



PROCESSO Nº 1674502021-1 - e-processo nº 2021.000214843-0

ACÓRDÃO Nº 469/2023

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS S/A.

Advogado: Sr.º LUCAS REZENDA 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 GR1 DA
DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA
DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuante: JOAO LUCIO DA SILVA FILHO

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

**NULIDADES NÃO ACATADAS - NÃO REGISTRAR
NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS
- INFRAÇÃO COMPROVADA - AUTO DE INFRAÇÃO
PROCEDENTE - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA.
RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.**

- 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* para manter a decisão monocrática que julgou **parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.00001876/2021-43**, lavrado em 24 de setembro de 2021, condenando a empresa autuada **ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS S/A** ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 12.123,65 (doze mil, cento e vinte e três reais e sessenta e cinco centavos), sendo R\$ 8.082,43 (oito mil, oitenta e dois reais e quarenta e três centavos) de ICMS por infringência ao art. 60, I e II c/ fulcro no Art. 277, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Dec. nº 18.930/97, e R\$ 4.041,22 (quatro mil, quarenta e um reais), a título de multa por infração, com arrimo no artigo 82, II, 'b', da Lei nº 6.379/96.

P.R.I.

Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 27 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 1674502021-1 - e-processo nº 2021.000214843-0

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS S/A.

Advogado: Sr.º LUCAS REZENDA 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 GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuante: JOAO LUCIO DA SILVA FILHO

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

NULIDADES NÃO ACATADAS - NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS - INFRAÇÃO COMPROVADA - AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- 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 93300008.09.000001876/2021-43, lavrado em 24 de setembro de 2021, o auditor fiscal responsável pelo cumprimento da Ordem de Serviço Específica nº 93300008.12.0000597/2021-12, denuncia a empresa ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS S/A, inscrição estadual nº 16.306.538-1, de haver cometido as seguintes irregularidades, *ipsis litteris*:

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



FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE VENDA A
CONSUMIDOR FINAL NO LIVRO PRÓPRIO EFD/SPED FISCAL.

Em decorrência deste evento, o representante fazendário, considerando haver o contribuinte infringido os artigos art. Art. 158, I; Art. 160, I; c/fulcro, Art. 646, do RICMS/PB aprov. Dec. 18.930/97106, art. 60, I e II c/c art. 277, do RICMS, lançou um crédito tributário na quantia total de R\$ 12.123,65 (doze mil, cento e vinte e três reais e sessenta e cinco centavos), sendo R\$ 8.083,43 (oito mil, oitenta e três reais e quarenta e três centavos) de ICMS e R\$ 4.041,22 (quatro mil, quarenta e um reais e vinte e dois centavos) a título de multa por infração, com arrimo no artigo 82, II, "b", da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios juntados às fls. 4 a 230.

Depois de cientificada da autuação em 04 de outubro de 2021, a denunciada, por intermédio de seu representante legal, apresentou, em 03 de novembro de 2021, impugnação tempestiva contra os lançamentos dos créditos tributários consignados no Auto de Infração em análise, por meio da qual pontua que:

(i) Que a Requerente é sociedade empresária que se dedica ao comércio rápido de refeições (FAST FOOD) sob a marca McDonald's, conhecida e respeitada em todo o mundo, e que preza pelo rigoroso cumprimento de suas obrigações fiscais, exercendo a atividade de fornecimento de refeições e bebidas em lanchonete, sendo optante do benefício fiscal concedido por meio do Decreto nº. 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) Aduz que o Auto de Infração 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) 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) 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

(v) Que o ICMS supostamente devido pela Requerente não pode ser calculado pela alíquota de 18%, mas deve considerar a carga tributária reduzida;

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.

Consta, em anexo, juntada de documentos produzidos pela defesa, conforme fls. 246 a 274 dos autos.

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:

NULIDADE IMPERTINENTE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRIMADO DA MOTIVAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE REGISTRO DAS OPERAÇÕES DE SAÍDA ESTAMPADAS NAS NFC-e EMITIDAS PELO CONTRIBUINTE NOS ASSENTAMENTOS FISCAIS. DENÚNCIA COMPROVADA.

- A lavratura do auto de infração foi procedida consoante às cautelas da lei, não havendo casos de nulidade de que tratam os artigos 14 a 17 da Lei n° 10.094/13, 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.

- A falta de lançamento de notas fiscais de saídas no registro de saída e de apuração de ICMS 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.



- 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).

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Cientificado da decisão proferida pela instância prima em 31 de outubro de 2022, o sujeito passivo protocolou, no dia 25 de novembro 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 n.º 33.657/12, o qual resulta na aplicação da carga tributária equivalente a 2,4%;

(ii) Por fim, protesta pela realização de sustentação oral, isso nos termos do art. 83, da Lei n.º 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.317, 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 a acusação de não registrar nos livros próprios as operações de saídas de mercadorias e/ou prestações de serviços realizadas, conforme infração descrita 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 n.º 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.

DA NULIDADE DO LANÇAMENTO FISCAL

Em abordagem inicial, a empresa autuada requer pedido de nulidade de todo o procedimento fiscal por entender a existência de vícios insanáveis que invalidariam completamente a cobrança dos tributos e das penalidades supostamente devida, por falta de motivação do ato administrativo em face de cancelamento das notas fiscais apuradas, implicando em nulidade, nos termos dos artigos 14, 16 e 17 da Lei nº 10.094/2013, sendo necessário o enfrentamento dos questionamentos para a legitimidade do devido processo legal.

Com efeito, sabe-se que um ato administrativo só poderá ser anulado quando ilegal ou ilegítimo. Em verdade, diferente do que alega a defendente, vejo que o libelo acusatório se encontra dentro dos requisitos previstos pela diretriz normativa do imposto estadual, não existindo na análise de formalização da denúncia e da tipificação dos fatos apurados elementos prejudiciais capazes de provocar, de pronto, a nulidade do auto de infração em sua plenitude, diante da dicção dos artigos, abaixo transcritos, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13.¹

Neste contexto, vejo plena impropriedade nos questionamentos de nulidade e/ou impropriedade da peça acusatória pela defendente, haja vista que os fatos infracionais foram apurados com a devida definição das situações infringentes, dos dispositivos normativos pertinentes, temporariedade dos fatos geradores e a devida materialidade dispostas às fls. 10 a 107 dos autos, tornando descabida a arguição de falta de motivação com base na alegação de cancelamento das notas fiscais glosadas.

Nesse sentido, não há o que se falar em ausência de motivação para o lançamento administrativo indiciário, uma vez que a ação fiscal se encontra pautada pelo manto da legalidade e atende aos requisitos estabelecidos pela legislação ao ser produzida por agente público competente com atribuição e prerrogativa funcional definida em lei, conforme previsão normativa contida no artigo 37 c/c art. 151 da Lei nº 10.094/13. Vejamos:

Art. 37. **Considera-se iniciado o procedimento fiscal para apuração** das infrações a este Regulamento:

I - com a lavratura do termo de início de fiscalização;

¹ Art. 15. As incorreções, omissões ou inexistências, que não importem nulidade, serão sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio. Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a nulidade do auto de infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.

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



II - com a lavratura do termo de apreensão de mercadorias e documentos fiscais ou de intimação para sua apresentação;

III - com a lavratura de auto de infração ou de representação;

IV - com qualquer outro ato escrito, de servidor fazendário, próprio de sua atividade funcional específica, a partir de quando o fiscalizado for cientificado.

§ 1º **O início do procedimento alcança todos aqueles que estejam diretamente envolvidos nas infrações porventura apuradas no decorrer da ação fiscal, somente abrangendo os atos que lhes forem anteriores.**

Art. 151. A fiscalização dos tributos é de competência privativa dos auditores fiscais, nos termos da Lei nº 8.427, de 10 de dezembro de 2007, tendo como atribuições:

I – O Auditor Fiscal Tributário Estadual: a tributação, a arrecadação e a fiscalização das receitas tributárias estaduais, nas atividades de estabelecimento e de mercadoria em trânsito, em qualquer fase, **inclusive a documentação que lhes é respectiva, correlatas às atribuições do cargo;**

Assim, rejeita-se a arguição de nulidade do Auto de Infração por falta de motivação.

DO PEDIDO DE PROVA DOCUMENTAL (DILIGÊNCIA):

No tocante à pretensão da autuada 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 10.094/13², indefiro o pedido de realização de diligência.

Passemos ao mérito.

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 abril de 2019, 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:

² 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



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)

No caso dos autos, a fiscalização demonstrou a existência de descumprimento de lançamento do imposto incidente que, no caso em concreto, repercutiu na falta de recolhimento de ICMS, conforme levantamento fiscal com perfeita determinação das NF-e emitidas, através das chaves de acesso e suas datas de emissão.

Instada a se pronunciar, 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 10553, 12276 e 100331, 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)³.

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 bem pontuou o diligente julgador monocrático, foi verificado que todas as notas fiscais denunciadas estão devidamente autorizadas, conforme análise feita no Sistema ATF desta Secretaria.

Portanto, apesar do inconformismo do sujeito passivo com o crédito tributário ora exigido, ele não trouxe provas contundentes da improcedência da acusação fiscal, limita-se a rejeitá-la sem nexo de causa argumentativa favorável ao seu pleito.

No que tange ao argumento da defesa de que as saídas da Requerente consistem no fornecimento de refeições e bebidas em lanchonete, estando sujeita à forma de apuração do ICMS prevista no Decreto nº. 33.657/12 com carga tributária de 2,4% sobre suas operações de saídas tributadas, não podendo ser calculado o imposto devido pela alíquota de 18%, verifica-se, conforme bem pontuou o diligente julgador monocrático, não há como prosperar tal argumento, haja vista que a empresa não se enquadra ao benefício fiscal concedido por meio do citado decreto consistente na redução de base de cálculo do ICMS, visto que o seu CNAE de nº 5611-2/03 (lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares) não se submete ao citado regime tributário.

³ 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.

§ 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.



Isto posto, não se pode furtar ao disposto no art. 1º, do Decreto nº 33.657, de 27 de dezembro de 2012, que dispõe sobre a concessão de redução de base de cálculo do ICMS no fornecimento de refeição promovido por bares, restaurantes e estabelecimentos similares, e dá outras providências, *verbis*:

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) (Grifei)

Já o artigo 34 do RICMS/PB, que trata de redução da base de cálculo também é claro ao especificar quais as atividades estariam contempladas pelo benefício fiscal, sendo de exclusividade para bares, restaurantes e estabelecimentos similares, senão vejamos:

Art. 34. A base de cálculo do imposto será reduzida:

IV - até 30 de Abril de 2024, 30% (trinta por cento), no fornecimento de refeição promovido por bares, restaurantes e estabelecimentos similares, assim como na saída promovida por empresas preparadoras de refeições coletivas, excetuando, em quaisquer das hipóteses, o fornecimento ou a saída de bebidas (Convênios ICMS 09/93, 67/97, 121/97, 23/98, 05/99 e 178/21). (Grifei)

Dessa forma, tendo em vista que a redução de base de cálculo deve ser considerada como uma isenção parcial, o dispositivo legal (art. 1º, do Decreto nº 33.657/2012) deve ser interpretado literalmente e não extensivamente, nos termos do que estatui o artigo 111, II, do Código Tributário Nacional:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

(...)

II - outorga de isenção;

Observa-se que o legislador excluiu dos aludidos benefícios, as atividades de subclasses 5611-2/03(lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares), como a desenvolvida de forma principal pela Autuada. As atividades similares não são extensivas aos demais CNAE e se referem às que estão alocadas na subclasse 5611-2/01, que compreendem:

- *as atividades de vender e servir comida preparada, com ou sem bebidas alcoólicas ao público em geral, com serviço completo;*

- *os restaurantes self-service ou de comida a quilo;*

- *as atividades de restaurante e bares em embarcações explorados por terceiros.*

As atividades exercidas pela empresa Autuada inserida no CNAE de subclasse 5611-2/03 compreendem, ao serviço de alimentação para consumo no local, com venda ou não de bebidas, em estabelecimentos que não oferecem serviço completo,



tais como: lanchonetes, fast-food, pastelarias, casas de chá, casas de suco e similares - sorveterias, com consumo no local, de fabricação própria ou não.

Desse modo, 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.

Esse entendimento já foi objeto de decisão desta Corte, sobre uma Consulta Fiscal (Processo nº 021.811.2016-1) de que tratou da mesma situação, ou seja, em relação à aplicação da redução de base de cálculo para os estabelecimentos, que tinha como atividade Lanchonetes, Casas de Chá, de Sucos e Similares (CNAE 5611-2/03), que deu ensejo ao Acórdão nº 176/2016, que abaixo reproduzo, e que seguiu o Parecer nº 2016.01.05.00022, da Gerência Executiva de Tributação:

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).

ACÓRDÃO Nº 176/2016

RELATOR: Cons.º PETRONIO RODRIGUES LIMA

Ademais, os lançamentos não se basearam em fatos abstratos ou arbitrados, mas em provas contundentes das operações fiscais realizadas com notas fiscais eletrônicas emitidas, válidas e regulares, onde constam os seguintes elementos probatórios necessários: chaves de acesso da NF eletrônica, número da NF, data de emissão e valores das NFs etc.

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.

Com estes fundamentos,



VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento* para manter a decisão monocrática que julgou **parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.00001876/2021-43**, lavrado em 24 de setembro de 2021, condenando a empresa autuada **ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS S/A** ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 12.123,65 (doze mil, cento e vinte e três reais e sessenta e cinco centavos), sendo R\$ 8.082,43 (oito mil, oitenta e dois reais e quarenta e três centavos) de ICMS por infringência ao art. 60, I e II c/ fulcro no Art. 277, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Dec. nº 18.930/97, e R\$ 4.041,22 (quatro mil, quarenta e um reais), a título de multa por infração, com arrimo no artigo 82, II, 'b', da Lei nº 6.379/96.

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

Segunda Câmara, sessão realizada por meio de videoconferência, em 26 de setembro de 2023.

Maíra Catão da Cunha Cavalcanti Simões
Conselheira Relatora