

**A. I. Nº** - 207097.3003/16-4  
**AUTUADO** - LPATSA ALIMENTAÇÃO E TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS  
- LTDA.  
**AUTUANTE** - ANTÔNIO MENDONÇA SOUSA BRITO  
**ORIGEM** - INFAZ ALAGOINHAS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 14/06/2017

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0110-03/17**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. RECEBIMENTO DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. O lançamento e recolhimento do imposto encontravam-se diferido, em virtude da responsabilidade que é atribuída por lei ao destinatário, na qualidade de responsável tributário por substituição, por ter ocorrido em seu estabelecimento o fato que encerra a fase de diferimento. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 26/09/2016, refere-se à exigência de R\$74.074,20 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em razão de recolhimento a menos, referente a comercialização de refeições, calculado de acordo com o Regime de Apuração em Função da Receita Bruta, nos meses de maio a dezembro de 2013; janeiro a novembro de 2014 e maio de 2015.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 25 a 32, alegando que salta aos olhos a ausência de elementos definidores de qual infração foi verificada pela Fiscalização, visto que não existe qualquer detalhamento pormenorizado do motivo da autuação, resultando em um lançamento fiscal nulo de pleno direito.

Cita o art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA e alega que verificou que as notas fiscais de fornecimento referentes às operações autuadas, descritas no “Demonstrativo do Resumo da Conta Corrente do ICMS” anexo ao Auto de Infração, são decorrentes do fornecimento de refeições em Catu, município pertencente ao Estado da Bahia, fazendo com que seu recolhimento ocorra através do regime do diferimento.

Afirma que, em um primeiro momento, não sabe o motivo da autuação, sendo claramente nulo o lançamento tributário. Em segundo lugar, caso o motivo da autuação seja o reenquadramento das refeições fornecidas como operações destinadas a contribuinte estabelecido em outro Estado, o defendente discorda do lançamento em razão de que o fornecimento das mercadorias se ateve a destinatários localizados fisicamente dentro do Estado da Bahia.

Ressalta que a autuação é pertinente à cobrança de ICMS, sob o fundamento que houve recolhimento a menos do imposto referente a comercialização de refeições, sem constarem maiores informações no sobredito lançamento fiscal ou a mínima comprovação da ocorrência material da infração.

Diz que as lacônicas informações do Auto de Infração e da falta de elementos materiais a embasá-lo escancaram sua clara nulidade, eis que, pelas informações nele constantes, não é possível saber-se, com segurança, se ocorreu de fato a “infração” imputada ao impugnante. Diz que o Auto de Infração ficou limitado a afirmar que houve falta de recolhimento do ICMS sem indicar e sobretudo comprovar se foi um simples inadimplemento ou se houve, por exemplo, o reenquadramento das refeições fornecidas como operações destinadas a contribuinte estabelecido em outro Estado.

Afirma que o Auto de Infração combatido é nulo quando confrontado com a hialina disposição do art. 39, III, do RPAF/BA, Decreto nº 7.629/99, pela qual são requisitos do Auto de Infração, dentre outros, a clara, precisa e sucinta descrição dos fatos considerados como infração à legislação tributária, o que não ocorreu no caso em tela, viciando por nulidade absoluta a autuação.

Diz que eventuais vícios formais ou materiais que os atos administrativos contenham, ou autuações que obstem ou dificultem extremamente a defesa do contribuinte, devem ser rechaçados pelos órgãos de controle sendo, por isso mesmo, reconhecíveis de ofício os vícios formais ou materiais que possam inquiná-lo, independente de arguição pelo autuado, justamente, por envolver o lançamento questões de ordem pública.

Ressalta que o PAF não pode possuir uma instrução precária, baseada apenas em simples informação constante na autuação, eis que terminaria maculando as garantias constitucionais que preservam os direitos dos contribuintes, sem o que não há justiça fiscal. Diz ser inarredável o dever do autuante de instruir o Auto de Infração com a documentação probatória da infração imputada, atendendo aos mínimos requisitos constitucionais, bem como o art. 39 do RPAF/BA vigente.

Lembra que a relação tributária é regida pelo princípio da tipicidade cerrada, motivo pelo qual o agente fiscal possui o poder/dever de fiscalizar e lançar tributo desde que amparado por provas cabais da ocorrência da infração. Esta prova compete ao Fisco, salvo presunções legalmente previstas. Sendo assim, conclui que, no caso concreto, cabe à fiscalização a comprovação do motivo pelo qual entende ser devida diferença de imposto dentro do regime de diferimento e recolhimento simplificado a empresas fornecedoras de refeições.

Requer que o presente Auto de Infração seja julgado nulo, quando confrontado com o disposto no art. 39, III, do RPAF/BA, Decreto nº 7.629/99.

Caso ultrapassada a nulidade argüida, informa que tece considerações acerca do mérito da autuação, que será mais um palpite em função da falta de informações que permitissem saber qual a real infração eventualmente cometida. Diante da ausência de informações, o defendente diz que verificou que as notas fiscais de fornecimento referentes às operações autuadas são decorrentes do fornecimento de refeições em Catu, município pertencente ao Estado da Bahia.

Alega que o art. 286, VII, do Regulamento do ICMS estabelece que o imposto incidente em fornecimento de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados é submetido ao regime de diferimento.

Afirma que a autuação somente poderia ser possível caso a Fiscalização Tributária entendesse que o impugnante forneceu refeições a adquirentes localizados em outros Estados da Federação e não cadastrados na SEFAZ da Bahia. Afirma que todas as notas fiscais arroladas no levantamento fiscal são pertinentes a refeições que foram servidas em refeitório localizado nas dependências da Petrobrás, em Catu, neste Estado, tanto para esta empresa, quanto para outras empresas contratadas pela Petrobrás. Desta forma, supõe que o objeto da autuação é a cobrança do imposto pelo regime normal, enquadrando as refeições fora do regime de diferimento estabelecido no art. 286, VII, do RICMS-BA/2012.

Para melhor situar os julgadores sobre os fatos envolvidos e a real natureza e extensão da operação de circulação realizada, destaca que firmou contrato com a Petrobrás (contrato nº 2700.0081586.13.2 – doc. 02) tendo por objeto o fornecimento de alimentação no âmbito da Unidade de Operações de Exploração e Produção da Bahia – UO-BA. Por força deste contrato, o impugnante passou a fornecer refeições industrializadas exclusivamente no refeitório da Petrobrás localizado no interior da Unidade de Operações em Catu, Bahia.

Acrescenta que todo o fornecimento de alimentação ocorreu exclusivamente dentro do Estado da Bahia, seja para a Petrobrás, seja para as demais contratadas desta, motivo pelo qual entende que

não se pode cogitar que houve, por exemplo, fornecimento de refeições a adquirentes localizados em outras Unidades Federativas e que foram tributadas pelo regime de diferimento.

Caso o motivo da autuação seja “fornecer refeições a adquirentes localizados em outras Unidades Federativas”, alega que a infração não se sustenta, porque as notas fiscais objeto da autuação são pertinentes a fornecimento de refeições em refeitório nas dependências da Petrobrás, em Catu, Bahia, ou seja, as refeições foram fisicamente entregues no Município de Catu.

Cita o art. 11 da Lei Complementar nº 87/96, que estabelece em seus incisos quais são considerados os locais de operação ou prestação de serviços e mercadorias submetidas à incidência do ICMS, sendo que seu inciso I, “a”, assevera que o local da ocorrência do fato gerador, tratando-se de mercadoria ou bem, será o estabelecimento onde se encontre a mercadoria, no momento da ocorrência do fato gerador.

Considerando que a refeição saiu do estabelecimento do impugnante, localizado dentro da Bahia, para o refeitório da Petrobrás, também localizado no Estado da Bahia, conclui que será interna a operação, ou seja, destinada a circulação dentro do Estado da Bahia, tendo em vista que a mercadoria apenas transitou dentro do território deste Estado. Por isso, afirma não ser possível falar-se em remessa a adquirentes sediados em outras Unidades Federativas já que as refeições foram servidas em refeitório localizado nas dependências da Petrobrás, em Catu, neste Estado.

Diz que no caso concreto, deve-se ter em mente que a destinação física foi dentro do Estado da Bahia, o que retira o motivo da autuação. E, partindo-se desta conclusão, é possível arrematar que o fornecimento ocorreu internamente no Estado da Bahia, especialmente em função da disposição do §3º do art. 11 da Lei Complementar nº 87/96 que considera estabelecimento o local onde se exerça a atividade, ainda que em caráter temporário.

No âmbito da legislação local, cita as disposições constantes no art. 14, caput, e §1º da Lei nº 7.014/96, e diz que merece destaque o Parecer nº 25673/2013, de 10/10/2013, dessa Secretaria de Fazenda, que considerou, para fins de local da incidência do imposto sobre importação, o destino físico da mercadoria.

Neste mesmo sentido, cita o Parecer nº 00023/2010 e reafirma que as notas fiscais arroladas no anexo do Auto de Infração são pertinentes aos contratos firmados com a Petrobrás e todas as refeições tiveram seu destino físico no Município de Catu, a circulação ocorreu totalmente dentro do Estado da Bahia, sendo improcedente a autuação.

Requer seja julgado nulo o Auto de Infração, alegando falta de elementos materiais a embasá-lo, e que, pelas informações nele constantes não é possível saber-se, com segurança, se ocorreu de fato a “infração” e, pior, sequer é possível saber qual foi a infração. Caso a nulidade seja superada, requer que seja julgado improcedente o Auto de Infração em função de todas as notas fiscais arroladas no anexo pertinentes aos contratos firmados com a Petrobrás, e que todas as refeições tiveram seu destino físico no Município de Catu, portanto, a circulação ocorreu totalmente dentro do Estado da Bahia.

O autuante presta informação fiscal às fls. 144 a 148 dos autos, dizendo que o procedimento fiscal foi realizado em atendimento a ordem de serviço nº 504.874/16, para verificação fiscal do período de março/2013 a dezembro/2015, conforme Mandado de Fiscalização nº 504.874/16 emitido pela Inspeção Fiscal de Alagoinhas.

Informa que o Contribuinte em questão, tem como atividade principal o fornecimento de alimentos preparados preponderantemente para empresas, CNAE FISCAL – 5620-101. Tece comentários em relação a benefícios fiscais previstos no RICMS-BA, e a opção do contribuinte pelo Regime de Receita Bruta.

Reproduz o art. 267, inciso VI, do RICMS-BA/2012; comenta sobre o diferimento do ICMS e apresenta o entendimento de que o contribuinte tem a opção de aceitar a forma simples de apuração do ICMS. Aceitando, tem algumas condições que deverá observar.

Quanto à prestação de fornecimento de refeições à Petrobras, ainda que tenha lançado na nota fiscal a informação do diferimento, diz que no contrato firmando com a mencionada empresa, a cláusula décima terceira define que a obrigação pela incidência tributária referente aos tributos de qualquer natureza que sejam devidos em decorrência do referido contrato ou da sua execução, são de exclusiva responsabilidade do contribuinte. Apresenta um resumo do contrato e sua cópia às fls. 20 a 47.

Informa que ao analisar o referido contrato, a Petrobras, salvo melhor juízo, deixou a responsabilidade com o autuado. Diante desse fato, entende ser fácil entender a omissão das informações referentes ao diferimento nas DMAs encaminhadas pela Petrobras ao Sistema SEFAZ e anexa, algumas delas, a este processo, fls. 18 a 20 e outras anexa à Informação Fiscal.

Diz que é fácil observar o texto no campo Informações Complementares do Documento Fiscal. Para algumas notas o contribuinte inicia com uma informação e para outras altera e lança outra informação, sendo que, quase todas são em favor da Petrobras, para o mesmo contrato.

Dessa forma, considerando os documentos apresentados pelo contribuinte em sua defesa, ratificando os procedimentos fiscais realizados, como também os papéis de trabalho de auditoria, utilizados nos procedimentos fiscais, pede a procedência do presente Auto de Infração.

#### **VOTO**

O presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, constando na descrição dos fatos que foi apurado recolhimento a menos, referente à comercialização de refeições, conforme Regime de Apuração em Função da Receita Bruta, nos meses de maio a dezembro de 2013; janeiro a novembro de 2014 e maio de 2015.

O defendente suscitou a nulidade do presente lançamento, alegando ausência de elementos definidores de qual infração foi verificada pela Fiscalização, visto que não existe qualquer detalhamento pormenorizado do motivo da autuação. Disse que em um primeiro momento, não sabe o motivo da autuação, sendo claramente nulo o lançamento tributário. Em segundo lugar, caso o motivo da autuação seja o reenquadramento das refeições fornecidas como operações destinadas a contribuinte estabelecido em outro Estado, o defendente discorda do lançamento em razão de que o fornecimento das mercadorias se ateve a destinatários localizados fisicamente dentro do Estado da Bahia.

No demonstrativo elaborado pelo autuante, constam os dados relativos ao número das notas fiscais, CNPJ do destinatário das refeições, valor, base de cálculo do ICMS, carga tributária, imposto a pagar, imposto pago e as diferenças apuradas. As cópias das notas fiscais acostadas aos autos pelo defendente confirmam que se trata de levantamento fiscal em relação às refeições fornecidas à Petrobrás, encontrando-se a indicação no campo “Informações Complementares” quanto ao diferimento do imposto.

Neste caso, entendo que inexiste dúvida quanto ao fato relatado pelo autuante e a descrição da infração, cujo teor foi entendido pelo autuado que apresentou alegações defensivas. O contribuinte autuado está devidamente identificado à fl. 01 do PAF, constando a sua inscrição estadual, CNPJ, e endereço, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação.

O defendente alegou que verificou que as notas fiscais referentes às operações autuadas são decorrentes do fornecimento de refeições em Catu, município pertencente ao Estado da Bahia. Disse que a autuação somente poderia ser possível caso a Fiscalização Tributária entendesse que o impugnante forneceu refeições a adquirentes localizados em outros Estados da Federação e não cadastrados na SEFAZ da Bahia. Afirmou que todas as notas fiscais arroladas no levantamento fiscal são pertinentes a refeições que foram servidas em refeitório localizado nas dependências

da Petrobrás, em Catu, neste Estado, tanto para esta empresa, quanto para outras empresas contratadas pela Petrobrás.

Observo que a substituição tributária pode ocorrer em três situações ou modalidades: (i) substituição tributária por diferimento (postergação do lançamento e do pagamento do imposto); (ii) substituição tributária por retenção; (iii) antecipação tributária.

Em relação à substituição tributária por diferimento sobre refeições, o recolhimento do imposto é postergado para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente, salientando-se que de acordo com o art. 286, inciso VII, do RICMS-BA/2012, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto diferido é atribuída ao contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer a operação ou circunstância que encerre a fase de diferimento, como é o caso das refeições.

**Art. 286.** *É diferido o lançamento do ICMS:*

...

**VII** - *nos fornecimentos de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados;*

O defendente também reafirmou que a refeição saiu do seu estabelecimento, localizado dentro do Estado da Bahia, para o refeitório da Petrobrás, também localizado neste Estado, ou seja, a mercadoria apenas transitou dentro do território deste Estado; todas as notas fiscais arroladas no anexo são pertinentes aos contratos firmados com a Petrobrás e todas as refeições tiveram seu destino físico no Município de Catu.

Entendo que o fato de o autuado ter efetuado opção pelo Regime de Apuração em Função da Receita Bruta não exclui a incidência do ICMS devido nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária. Neste caso, o destinatário (Petrobrás), na condição de adquirente, é responsável por substituição relativamente ao imposto cujo lançamento se encontrava diferido. O valor do imposto correspondente às operações antecedentes cujo lançamento se encontrava diferido, em virtude da responsabilidade que é atribuída por lei ao destinatário, na qualidade de responsável tributário por substituição, por ter ocorrido em seu estabelecimento o fato que encerra a fase de diferimento.

Nos termos do art. 123 do CTN, “Diante da definição legal quanto ao sujeito passivo e as obrigações tributárias correspondentes, salvo disposição de lei em contrário, não podem ser opostas à Fazenda Pública as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos. Neste caso, a existência de um contrato de não possui o condão de transferir a responsabilidade pelo adimplemento da obrigação tributária.

Dessa forma, embora exista a possibilidade de o imposto ter sido assumido incorretamente pelo remetente, como afirmou o autuante, em decorrência do contrato firmado com o destinatário das refeições, apesar de não ficar comprovado nos autos o pagamento do ICMS relativo às operações em comento, o tributo é de responsabilidade do adquirente.

Sendo assim, o defendente figurou indevidamente como responsável pelo pagamento do imposto que se encontrava diferido, considerando a previsão de que a responsabilidade pelo adimplemento da obrigação tributária correspondente às refeições é do estabelecimento destinatário. Houve neste caso, um vício de substancial importância, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado em nome de pessoa à qual a lei não atribui responsabilidade pelo pagamento do tributo (o remetente).

Entendo que não se trata de incorreção eventual passível do saneamento previsto no § 1º do art. 18 do RPAF/BA, Trata-se de vício não passível de correção no curso do processo, sendo nulo o procedimento por ilegitimidade passiva, nos termos do art. 18, inciso IV, “b” do mencionado Regulamento.

Portanto, concluo pela nulidade da exigência do imposto, devendo ser renovado o procedimento fiscal para verificar junto à Petrobrás o recolhimento do ICMS incidente sobre as refeições, observando o benefício de pagamento do imposto em função da Receita Bruta, considerando que o lançamento e recolhimento do imposto encontravam-se diferido, em virtude da responsabilidade que é atribuída por lei ao destinatário das refeições, na qualidade de responsável tributário por substituição.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 207097.3003/16-4, lavrado contra **LPATSA ALIMENTAÇÃO E TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS LTDA.**

Esta Junta de Julgamento Fiscal 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, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de junho de 2017

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA