as fornecedoras realizaram o pagamento do ICMS, e pela incorreção quanto à base de cálculo utilizada, já que foram consideradas como fato gerador no mês de fevereiro de 2016 operações que não ocorreram neste mês, tendo sido efetuada a quantificação final do crédito tributário de forma equivocada, fulminando todo o Auto de Infração.

Disse que, no referido mês, o Auto de Infração exige ICMS no valor de R\$13.364,35, mas as Notas Fiscais desta competência e a própria planilha anexa ao lançamento indicam que as operações totalizaram R\$5.521,03. Citou jurisprudência e doutrina para embasar suas alegações.

Afirmou que as empresas Sapore S/A. e Organizações Nutri, efetuaram o recolhimento de todo o ICMS devido pelo fornecimento das refeições, sendo a empresa Sapore S/A. detentora de Regime Especial para afastar a regra do diferimento e lhe atribuir a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS.

Sustentou, quanto às operações da empresa Organizações Nutri, que o pagamento efetuado pelo contribuinte substituído deve ser aproveitado pelo contribuinte substituto, extinguindo a obrigação tributária nos termos do Art. 156, I, do CTN.

Requeru a realização de perícia técnica contábil em relação ao fornecimento de refeições pelas empresas Sapore S/A. e Organizações Nutri, formulando quesitos e indicando assistente técnico, e a improcedência do lançamento.

O Autuante apresentou Informação Fiscal (fls. 308 a 317), onde esclareceu que o autuado herdou as mesmas práticas de desobediência tributária da empresa Magnesita Refratários S/A, Inscrição Estadual 077.028.887, situada na mesma unidade de produção e com atividades e CNAE idênticas, a qual foi baixada em novembro de 2016, e suas atividades continuaram com a atual inscrição e com os mesmos vícios praticados conforme podemos observar nos Acórdãos JJF nº 0115-01/12 e CJF nº 0303-11/13.

Explicou que a matéria em análise não depende da presença física nem do conhecimento especializado de perito, considerando que os elementos existentes nos autos são suficientes para o deslinde das questões.

Asseverou que está correta a base de cálculo e a alíquota de 4% aplicada na “Planilha Falta de Pagamento de ICMS Diferido nas Entradas das Refeições” (fls. 05 a 17), sendo que os valores citados pelo autuado quanto ao mês de fevereiro, não condizem com a verdade (fls. 06 a 08).

Declarou que aceitou a argumentação quanto ao Regime Especial concedido para os fornecimentos realizados pela empresa Sapore S/A., tornando-a responsável pelo recolhimento nas suas vendas, mas que os demais fornecedores não têm Regime Especial nem tiveram os seus recolhimentos apresentados pelo Autuado, e que apresentou nova planilha, excluindo os valores cobrados dos fornecimentos da empresa Sapore S/A., mantendo na íntegra as demais cobranças.

Afirmou não ter dúvidas quanto à responsabilidade do Autuado pelo recolhimento do imposto, salvo em relação às operações efetuadas pelo contribuinte que possui Regime Especial, e que o fornecedor terá direito a requerer a repetição do indébito se fizer inadvertidamente o recolhimento do ICMS, sendo este procedimento corroborado pelo CONSEF através de reiteradas decisões, a exemplo do Acórdão JJF nº 0278-05/11.

Opinou pela procedência parcial da autuação.

Cientificado da Informação Fiscal, o Autuado apresentou manifestação (fls. 335 a 337), na qual alegou que as nulidades suscitadas devem ser interpretadas em conjunto, devendo ser cancelado todo o Auto de Infração, já que foram incluídas notas fiscais emitidas no mês de fevereiro de 2017, que relacionou, no lançamento referente ao mês de fevereiro de 2016, falha não assumida pelo Fiscal.

Repetiu os demais argumentos, bem como os requerimentos pela realização de perícia e pela improcedência da autuação.

Em nova Informação Fiscal (fl. 342), o Autuante reconheceu o equívoco em relação ao levantamento do mês de fevereiro de 2016 e retificou o demonstrativo para exclusão das notas fiscais indicadas pelo Autuado, opinando pela procedência parcial da autuação.

Cientificado da nova Informação Fiscal, o Autuado apresentou nova manifestação (fls. 359 e 360), onde defendeu que a confissão do Fiscal na quantificação do crédito é erro insanável e macula todo o lançamento, não salvando sequer os demais períodos, consoante consolidada jurisprudência do STJ que citou, concluindo que o Auto de Infração deve ser integral e imediatamente cancelado.

Ressaltou que o Autuante não se manifestou sobre a documentação referente ao imposto recolhido pela empresa Organizações Nutri: cópias do Livro Registro de Apuração do ICMS nos quais há o destaque dos pagamentos realizados e os comprovantes de recolhimento do ICMS.

Reiterou o pedido pela improcedência do lançamento ou, subsidiariamente, pela exclusão dos valores de ICMS já recolhidos pela empresa Organizações Nutri.

Em mais uma Informação Fiscal (fl. 364), o Autuante falou que não há alteração no que já foi esclarecido, opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

VOTO

Verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, inclusive a entrega de todos os demonstrativos e planilhas elaboradas na autuação.

Preliminarmente, o Autuado requereu a nulidade da autuação por ausência de fiscalização efetiva, por não ter ocorrido visita técnica, onde seria demonstrado que as fornecedoras realizaram o pagamento do ICMS, e pela incorreção quanto à base de cálculo utilizada, já que

foram consideradas como fato gerador no mês de fevereiro de 2016 operações que não ocorreram neste mês, tendo sido efetuada a quantificação final do crédito tributário de forma equivocada, fulminando todo o Auto de Infração.

Nenhum dos motivos alegados para o requerimento é causa de nulidade:

- 1) o Termo de Início de Fiscalização foi acostado aos autos e, em plena era dos livros e documentos eletrônicos, não há nenhuma exigência de que seja efetuada visita técnica para identificar infração que dependa somente de prova documental;
- 2) a incorreção quanto à base de cálculo utilizada pela inclusão de operações supostamente indevidas no levantamento é questão de mérito.

Constato que os enquadramentos da infração e da penalidade são fundamentados nos dispositivos corretos da Lei nº 7.014/96 e que o Auto de Infração foi lavrado por autoridade competente, não há preterição do direito de defesa, e contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, tanto que o Autuado efetuou plena defesa das suas teses.

Assim, afasto o requerimento de nulidade.

Indefiro o pedido de realização de perícia solicitado pelo Autuado, nos termos do Art. 147, II, “a” e “b”, do RPAF/99, pelo fato da prova pretendida não depender do conhecimento especial de técnicos e ser desnecessária em vista de outras provas produzidas.

No mérito, o Autuado questionou a inclusão de notas fiscais emitidas no mês de fevereiro de 2017, que relacionou, no lançamento referente ao mês de fevereiro de 2016, bem como das operações realizadas pelas empresas Sapore S/A, detentora de Regime Especial para afastar a regra do diferimento e lhe atribuir a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS, e Organizações Nutri Refeições Coletivas Ltda., por ter efetuado o recolhimento do ICMS devido pelo fornecimento das refeições.

O Autuante elaborou novos demonstrativos excluindo as notas fiscais emitidas no mês de fevereiro de 2017, bem como as da empresa Sapore S/A, mas entendeu que é devido o ICMS relativo ao fornecimento de refeições pela empresa Organizações Nutri Refeições Coletivas Ltda.

Já o Autuado sustentou que o pagamento, efetuado pela empresa Organizações Nutri Refeições Coletivas Ltda., contribuinte substituído, extingue, nos termos do Art. 156, I, do CTN, a sua obrigação tributária como contribuinte substituto.

De acordo com o Art. 286, VII, e seu §2º, I, do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/12, é diferido o lançamento do ICMS nos fornecimentos de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste Estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados, sendo que o encerramento do diferimento ocorrerá na entrada dos produtos no estabelecimento.

Apesar das alegações defensivas, o que se verifica é que a jurisprudência predominante neste CONSEF aponta no sentido de que, a responsabilidade pelo pagamento do ICMS é do estabelecimento adquirente, haja vista que o diferimento se encerra no momento da entrada no estabelecimento do contribuinte que adquire as refeições para consumo de seus empregados.

Inexiste previsão legal para a exclusão da responsabilidade de pagamento do imposto diferido pelo adquirente das refeições, em face do pagamento realizado pelo fornecedor. Caso os fornecedores comprovem que efetuaram o efetivo pagamento do imposto diferido poderão requerer junto à autoridade fazendária competente a restituição do indébito, já que não estavam obrigados legalmente a efetuar o pagamento do imposto diferido.

Inclusive há precedente neste sentido no Acórdão JJJ nº 0187-01/17, referente a Auto de Infração lavrado contra a empresa Magnesita Refratários S/A.

Diante do exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração no valor total de

R\$53.036,96, conforme resumo a seguir e demonstrativo elaborado pelo Autuante (fls. 343 a 352):

Período	Base de Cálculo	Alíq.	ICMS
31/01/2016	100.473,51	4%	4.018,94
28/02/2016	138.026,08	4%	5.521,04
31/03/2016	148.634,52	4%	5.945,38
30/04/2016	158.575,28	4%	6.343,01
31/05/2016	142.640,73	4%	5.705,63
30/06/2016	153.150,04	4%	6.126,00
31/07/2016	147.259,12	4%	5.890,36
31/08/2016	152.582,89	4%	6.103,32
30/09/2016	57.543,02	4%	2.301,72
31/10/2016	38.383,66	4%	1.535,35
30/11/2016	42.490,50	4%	1.699,62
31/12/2016	46.164,87	4%	1.846,59
Total	1.325.924,22	4%	53.036,96

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298576.0006/17-0**, lavrado contra **MAGNESITA MINERAÇÃO S/A. (FRUTIMAG LTDA.)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$53.036,96**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2018.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR