

A. I. Nº - 272041.0555/14-2  
AUTUADO - ANNO ZERO COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.  
AUTUANTE - PAULO NOGUEIRA DA GAMA  
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS  
INTERNET - 24. 10. 2014

### 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0217-01/14

**EMENTA: ICMS. 1. REGIME DE APURAÇÃO DO IMPOSTO EM FUNÇÃO DA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. RESTAURANTE. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO.** Alegação defensiva de que houve equívoco no preenchimento da Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) não é suficiente para elidir a autuação. Nos termos do §3º do art. 255 do RICMS/BA/2012, o contribuinte retificará a DMA e a CS-DMA sempre que as mesmas contiverem declarações inexatas. No presente caso, o autuado alegou a existência de declarações inexatas, contudo, não adotou a providência indispensável para corrigir o alegado equívoco, ou seja, não apresentou DMA retificadora, no intuito de que fosse verificada a veracidade do alegado e, desse modo, afastar qualquer dúvida quanto às informações corretas. Os elementos trazidos na peça de defesa para fundamentar a alegação de declarações inexatas na DMA não são suficientes para elidir a autuação. Infração subsistente. **2. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA QUANTO À CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO.** Inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração imputada. Inviabilidade de saneamento, haja vista que a ação fiscal foi desenvolvida de forma inadequada, acarretando incerteza cuja elucidação, nestes autos, implicaria uma nova ação fiscal. Infração nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/06/2014, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$8.758,27, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Deixou de recolher no prazo regulamentar ICMS relativo a comercialização de refeições, apurado com base no Regime de Apuração em Função da Receita Bruta, nos meses de setembro a dezembro de 2012, janeiro, outubro e novembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$6.938,90, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte informou EFD sem arquivos, em anexo, e não apresentou Sintegra, contudo, apresentou valores a recolher nas DMAs de 2012 e 2013, em anexo, até então não recolhidos. Período da Redução da Base de Cálculo para 4% a vigorar a partir de janeiro de 2012;
2. Falta de recolhimento de ICMS constatada pela omissão de saída de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, em

31/12/2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.819,37, acrescido da multa de 100%. Consta que, em anexo, valor do TEF 2013 maior que o valor das saídas na DMA 2013, e sem recolhimento do ICMS.

O autuado apresentou defesa (fl. 35) consignando que estava apresentando o Balancete de Verificação 01/12/2013 até 31/12/2013; livro Registro de Saída do período de 01/12/2013 até 31/12/2013; livro Registro de Apuração do ICMS de 01/12/2013 até 31/12/2013, no intuito de servirem de provas referente ao presente Auto de Infração.

Alega que no mês de dezembro de 2013 houve um equívoco no preenchimento da DMA, pois a base de cálculo foi declarada erroneamente, o que motivou a apresentação da defesa.

Afirma que no período fiscalizado a exigência está sendo feita sobre uma base de cálculo errada. Solicita a retificação da DMA referente à competência de 12/2013.

O autuante prestou informação fiscal (fl. 50) observando que o autuado referindo-se ao mês de dezembro de 2013 cita e anexa, Balancete de Verificação, livro Registro de Saída, livro Registro de Apuração do ICMS, e que não aborda outro período, nem argumenta sobre as demais infrações elencadas no Auto de Infração. Observa, ainda, que o autuado nada comenta sobre o fato de o Relatório TEF 2013 (= R\$45.484,33) ser maior que a soma das DMAs do período. Registra que anexou, à fl. 07 dos autos, as DMAs de janeiro, outubro e novembro, com valores de R\$10.432,80, R\$3471,53 e R\$4.019,46 = R\$17.923.79, respectivamente.

Salienta que o autuado alega um valor a débito de R\$810,25, apresentado após a lavratura do Auto de Infração e, dessa forma, não incluído na autuação. Acrescenta que tal débito está baseado nos documentos de fls. 36 a 44, que não considera idôneos, por se tratar de folhas soltas sem as devidas formalidades legais.

Salienta que o contribuinte tem como Atividade - Restaurantes e similares – CNAE 5611201.

Finaliza mantendo o Auto de Infração.

## VOTO

Versa o Auto de Infração sobre o cometimento de duas infrações à legislação do ICMS imputadas.

Na primeira infração o contribuinte foi acusado de falta de recolhimento do ICMS, no prazo regulamentar, referente à comercialização de refeições, apurado com base no Regime de Apuração em Função da Receita Bruta. Consta na descrição da infração que: *Período da Redução da Base de Cálculo para 4% a vigorar a partir de janeiro de 2012.*

Na realidade, observo que o referido Regime de Apuração em Função da Receita Bruta vigente no RICMS/BA/97, passou no novo RICMS/BA/12, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, a figurar como redução da base de cálculo, conforme disposto no seu art. 267, VI, abaixo reproduzido:

Art. 267. É reduzida a base de cálculo do ICMS, em opção à utilização de quaisquer outros créditos fiscais:

(...)

VI - das operações realizadas por restaurantes, churrascarias, pizzarias, lanchonetes, bares, padarias, pastelarias, confeitarias, doçarias, bombonérias, sorveterias, casas de chá, lojas de “delicatessen”, serviços de “buffet”, hotéis, motéis, pousadas, fornecedores de salgados, refeições e outros serviços de alimentação, de forma que a carga tributária seja equivalente a 4% (quatro por cento), observado o disposto no § 1º e o seguinte:

O período objeto da autuação abrange os meses de setembro a dezembro de 2012, janeiro, outubro e novembro de 2013.

A autuação está fundamentada no fato de ter o contribuinte informado a Escrita Fiscal Digital - EFD sem arquivos, assim como não ter apresentado os arquivos do Sintegra, porém, apresentado as DMAs referentes a 2012 e 2013 com indicação de valores atinentes ao ICMS a recolher, contudo sem que fossem recolhidos.

Verifico que o autuado impugnou este item da autuação reportando-se, exclusivamente, sobre a exigência atinente ao mês de dezembro de 2013, silenciando quanto aos demais meses.

A alegação defensiva é de que no mês de dezembro de 2013 houve um equívoco no preenchimento da DMA, pois a base de cálculo fora declarada erroneamente, razão pela qual solicita a retificação da DMA referente à competência de 12/2013.

Nos termos do §3º do art. 255 do RICMS/BA/2012, o contribuinte retificará a Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) a CS-DMA sempre que as mesmas contiverem declarações inexatas.

Observo que, no presente caso, o autuado alegou a existência de declarações inexatas, contudo, não adotou a providência indispensável para corrigir o alegado equívoco, ou seja, não apresentou a DMA retificadora, na forma do §3º do art. 255 do RICMS/BA/2012, no intuito de possibilitar a Fiscalização a veracidade do alegado e, desse modo, afastar qualquer dúvida quanto às informações corretas.

A solicitação do autuado para que seja retificada a DMA referente à competência de 12/2013, não pode ser atendida por este órgão julgador por ausência de competência legal nesse sentido.

Entretanto, cabe ao órgão julgador, em respeito ao princípio da verdade material, no caso de constatação e comprovação de existência de equívocos nas informações prestadas pelo contribuinte, considerar os elementos apresentados na peça de defesa e, se for o caso, julgar insubsistente a autuação.

Ocorre que, no caso em exame, os elementos trazidos pelo defendente para fundamentar a alegação de declarações inexatas na DMA não comprovam o alegado.

Diante disso, este item da autuação é subsistente.

No que tange à segunda infração, apesar de o autuado não ter impugnado expressamente, constato a existência de vícios no procedimento que inquinam de nulidade o lançamento.

O primeiro vício diz respeito ao período apontado no Auto de Infração, ou seja, 31/12/2013.

Isso porque, apesar de o autuante ter efetuado o levantamento por períodos mensais - conforme planilha acostada à fl. 07 dos autos -, consignou no Auto de Infração o último mês do período fiscalizado, isto é 31/12/2013 quando deveria indicado ter indicado os meses nos quais houve a efetiva apuração das irregularidades imputadas ao autuado.

Nos termos do §2º do art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, a indicação do último mês do período fiscalizado somente é admissível quando não for possível discriminar o débito por períodos mensais, o que, por certo, não é o caso do levantamento atinente a este item da autuação.

Entretanto, devo registrar que o entendimento prevalecente neste CONSEF é de que o vício acima referido é passível de saneamento, mediante a ciência do contribuinte sobre os períodos mensais corretos e a reabertura do prazo de defesa de trinta dias, o que, no caso, poderia ser feito.

Ocorre que, o segundo vício não é passível de saneamento em razão de a ação fiscal ter sido desenvolvida de forma inadequada, acarretando incerteza cuja elucidação, nestes autos, implicaria uma nova ação fiscal.

Conforme a planilha elaborada pela Fiscalização (fl. 07 dos autos) foram considerados na apuração do ICMS devido os valores constantes do Relatório de Informações TEF – Anual (fl. 08 dos autos) que somados mensalmente totalizam R\$45.484,33. Este valor serviu como base de cálculo do ICMS devido, tendo sido aplicada a alíquota de 4%, o que resultou no valor de R\$1.819,37, exigido na autuação.

Consta na descrição da infração: *Em anexo valor do TEF de 2013 maior que o valor das saídas na DMA 2013, e sem recolhimento do ICMS.*

Verifica-se na referida planilha que inexistente qualquer indicação sobre a existência ou não de registros nas Reduções Z, considerando que o total de recebimento com cartão deve ser igual ao valor informado no Relatório de Informações TEF - Diário, para a respectiva data de movimento dos valores registrados em cada Redução Z.

É certo que, sendo o valor registrado na Redução Z maior que o valor indicado no Relatório de Informações TEF, nesta situação, inexistente ICMS a exigir do contribuinte. Contrariamente, se o valor registrado na Redução Z for menor que o valor indicado no Relatório de Informações TEF, em princípio, deve ser exigido o ICMS sobre o valor da diferença existente entre os valores informados pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito/débito e os valores de vendas com pagamentos efetuados através cartão de crédito ou de débito.

Obviamente, se o contribuinte comprovar que emitiu notas fiscais cujos pagamentos das vendas tenham sido realizados pelo comprador mediante cartão de crédito ou de débito, poderá afastar ou mesmo elidir a autuação. Caso o contribuinte não apresente qualquer comprovação, deve ser exigido o imposto sobre o valor da diferença apurada.

No presente caso, conforme consignado acima, foram considerados na apuração do ICMS devido os valores constantes do Relatório de Informações TEF – Anual que somados mensalmente totalizam R\$45.484,33, e não a diferença entre os valores informados pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito/débito e os valores de vendas declarados pelo contribuinte.

Além do vício acima assinalado, observo que na planilha elaborada pela Fiscalização não há qualquer indicação de que tenha sido observada a proporcionalidade orientada pela Instrução Normativa nº 56/2007. Ou seja, como o contribuinte exerce a atividade de comércio de alimentos e bebidas há necessidade de que se identifique se este realiza operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, para, se for o caso, excluir da base de cálculo do ICMS os valores relativos a tais operações.

Diante do exposto, considerando a inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração imputada ao autuado, assim como a inviabilidade de saneamento, haja vista que a ação fiscal foi desenvolvida de forma inadequada, acarretando incerteza cuja elucidação, nestes autos, implicaria uma nova ação fiscal, este item da autuação é nulo por falta de certeza e liquidez.

Recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas, conforme manda o art. 21 do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **272041.0555/14-2**, lavrado contra **ANNO ZERO COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ R\$6.938,90**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de outubro de 2014.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR