



**ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA**

Processo Nº0043162015-6

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS–GEJUP

Recorrida:BESSA GRILL BAR E RESTAURANTE LTDA ME.

Repartição Preparadora:SUBG.DA RECEBEDORIA DE RENDAS GER.REG.DA 1ª REGIÃO.

Autuante:ELIANE VIEIRA BARRETO DA COSTA.

Relator:CONS.ºSIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF. INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS OPERAÇÕES C/MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL. BARES, RESTAURANTES E SIMILARES. PRELIMINAR AFASTADA. SIMPLES NACIONAL. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO PARCIALMENTE PROVIDO.

O lançamento tributário se procedeu conforme os requisitos da legislação tributária não se vislumbrando qualquer nulidade ou prejuízo à defesa da recorrente.

Deixar de apurar ou apurar incorretamente os valores do ICMS na Escrituração Fiscal Digital – EFD relativos às operações registradas na memória fiscal enseja o lançamento do imposto na forma da legislação de regência.

O benefício da redução de base de cálculo concedido à atividade de bares, restaurantes e similares não deve ser estendida aos optantes do regime do Simples Nacional.

Na apuração de omissão de receitas os contribuintes optantes do regime do Simples Nacional devem se submeter à legislação aplicável às demais pessoas jurídicas.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M os membros da Segunda Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000048/2015-40, lavrado em 14/1/2015 contra a empresa BESSA GRILL BAR E RESTAURANTE LTDA ME, inscrição estadual nº 16.122.481-4, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 124.578,50 (cento e vinte e quatro mil, quinhentos e setenta e oito reais e cinquenta centavos), sendo R\$ 81.097,28 (oitenta e um mil, noventa e sete reais e vinte e oito centavos) de ICMS, por infringência aos artigos os arts. 376 e 379 c/c art. 106, II, “a” e arts. 52, 54, 2º, 3º e 60, I, “b” e III, “d” e “i”, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 43.481,22 (quarenta e três mil, quatrocentos e oitenta e um reais e vinte e dois centavos), a título de multa, nos termos dos artigos 82, II, “e” e IV, da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, cancela, por indevido, o montante de R\$ 460.169,26 (quatrocentos e sessenta mil, cento e sessenta e nove reais e vinte e seis centavos), sendo R\$ 298.511,61 (duzentos e noventa e oito mil, quinhentos e onze reais e sessenta e um centavos) de ICMS e R\$ 161.657,65 (cento e sessenta e um mil, seiscentos e cinquenta e sete reais e sessenta e cinco centavos), de multas por infração.

P.R.E

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 14 de junho de 2018.

Sidney Watson Fagundes Da Silva
Conselheiro Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros da Segunda Câmara, ÁUREA LÚCIA SOARES DOS SANTOS VILAR (SUPLENTE), DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES. Por motivos justificados, O CONSELHEIRO PETRÔNIO RODRIGUES LIMA não participou do presente julgamento.

Assessor Jurídico

#

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002329/2013-75, lavrado em 14/1/2015 contra a empresa BESSA GRILL BAR E RESTAURANTE LTDA ME, inscrição estadual nº 16.122.481-4, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/7/2013 e 31/12/2014, constam as seguintes denúncias:

0254 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF >> Falta de Recolhimento do Imposto Estadual, tendo em vista irregularidades no uso do ECF.

Nota Explicativa:

A EMPRESA DEIXOU DE RECOLHER O ICMS EM VIRTUDE DA FALTA DE LANÇAMENTO DAS REDUÇÕES “Z” LISTADAS NAS PLANILHAS EM ANEXO AOS AUTOS DOS EQUIPAMENTOS ECF BEMATECH DE Nº DE FABRICAÇÃO Nº BE051475610000191822 E BE091210100011202334.

AS REFERIDAS IRREGULARIDADES FORAM DETECTADAS PELO CONFRONTO DO MAPA RESUMO GERADO NO ATF E PELA MEMÓRIA FISCAL E MEMÓRIA FITA DETALHE DOS REFERIDOS EQUIPAMENTOS EMISSORES DE CUPONS FISCAIS.

INDICAR COMO NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS OPERAÇÕES C/MERCADORIAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL. >> Falta de recolhimento do imposto estadual, face a ausência de débito(s) do imposto nos livros próprios, em virtude de o contribuinte ter indicado no(s) documento(s) fiscal(is) operações com mercadorias tributáveis ou prestações de serviços como sendo não tributada(s) pelo ICMS.

Nota Explicativa:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL, FACE A AUSÊNCIA DE DÉBITO(S) DO IMPOSTO NOS LIVROS PRÓPRIOS, EM VIRTUDE DE O CONTRIBUINTE TER INDICADO NO(S) ITENS VENDIDOS DO ECF (PERFIL B ARQUIVOS SPED) EM OPERAÇÕES COM MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS PELO ICMS COMO SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, CONFORME PLANILHA EM ANEXO.

Foram dados como infringidos os arts. 376 e 379 c/c o art. 106, II, “a” e arts. 52, 54, 2º, 3º e 60, I, “b” e III, “d” e “i”, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, sendo propostas as penalidades previstas no art. 82, II, “e” e IV, da Lei nº 6.379/96 e apurado um crédito tributário de R\$ 584.747,76 (quinhentos e oitenta e quatro mil, setecentos e quarenta e sete reais e setenta e seis centavos), sendo R\$ 379.608,89 (trezentos e setenta e nove mil, seiscentos e oito reais e oitenta e nove centavos) de ICMS e R\$ 205.138,87 (duzentos e cinco mil, cento e trinta e oito reais e oitenta e sete centavos), a título de multas por infração.

Cientificada da ação fiscal por via postal em 31/3/2015 - AR (fl. 24), a autuada apresentou reclamação, em 29/4/2015 (fls. 26-31).

Na sua defesa, após uma breve síntese dos fatos, expõe os seguintes pontos:

- Em preliminar, argui a nulidade do lançamento fiscal, alegando que a fiscalização fez o levantamento fiscal com base nos arquivos MFD, fornecidos por M VARANDAS, que não batem com os SPEDs fiscais, aditando que o arquivo correto está lançado nos mapas ECF, em anexo.

- Diz que o ICMS levantado no exercício de 2013 foi tributado em 17% (dezesete por cento) e não 2,4% (dois inteiros e quatro décimos por cento), conforme o ramo de atividade da fiscalizada e que o imposto levantado em 2014 deveria ter sido tributado pela alíquota do Simples Nacional e recolhido na guia DAS.

- Afirma que a exigência fiscal fere o princípio do não confisco, sem especificar onde se deu a ofensa.

- Ao final, requer seja julgado procedente o pedido para que se anule o auto de infração e seja arquivado o presente processo.

Sem informação de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos (*fl. 34*), e enviados para a Gerência de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para o julgador fiscal, Francisco Nociti, que decidiu pela *parcial procedência* do feito fiscal, recorrendo hierarquicamente da decisão, nos termos do art. 80, da Lei nº 10.094/13 (*fls.43-55*).

Cientificada da decisão de primeira instância, por via postal, em 3/8/2017 - AR (*fl. 56*), a autuada não apresentou recurso voluntário.

Remetidos a este Colegiado, os autos foram distribuídos a esta relatoria.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame o recurso *hierárquico* interposto contra decisão de primeira instância, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002329/2013-75, lavrado em 14/1/2015 contra a empresa em epígrafe, com crédito tributário anteriormente relatado.

De início, cabe considerar que o lançamento fiscal se procedeu em conformidade com o art. 142 do CTN e com os requisitos da legislação, não se incluindo em nenhum dos casos de nulidade elencados nos arts. 14, 16 e 17, da Lei nº 10.094/2013 (Lei do PAT), como se segue:

CTN.

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Lei nº 10.094/2013 (Lei do PAT).

Art. 14. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente;

III - os lançamentos cujos elementos sejam insuficientes para determinar a matéria objeto da exigência tributária e o respectivo sujeito passivo, ressalvada, quanto à identificação deste, a hipótese de bens considerados abandonados;

IV - os despachos e as intimações que não contenham os elementos essenciais ao cumprimento de suas finalidades;

V - os autos de infração de estabelecimentos lavrados pelos auditores fiscais tributários estaduais de mercadorias em trânsito.

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida;

IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V - ao local, à data e à hora da lavratura;

VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento.

Passemos ao mérito.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO ECF

Nesta denúncia, o contribuinte foi acusado de ter deixado de lançar as operações registradas na memória fiscal dos equipamentos ECF na Escrituração Fiscal Digital – EFD, nos exercícios de 2013 e 2014, conforme demonstrativos (*fls. 07-16*), sendo autuado pela fiscalização com base nos arts. 376, 379 e 106, II, “a”, do RICMS/PB, abaixo transcritos:

Art. 376. O contribuinte que mantiver ECF em desacordo com as disposições deste Capítulo pode ter fixada, mediante arbitramento, a base de cálculo do imposto devido.

Art. 379. São considerados tributados valores registrados em ECF utilizados em desacordo com as normas deste Capítulo.

Art. 106. O recolhimento do imposto de responsabilidade direta do contribuinte far-se-á:

(...)

II - até o 15º (décimo quinto) dia do mês subsequente ao em que tiver ocorrido o fato gerador, nos casos de:

a) estabelecimentos comerciais, inclusive distribuidores de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos;

Como penalidade, foi aplicada uma multa de 50% (cinquenta por cento) sobre o imposto devido, nos termos do art. 82, II, “e”, abaixo reproduzido.

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

II - de 50% (cinquenta por cento):

(...)

e) aos que deixarem de recolher o imposto no todo ou em parte, nas demais hipóteses não contidas neste artigo;

Em primeira instância, o julgador singular acolheu parte das pretensões da reclamante e aplicou, no exercício de 2013, a redução de base de cálculo concedida pelo art. 1º do Decreto nº 33.657/2012, para o ramo de Restaurantes e Similares – CNAE 5611-2/0, como se segue:

Art. 1º Até 31 de dezembro de 2014, fica reduzida a base de cálculo do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS de forma que a carga tributária seja equivalente a 2,4% (dois inteiros e quatro décimos por cento) sobre o valor do fornecimento de refeições efetuadas por bares, restaurantes e estabelecimentos similares, bem como, na saída promovida por empresas preparadoras de refeições coletivas, excetuando, em qualquer das hipóteses, o fornecimento ou a saída de bebidas (Convênio ICMS 91/12).

No exercício de 2014, tendo em vista a opção do contribuinte ao regime do Simples Nacional, aplicou a alíquota de 3,95% (três inteiros e noventa e cinco centésimos por cento), prevista no referido regime, observando os dispositivos contidos no parágrafo único do art. 2º, I, do Decreto nº 33.657/2012, *verbis*:

Art. 2º O benefício de que trata o art. 1º não se aplica:

Parágrafo único. Na fruição do benefício de que trata o “caput” é vedado o aproveitamento de qualquer crédito fiscal, assim também a apropriação de outros créditos provenientes de suas operações de aquisição, inclusive do ativo imobilizado, energia elétrica ou do material para uso ou consumo, bem como a acumulação com qualquer outro benefício fiscal previsto na legislação.

I - aos optantes pelo Simples Nacional; (g.n.).

II - aos produtos sujeitos à substituição tributária, cujo imposto já esteja retido na fonte;

III – aos contribuintes que optarem, expressamente, pela sua não utilização.

Sem opor qualquer reserva a tal procedimento, só nos resta ratificar a decisão da instância singular

que se procedeu nos termos da legislação em vigor.

INDICAR COMO NÃO TRIBUTÁVEIS PELO ICMS, OPERAÇÕES SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL

Nesta denúncia, o contribuinte indicou, nos itens vendidos no ECF, como não tributáveis operações com mercadorias sujeitas ao imposto estadual, conforme demonstrativo (*fl. 17*), sendo autuada pela fiscalização na forma do art. 60, do RICMS/PB, *verbis*:

Art. 60. Os estabelecimentos enquadrados no regime de apuração normal, apurarão no último dia de cada mês:

I - no Registro de Saídas:

- a) o valor contábil total das operações e/ou prestações efetuadas no mês;
- b) o valor total da base de cálculo das operações e/ou prestações com débito do imposto e o valor do respectivo imposto debitado;
- c) o valor fiscal total das operações e/ou prestações isentas ou não tributadas;
- d) o valor fiscal total de outras operações e/ou prestações sem débito do imposto;

Neste caso, foi aplicada multa de 75% (setenta e cinco por cento), como estabelece o art. 82, IV, da Lei nº 6.379/96, abaixo reproduzido:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

IV - de 75% (setenta e cinco por cento) aos que indicarem como isentas ou não tributadas, nos documentos fiscais, as operações ou prestações sujeitas ao imposto;

Em primeira instância, o julgador singular utilizou o mesmo procedimento, reduzindo a carga tributária do exercício de 2013, nos termos do art. 1º do Decreto nº 33.657/2012 e aplicando a alíquota de 3,95% (três inteiros e noventa e cinco centésimos por cento), no exercício de 2014, em observância à legislação do Simples Nacional, em razão do disposto parágrafo único do art. 2º, I, do Decreto nº 33.657/2012.

Neste caso, consideramos acertada a decisão do julgador monocrático tendo em vista tratar-se de imposto declarado, em foi detectada irregularidade na aplicação da legislação. Portanto, ratifico a referida decisão, por considerar que se procedeu nos termos da legislação de regência.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000048/2015-40, lavrado em 14/1/2015 contra a empresa BESSA GRILL BAR E RESTAURANTE LTDA ME, inscrição estadual nº 16.122.481-4, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 124.578,50 (cento e vinte e quatro mil, quinhentos e setenta e oito reais e cinquenta centavos), sendo R\$ 81.097,28 (oitenta e um mil, noventa e sete reais e vinte e oito centavos) de ICMS, por infringência aos artigos os arts. 376 e 379 c/c art. 106, II, “a” e arts. 52, 54, 2º, 3º e 60, I, “b” e III, “d” e “i”, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 43.481,22 (quarenta e três mil, quatrocentos e oitenta e um reais e vinte e dois centavos), a título de multa, nos termos dos artigos 82, II, “e” e IV, da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, cancelo, por indevido, o montante de R\$ 460.169,26 (quatrocentos e sessenta mil, cento e sessenta e nove reais e vinte e seis centavos), sendo R\$ 298.511,61 (duzentos e noventa e oito mil, quinhentos e onze reais e sessenta e um centavos) de ICMS e R\$ 161.657,65 (cento e sessenta e um mil, seiscentos e cinquenta e sete reais e sessenta e cinco centavos), de multas por infração.

Segunda Câmara, Sala das Sessões Presidente Gildemar Pereira de Macedo, em 14 de junho de 2018.

Sidney Watson Fagundes da Silva
Conselheiro Relator