



PROCESSO Nº 1561652021-7 - e-processo nº 2021.000207591-0

ACÓRDÃO Nº 454/2023

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS S/A

Advogado: Sr.º LUCAS REZENDE SZPAK, inscrito na OAB/SP sob o nº 463.028

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS
- GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA
DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA
DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE

Autuante: DUY ALÃ DE ARAÚJO MARTINS PEREIRA

Relator: CONS.ª MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

DECADÊNCIA. INDEFERIDA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - NULIDADE - VÍCIO MATERIAL. NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS - INFRAÇÃO COMPROVADA - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - ALTERADA, DE OFÍCIO, A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- Na hipótese de ausência de registro das notas fiscais na EFD, o direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme art. 173, I, do CTN. Neste caso, não havia lançamento a ser homologado pela inércia do contribuinte, portanto, a decadência não alcançou os lançamentos tributários em questão.

- Constatado erro no critério jurídico para composição da base de cálculo do ICMS na acusação de falta de recolhimento do ICMS, configurando vício material que impõe a nulidade da infração, em virtude da iliquidez e incerteza do crédito tributário.

- A ocorrência de notas fiscais de saídas que deixaram de ser registradas nos livros próprios e/ou SPED FISCAL enseja a concretude da falta de recolhimento do imposto, estando comprovada sua repercussão tributária diante da ausência de lançamento das NFC-e nos assentamentos fiscais próprios do contribuinte. “In casu” não se confirma a ocorrência de cancelamento na forma preconizada pela legislação de regência.

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



A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do **recurso voluntário**, por regular e tempestivo, quanto ao mérito, pelo seu **desprovemento**. No entanto, com arrimo nos princípios da oficialidade, autotutela administrativa e legalidade, altero, **de ofício**, a decisão monocrática que julgou **parcialmente procedente** o **Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.00001880/2021-01** (fls. 2-4), lavrado em 25 de setembro de 2021, condenando a empresa autuada **ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS S/A** ao pagamento do crédito tributário no valor de **R\$ 10.413,60** (dez mil, quatrocentos e treze reais e sessenta centavos), sendo **R\$ 6.942,34** (seis mil, novecentos e quarenta e dois reais e trinta e quatro centavos) de ICMS por infringência ao Art. 106 c/c Art. 60, I e II c/ fulcro no Art. 277, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e **R\$ 3.471,27** (três mil, quatrocentos e setenta e um reais e vinte e sete centavos), a título de multa por infração, com arrimo no artigo 82, II, 'b' da Lei nº 6.379/96.

Em tempo, mantenho cancelada, por indevida, a quantia de R\$ 367,94 (trezentos e sessenta e sete reais e noventa e quatro centavos), conforme razões expandidas neste voto.

Por fim, reitero a possibilidade de realização de um novo procedimento acusatório, em função do vício material da acusação de falta de recolhimento do ICMS, aplicando-se, ao caso, o prazo decadencial constante no art. 173, I, do CTN.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.I.

Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 20 de setembro de 2023.

MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES
Conselheira

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA, EDUARDO SILVEIRA FRADE E SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR



Assessor

PROCESSO Nº 1561652021-7 - e-processo nº 2021.000207591-0
SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS S/A

Advogado: Sr.º LUCAS REZENDE SZPAK, inscrito na OAB/SP sob o nº 463.028

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS
FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA
DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA
RECEITA DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE

Autuante: DUY ALÃ DE ARAÚJO MARTINS PEREIRA

Relator: CONS.^a MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

**DECADÊNCIA. INDEFERIDA. FALTA DE
RECOLHIMENTO DO ICMS - NULIDADE - VÍCIO
MATERIAL. NÃO REGISTRAR NOS LIVROS
PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS - INFRAÇÃO
COMPROVADA - AUTO DE INFRAÇÃO
PARCIALMENTE PROCEDENTE - ALTERADA, DE
OFÍCIO, A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO
VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.**

- Na hipótese de ausência de registro das notas fiscais na EFD, o direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme art. 173, I, do CTN. Neste caso, não havia lançamento a ser homologado pela inércia do contribuinte, portanto, a decadência não alcançou os lançamentos tributários em questão.

- Constatado erro no critério jurídico para composição da base de cálculo do ICMS na acusação de falta de recolhimento do ICMS, configurando vício material que impõe a nulidade da infração, em virtude da iliquidez e incerteza do crédito tributário.

- A ocorrência de notas fiscais de saídas que deixaram de ser registradas nos livros próprios e/ou SPED FISCAL enseja a concretude da falta de recolhimento do imposto, estando comprovada sua repercussão tributária diante da ausência de lançamento das NFC-e nos assentamentos fiscais próprios do contribuinte. "In casu" não se confirma a ocorrência de cancelamento na forma preconizada pela legislação de regência.



RELATÓRIO

Por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.0000 1866/2021-08, lavrado em 23 de setembro de 2021, o auditor fiscal responsável pelo cumprimento da Ordem de Serviço Específica nº 93300008.12.0000598/2021-67 denuncia a empresa ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS S/A, inscrição estadual nº 16.191.558-2, de haver cometido as seguintes irregularidades, *ipsis litteris*:

0285 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. >> Falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa

POR INFRINGIR O DISPOSTO NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART.1º DO DECRETO Nº 33.657/2012. O CONTRIBUINTE REDUZIU O RECOLHIMENTO MENSAL DO ICMS AO UTILIZAR CRÉDITO VEDADO, PREVISTO NO PARÁGRAFO ÚNICO DO DECRETO Nº 33.657.

0028 - NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E/OU AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS REALIZADAS >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto estadual por ter deixado de lançar nos livros Registro de Saídas e de Apuração do ICMS, operações de saídas de mercadorias tributáveis e/ou as prestações de serviços realizadas, conforme documentação fiscal.

Nota Explicativa

PELA CONSTATAÇÃO DE FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS DE EMISSÃO PRÓPRIA (NFC-E) DETECTADAS NAS INCONSISTÊNCIAS DO DOSSIÊ DO CONTRIBUINTE (SISTEMA ATF)

Em decorrência deste evento, o representante fazendário, considerando haver o contribuinte infringido os artigos art. 106, art. 60, I e II c/c art. 277, do RICMS, lançou um crédito tributário na quantia total de R\$ 10.781,54 (dez mil, setecentos e oitenta e um reais e cinquenta e quatro centavos), sendo R\$ 7.126,31 (sete mil, cento e vinte e seis reais e trinta e um centavos) de ICMS e R\$ 3.655,23 (três mil, seiscentos e cinquenta e cinco reais e vinte e três centavos) a título de multa por infração, com arrimo no artigo 82, II, “e” e “b”, da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios juntados às fls. 11 a 373.

Depois de cientificada da autuação em 27/09/2021, a denunciada, por intermédio de seu representante legal, apresentou, em 27 de outubro de 2021, impugnação tempestiva contra os lançamentos dos créditos tributários consignados no Auto de Infração em análise, por meio da qual pontua que:



(i) Registre-se desde logo que, exercendo a atividade de fornecimento de refeições e bebidas em lanchonete, a Requerente é optante do benefício fiscal concedido por meio do Decreto n°. 33.657/12, consistente na redução de base de cálculo de modo que a carga tributária seja equivalente a 2,4% sobre o valor do fornecimento de refeições e bebidas (excetuado o fornecimento ou a saída de bebidas sujeitas à sistemática da substituição tributária);

(ii) Que a segunda infração (NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS) padece de nulidade por falta de motivo visto que as notas fiscais listadas pelo I. Auditor Fiscal na verdade não existem porque são documentos fiscais cancelados logo após sua emissão e, portanto, que não deveriam ser escriturados e tampouco submetidos à tributação do ICMS, inclusive porque as operações de saídas neles descritas foram registradas em novas notas fiscais, emitidas imediatamente após o cancelamento, de forma a assegurar a sua escrituração e respectiva tributação pelo ICMS;

(iii) Que há falha no cancelamento de algumas notas fiscais no sistema de dados da SEFAZ, sendo apenas notada após a intimação do presente Auto de Infração, onde tais documentos fiscais foram efetivamente cancelados no seu sistema operacional interno, independentemente da falha que resultou na falta de cancelamento das notas fiscais também no Portal da SEFAZ, sendo substituída por operações foram devidamente documentadas, escrituradas e oferecidas à tributação do ICMS por meio de documentos fiscais emitidos imediatamente ao cancelamento, conforme se verifica nas imagens colacionadas por amostragens das NFC-e, informando não haver nenhum prejuízo causado ao erário estadual;

(iv) Em relação à primeira acusação (FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM DECORRÊNCIA DA APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITOS FISCAIS) informa para algumas competências realizou lançamento dos créditos no item 006 (Outros Créditos) e para outras, no item 007 (Estorno de Débitos), ambos no “Resumo da Apuração do Imposto” do Livro Registro de Apuração do ICMS, sempre mencionando no campo de discriminação o Decreto que prevê o regime especial do qual é optante, situação observada nos Livros Registro de Apuração do período autuado;

(v) Aduz decadência parcial do lançamento fiscal no que diz respeito aos fatos geradores ocorridos entre junho a setembro de 2016, por violação ao Artigo 150, § 4º, do CTN, haja vista que a ciência se deu em 27 de setembro de 2021, ou seja, mais de 5 (cinco) anos.

Ao final requer:

(a) Seja demonstrada a insubsistência do lançamento fiscal, e acolhida a presente Impugnação para cancelar integralmente o Auto de Infração em debate, arquivando-se o respectivo processo administrativo;



(b) Subsidiariamente, requer ao menos seja acolhida a presente Impugnação para que sejam recalculados os valores exigidos da Requerente de tal forma que seja aplicada a carga tributária de 2,4% prevista no Decreto n°. 33.657/12 sobre as operações fiscalizadas, bem como sejam excluídos os valores referentes a fatos geradores atingidos pela decadência.

(c) Requer-se, ainda, a produção de todos os meios de prova em direito admitidos e a conversão do julgamento em diligência para que sejam adotadas as providências acima requeridas.

Declarados conclusos, foram os autos remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, ocasião em que foram distribuídos ao julgador fiscal João Lincoln Diniz Borges., que exarou sentença pela procedência da exigência fiscal, nos termos da seguinte ementa:

OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE REGISTRO DAS OPERAÇÕES DE SAÍDA ESTAMPADAS NAS NFC-e EMITIDAS PELO CONTRIBUINTE NOS ASSENTAMENTOS FISCAIS. CANCELAMENTO NÃO CONFIRMADO. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. ERRO DE DENÚNCIAÇÃO NA INFRAÇÃO N° 0325. NULIDADE. VÍCIO FORMAL. DENÚNCIAS PARCIALMENTE COMPROVADAS.

- A lavratura do auto de infração foi procedida consoante às cautelas da lei, atendendo aos requisitos formais, essenciais à sua validade, oportunizando-se ao contribuinte todos os momentos para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa, o contraditório, e o devido processo legal administrativo, excetuando a Infração de n° 0325 que foi acometida de vício formal.

- Restou comprovado efeito decadencial sobre parcela dos lançamentos fiscais, sendo excluída parte da exigência fiscal contida na Infração n° 0028, por ser alcançada pelo perdimento do prazo de constituição na forma delineada pelo art. 150, §4° do CTN.

- A ocorrência de notas fiscais de saídas que deixaram de ser registradas nos livros próprios e/ou SPED FISCAL enseja a concretude da falta de recolhimento do imposto, estando comprovada sua repercussão tributária diante da ausência de lançamento das NFC-e nos assentamentos fiscais próprios do contribuinte. “in casu” não se confirma a ocorrência de cancelamento na forma preconizada pela legislação de regência.

- Nulidade da infração n° 0325, diante da constatação de falha na descrição da infração apurada, em confronto com a identificação da irregularidade que deveria ter sido apurada e denunciada corretamente nos autos, materializando vício formal que macula a exigência do crédito tributário com oportunidade para refazimento do lançamento indiciário.

- De acordo com a legislação vigente, os benefícios fiscais de redução da carga tributária para as atividades de bares, restaurantes e similares, não alcançam as atividades cadastradas como lanchonetes, casa de chá, sucos e similares, pois, estas se referem a atividades econômico-fiscais distintas daquelas, segundo a Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE).

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE



Cientificado da decisão proferida pela instância prima em 05 de dezembro de 2022, o sujeito passivo protocolou, no dia 23 de dezembro de 2022, recurso voluntário tempestivo ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba.

Na peça recursal, a ora recorrente reitera os argumentos apresentados na impugnação, requerendo ao final o que segue:

- (i) Seja reconhecida a nulidade do lançamento em virtude da aplicação de carga tributária distinta daquela de fato aplicável às operações de saída realizadas pela Recorrente ou, ao menos, ser determinada a sua revisão para que o imposto seja calculado com base no benefício fiscal previsto no Decreto nº. 33.657/12, o qual resulta na aplicação da carga tributária equivalente a 2,4% em detrimento do percentual aplicado pelo I. Auditor Fiscal (= 18%).
- (ii) Seja reformada a r. decisão de primeira instância em relação à parcela mantida do auto de infração, devendo ser este integralmente anulado - arquivando-se o respectivo processo administrativo;
- (iii) Por fim, protesta pela realização de sustentação oral, isso nos termos do art. 83, da Lei nº 10.094/2013.

Ato contínuo, foram os autos remetidos a esta Corte Julgadora e distribuídos a este Relator, segundo critério regimental previsto para apreciação e julgamento.

Considerando o pedido de *sustentação oral* consignado pelo contribuinte à fl., remeti o processo à Assessoria Jurídica desta Corte para emissão de Parecer Técnico acerca da legalidade dos lançamentos, em atenção ao que prescreve o artigo 20, inciso X, do Regimento Interno do CRF-PB.

Eis o relatório.

VOTO

A *quaestio juris* versa sobre as acusações de (i) falta de recolhimento do ICMS e (ii) não registrar nos livros próprios as operações de saídas de mercadorias e/ou prestações de serviços realizadas, conforme infrações descritas na peça inicial, lavrada contra a empresa ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS S/A., nos autos devidamente qualificada.

De forma preliminar, vale ressaltar que o Recurso Voluntário se encontra tempestivo, uma vez que foi protocolado nos termos do art. 77 da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013 (PAT-PB).

Antes de passarmos ao mérito, necessário se faz discorrermos acerca das preliminares arguidas pela empresa.

DO PEDIDO DE PROVA DOCUMENTAL (DILIGÊNCIA):



No tocante à pretensão da atuada em converter o julgamento em diligência para consecução de prova documental, rejeito a presente demanda requerida, por estarem ausentes às condições necessárias, de acordo com o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.094/2013, que ensejam a sua realização. Ademais, os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção.

Destarte, impõe-se, do mesmo modo, o indeferimento da medida de perícia ou diligência, por considerá-la prescindível. Os dados contidos no Auto de Lançamento, conjugados com os dados documentais carreados aos autos, mostram-se suficientes à pronta solução do processo.

Portanto, com fulcro no artigo 61 da Lei nº 10.094/13¹, indefiro o pedido de realização de diligência.

DA DECADÊNCIA:

Acerca da decadência sobre os fatos geradores ocorridos nos meses de junho a setembro 2016 contidos na Infração de nº 0028, a impugnante alega que o crédito tributário pertinente no Auto de Infração em exame não mais pode ser exigido pelo Fisco, por força do que dispõe o artigo 150, §4º do CTN.

Como se sabe, o Código Tributário Nacional - CTN estabelece, como regra geral, que a Fazenda Pública poderá constituir o crédito tributário, pelo lançamento, em até 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Tal dispositivo encontra-se inserido no artigo 173, I, da norma geral tributária, que abaixo transcrevemos:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

O prazo decadencial previsto no § 4º do art. 150 do CTN aplica-se aos casos de lançamento por homologação, no entanto, a denúncia em questão trata da falta de registro das notas fiscais de saídas nos livros próprios, portanto, não havia lançamento a homologar, assim sendo o prazo decadencial deve ser contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em o lançamento deveria ser efetuado, consoante previsto no art. 23 da Lei nº 10.094/2013, que assim dispõe:

Art. 23. O direito de constituir o crédito tributário extingue-se com o decurso de 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento deveria ter sido efetuado.

Considerando que os fatos geradores mais remotos ocorreram em junho de 2016, à luz das disposições do art. 23 da Lei nº 10.094/2013, que reproduziu o art. 173, I, do CTN, a fiscalização teria até 31 de dezembro de 2021 para efetuar os lançamentos tributários para não extrapolar o prazo decadencial.

¹ Art. 61. Para os efeitos desta Lei, entende-se por diligência a realização de ato por ordem da autoridade competente para que se cumpra uma exigência processual ou qualquer outra providência que vise à elucidação da matéria suscitada



Desse modo, sabendo que a ciência do Auto de Infração se deu em 27 de setembro de 2021, de acordo com Comprovante de Cientificação – DTe (fl. 159), não merece prosperar a alegação de que os lançamentos tributários foram alcançados pela decadência.

Passemos ao mérito.

1ª INFRAÇÃO N° 0285: FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS>> A empresa recolheu a menor, no código de Receita 1101, ICMS Normal, referente a CFOPS tributáveis de acordo com o Decreto n° 33.657/2012 e alterações posteriores.

A presente demanda motivou-se pela constatação de recolhimento de ICMS a menor com redução de base de cálculo com carga tributária equivalente a 2,4%, em decorrência de tributação efetuada na forma do Decreto n° 33.657/2012.

CONFORME PLANILHA ANEXA, NESTE PROCESSO, A EMPRESA RECOLHEU A MENOR, NO CÓDIGO DE RECEITA 1101, ICMS NORMAL, REFERENTE A CFOPS TRIBUTÁVEIS DE ACORDO COM O DECRETO N° 33.657/2012 E ALTERAÇÕES POSTERIORES.

In casu, a instância monocrática declarou a nulidade, por vício formal, da citada infração, conforme trecho da sentença singular abaixo reproduzido:

A presente contenda motivou-se pela constatação de recolhimento de ICMS a menor com redução de base de cálculo com carga tributária equivalente a 2,4%, em decorrência de tributação efetuada na forma do Decreto n° 33.657/2012.

(...)

No caso presente, após análise dos argumentos apresentados pela[*sic*] em conjunto com os fatos tributários inerentes à atividade desenvolvida pela Autuada, verifico haver um equívoco da fiscalização quanto à tipificação da irregularidade fiscal apurada, *uma vez que a tributação na qual a empresa se insere não é contemplada pelo benefício fiscal previsto no Decreto n° 33.657/2012, não comportando a redução de base de cálculo do ICMS com carga tributária equivalente a 2,4% (dois inteiros e quatro décimos por cento), visto que a autuada se encontra cadastrada e classificada no CNAE n° 5611-2/03 (lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares) e não sobre as operações de fornecimento de refeições efetuadas por bares, restaurantes e estabelecimentos similares ou de saída promovida por empresas preparadoras de refeições coletivas, não se submetendo ao citado regime tributário.*

(...)

Depreende-se que diante do equívoco constatado na descrição da infração, em confronto com a identificação da tipificação que deveria ter sido apurada e denunciada corretamente nos autos, materializou-se o vício formal que macula a exigência do crédito tributário.

Assim, examinando o caderno processual, no entendimento exarado pela instância prima, *data vênia*, não se vislumbra erro na descrição da infração, enquadramento legal ou pessoa do infrator, não há vício formal.



Todavia, há claramente erro da fiscalização no critério jurídico empregado para formalização da base de cálculo do ICMS, vez que é decisão reiterada neste Colegiado que a regra do Decreto nº 33.657/2012, ou seja, a redução da base de cálculo de forma que a carga tributária resulte no percentual de 2,4% (dois inteiros e quatro décimos percentuais) não se aplica às lanchonetes, situação na qual se enquadra a ora recorrente, de acordo com o Acórdão nº 176/2016, da lavra do eminente Conselheiro Petrônio Rodrigues Lima, cuja ementa colaciono a seguir:

CONSULTA FISCAL. LANCHONETES. ATIVIDADES SECUNDÁRIAS EM CINEMA. REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO OU OPÇÃO POR REGIME DIFERENCIADO DE TRIBUTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ATIVIDADES NÃO PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO VIGENTE PARA FRUIÇÃO DOS BENEFÍCIOS. ESCLARECIMENTOS PRESTADOS. MANTIDA A DECISÃO A QUO. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

A legislação estadual vigente que prevê os benefícios fiscais de redução de base de cálculo, ou de regime especial de tributação, para bares, restaurantes e similares, bem como para saídas de refeições coletivas promovidas por empresas preparadoras de alimentos, **não alcança as atividades secundárias exercidas pela Consulente, cadastradas como lanchonetes**, casa de chá, sucos e similares, pois, estas se referem a atividades econômico-fiscais distintas daquelas, segundo a Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE).

Em vista disso, o erro verificado é procedimental, visto que se evidencia erro na constituição da base de cálculo do ICMS, vez que a fiscalização calculou a base de cálculo do ICMS aplicando o benefício fiscal de redução de base de cálculo prevista no Decreto nº 33.657/2012, a qual este órgão colegiado já decidiu não ser extensivo às lanchonetes, conforme Acórdão nº 176/2016, já citado.

Desse modo, fica caracterizado erro no critério jurídico para apuração da base de cálculo, visto que o contribuinte não faz jus ao benefício fiscal em tela, conforme decisões reiteradas deste Conselho de Recursos Fiscais, a exemplo dos Acórdãos nºs 0473/2020 e 0028/2022, cujas ementas reproduzo abaixo, da lavra dos eminentes Conselheiros Petrônio Rodrigues Lima e Heitor Collet, respectivamente, configurando vício material no lançamento tributário, fato que impele a declaração de nulidade do referido lançamento:

Acórdão nº 000473/2020
Processo nº 0455872016-5

OMISSÃO DE VENDAS. OPERAÇÕES COM CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. LANCHONETES, CASAS DE CHÁ, DE SUCOS E SIMILARES. ATIVIDADE NÃO PREVISTA NA LEGISLAÇÃO VIGENTE PARA FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO FISCAL. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO DE OFÍCIO PROVIDO

- Declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e débito autorizam a presunção de



omissão de saídas de mercadorias tributáveis, sem pagamento do ICMS, ressalvado ao sujeito passivo as provas da improcedência da acusação, o que não ocorreu no presente caso.

- De acordo com a legislação vigente, os benefícios fiscais de redução da carga tributária para as atividades de bares, restaurantes e similares, não alcança as atividades cadastradas como lanchonetes, casa de chá, sucos e similares, pois, estas se referem a atividades econômico-fiscais distintas daquelas, segundo a Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE).

Acórdão nº 0028/2022

Processo nº 0428782020-7

PRELIMINARES DE NULIDADES E DECADÊNCIA - REJEITADAS. NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO LANÇADAS - OMISSÃO DE SAÍDAS PRETÉRITAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM O PAGAMENTO DO IMPOSTO - EXCLUSÃO DO LANÇAMENTO DE MENOR VALOR (07/2016) EM QUE FICOU CARACTERIZADO O ACÚMULO DE ACUSAÇÕES - DENÚNCIA PARCIALMENTE CONFIGURADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - ILÍCITO FISCAL CONFIGURADO. OMISSÃO DE VENDAS. OPERAÇÕES COM CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO. INFRAÇÃO CARACTERIZADA - REINCIDÊNCIA NAO CONFIGURADA. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. LANCHONETES, CASAS DE CHÁ, DE SUCOS E SIMILARES. ATIVIDADE NÃO PREVISTA NA LEGISLAÇÃO VIGENTE PARA FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO FISCAL. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA.

- Rejeitadas as preliminares de nulidades arguidas por cerceamento de defesa, visto que constam nos autos todas as informações que demonstram as operações objeto das acusações imposta na inicial.

- Não há que se falar em arbitramento de base de cálculo quando os documentos e as declarações do contribuinte, que embasaram as denúncias se constituem elementos dotados de validade jurídica.

- Nos casos de omissões, a contagem do prazo decadencial para constituição do crédito tributário obedece ao comando insculpido no artigo 173, I, do Código Tributário Nacional, ou seja, inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

- Contribuinte sujeito ao regramento da Escrituração Fiscal Digital - EFD, onde a falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios configura a existência de compra efetuada com receita de origem não comprovada, impondo-se o lançamento tributário de ofício, em face da presunção legal de que trata o artigo 646 do RICMS/PB.

- Excluído da cobrança o crédito tributário de menor valor, referente a acusação de falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios, do mês de julho de 2016, em que ficou caracterizado a concorrência de acusações.

- Confirmada a falta de recolhimento do ICMS, de acordo com levantamento fiscal extraído a partir das informações constantes na Escrituração Fiscal Digital – EFD, mensalmente transmitidas pelo contribuinte, em que se cotejou o ICMS declarado e o efetivamente devido, detectando-se diferença de ICMS a recolher.



- *Declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e débito autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, sem pagamento do ICMS, ressalvado ao sujeito passivo as provas da improcedência da acusação, o que não ocorreu no presente caso. Inocorrência de reincidência do ato infracional nos termos do art. 87 da lei nº 6.379/96, portanto, indevida a aplicação de multa recidiva.*

- *De acordo com a legislação vigente, os benefícios fiscais de redução da carga tributária para as atividades de bares, restaurantes e similares, não alcança as atividades cadastradas como lanchonetes, casa de chá, sucos e similares, pois, estas se referem a atividades econômico-fiscais distintas daquelas, segundo a Classificação Nacional de Atividades Econômicas.*

Desse modo, tendo em vista que é de natureza material o vício que inquina a infração em referência, e que a sua correção somente se faria mediante auto de infração específico, este deve ser lavrado dentro do prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido efetuado.

Importante destacar que, neste caso, o prazo decadencial a ser observado é a regra geral da decadência prevista no art. 173, I do CTN, assim, é possível lançar os fatos geradores do exercício de 2018 até 31 de dezembro de 2023.

2ª INFRAÇÃO Nº 0028: NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS REALIZADAS.

Esta acusação versa sobre a falta de recolhimento de ICMS decorrente da constatação de que o contribuinte deixou de registrar as notas fiscais (NFC-e) em operações de saídas de mercadorias tributáveis nos livros Registro de Saídas e Apuração do ICMS nos meses de janeiro a dezembro de 2016, de janeiro a maio, e de outubro de 2017, de setembro a dezembro de 2018, e de janeiro a dezembro de 2019 e de janeiro a março, agosto a dezembro de 2020, desrespeitando a regra insculpida no art. 60, incisos I e III c/c art. 277, ambos do RICMS/PB, *in 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;

(...)

III - no Registro de Apuração do ICMS, após os lançamentos correspondentes às operações de entradas e saídas de mercadorias e dos serviços tomados e prestados durante o mês:

- a) o valor do débito do imposto, relativamente às operações de saída e aos serviços prestados;



- b) o valor de outros débitos;
- c) o valor dos estornos de créditos;
- d) o valor total do débito do imposto;
- e) o valor do crédito do imposto, relativamente às operações de entradas e aos serviços tomados;
- f) o valor de outros créditos;
- g) o valor dos estornos de débitos; h) o valor total do crédito do imposto;
- i) o valor do saldo devedor, que corresponderá à diferença entre o valor mencionado na alínea "d" e o valor referido na alínea "h";
- j) o valor das deduções previstas pela legislação;
- l) o valor do imposto a recolher;
- m) o valor do saldo credor a transportar para o período seguinte, que corresponderá à diferença entre o valor mencionado na alínea "h" e o valor referido na alínea "d".

Art. 277. O Registro de Saídas, modelo 2 ou 2-A, Anexos 28 e 29, destina-se à escrituração do movimento de saídas de mercadorias, a qualquer título, e de prestações de serviços de transporte e de comunicação. (Grifo nosso)

Instada a se pronunciara, a impugnante afirma que os documentos fiscais foram efetivamente cancelados no seu sistema operacional interno, independentemente da falha que resultou na falta de cancelamento das notas fiscais também no Portal da SEFAZ, sendo substituída por operações foram devidamente documentadas, escrituradas e oferecidas à tributação do ICMS por meio de documentos fiscais emitidos imediatamente ao cancelamento, conforme se verifica nas imagens colacionadas por amostragens das NFC-e nº 50049, 50044 e 13684, de tal forma que nenhum prejuízo foi causado ao erário estadual.

Por outro lado, ao analisar os argumentos apresentados pela Impugnante, o julgador monocrático, vislumbrou não haver legitimidade nas provas apresentadas pela defesa com base no registro de seu sistema de controle interno de registro denominado de “PAPERLESS, para efeito de confirmação de que as NFC-e teriam sido canceladas e substituídas, haja vista que o procedimento adotado pela Autuada vai de encontro com o regramento previsto no art. 171-N do RICMS/PB que prevê o cancelamento da NFC-e em até 30 minutos do horário da autorização da NFC-e contado do momento em que foi concedida a Autorização de Uso da NFC-e, de que trata o inciso I do art. 171-G (Ajuste SINIEF 07/18)².

² Art. 171-N. O emitente poderá solicitar o cancelamento da NFC-e, desde que não tenha havido a saída da mercadoria, em prazo não superior a 30 (trinta) minutos, contado do momento em que foi concedida a Autorização de Uso da NFC-e, de que trata o inciso I do art. 171-G (Ajuste SINIEF 07/18).

§ 1º O cancelamento de que trata o “caput” será efetuado por meio do registro de evento correspondente.

§ 2º O Pedido de Cancelamento de NFC-e deverá:

I - atender ao leiaute estabelecido no MOC;

II - ser assinado pelo emitente com assinatura digital, certificada por entidade credenciada pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, contendo o número do CNPJ de qualquer dos estabelecimentos do contribuinte, a fim de garantir a autoria do documento digital.

§ 3º A transmissão do Pedido de Cancelamento de NFC-e será efetivada via Internet, por meio de protocolo de segurança ou criptografia, podendo ser realizada por meio de software desenvolvido ou adquirido pelo contribuinte.



Como se vê, a Autuada não cumpriu com o regramento estabelecido para efeito de cancelamento de que trata o caput do art. 171-N, sendo necessário o devido registro de evento correspondente através de pedido de cancelamento da NFC-e com transmissão efetuada pelo programa na forma disciplinada pelos §§§2º, 3º e 4º do citado artigo, fato não comprovado pela defesa.

Ademais, conforme pontuou o diligente julgador monocrático, todas as notas fiscais denunciadas estão autorizadas, conforme consta no Sistema ATF desta Secretaria.

Em vista disso, não há nos autos provas robustas aptas a excluir a denúncia de *NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E/OU AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS REALIZADAS*.

Além disso, é importante reiterar que a infração de falta de registro de notas fiscais de saídas nos livros próprios revela efetivamente a ausência de registro das notas fiscais na escrita fiscal, por conseguinte, não há lançamentos a serem homologados, recaindo a contagem do prazo decadencial na regra fixada no art. 173, inciso I, do CTN.

Da exegese das normas supracitadas, infere-se que os benefícios ali estipulados devem ser concedidos aos contribuintes que tenham como atividade de fornecimento de refeições, enquadrados como bares, restaurantes e estabelecimentos similares, bem como empresas preparadoras de refeições coletivas, não sendo o caso específico da Autuada, onde o pleito requerido de redução da carga tributária para 2,4% não tem suporte legal, uma vez que a atividade desenvolvida pela empresa é a de LANCHONETES, CASAS DE CHÁ, DE SUCOS E SIMILARES – CNAE 5611-2/03., que não se enquadra nas subclasses contempladas pelo aludido benefício fiscal na forma do Decreto nº 33.657/2012.

Destarte, conforme bem pontuou o diligente julgador monocrático, a Reclamante não trouxe aos autos provas materiais capazes de elidir o crédito tributário exigido na exordial, ficando, portanto, mantida a exigência tributária.

Desse modo, resta exigível o crédito tributário abaixo discriminado:

DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO	PERÍODO	ICMS	MULTA	TOTAL CANCELADO	CRÉDITO DEVIDO
0325 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	abr/19	R\$5,16	R\$5,16	R\$10,32	R\$ 0,00
	mai/19	R\$7,38	R\$7,38	R\$14,76	R\$ 0,00
	jun/19	R\$8,82	R\$8,82	R\$17,64	R\$ 0,00
	jul/19	R\$18,70	R\$18,70	R\$37,40	R\$ 0,00

§ 4º A cientificação do resultado do Pedido de Cancelamento de NFC-e será feita mediante protocolo de que trata o § 3º deste artigo disponibilizado ao emitente, via Internet, contendo, conforme o caso, a chave de acesso, o número da NFC-e, a data e a hora do recebimento da solicitação pelo Fisco e o número do protocolo, podendo ser autenticado mediante assinatura digital gerada com certificação digital da Secretaria de Estado da Receita ou outro mecanismo de confirmação de recebimento.



	ago/19	R\$11,52	R\$11,52	R\$23,04	R\$ 0,00
	set/19	R\$9,84	R\$9,84	R\$19,68	R\$ 0,00
	out/19	R\$16,78	R\$16,78	R\$33,56	R\$ 0,00
	jan/20	R\$72,70	R\$72,70	R\$145,40	R\$ 0,00
	mar/20	R\$29,73	R\$29,73	R\$59,46	R\$ 0,00
	dez/20	R\$3,34	R\$3,34	R\$6,68	R\$ 0,00
	jun/16	R\$315,63	R\$157,82	R\$0,00	473,45
	jul/16	R\$3,24	R\$1,62	R\$0,00	R\$ 4,86
	set/16	R\$0,45	R\$0,23	R\$0,00	R\$ 0,68
	out/16	R\$0,36	R\$0,18	R\$0,00	R\$ 0,54
	nov/16	R\$1,44	R\$0,72	R\$0,00	R\$ 2,16
	dez/16	R\$110,52	R\$55,26	R\$0,00	R\$ 165,78
	jan/17	R\$32,13	R\$16,07	R\$0,00	R\$ 48,20
	fev/17	R\$39,96	R\$19,98	R\$0,00	R\$ 59,94
	mar/17	R\$31,50	R\$15,75	R\$0,00	R\$ 47,25
	abr/17	R\$27,45	R\$13,73	R\$0,00	R\$ 41,18
	jun/17	R\$52,65	R\$26,33	R\$0,00	R\$ 78,98
	jul/17	R\$101,16	R\$50,58	R\$0,00	R\$ 151,74
	ago/17	R\$134,37	R\$67,19	R\$0,00	R\$ 201,56
	set/17	R\$781,65	R\$390,83	R\$0,00	R\$ 1.172,48
	jan/18	R\$15,93	R\$7,97	R\$0,00	R\$ 23,90
	fev/18	R\$10,98	R\$5,49	R\$0,00	R\$ 16,47
	mar/18	R\$20,56	R\$10,28	R\$0,00	R\$ 30,84
	abr/18	R\$2,79	R\$1,40	R\$0,00	R\$ 4,19
	jun/18	R\$48,89	R\$24,45	R\$0,00	R\$ 73,34
	set/18	R\$9,34	R\$4,67	R\$0,00	R\$ 14,01
	out/18	R\$4.521,95	R\$2.260,98	R\$0,00	R\$ 6.782,93
	dez/18	R\$56,29	R\$28,15	R\$0,00	R\$ 84,44
	jan/19	R\$71,86	R\$35,93	R\$0,00	R\$ 107,79
	fev/19	R\$98,82	R\$49,41	R\$0,00	R\$ 148,23
	mar/19	R\$56,05	R\$28,03	R\$84,08	R\$ 84,08
	abr/19	R\$40,09	R\$20,05	R\$0,00	R\$ 60,14
	mai/19	R\$51,30	R\$25,65	R\$0,00	R\$ 76,95
	jun/19	R\$166,46	R\$83,23	R\$0,00	R\$ 249,69
	jul/19	R\$99,50	R\$49,75	R\$0,00	R\$ 149,25
	nov/19	R\$2,05	R\$1,02	R\$0,00	R\$ 3,07
	dez/19	R\$1,89	R\$0,95	R\$0,00	R\$ 2,84
	jan/20	R\$1,35	R\$0,68	R\$0,00	R\$ 2,03
	fev/20	R\$2,32	R\$1,16	R\$0,00	R\$ 3,48
	mar/20	R\$4,86	R\$2,43	R\$0,00	R\$ 7,29
	ago/20	R\$1,35	R\$0,68	R\$0,00	R\$ 2,03

0028 - NÃO
REGISTRAR NOS
LIVROS PRÓPRIOS
AS OPERAÇÕES DE
SAÍDAS DE
MERCADORIAS E/OU
AS PRESTAÇÕES DE
SERVIÇOS
REALIZADAS



	set/20	R\$5,67	R\$2,84	R\$0,00	R\$ 8,51
	out/19	R\$16,22	R\$8,11	R\$0,00	R\$ 24,33
	dez/20	R\$3,31	R\$1,66	R\$0,00	R\$ 4,97
TOTAL		R\$7.126,31	R\$ 3.655,23	R\$ 367,94	R\$ 10.413,60

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do **recurso voluntário**, por regular e tempestivo, quanto ao mérito, pelo seu **desprovemento**. No entanto, com arrimo nos princípios da oficialidade, autotutela administrativa e legalidade, altero, **de ofício**, a decisão monocrática que julgou **parcialmente procedente** o **Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.00001880/2021-01** (fls. 2-4), lavrado em 25 de setembro de 2021, condenando a empresa autuada **ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS S/A** ao pagamento do crédito tributário no valor de **R\$ 10.413,60** (dez mil, quatrocentos e treze reais e sessenta centavos), sendo **R\$ 6.942,34** (seis mil, novecentos e quarenta e dois reais e trinta e quatro centavos) de ICMS por infringência ao Art. 106 c/c Art. 60, I e II c/ fulcro no Art. 277, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e **R\$ 3.471,27** (três mil, quatrocentos e setenta e um reais e vinte e sete centavos), a título de multa por infração, com arrimo no artigo 82, II, 'b' da Lei nº 6.379/96.

Em tempo, mantenho cancelada, por indevida, a quantia de R\$ 367,94 (trezentos e sessenta e sete reais e noventa e quatro centavos), conforme razões expandidas neste voto.

Por fim, reitero a possibilidade de realização de um novo procedimento acusatório, em função do vício material da acusação de falta de recolhimento do ICMS, aplicando-se, ao caso, o prazo decadencial constante no art. 173, I, do CTN.

Intimações a cargo da repartição preparadora, na forma da legislação de regência.

Segunda Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência em 20 de setembro de 2023.

Maíra Catão da Cunha Cavalcanti Simões
Conselheira Relatora