

**A.I. Nº** - 232854.0008/11-7  
**AUTUADO** - CHALÉ REFEIÇÕES LTDA.  
**AUTUANTE** - MARCELO AUGUSTO CUNHA DE OLIVEIRA  
**ORIGEM** - INFAZ FEIRA DE SANTANA  
**INTERNET** - 23. 05. 2013

## **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0094-01/13**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. Contradição na descrição do fato, que é descrito como imposto lançado e não recolhido referente a operações devidamente escrituradas nos livros fiscais próprios, porém aduzindo que se trata de arbitramento. Inexistência de Termo de Início eficaz. Ausência de intimação do contribuinte para apresentar livros e documentos. Falta de motivação do arbitramento. Inobservância do devido procedimento legal, implicando falta de certeza e liquidez. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 26.9.12, acusa falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares, relativo a comercialização de refeições, devidamente escriturado nos livros fiscais próprios, sendo lançado imposto no valor de R\$ 386.785,48, com multas de 50% e 60%. Consta no campo “Descrição dos Fatos” que, por falta de dados não informados das saídas, tanto com documentos como nas DMAs, foi necessário recorrer ao arbitramento da base de cálculo.

O contribuinte defendeu-se (fls. 723/732) reproduzindo a descrição do fato narrado no Auto de Infração, no valor de R\$ 386.785,48. Destaca que o código da infração é 02.04.01. Em seguida, faz nova descrição de outro fato referente a um único mês, no valor de R\$ 39.215,73, destacando que o código dessa segunda infração é 02.01.02. A título de preliminar, relativamente à “primeira” infração, código 02.04.01, fala da constituição da empresa, do arquivamento do contrato social na Junta Comercial e do local onde atua, fornecendo refeições para a Secretaria de Saúde, para consumo dos pacientes, acompanhantes e servidores do Hospital Especializado Lopes Rodrigues, em Feira de Santana. Informa que o contrato de fornecimento foi firmado pela matriz, inscrita no cadastro estadual sob o nº 035.883.382, aduzindo que, por força do vínculo contratual, o estabelecimento matriz emitiu as Notas Fiscais Eletrônicas contendo no corpo de cada Nota as informações de acordo com as cláusulas contidas no contrato. Diz que, para atender aos ritos operacionais, administrativos e fiscais, abriu uma filial em Feira de Santana, e, após a regularidade cadastral, foi obtida a certificação digital e conectividade dos sistemas, junto aos órgãos governamentais, passando com essas providências a ter condições de iniciar e finalizar o citado contrato de fornecimento, com todos os impostos e contribuições centralizados, recolhidos pelo estabelecimento. Ressalta que não poderia abrir a filial sem a confirmação do contrato firmado diante do Certame Licitatório, ainda que na modalidade de dispensa de licitação, haja vista que o estabelecimento matriz atua no município de Salvador desde 25.5.87, quando foi fundada a empresa. Reclama que o fiscal lavrou este Auto, mesmo estando em seu poder os DAEs de todas as “competências” que tiveram fatos geradores de ICMS, de setembro de 2009 a fevereiro de 2011, que são os DAEs da matriz, nos quais está incluso o ICMS de cada Nota Fiscal do contrato de prestação de serviços executado pela filial, estando destacado no campo de informações complementares, no local do fornecimento das refeições coletivas de cada mês, além da planilha demonstrativa do local da receita de todas as competências do período fiscalizado. Considera que o

Auto de Infração poderia ser evitado, pois em nenhum momento deixou de ser informado o recolhimento do imposto centralizado, como ocorreu com os demais tributos (PIS, Cofins, imposto de renda e CSSL).

Diz que, para corroborar a alegada centralização dos tributos, juntou outro Auto de Infração similar, levantado por outro fiscal, que autuou outra filial da empresa, tendo o Auto sido julgado improcedente por unanimidade.

Argumenta que, com o advento da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), a sua empresa é fornecedora de refeições coletivas aos governos estadual e federal em diversos contratos, e não teria como receber seus créditos pelos fornecimentos de refeições e ficar sem recolher suas obrigações tributárias.

Quanto à “segunda infração”, código 02.01.02, aduz o autuado, a título de preliminar, que a fiscalização ocorreu a partir do pedido de baixa da inscrição da filial de Feira de Santana, tendo o arquivamento na Junta Comercial ocorrido em fevereiro de 2011, sob o número 97071690, já que encerrou o fornecimento de refeições em fevereiro de 2011. Alega que, com referência aos fatos geradores do mês de outubro de 2011, jamais poderia a empresa emitir Nota Fiscal datada de 10.11.11, oito meses após a baixa na Junta Comercial, por ter a filial encerrado suas atividades, estando à disposição do órgão julgador toda a documentação, informações do acervo contábil e fiscal, e requer uma perícia nesse sentido, para provar o equívoco da fiscalização, ao acusar que teria a empresa deixado de recolher o imposto referente ao mês de outubro de 2011, quando a filial já estava baixada na Junta Comercial.

Quanto ao enquadramento da “primeira infração”, código 02.04.01, o autuado suscita a nulidade do lançamento, por não concordar com a forma como foi feito o levantamento das bases de cálculo e por não terem sido considerados os créditos, além de ter ocorrido apuração indevida, ficando a seu ver comprovada a nulidade em face da declaração dos DAEs recolhidos pela matriz.

Reclama da aplicação do arbitramento da base de cálculo. Chama a atenção para a contradição entre o motivo do arbitramento e a descrição dos fatos, onde é dito que o contribuinte “Deixou de recolher no prazo regulamentar ICMS relativo à comercialização de refeições, devidamente escriturado nos livros fiscais”.

Afirma que, na ação fiscal, não foi emitida intimação pedindo esclarecimentos dos procedimentos fiscais e contábeis, atuando a empresa na atividade de restaurante, utilizando como base de cálculo a receita bruta, conforme prevê o art. 504 do RICMS, assim como os convênios firmados entre a Bahia e os demais Estados no tocante a restaurantes, a exemplo do Convênio ICMS 9/93.

Quanto ao enquadramento da “segunda infração” (código 02.01.02), suscita também a nulidade, por não terem sido considerados os créditos, e ainda por ter ocorrido apuração indevida, ficando comprovada a nulidade em face da declaração dos DAEs recolhidos pela empresa, não podendo este Auto prosperar, pois não foi emitida nenhuma Nota Fiscal, já que a filial estava baixada na Junta Comercial, cuja alteração contratual foi arquivada naquele órgão em 14.2.11, conforme comprovante anexo.

Reclama também do emprego do arbitramento da base de cálculo, chamando a atenção para a contradição entre o motivo do arbitramento e o que foi dito na descrição do fato. Diz que põe à disposição do fisco sua documentação contábil e fiscal, inclusive o contrato de prestação de serviços de fornecimento firmado com a Secretaria de Saúde.

Reitera o pedido de perícia.

Reafirma que, no tocante à infração do código 02.04.01, as refeições coletivas são sujeitas a tributação de acordo com o art. 504 do RICMS e outros atos normativos.

Também reclama das multas de 50% e 60%.

Conclui pontuando que também argui a nulidade do Auto em função da descrição e tipificação dos fatos, por não ter sido considerada a opção da empresa, não tendo a seu ver fundamento a autuação, em face dos DAEs recolhidos tempestivamente.

Pede a nulidade e, alternativamente, a declaração da improcedência do Auto de Infração “através Infração 01-02.04.01 e da Infração 01-02.01.02” [sic]. Juntou documentos.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 856-857) dizendo que foi emitida uma ordem de serviço relativa a um “processo” de baixa de inscrição cadastral, e na ocasião ele, autuante, considerou com um preposto do autuado por que pedir uma baixa de uma empresa quando o mesmo grupo ia permanecer oferecendo os mesmos serviços, tendo o preposto da empresa considerado que seria por conveniência dos sócios.

Diz que solicitou os livros e documentos fiscais, mas não vieram os documentos referentes às saídas. Aduz que, verificando o RICMS, no art. 504, constatou que esse dispositivo não se enquadrava no regime de apuração em função da receita bruta, e então, com base no art. 937, incisos I, II e IV, fez o arbitramento da base de cálculo, e, seguindo o art. 938, I, “a”, aplicou a MVA correspondente e subtraiu os valores relativos às operações não sujeitas ao imposto por isenção ou não incidência, bem como às operações tributadas pelo regime de substituição tributária por antecipação, conforme o art. 504, V, “c”.

Opina pela procedência do Auto de Infração.

## VOTO

A imputação de que cuida este Auto é de falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares, relativo a comercialização de refeições, devidamente escriturado nos livros fiscais próprios.

Por essa descrição, depreende-se que se trata de imposto lançado e não recolhido, já que o tributo se encontrava “devidamente escriturado nos livros próprios”. Foram aplicadas multas de 50% e de 60%.

Ocorre que, num adendo posto no campo “Descrição dos Fatos”, a autoridade autuante acrescentou que se trataria de arbitramento.

Essa contradição na descrição da infração é agravada em face das multas que foram aplicadas, de 50% e de 60%. Ora, se conforme disse o autuante na descrição dos fatos, o imposto foi apurado mediante arbitramento da base de cálculo, então a multa não seria de 50% ou de 60%: nos termos do art. 42, IV, “i”, da Lei nº 7.014/96, em caso de arbitramento a multa é de 100%.

O autuado pediu a nulidade do lançamento em função da descrição e tipificação dos fatos. Chamou a atenção para a contradição entre o motivo do arbitramento e do que foi dito na descrição dos fatos.

Estranhamente, a defesa se refere a duas infrações. Cita o teor de cada uma das imputações. Indica o código de cada uma das “duas” infrações. Faz em relação a “cada uma” das infrações uma série de considerações. No caso da “segunda” infração, reporta-se a valores inexistentes nestes autos, relativos a fatos geradores do mês de outubro de 2011. Segundo o autuado, a primeira infração teria o código 02.04.01, ao passo que a segunda infração teria o código 02.01.02.

Porém neste Auto não existem duas infrações – a infração é uma só. E não há fatos geradores de outubro de 2011.

Seria de se esperar que ao prestar a informação a autoridade fiscal abordasse a defesa como manda o § 6º do art. 127 do RPAF, segundo o qual a informação deve ser prestada abrangendo todos os aspectos da defesa.

Porém, na informação, o autuante ignorou por completo os pontos questionados pela defesa, limitando-se a falar da ordem de serviço que recebeu e de uma conversa que teria tido com um

preposto do autuado por ocasião da ação fiscal, e conclui a “informação” dizendo como foi apurado o imposto.

Voltando à questão do arbitramento, consta no campo “Descrição dos Fatos” que foi preciso recorrer ao arbitramento por falta de dados. Na informação fiscal, o autuante afirmou que teria solicitado os livros e documentos fiscais, mas não vieram os documentos referentes às saídas.

Porém não consta nos autos que tivesse havido qualquer intimação para apresentação de livros ou documentos.

Como se vê, este processo constitui uma coletânea de vícios procedimentais e de conteúdo. Foi feito o arbitramento da base de cálculo do imposto por falta de entrega de documentos: acontece que não consta que tivesse havido Termo de Intimação para apresentação de livros e documentos.

Para completar, note-se o Termo de Início à fl. 5: esse termo não parece ter sido assinado sequer pelo fiscal, pois o sinal constante ao final não é assinatura, e difere visivelmente da assinatura do autuante aposta no Auto de Infração.

O fiscal não entregou cópias dos demonstrativos ao contribuinte (ver. fls. 6 e 10). Isso constitui desatenção ao mandamento do art. 46 do RPAF. Porém a esta altura esse vício é o mínimo, em face dos demais.

Não foram observados os requisitos para o arbitramento, previstos no art. 937 do RICMS.

O lançamento é nulo, por absoluta inobservância do devido procedimento legal, implicando falta de certeza e liquidez.

A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento, a salvo de falhas acima descritas. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232854.0008/11-7**, lavrado contra **CHALÉ REFEIÇÕES LTDA**.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de abril de 2013

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR