

A. I. N° - 206896.0005/18-8
AUTUADO - OUTBACK STEAKHOUSE RESTAURANTES BRASIL S.A.
AUTUANTE - OTHONIEL SANTOS FILHO
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 14/07/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0082-04/21-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ESCRITA FISCAL. DESENCONTRO ENTRE O IMPOSTO RECOLHIDO E O ESCRITURADO NO RICMS. Razões de defesa elidem em parte a autuação. Restou demonstrado que houve lançamento em duplicidade e apropriação do valor pago de imposto (ICMS), da competência de jul/2015, foi considerado a menor na apuração do imposto lançado. Efetuada a correção, em sede de Informação Fiscal, pelo agente Fiscal Autuante, e acatado pelo deficiente o saldo remanescente da autuação. Infração subsistente parcialmente. Afastada as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/03/2018, exige o valor de R\$189.642,30, inerente aos anos de 2015 e 2016, conforme demonstrativos de fls. 6 e 6-v dos autos, que é parte integrante do CD/Mídia de fl. 8, em razão da seguinte irregularidade concernente à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 – 03.01.01: Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto nos anos de 2015 e 2016 na forma do demonstrativo de fls. 6 e 6-v dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 8. Consta da descrição dos fatos, como informações complementares, que se trata de valores apurados mediante decomposição dos arquivos MFDs – Registros E15, sendo aplicada a alíquota de 4% e comparado com os valores do ICMS recolhido, conforme DAEs correspondentes. Lançado ICMS no valor de R\$189.642,30, com enquadramento nos artigos 24 a 26, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96.

Às fls. 23 a 32 dos autos, com documentos anexos, o autuado apresenta sua defesa, na qual apresenta os seguintes esclarecimentos:

Diz ser uma sociedade anônima, inscrita perante a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia sob o nº 120.168.309 e no CNPJ sob o nº 017.261.661/0071-86, com estabelecimento no Município de Salvador, Estado da Bahia, na Tancredo Neves, nº 148, Bairro Caminho das Árvores, CEP 41.820-908, endereço eletrônico luizpamplona@diasepamplona.com.br, telefone (11) 3887-8527, por seu representante legal (doc. 01), vem, tempestiva e respeitosamente nos termos do art. 123 do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF), apresentar sua impugnação administrativa nos termos a seguir.

1. DOS FATOS

Diz que é uma sociedade empresária que se dedica ao comércio de refeições sob a marca “Outback Steakhouse”, conhecida e respeitada em todo o mundo, e que preza pelo rigoroso cumprimento de suas obrigações em geral e fiscais, em particular.

Para fins de cálculo do ICMS devido no Estado da Bahia, optou pelo regime simplificado de tributação previsto no art. 267, VI do RICMS, segundo o qual a apuração do imposto é feita mediante a aplicação do percentual de 4% sobre o faturamento do mês, sem direito a créditos.

Recentemente foi intimada da lavratura do Auto de Infração em epígrafe (doc. 02), no valor total

de R\$347.281,68 pelo suposto recolhimento a menor de ICMS no período de julho de 2015 a agosto de 2016, nos termos da inicial.

Assim, diz que o auto de infração ora impugnado está eivado pelo vício da falta de motivação, vez que os dispositivos legais apontados como infringidos tratam da apuração do imposto pela não-cumulatividade do ICMS, enquanto que a Requerente apura o ICMS com base no regime simplificado de apuração.

Além disso, da análise das planilhas que acompanham a autuação e que foram fornecidas à Requerente em CD-ROM, constatou grosseiro erro cometido pelo I. Fiscal, que lançou diversos cupons fiscais em duplicidade em sua planilha, o que resultou na apuração de suposto recolhimento a menor de ICMS.

Registra que o equívoco cometido pelo Fiscal vicia irremediavelmente a autuação e representa ofensa aos princípios da legalidade, da capacidade contributiva e da tipicidade cerrada. Portanto, como será melhor demonstrado, diz que tal lançamento tributário deve ser prontamente anulado.

2. DO DIREITO

2.1 Da violação ao princípio da motivação

Registra que, segundo a exigência legal de motivação dos atos administrativos, os lançamentos tributários devem apontar corretamente qual a conduta tida por violada, e, por sua vez, a descrição dos fatos deve ser compatível com os dispositivos legais apontados como infringidos.

Diz que a incompatibilidade entre a descrição dos fatos e a capitulação legal da infração caracteriza grave vício de motivação da autuação, impedindo, a um só tempo, a ampla defesa da Requerente, que lhe é assegurada pelo artigo 5º, LV, da Constituição Federal, e o exame da legalidade do ato administrativo consistente no lançamento tributário.

Após descrever entendimento de estudiosos do Direito, aduz que, para que o ato administrativo de lançamento seja válido, é necessário que haja correlação entre o evento (motivo) e a própria norma individual e concreta aplicada (motivação).

Além disso, pontua que é preciso que o evento seja detalhado, para que o particular possa confirmar a veracidade e a propriedade da autuação.

No presente caso, suscita que a descrição do fato apontado como infringido não condiz com a norma jurídica tida por violada pela Requerente, restando evidente não apenas a ausência de correta motivação do lançamento tributário, mas também que a própria obrigação tributária já nasceu nula.

Diz que a motivação da autuação, portanto, depende da capitulação legal em consonância com a descrição da infração. Acrescenta que, sem a demonstração de correlação entre os dispositivos legais e os fatos ocorridos, a motivação do ato de lançamento ora impugnado permanece inexistente e acaba por viciá-lo de forma irreversível, como diz lecionar Seabra Fagundes, que destaca.

Destaca que, com a incompatibilidade apontada entre o dispositivo legal e a descrição da infração, é tolhida do seu direito de se defender apropriadamente.

Neste contexto pontua *“Deveras, se tivesse havido a correta identificação entre o fato e a norma, a Requerente poderia melhor demonstrar, por exemplo, que os fatos ocorridos não se subsumem à hipótese normativa. Poderia também demonstrar a invalidade formal e/ou substancial do dispositivo legal, etc.”*

Diz, no entanto, que a autuação se vale de uma descrição singela e aponta dispositivos legais que não se coadunam com a descrição.

Em seguida aduz que a jurisprudência reconhece o vício da motivação nas situações em que o dispositivo legal não se coaduna com a descrição da infração, e cita ementa do TRF1 – APELAÇÃO 00240118419984013400. 5ª Turma Suplementar, JUIZ FEDERAL GRIGÓRIO CARLOS DOS

SANTOS, Data 04/05/2012 bem assim do TRF1 – APELAÇÃO 00045850419984010000. 3^a Turma, JUIZ FEDERAL OLINDO MENEZES, Data 03/03/2000.

Registra que, segundo o Auto de Infração aqui impugnado, teria recolhido o ICMS a menor, infração supostamente verificada a partir do confronto do somatório de valores de fornecimento de mercadorias tributáveis registradas nos cupons fiscais e nas notas fiscais de saídas.

Pontua que, ao lavrar o auto de infração ora combatido, no entanto, o D. Agente Fiscal indicou como dispositivos infringidos os artigos 24 a 26 da Lei nº 7.014/1996 e o art. 305 do RICMS, que tratam essencialmente da apuração do imposto na não-cumulatividade (débito x crédito).

Ou seja, em que pese o regime simplificado de apuração do ICMS - do qual é optante a Requerente – e o regime normal de apuração do ICMS serem regulados por normas distintas, o I. Auditor Fiscal, ao lavrar o Auto de Infração ora impugnado, indicou como infringidos dispositivos normativos da legislação baiana que tratam exclusivamente da apuração do imposto por contribuinte tributado pelo regime normal de apuração.

Diz que, da análise da descrição dos fatos contida na autuação e da indicação dos dispositivos legais a única conclusão a que se chega é a de que a primeira absolutamente não condiz com a segunda, o que vicia irremediavelmente o Auto de Infração em comento.

Consigna que a suposta divergência entre a soma dos cupons fiscais e a base de cálculo adotada pela Requerente para recolhimento do ICMS não ofende, em hipótese alguma, os dispositivos legais citados no Auto de Infração ora impugnado, pelo simples motivo de que a Requerente não está submetida ao regime tributário disciplinado pelos dispositivos normativos mencionados no Auto de Infração.

Após citar outras considerações, diz que não resta dúvida de que o auto de infração ora guerreado está decididamente maculado por falta de observância do princípio da motivação, requisito de todo e qualquer ato administrativo cuja ausência o anula definitivamente.

2.2 Do Grosseiro equivoco cometido pelo Fiscal

Diz que foi surpreendida com a lavratura do auto de infração ora impugnado, em especial porque sempre recolheu o ICMS devido nos prazos estabelecidos na legislação.

Assim, após receber a intimação, esmiuçou a planilha de apuração do I. Agente Fiscal a fim de entender a origem dos valores lançados por ele como “base de cálculo”, que corresponderia à soma das saídas sujeitas ao ICMS (albergadas por cupons fiscais e notas fiscais de saídas) e que supostamente não haviam sido tributadas.

Da análise da planilha que compõe o Auto de Infração aduz ter verificado que, por razões que desconhece, diversos cupons fiscais foram lançados em duplicidade, o que resultou na apuração de diferença a pagar a título de ICMS. Explica-se:

De acordo com o auto de infração e com as planilhas que o acompanham, a apuração de recolhimento a menor de ICMS se deu a partir do confronto do somatório de valores de fornecimento de mercadorias tributáveis registradas em cupons e notas fiscais e do somatório de valores do ICMS efetivamente recolhido.

Como na planilha que acompanha o Auto de Infração inúmeros cupons fiscais foram lançados ERRONEAMENTE em duplicidade, o valor da base de cálculo do ICMS supostamente apurado pelo fiscal foi superior ao valor utilizado pela Requerente como base para cálculo do ICMS efetivamente recolhido.

Assim, diz que o lançamento tributário de ofício decorre única e exclusivamente de erro cometido pela I. Fiscalização na apuração, não podendo ser penalizada por tal grosso equívoco.

A título de exemplo, no mês de agosto de 2015, na aba “E 15 Trib CF” da planilha que acompanha a autuação (1º - OUTBACK IGUATEMI AI) nas linhas 247938 a 247951 verifica-se que foram lançados duas vezes os itens do cupom COO nº 13119 emitido em 31/08/2015 pelo ECF de nº de fabricação BE091410100011229884 na forma da figura constante do corpo da peça de defesa à fl. 26 dos autos.

O item Suco Del Valle foi lançado na linha 247938 e também na linha 247945. O mesmo equívoco acontece com os dois Iced Teas consumidos por este cliente, que foram lançados nas linhas 247939 e 247940 (corretamente) e também nas linhas 247946 e 247947 (em duplicidade). O prato Salmon Orzo Past também foi lançado duas vezes: na linha 247941 (corretamente) e na linha 247948 (indevidamente).

Diz que o mesmo erro acontece com os itens “*Porterhouse, H G Potato e KIDS Filet*”, lançados corretamente nas linhas 247942, 247943 e 247945 e indevidamente em duplicidade nas linhas 247949, 247950 e 247951.

Destaca que, o que ocorreu com o Cupom Fiscal COO nº 13119 emitido pelo ECF de número de fabricação BE091410100011229884, aconteceu também com diversos outros cupons fiscais.

Salienta que o resultado destes indevidos lançamentos em duplicidade dos cupons fiscais na planilha do Fiscal foi justamente a errônea conclusão de que não teria recolhido ICMS sobre todas as suas operações tributáveis.

Traz, ainda, diversas outras considerações de inconsistências no levantamento do débito do Auto de Infração, em tela. Todas, inclusive, com apresentação de figuras no corpo da peça de defesa, seja relativo a cupom fiscal, seja de planilha exemplificativas dos erros apontados como cometidos pelo agente Fiscal Autuante no levantamento fiscal. Tudo isso das fls. 27 a 41 dos autos.

Finaliza, então, esta seção destacando que o lançamento fiscal ora impugnado somente existe em razão de terem sido lançados em duplicidade os itens de diversos cupons fiscais emitidos pela Requerente, sendo de rigor o cancelamento da autuação.

2.3 Da violação aos princípios da legalidade, da tipicidade cerrada e da capacidade contributiva

Além de todos os motivos já esposados acima que, por si só, entende que bastam para a anulação do auto de infração em debate, diz que o procedimento fiscal em questão ofendeu os mais comezinhos princípios e regras nos quais se deve pautar a Administração Pública, traduzindo-se em verdadeiro abuso de poder.

Registra que é nítida a violação aos princípios da estrita legalidade e da tipicidade cerrada quando da apuração da base de cálculo do imposto a partir de valores indevidamente duplicados.

Ao agir desta forma, aduz que a D. Fiscalização ofende gravosamente o princípio da legalidade. Ora, de acordo com o art. 5º, II, da Constituição Federal, “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”. No âmbito do Direito Tributário, o art. 150, I, da Carta Magna estatui que, “*sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça*”.

Diz que o I. Auditor Fiscal, violou, ainda, o princípio da tipicidade cerrada, este decorrente do princípio da legalidade. Pontua que os tipos tributários não deixam espaço para a discricionariedade e nem para a analogia, exceto “*in bonan parter*”.

No caso concreto, não há que se falar em ocorrência do fato gerador no que diz respeito aos valores lançados em duplicidade, simplesmente porque não houve duas operações de circulação de uma mesma mercadoria.

Além disso, ao considerar – para fins de apuração de base de cálculo do imposto – valores lançados em duplicidade em sua planilha, a D. Fiscalização afronta também a capacidade contributiva, pois o auto de infração lavrado contra a Requerente exige-lhe o ICMS sobre vendas que não ocorreram.

Diz que, ao não atender ao princípio da estrita legalidade, portanto, o lançamento viola também a capacidade contributiva, na medida em que representa cobrança fiscal não amparada pela legislação tributária, ou seja, um valor ilegítimo exigido pela fiscalização sobre o qual a Requerente não auferiu riqueza que lhe permitisse novamente contribuir aos cofres públicos.

3. DA CONCLUSÃO

Por todo o exposto, requer-se a anulação do Auto de Infração, com o arquivamento do respectivo processo administrativo ou, ao menos, a reapuração da base de cálculo do ICMS devido com base nos cupons fiscais emitidos, excluindo-se os lançamentos duplicados.

Requer-se, por fim, a produção de todos os meios de prova em direito admitidos. Ademais, reitera-se a informação de que o documento 03, em virtude do seu grande volume que representaria a impressão de mais de 8.000 páginas, é apresentado somente em mídia digital (CD-ROM), o que não deve prejudicar a apreciação da presente defesa, até mesmo porque a sua visualização e análise torna-se mais fácil e precisa na forma como apresentado, vez que se trata de planilha.

Não obstante, caso haja a real necessidade de que este documento seja apresentado impresso requer seja intimada para apresentá-lo fisicamente.

Às fls. 64/65 dos autos consta a Informação Fiscal produzida pelo agente Autuante, que passo a seguir destacar:

Após descrever os termos da autuação diz que o Contribuinte Autuado se insurge, **com razão**, demonstrando que ocorreram duplicidade de lançamentos, quando da conversão dos Registro E14 e E15 dos arquivos MDF, extraídos dos Emissores de Cupom Fiscal.

Aduz, então, que reanalisando os mesmos, constatou a veracidade dos fatos e procedeu correção dos mesmos, resultando no demonstrativo abaixo:

Mês/Ano	Origem	Valor	Aliq	ICMS	Pago	A Pagar
jul/15	CF	32.013,98	4,00	7.280,56		
jul/15	NF					
Total		432.013,98		17.280,56	2.096,47	15.184,09
set/15	CF	944.147,87	4,00	37.765,91		
set/15	NF	750,30	Div	49,84		
Total		944.898,17		37.815,75	30.462,60	7.353,15
nov/15	CF	994.897,75	4,00	39.795,91		
nov/15	NF		Div			
Total		994.897,75		39.795,91	34.281,74	5.514,17
dez/15	CF	1.011.882,93	4,00	40.475,32		
dez/15	NF	739,28	Div	29,57		
Total		1.012.622,21		40.504,89	40.071,74	432,94
mai/16	CF	1.033.612,89	4,00	41.344,52		
mai/16	NF	203,07	Div	11,33		
Total		1.033.815,96		41.355,85	38.388,38	2.967,47
Total Geral		4.418.248,07		176.752,96	145.301,14	31.451,82

Às fls. 75/78 volta o Contribuinte aos autos, onde apresenta impugnação à Informação Fiscal de fls. 64/65 dos autos, conforme a seguir:

Diz que, em sua Impugnação Administrativa demonstrou que o Auto de Infração em comento decorria de erro cometido pelo Fiscal Autuante ao contemplar em sua planilha de apuração diversos cupons fiscais em duplicidade.

Além disso, diz ter alegado que o I. Fiscal considerou como valor de ICMS para a competência de 07/2015 o montante de R\$2.096,47, quando o correto seria de R\$33.540,29.

Registra que, instado a se manifestar, o I. Fiscal autuante apresentou Informação Fiscal na qual reconheceu o erro apontado pela Requerente no que diz respeito ao lançamento em duplicidade de cupons fiscais e, após corrigir tal erro, concluiu que o saldo remanescente histórico do crédito tributário seria de R\$31.451,82, conforme demonstrativo que destaca na peça impugnatória de fl. 77 dos autos.

Destaca que I. Fiscal não se manifestou sobre o quanto informado pela Requerente no que diz respeito ao montante pago de ICMS para julho/2015. Pontua que, como se observa do novo demonstrativo acima citado, novamente o I. Fiscal autuante considerou como pago a título de

ICMS para a competência julho/2015 o montante de R\$2.096,47. No entanto, restou demonstrado em sede de impugnação que o recolhimento do ICMS para tal período foi no valor total de R\$35.636,76 (doc. 06), sendo que deste montante R\$33.540,29 se referem ao ICMS próprio e R\$2.096,47 ao diferencial de alíquota. Ou seja, por algum equívoco, para esta competência o I. Auditor Fiscal indevidamente considerou como valor pago a título de ICMS o valor recolhido a título de DIFAL.

Assim, pede que os autos sejam devolvidos ao I. Fiscal autuante para que ele se manifeste sobre o pagamento de R\$33.540,29 a título de ICMS-próprio para julho/2015. Ora, se considerado este pagamento (comprovado na impugnação), o novo valor histórico do Auto de Infração seria de R\$16.267,73 e não de R\$31.451,82.

Por fim, após nova manifestação fiscal e sendo retificado o valor “*pago de ICMS*” para a competência julho/2015 no demonstrativo do débito de R\$2.096,47 para R\$33.540,29, deve ser possibilitado à Requerente o recolhimento do crédito tributário com o desconto de 90% do valor da multa de ofício aplicada (de 60% do valor do imposto), nos termos do art. 45, §1º da Lei nº 7014/1996, que descreve.

Diante do exposto, requer o processo seja novamente remetido ao I. Fiscal autuante para que ele se manifeste sobre a questão do pagamento de ICMS para a competência julho/2015 que, conforme comprovado em sede de impugnação, foi de R\$33.540,29 e não de R\$2.096,47.

Após novamente retificada a autuação para considerar referido pagamento, requer seja possibilitado à Requerente o recolhimento do crédito tributário com o desconto de 90% do valor da multa de ofício aplicada (de 60% do valor do imposto), nos termos do art. 45, §1º da Lei nº 7014/1996.

À fl. 138, têm nova Informação Fiscal do agente Autuante, onde diz ter reanalizado os autos e confrontado os documentos de arrecadação, constatou que assisti razão ao Contribuinte Autuado em relação ao pagamento do ICMS de julho de 2015, no valor de R\$33.540,29, conforme documento que acosta à fl. 140 dos autos (relação de DAEs – Agosto/2015).

À fl. 142-v, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF à este Relator, para instrução e julgamento.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data da representante legal do autuado, Drª. Marina Passos Costa, OAB/SP nº 316.867, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

Preliminarmente, o autuado requereu a nulidade do lançamento sob o argumento de violação ao princípio da motivação, sob o manto de que os lançamentos tributários devem apontar corretamente qual a conduta tida por violada, e, por sua vez, a descrição dos fatos deve ser compatível com os dispositivos legais apontados como infringidos. Ademais, no presente caso, além de outras considerações, aduz que a descrição do fato apontado como infringido não condiz com a norma jurídica tida por violada.

Não é o que vejo nos autos. Ao meu sentir, a infração está posta de forma clara, compreensiva e amparadas por planilhas comprobatórias da acusação, que fazem parte do CD/Mídia de fl. 9 dos autos, compatível com os dispositivos legais infringidos, tanto que, sem qualquer dificuldade, vê-se considerações de mérito, na peça de defesa, de equívocos cometidos pelo agente Fiscal Autuante na constituição do lançamento, o qual, em sede de Informação Fiscal, sem qualquer restrição acatou os argumentos da defesa, alterando o demonstrativo de débito do valor de R\$189.642,30 para o valor de R\$31.451,82, em que, amparado na disposição do § 7º, do art. 127 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto 7.629/99, dado a inserção de novo demonstrativo na constituição do presente lançamento fiscal, o órgão preparador da unidade Fazendária, responsável pelo registro do Auto de Infração, em tela, deu ciência ao sujeito passivo, em atenção ao disposto no § 1º do art. 18 do mesmo diploma legal.

Neste sentido, ao tomar ciência dos termos da Informação Fiscal, de fls. 64/65 dos autos, entendendo que remanesce erro no novo demonstrativo de débito da autuação, o Contribuinte Autuado acostou às fls. 76/79, impugnação à informação fiscal, cujo teor foi dado, novamente, ciência ao agente Fiscal Autuante, que entendeu procedente a arguição da defesa, efetuando a alteração do débito de R\$31.451,82, para o valor de R\$16.267,73, o mesmo valor arguido na peça impugnatória, cujo teor, não foi dado novamente ciência, ao autuado, em conformidade com o disposto § 8º, do art. 127 do RPAF/BA, que dispensa a ciência do sujeito passivo na hipótese de refazimento de demonstrativo ou levantamento efetuado em função de argumentos e provas apresentadas pela defesa.

Ademais, sobre a perspectiva de nulidade do Auto de Infração, amparado na alteração do valor original do Auto de Infração de R\$189.642,30, para o valor de R\$16.267,73, decorrente de erros cometidos pelo agente Fiscal Autuante na constituição do presente lançamento fiscal, inclusive com o pedido de abertura de prazo de defesa, pelo Contribuinte Autuado, possibilitando o recolhimento do saldo remanescente com o desconto de 90% do valor da multa de ofício aplicada, nos termos do art. 45, § 1º da Lei 7.014/96, também não vejo como atender tal pedido, vez que a alteração do valor do lançamento de ofício, decorrente de incorreções cometidas pelo agente Autuante, na sua constituição, está previsto no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, mais especificamente no § 1º, do art. 18 do Decreto nº 7.629/99, que decorre, especificamente, do exercício do princípio da ampla defesa e do contraditório, intrínseco ao processo administrativo fiscal. É o que ocorreu nos autos, com a alteração do valor do lançamento original, ao valor reconhecido pela defesa.

Por sua vez, sobre a possibilidade do recolhimento do saldo remanescente da autuação, apontado pelo agente Fiscal Autuante, após os equívocos cometidos corrigidos e suprimidos em sede de impugnação da autuação, com o desconto de 90% do valor da multa de ofício, aplicada nos termos do art. 45, § 1º da Lei 7.014/96, não cabe aqui apreciar, pois tal redução está bem clara e definida na legislação posta, de que, **essa redução, é quando ocorre o pagamento integral do crédito reclamado, antes do encerramento do prazo de impugnação**, e no caso em comento, trata-se de um crédito corrigido, portanto não é um crédito integral reclamado, como também esse crédito remanescente corrigido decorreu das arguições de defesa, logo ocorreu depois de encerramento do prazo de impugnação. É o que se observa da redação do § 1º, do art. 45 da Lei 7.014/96, vigente à época dos fatos:

§ 1º A redução do valor da multa será de 90% (noventa por cento) se, antes do encerramento do prazo para impugnação, o pagamento ocorrer de forma integral. (grifos acrescidos)

Considerando, portanto, que os requisitos de constituição do lançamento estabelecidos através do art. 39 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estão corretamente preenchidos, afasto, então, as arguições de nulidade do Auto de Infração e passo a enfrentar o seu mérito.

A acusação que versa nos presentes autos diz respeito a recolhimento a menos do imposto (ICMS), em decorrência de desencontro entre os valores recolhidos e o escriturado na apuração do imposto nos anos de 2015 e 2016, na forma do demonstrativo de fls. 6 e 6-v dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 8. Consta da descrição dos fatos, como informações complementares, que se trata de valores apurados mediante decomposição dos arquivos MFD's – Registros E15, sendo aplicada a alíquota de 4% e comparado com os valores do ICMS recolhido, conforme DAE's correspondentes. Lançado ICMS no valor de R\$189.642,30, com enquadramento nos artigos 24 a 26 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, alínea "b" da Lei nº 7.014/96.

O autuado impugnou o lançamento tributário requerendo, em síntese, a anulação do Auto de Infração em tela, com o arquivamento do respectivo processo administrativo, ou, ao menos, a reapuração da base de cálculo do ICMS devido, com base nos cupons fiscais emitidos, excluindo-se os lançamentos duplicados, bem assim a correção do valor do ICMS pago para competência de 07/2015, onde foi considerado, no levantamento fiscal, o valor de R\$2.096,47, quando o correto seria de R\$33.540,29.

Em sede de Informação Fiscal, de fls. 64/45 dos autos, o agente Autuante diz que o Contribuinte Autuado se insurge **com razão**, demonstrando que **ocorreram duplicidade de lançamentos, quando da conversão dos registros E14 e E15 dos arquivos MDF**, extraídos dos Emissores de Cupom Fiscal.

Aduz, então, que reanalizando os mesmos, constatou a veracidade dos fatos e procedeu a correção do demonstrativo de débito da autuação, de fls. 6 e 6-v dos autos, que é parte integrante do CD/Mídia de fl. 8, correspondente ao valor de R\$189.642,30, resultando no novo demonstrativo de fl. 65 dos autos, perfazendo o valor de R\$31.451,82 de recolhimento a menor do imposto no período autuado.

Às fls. 75/78, volta aos autos o sujeito passivo, onde apresenta impugnação à Informação Fiscal de fls. 64/65 dos autos, conforme a seguir:

Diz que em sua Impugnação Administrativa, demonstrou que o Auto de Infração em comento decorria de erro cometido pelo agente Fiscal Autuante, ao contemplar em sua planilha de apuração diversos cupons fiscais em duplicidade. Além disso, diz ter o agente Fiscal Autuante considerado como valor de ICMS para a competência de 07/2015, o montante de R\$2.096,47, quando o correto seria de R\$33.540,29.

Pontua que, instado a se manifestar, o agente Fiscal Autuante reconheceu o erro apontado, no que diz respeito ao lançamento em duplicidade de cupons fiscais e, após corrigir tal erro, concluiu que o saldo remanescente histórico do crédito tributário seria de R\$31.451,82.

Entretanto, frisa que o agente Fiscal Autuante não se manifestou sobre o quanto informado no que diz respeito ao montante pago de ICMS para julho/2015. Registra, que como se observa do novo demonstrativo acima citado, novamente, o autuante, considerou como pago a título de ICMS para a competência julho/2015 o montante de R\$2.096,47.

Todavia, diz que restou demonstrado, em sede de impugnação, que o recolhimento do ICMS para tal período foi no valor total de R\$35.636,76 (doc. 06), sendo que deste montante R\$33.540,29, se referem ao ICMS próprio, e R\$2.096,47 ao diferencial de alíquota. Ou seja, por algum equívoco, para esta competência, aduz que, o agente Fiscal Autuante, indevidamente considerou como valor pago a título de ICMS o valor recolhido a título de DIFAL.

Assim, pediu que os autos fossem devolvidos ao agente Fiscal Autuante, para que se manifeste sobre o pagamento de R\$33.540,29, a título de ICMS-próprio para julho/2015. Enfatiza então, que considerando este pagamento, o novo valor histórico do Auto de Infração seria de R\$16.267,73, e não de R\$31.451,82.

À fl. 138, têm-se nova Informação Fiscal do agente Autuante, onde diz ter reanalizado os autos e confrontado os documentos de arrecadação, em que constatou que assiste razão ao Contribuinte Autuado em relação ao pagamento do ICMS de julho de 2015, no valor de R\$33.540,29, conforme documento que acosta à fl. 140 dos autos (relação de DAE's – agosto/2015).

Em sendo assim, consubstanciado nas documentações acostadas aos autos e não vendo nada que desabone as alterações do débito da autuação efetuada pelo próprio agente Fiscal Autuante, em sede de Informação Fiscal, coaduno com o saldo remanescente do Auto de Infração em tela, no valor de R\$16.267,73, devidamente acatado pelo sujeito passivo, decorrente da alteração do valor "pago de ICMS" para a competência julho/2015, no demonstrativo do débito, de R\$2.096,47, para R\$33.540,29, e as exclusões dos lançamentos duplicados.

Logo, resta subsistente parcialmente a autuação, no valor de R\$16.267,73, conforme novo demonstrativo de débito abaixo destacado, apurado a partir da planilha de fl. 65 dos autos, elaborado pelo próprio agente Fiscal Autuante:

Data Ocorr	Data Vencto	Valor Histórico
30/09/2015	09/10/2015	7.353,15
30/11/2015	09/12/2015	5.514,17
31/12/2015	09/01/2016	432,94

31/05/2016	09/06/2016	2.967,47
Total Remanescente da Infração 01 – 0301.01		16.267,73

Observo que, sobre a arguição aventada de que a jurisprudência reconhece vício da motivação nas situações em que o dispositivo legal não se coaduna com a descrição da infração; e que por isso seria nula a autuação, destaco que, além do já expressado no início deste voto, onde refuto as arguições de nulidade, não cabe a este foro administrativo discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como a apreciação de decisão do Poder Judiciário, conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206896.0005/18-8**, lavrado contra **OUTBACK STEAKHOUSE RESTAURANTES BRASIL S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.267,73**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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” item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de maio de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR