

**A. I. N°** - 206973.0037/21-3  
**AUTUADO** - AUTOMETAL LTDA.  
**AUTUANTE** - IVANA MARIA MELO BARBOSA  
**ORIGEM** - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0018-03/22-VD

**EMENTA:** ICMS. DIFERIMENTO. RECEBIMENTO DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O lançamento e recolhimento do imposto encontravam-se diferidos em virtude da responsabilidade que é atribuída por lei ao autuado, na qualidade de responsável tributário por substituição, por ter ocorrido em seu estabelecimento o fato que encerrou a fase de diferimento. Refeitos os cálculos, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 14/09/2021, refere-se à exigência de R\$ 119.849,23 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 002.004.003: Falta de recolhimento do ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários. Aquisições junto às empresas EDNUTRI ALIMENTAÇÕES E SERVIÇOS LTDA., CNPJ 04.575.616/0001-41 e TOTAL ALIMENTAÇÃO S/A, CNPJ 13.668.070/0069-52.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 27 a 38 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa, reproduz os arts. 2º, I, “a”; 32 e 286, VII, § 2º do RICMS-BA/2012, além do art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Inicialmente, alega a existência de vício de capitulação da infração, na medida em que a fundamentação para a cobrança do ICMS diferido na aquisição de refeições são dispositivos revogados pelo Decreto nº 18.085/2017, com vigência a partir de 01/01/2018.

Ressalta que a revogação de um determinado ato legal decreta o fim de sua vigência, o que, no caso concreto, impõe considerar a inexistência de diferimento nas situações colocadas a partir de 01/01/2018.

Alega que não obstante os artigos 2º, inciso I e 32 da Lei 7.014/96, embora vigentes, em nada embasam a aludida infração, posto que dispõem sobre a dinâmica do imposto de maneira genérica e sob abordagem que em nada agrega ao caso concreto. Diz que a autuação não se aplica ao fato concreto, motivo pelo qual deve ser declarada nula.

Transcreve o art. 39 do RPAF/BA, menciona o art. 5º, inciso LV da Constituição Federal e apresenta o entendimento de que, se um Auto de Infração é lavrado mediante falhas na capitulação legal dos fatos, partindo-se de premissa equivocada em relação à lei aplicável, obviamente há um vício que macula o período não abrangido pela capitulação imposta. Consequentemente, fragiliza também a imposição de multa, uma vez carente de legalidade a própria infração apontada pela Fiscalização.

Diz ser forçoso considerar que na lavratura do Auto de Infração, incipiente do relato da infração e, portanto, da indicação dos dispositivos legais e regulamentares infringidos, bem como da respectiva penalidade, o que não ocorreu, tendo em vista a premissa equivocada com a qual trabalhou a Autoridade Fiscalizadora, em afronta ao artigo 39, inciso V do RPAF-BA, Decreto nº 7.629/99.

Também alega que por não se tratar de um mero erro formal passível de retificação, pois o vício está adstrito a aspecto material do lançamento fiscal, e como já ressaltado, o diferimento foi revogado a partir de 01/01/2018, há vício que macula as alegadas infrações, eis que inexistentes frente à alteração da lei.

Cita o art. 142 do CTN, bem como, a jurisprudência do CARF e conclui que erro na construção do lançamento acarreta vício insanável, não havendo outra alternativa senão cancelar a exigência. Até porque, a construção do lançamento, em contrariedade ao art. 142 do CTN, por certo, não pode gerar crédito tributário certo e líquido, tampouco exigível. Reproduz ensinamento de Paulo de Barros Carvalho sobre a importância do lançamento.

Em relação à multa, alega que não obstante a cobrança do imposto diferido embasado em lei revogada, não se aplicando aos fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/2018, a consequência de tal vício implica anulação, também, da multa imposta sobre tais períodos.

Subsidiariamente ao argumento principal que macula a exigência do imposto no período residual, e consequentemente a multa arbitrada, caso seja mantida a infração, o que admite apenas a título argumentativo, diz ser imperioso que se revise o arbitramento do imposto, uma vez que a multa de 60% revela nítido caráter confiscatório, posto que ofende diretamente princípios constitucionais da proporcionalidade, razoabilidade, vedação ao confisco e o direito de propriedade. Nesse sentido, cita decisões do Supremo Tribunal Federal.

Diz que a penalidade aplicada é inequivocamente exorbitante e confiscatória, uma vez que o montante cobrado a título de multa perfaz 60% do valor total da base de cálculo atribuída às infrações cujas premissas foram desconstituídas no tópico anterior.

Afirma que a penalidade deixa de cumprir seu propósito de compensar o possível dano causado pelo Contribuinte ao Estado com a prática das infrações, que merecem ser desconstituídas posto que sequer há respaldo para o diferimento no período a partir de 01/01/2018, por conta da revogação da lei, conforme exposto. A multa foi fixada em valor excessivo, de modo a representar ato confiscatório, que foge de sua finalidade original, o que impõe seu afastamento.

Diz que, recentemente, a Justiça Paulista declarou mediante sentença que a multa tributária superior a 20% não é adequada como efeito sancionatório e tem, na verdade, efeito confiscatório e viola o princípio da proporcionalidade.

Entende que a multa deve ser cancelada pela premissa de que a exigência do tributo é descabida, posto que revogado o dispositivo que instituiu o diferimento, ou, ao menos, seja reduzida para o patamar de 20%, subsidiariamente ao argumento de mérito exposto.

Requer sejam consideradas as alegações e documentos apresentados pelos quais se verifica:

- (i) a procedência parcial do Auto de Infração, uma vez recolhido o imposto devido aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2017 (Doc. 03).
- (ii) Vício de nulidade quanto à capitulação pelos dispositivos revogados pelo Decreto 18.085/2017, que pôs fim à dinâmica do diferimento do imposto, não havendo materialidade concreta a embasar a acusação relacionada aos fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/2018.
- (iii) Consequentemente, prejudicada também a penalidade imposta a título de multa pela premissa de que não ocorreu a alegada infração, no tocante aos fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/2018.
- (iv) Subsidiariamente, pede redução da multa para o patamar de 20%.

Pede a procedência integral da impugnação, afastando as cobranças indevidas remanescentes, com o cancelamento das infrações relativas aos fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/2018.

Requer, por fim, que todas as publicações e/ou intimações sejam encaminhadas à empresa impugnante, citando o endereço para correspondências e o endereço eletrônico.

A autuante presta informação fiscal à fl. 106 dos autos. Diz que o Autuado impugnou parcialmente o lançamento, reconhecendo a cobrança relativa ao período de janeiro a dezembro de 2017, recolhendo o *quantum* reconhecido, alegando revogação dos dispositivos apontados como infringidos a partir de 01/01/2018.

Afirma que, de fato, tem razão a defesa e informa que o acúmulo de trabalho foi a razão que impediu a verificação dos dispositivos legais atualizados atinentes ao fato imputado.

Assim, reconhecida a infração praticada no período em que o dispositivo legal (inciso I do § 2º do art. 286) surtiu efeitos, recolhido o quantum devido, nada mais o que se discutir.

Consta à fl. 109, extrato emitido através do Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – SIGAT, indicando o pagamento de parte do débito apurado do presente Auto de Infração, no valor principal de R\$35.523,29.

### VOTO

Inicialmente, o Defendente alegou existência de vício de capitulação da autuação, na medida em que a fundamentação para a cobrança do ICMS diferido na aquisição de refeições, são dispositivos revogados pelo Decreto nº 18.085/2017, com vigência a partir de 01/01/2018.

Observe que em relação às operações com mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, devem ser observadas as alterações da legislação no curso do tempo, especialmente as regras consubstanciadas no RICMS/BA, para fins de atribuição da chamada responsabilidade pelo recolhimento do tributo.

Na Informação Fiscal prestada pela autuante foram acatados os argumentos defensivos, sendo esclarecido que em razão do acúmulo de trabalho, não houve a verificação dos dispositivos legais atualizados atinentes ao fato imputado, ficando reduzido o débito originalmente apurado. Assim, após a exclusão no levantamento fiscal dos valores considerados indevidos, o imposto apurado ficou reduzido ao mesmo valor já recolhido pelo Contribuinte.

Dessa forma, entendo que deve ser superada a alegação defensiva, e não se decretar a nulidade da autuação, haja vista que não foi constatado qualquer prejuízo à defesa, o autuado tomou conhecimento do lançamento efetuado, inexistindo cerceamento ao direito de defesa, e o contribuinte tem condições de acompanhar normalmente o deslinde de todas as questões suscitadas em sua impugnação.

Vale salientar, que não implica nulidade da autuação provável equívoco na indicação de dispositivo da legislação tributária, tendo em vista que pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF-BA/99. Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do lançamento.

Quanto ao mérito, o Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários. Aquisições junto às empresas EDNUTRI ALIMENTAÇÕES E SERVIÇOS LTDA., CNPJ 04.575.616/0001-41 e TOTAL ALIMENTAÇÃO S/A, CNPJ 13.668.070/0069-52.

Observe 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. A responsabilidade pelo recolhimento do imposto diferido é atribuída ao contribuinte em cujo

estabelecimento ocorrer a operação ou circunstancia que encerre a fase de diferimento, como é o caso das refeições.

Para melhor entendimento do questionamento apresentado pelo defendente, vale reproduzir o art. 286, inciso VII do RICMS-BA/2012:

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.

Obs.: Redação originária, efeitos até 31/12/17. O inciso VII foi revogado pelo Decreto nº 18.085, de 21/12/17, DOE de 22/12/17, efeitos a partir de 01/01/18.

A Autuante afirmou que o Defendente impugnou parcialmente o lançamento, reconhecendo a cobrança relativa ao período de janeiro a dezembro de 2017, recolhendo o *quantum* reconhecido, em razão da revogação dos dispositivos apontados como infringidos a partir de 01/01/2018.

Disse que de fato tem razão a defesa, e informou que reconhecida a infração praticada no período em que o dispositivo legal (inciso I do § 2º do art. 286) surtiu efeitos e recolhido o *quantum* devido, nada mais há o que se discutir.

Vale ressaltar que não houve necessidade de intimar o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal, conforme previsto no § 8º do art. 127 do RPAF/BA, tendo em vista que os valores apurados após a Informação Fiscal da autuante estão de acordo com as razões de defesa apresentadas pelo Contribuinte em sua impugnação.

Considerando a revogação do dispositivo que deu embasamento ao lançamento efetuado, acato as conclusões da Autuante, pela subsistência parcial da exigência fiscal, remanescendo o débito referente ao período de janeiro a dezembro de 2017, no valor histórico de R\$ 28.628,55.

O Defendente alegou que a multa de 60% revela nítido caráter confiscatório, posto que ofende diretamente princípios constitucionais da proporcionalidade, razoabilidade, vedação ao confisco e o direito de propriedade. Requereu a redução da multa para o patamar de 20%.

Quanto à multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, conforme estabelece o art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96.

Vale ressaltar, que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação tributária, e não cabe a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Por fim, o autuado requer que as intimações sejam encaminhadas à empresa impugnante, citando o endereço para correspondências e o endereço eletrônico. Observo que de acordo com o art. 26, inciso III do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do mencionado Regulamento, e o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ, para receber correspondências.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206973.0037/21-3, lavrado

contra **AUTOMETAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$28.628,55**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 14 de fevereiro de 2022

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR