

N. F. Nº - 298620.0006/17-2
NOTIFICADO - VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S/A.
NOTIFIANTE - LUIZ CLÁUDIO CONCEIÇÃO REGO
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/03/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0006-04/21NF-VD

EMENTA: ICMS. DIFERIMENTO. TERMO FINAL. FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES PARA FUNCIONÁRIOS. FALTA DE PAGAMENTO. A legislação tributária estadual estabelece que nas aquisições de refeições para fornecimento aos funcionários, o imposto é diferido e se encerra na entrada do estabelecimento do adquirente. Ausência de previsão para exclusão da exigência quando se tratar de aquisições em empresas inscritas no regime do Simples Nacional. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime. Vencido o voto do Relator.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal objeto deste relatório foi lavrada em 21/09/2017 e se refere à cobrança de ICMS no valor de R\$804,44, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração – 01 - 02.04.03 – Deixou de recolher ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários. Referente ao período de fevereiro a julho, setembro a dezembro de 2013; janeiro, fevereiro e abril de 2014.

Constata-se que, tempestivamente, a Notificada apresentou impugnação ao lançamento através dos documentos constantes às fls. 23 a 27, quando apresentou o arrazoado de defesa relatado a seguir:

A defesa apresentou sua impugnação às fls. 23 a 27. Sob o título “I – SINOPSE FÁTICA” registrou que a presente de Notificação Fiscal se refere a suposto não recolhimento de ICMS **diferido** nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos funcionários da Impugnante.

Disse ter a Fiscalização alegado que constatou falta de recolhimento do ICMS **diferido** nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos funcionários, à alíquota de 4%, por força arts. 2º, I e art. 32 da Lei 7.014/96 c/c art. 286, VII e § 2º do RICMS (publicado pelo Decreto nº 13.780/2012) e art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96.

Apontou questão essencial que afirmou não foi corretamente compreendida pelos Dignos Agentes Fiscais:

“O ICMS das notas sub studio já foi integralmente recolhido pelos fornecedores das refeições na sistemática da LC nº 123/2006, conforme expressamente prevê o RICMS Baiano para os contribuintes enquadrados no Simples Nacional.”

Rematou que será minuciosamente demonstrado que não há qualquer razão para a exigência constante na NF nº 298620.0006/17-2, porque o ICMS não foi diferido nas notas emitidas por contribuinte inscrito no Simples Nacional, o que é expressa previsão do RICMS-BA.

Passando ao tópico “II – DO DIREITO” item “II.1 - O ICMS das notas já foi integralmente recolhido pelos fornecedores das refeições na sistemática da LC nº 123/2006, conforme expressamente prevê o RICMS Baiano para os contribuintes enquadrados no Simples Nacional.”, destacou que toda a alegação da NF nº 298620.0006/17-2 seria de que o ICMS nas aquisições de fornecedores de refeições teria sido diferido, ou seja, não teria ocorrido o lançamento e a cobrança do imposto contra o vendedor do produto, o que teria sido adiado para a entrada no estabelecimento da ora Reclamante.

Entretanto, afirmou que a sistemática invocada pela Fiscalização foi a da chamada tributação “normal” (*conta-corrente fiscal* no RICMS-BA) do ICMS em operações com alimentação pronta. Inclusive, é por isso que deve constar uma declaração nas notas fiscais de aquisição dando tal notícia aos adquirentes:

RICMS-BA

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 seguinte:

(...)

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;

(...)

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;

(...)

Art. 287. Nas operações com mercadorias enquadradas no regime de diferimento a fruição do benefício é condicionada a que o adquirente ou destinatário requeira e obtenha, previamente, sua habilitação para operar nesse regime, perante a repartição fiscal do seu domicílio tributário, e desde que:

(...)

§ 1º São dispensados da habilitação prevista neste artigo:

(...)

V - os adquirentes ou destinatários:

a) de refeições destinadas a consumo por parte de empregados no estabelecimento de contribuinte localizado neste estado;

(...)

Explicou que as notas que compõem a NF nº 298620.0006/17-2, se tratam de aquisições perante contribuintes optantes pelo Simples Nacional. E que, nessa hipótese (contribuintes do Simples Nacional), a forma de tributação “normal” (*conta-corrente fiscal*) fica afastada, pois a empresa que vende a mercadoria (alimentação pronta) não está submetida ao diferimento do imposto, sendo obrigada a pagar imediatamente o ICMS na saída da sua mercadoria, apenas que dentro da sistemática da LC 123/2006.

Reproduziu a legislação pertinente:

CAPÍTULO XV

DOS REGIMES DE APURAÇÃO DO IMPOSTO

SEÇÃO I

Das Disposições Preliminares

Art. 304. O ICMS poderá ser apurado pelos seguintes regimes:

I – conta-corrente fiscal;

II – sumário;

III – simples nacional.

(...)

SEÇÃO IV

Do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional

Art. 319. O Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional **obedecerá ao disposto na Lei Complementar Federal nº 123, de 14/12/2006**, às resoluções do Comitê Gestor de Tributação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e, no que couber, as normas da legislação do ICMS.

Art. 320. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não farão jus à apropriação nem transferirão créditos fiscais relativos ao ICMS, bem como não poderão utilizar qualquer valor a título de incentivo fiscal.

Art. 321. O recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido:

I - nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária;

II - por terceiro, a que o contribuinte se ache obrigado, por força da legislação estadual ou distrital vigente;

III - na entrada, no território do Estado ou do Distrito Federal, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, bem como energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou industrialização;

IV - por ocasião do desembaraço aduaneiro;

V - na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacoberta de documento fiscal;

VI - na operação ou prestação desacoberta de documento fiscal;

VII - nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

a) com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006;

b) sem encerramento da tributação (antecipação parcial), hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor, sem prejuízo das reduções previstas nos arts. 273, 274 e 275;

VIII - nas aquisições em outros Estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, observada a dispensa prevista no inciso I do art. 272.

§ 1º A diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que tratam a alínea "a" do inciso VII e o inciso VIII deste artigo será calculada tomando-se por base as alíquotas aplicáveis aos contribuintes não optantes pelo Simples Nacional.

§ 2º A responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, não se aplica ao Microempreendedor Individual-MEI, cabendo ao adquirente ou destinatário das mercadorias e ou serviços, a responsabilidade pela antecipação do imposto relativo às operações e prestações internas subsequentes.

(...)

Asseverou que não houve qualquer falta de recolhimento pela Impugnante, já que o ICMS dos fornecedores optantes pelo Simples Nacional é devido e pago sob outra forma de arrecadação, isto é, integralmente sob o regime da LC nº 123/2006:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

Rematou que **nunca houve ICMS diferido**, já que **o imposto foi pago integralmente pelos fornecedores das refeições prontas**, optantes pelo Simples Nacional, por recolhimento da alíquota unificada desse regime especial de apuração cobrança de tributo.

Isso impõe, também, o dever da autoridade administrativa tautado nos arts. 145 e 149, IV e VIII do CTN c/c Súmulas 346 e 473 do STF, reconhecendo ser inexigível em sua totalidade a Notificação de Fiscal.

Feitas estas ponderações pediu seja reconhecido imediatamente que o ICMS das notas que estão descritas **já foi integralmente recolhido pelos fornecedores** das refeições dentro de sua sistemática na LC nº 123/2006, isto é, sob a alíquota unificada do Simples Nacional, não havendo imposto diferido a recolher pela Impugnante.

O Notificante se pronunciou às fls. 44 e 45 reproduziu a alegação defensiva e contestou dizendo que o diferimento seria devido por não haver comprovação de que o ICMS fora recolhido pelo fornecedor das refeições.

Pedi pela Procedência da presente Notificação Fiscal.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal contém, uma única infração elencada que diz respeito a falta de recolhimento do ICMS diferido, devido pelas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários da Notificada.

Preliminarmente verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos. De modo que, sob o aspecto formal delineado, constato não verificar qualquer mácula que possa inquirar o feito de nulidade.

O argumento defensivo tem por base a alegação de que o ICMS foi integralmente recolhido pelos fornecedores das refeições na sistemática exigida pela LC nº 123/2006, por se tratarem de contribuintes enquadrados no Simples Nacional.

De modo que a sistemática invocada pela Fiscalização não alcança a operação em questão, pois a acusação fiscal teria por espeque o ICMS devido a partir da tributação “normal” relativa ao fornecimento de refeições.

De fato, a regra de diferimento do ICMS devido nas operações de fornecimento de refeições está prevista no inciso VII do art. 286 do RICMS/12. Veja-se:

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;

(...)

Portanto, indiscutível se tratar o diferimento de regra impositiva para os contribuintes cuja opção de apuração do ICMS foi pela conta corrente, logo pela apuração normal do imposto e não pelo Regime do Simples Nacional, daí peremptória é a conclusão de que as operações de fornecimento de refeição por empresa do Simples não estariam alcançadas pelo diferimento, por se tratar de regra estranha à LC nº 123/2006, esta específica para empresas optantes pelo Simples Nacional.

De maneira que, considerando que o Notificante não refutou a afirmativa de que os fornecedores no período em que ocorreram as supostas infrações estavam enquadrados no Regime do Simples Nacional, a conclusão é a de que nunca houve ICMS diferido, sendo o imposto incidente nas operações em questão de responsabilidade exclusiva dos fornecedores.

Deste modo, ainda que não tenham sido recolhido, conforme alega o preposto fiscal, ainda assim, nenhuma responsabilidade recairia sobre a empresa notificada.

A figura do diferimento só pode ser aplicada aos optantes pelo Simples Nacional na situação em que o encerramento do DIFERIMENTO ocorre no momento da entrada na empresa optante do Simples. Apenas nesta situação há de se falar em aplicação da alínea “a” do inciso XIII do §1º do art. 13 da LC 123/06.

Do contrário, seria dizer que o adquirente teria que recolher o Simples Nacional, haja vista que em se tratando o DIFERIMENTO de uma modalidade de substituição tributária, em que a responsabilidade do contribuinte primário é transferida para o responsável tributário, frise-se apenas a responsabilidade pelo recolhimento, pois o contribuinte continua sendo a empresa

optante do Simples Nacional.

Nessa esteira, ver-se-ia o contribuinte normal responsável pelo recolhimento do Simples Nacional.

Fica evidente a impossibilidade. Por isso entendo ser inaplicável o comando da “a” do inciso XIII do §1º do art. 13 da LC 123/06, para fins de interpretar ser possível a aplicação do DIFERIMENTO do ICMS atingindo uma operação que tem por incidência outro imposto, o SIMPLES NACIONAL.

Destarte, voto pela IMPROCEDÊNCIA da presente Notificação Fiscal.

VOTO VENCEDOR

Como a devida vênia, em que pese o abalizado voto proferido, divirjo do entendimento do ilustre Relator, precipuamente por entender, ao contrário do que aduziu em seu voto, que inexistente qualquer menção no teor do inciso VII, do art. 286, do RICMS-BA/12, no sentido de excluir do diferimento as operações de fornecimento de refeições para funcionários realizadas por empresas optantes do Simples Nacional.

É indubitável que a legislação tributária estadual estabelece que nas aquisições de refeições para fornecimento aos funcionários, o imposto é diferido e se encerra na entrada do estabelecimento do adquirente, bem como, não estatui previsão alguma para a exclusão dessa exigência quando se tratar de aquisições em empresas inscritas no regime do Simples Nacional.

Em suma, resta patente que o fornecimento de refeições está sujeito ao regime de diferimento do imposto, para qualquer contribuinte, sendo o fato gerador da operação a entrada no estabelecimento do adquirente.

Ademais, como a LC 123/06 não faculta a possibilidade de aplicação na redução de base de cálculo nas operações realizadas por empresas optantes do Simples Nacional, deve prevalecer prevalecerá o disposto no art. 24, da referida LC, que veda a concessão de benefícios fiscais.

Logo, o adquirente de refeição para funcionários é o responsável pelo pagamento do imposto sem aplicação do benefício fiscal, ou seja, com base na alíquota interna vigente. E, caso o estabelecimento fornecedor, seja optante pelo Simples Nacional, ao apurar sua receita bruta, excluirá do faturamento as operações de fornecimento de refeições para consumo dos funcionários da empresa adquirente. Se porventura operar apenas com fornecimento de refeições para consumo dos funcionários, para outros contribuintes, nada tem a pagar.

Pelo exposto, concluo pela subsistência da autuação.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **PROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº **298620.0006/17-2**, lavrado contra a empresa **VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S/A.**, devendo ser intimado o notificado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$804,44**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, do da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de janeiro de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR/VOTO VENCIDO

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR/VOTO VENCEDOR