

<b>PROCESSO</b>	- A. I. N° 203459.0002/22-3
<b>RECORRENTE</b>	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
<b>RECORRIDO</b>	- NOVA CASA DELICATESSEN EIRELI
<b>RECURSO</b>	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5º JJF nº 0173-05/22-VD
<b>ORIGEM</b>	- DAT METRO / INFRAZ VAREJO
<b>PUBLICAÇÃO</b>	- INTERNET: 15/09/2023

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**
**ACÓRDÃO CJF N° 0263-12/23-VD**

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. COMERCIALIZAÇÃO DE REFEIÇÕES. REGIME DE APURAÇÃO SIMPLIFICADO. RECEITA BRUTA. Afastado os valores exigidos que integraram pedido de parcelamento pelo contribuinte. Mantido os valores exigidos que não foram parcelados, constituídos neste PAF. Corrigidos de ofício os valores lançados com base nas DMA's apresentadas. Readequada o porcentual e tipificação da multa proposta pela fiscalização. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado em relação à Decisão recorrida que julgou Nulo o presente Auto de Infração lavrado em 30.3.2022 e num total histórico de R\$ 217.551,51, possui o lançamento de ofício o seguinte descriptivo:

*Infração 01 – 002.004.002 – Deixou de recolher no prazo regulamentar ICMS relativo à comercialização de refeições, calculado com base no Regime de Apuração em Função da Receita Bruta.*

*Fatos geradores vão de janeiro e fevereiro de 2020, janeiro a dezembro de 2021, exceto fevereiro de 2021.*

*Tipificação legal circunscrita aos arts. 2º, I, e 32, ambos da Lei 7.014/96, além da multa prevista no art. 42, II, 'f' da lei retrocitada.*

*Juntados na peça constitutiva do crédito, entre outros documentos: termo de início de fiscalização, demonstrativo sintético da dívida, relação de DAEs, 2020 a 2022, além de CD com conteúdo ilegível (fls.04/17).*

Em defesa apresentada às fls. 21/26, o sujeito passivo afirma que as cobranças são relativas a débito declarado e não pago (Autos de Infração nºs **85000.3934/20-4** valor total de R\$ 47.852,77 – exercício de 2020; **85000.2751/21-1** valor total de R\$ 14.280,42 – exercício de 2021; **85000.4563/21-8** valor total de R\$ 47.583,62 – exercício de 2021; **85000.6593/21-1** valor total de R\$ 46.385,46 – exercício de 2021 e **85000.7311/21-0** valor total de R\$ 15.227,47), tendo montante de R\$ 171.329,74, pelo que solicitou a revisão do auto de infração *sub judice*, para evitar cobrança em duplicidade. Advertiu que o fisco apresentou nos autos um único demonstrativo, a saber:

**Nova Casa Delicatessen**  
 IE: 011.366.472

Mês	Valor	ICMS			
		Receita	Apurado	Pago	Devido
Jan	356.923,11	14.309,87		14.309,87	
Mar	539.990,95	21.690,57		21.690,57	
Abr	472.255,02	18.953,32		18.953,32	
Mai	404.036,49	16.216,91		16.216,91	
Jun	377.948,95	15.175,79		15.175,79	
Jul	390.310,28	15.666,35		15.666,35	
Ago	388.078,50	15.573,20		15.573,20	
Set	379.963,99	15.243,99		15.243,99	
Out	416.127,25	16.694,98		16.694,98	
Nov	389.672,62	15.637,34		15.637,34	
Dez	426.600,90	17.121,51		17.121,51	

Mês	Valor	ICMS			
		Receita	Apurado	Pago	Devido
Jan	433.642,20	17.386,20		17.386,20	
Fev	445.886,77	17.881,48		17.881,48	

Fala que não se sabe de onde foram retirados os valores indicados como Receita. Se foram da

EFD-ICMS/IPI, estão em desacordo com os declarados. Disse que para apuração da receita bruta tributada, sujeita à redução de base de cálculo de forma que a carga tributária seja equivalente a 4%, a qual deve ser considerada as operações internas de saídas tributadas e destas abatidas as operações internas de devolução de vendas tributadas, dentro do mesmo período de apuração. Informa que não consta no PAF o demonstrativo de apuração dos valores das receitas brutas apresentadas pelo autuante, de sorte que não pode validar os valores lançados.

Argumenta que os lançamentos apresentados nos arquivos da EFD-ICMS/IPI apresentam os valores abaixo, considerando as operações internas de saídas tributadas e destas abatidas as operações internas de devolução de vendas tributadas, dentro do mesmo período de apuração:

<b>ESCRITURAÇÃO</b>	
<b>COMPETÊNCIA</b>	<b>LANÇADA</b>
31/01/2020	433.299,82
29/02/2020	356.652,85
31/01/2021	342.745,52
31/03/2021	410.110,64
30/04/2021	373.696,18
31/05/2021	403.731,04
30/06/2021	377.718,45
31/07/2021	390.120,23
31/08/2021	387.521,78
30/09/2021	379.552,36
31/10/2021	415.352,02
30/11/2021	389.454,23
31/12/2021	426.248,93

Observou que a fiscalização não demonstrou como apurou os valores das receitas brutas, sendo estas necessárias para apuração do ICMS devido, há de se aplicar o comando da Súmula CONSEF nº 01. Ponderou que o lançamento realizado pela autuada e declarado em DMA já tem o condão de débito declarado e sua cobrança por inadimplência tem procedimento próprio, nos termos do art. 129-A do COTEB. Alega a bitributação e completa sustentando aplicação da penalidade do art. 42, I da Lei nº 7.014/1996.

Na informação fiscal prestada às fls. 31/32, verifica-se concordância em retirar da exigência os “períodos” (sic.), que foram objeto de pedido de parcelamento, mas discorda em relação às demais competências, aduzindo que constam sim nos autos os demonstrativos analíticos, gravados no CD de fl. 17, quantificados com base nas notas fiscais eletrônicas de venda ao consumidor, além de não terem ocorrido devoluções no período. Reduziu a cobrança para os valores apontados em pequena tabela colada à fl. 32, atinente aos meses de outubro a dezembro de 2021 (respectivamente, R\$ 16.694,98, R\$ 15.637,34 e R\$ 17.121,51), tendo o total de R\$ 49.453,83.

Na decisão de piso tem o seguinte voto condutor:

#### **VOTO**

(...)

*Cobra-se falta de pagamento de imposto em face de comercialização de refeições, à razão de 4% sobre a receita bruta auferida pelo estabelecimento.*

*A fiscalização anui em descartar do auto de infração os valores lançados em meses que serviram de base temporal para pedidos de parcelamento, conforme imagens mostrando a formalização e tabela-resumo trazidas na peça defensiva.*

*Todavia, comparando-se a citada tabela-resumo trazida pelo contribuinte com os montantes constantes no demonstrativo de débito do auto de infração, detectam-se diferenças entre os valores parcelados e os valores lançados neste processo, tanto para mais como para menos, a saber:*

<b>MÊS</b>	<b>PARCELADO</b>	<b>COBRADO NO AI</b>	<b>DIFERENÇA</b>
jan/20	17349,39	17386,20	36,81
fev/20	30503,38	17881,48	-12621,90
jan/21	14280,42	14309,87	29,45
mar/21	16428,92	21690,57	5261,65

abr/21	14989,22	18953,32	3964,10
mai/21	16165,48	16216,91	51,43
jun/21	15157,58	15175,79	18,21
jul/21	15677,02	15666,35	-10,67
ago/21	15550,86	15573,20	22,34
set/21	15227,47	15243,99	16,52

*Apesar, repita-se, do fisco ter tirado todo o valor inicialmente exigido para as mesmas competências. Tal expediente, por si só, acarreta insegurança à configuração quantitativa da irregularidade.*

*Não bastasse isto e em relação às cifras que o fisco entende como remanescentes, não há no processo demonstrativos analíticos que explicitem a maneira pela qual se chegou às quantias lançadas, ligadas aos meses de outubro, novembro e dezembro de 2021. Existe apenas uma pequena tabela sintética apensada à fl. 05, que indica montantes mensais de receita e os valores de ICMS apurados.*

*Isto é explorado pelo impugnante que assegura não estarem os importes lançados condizentes com a EFD-ICMS/IPI. Ele mesmo cuida de trazer outros números escriturados, apostos às fls. 24 e 25.*

*Também por este lado a postulação estatal carece de certeza, trazendo dificuldades quando do acertamento judicial da dívida, na oportunidade da propositura da execução fiscal.*

*Assim, é de se considerar nulo o auto de infração, seja pelo ângulo descortinado no art. 18, IV, ‘a’ do RPAF-BA, seja pelo ângulo aberto pela Súmula 01 deste Conselho, de teor abaixo transrito:*

*“É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo”.*

*Haja vista os fatos geradores se reportarem a período não abarcado pelos efeitos decadenciais, poderá o procedimento fiscal ser renovado para fins de apuração do tributo devido, se for o caso, haja vista os débitos declarados nas DMAs de competência outubro, novembro e dezembro de 2021.*

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do artigo 169, I, “a” do RPAF/99.

Registra-se a presença sessão de videoconferência, Dr. Ednilton Meireles de Oliveira Santos – OAB/BA nº 26.397, que exerceu o seu direito de fala em defesa ao contribuinte.

É relatório.

## VOTO VENCIDO

O apelo de ofício interposto pela JJF que julgou pela Nulidade do Auto de Infração visa revisão da Decisão recorrida, conforme o disposto no art. 169, I, “a” do RPAF.

O relator de piso anulou o Auto de Infração por entender que acarretou insegurança à configuração quantitativa da irregularidade. Demonstra também que não consta nos autos demonstrativos analíticos que explicitem a maneira pela qual se chegou às quantias lançadas, ligadas aos meses de outubro, novembro e dezembro de 2021, discorreu que a fiscalização trouxe dificuldades quanto o acertamento judicial da dívida, na oportunidade da propositura da execução fiscal. Assim, o colegiado de piso aplicou a Súmula nº 01: “*considerar nulo o auto de infração, seja pelo ângulo descortinado no art. 18, IV, ‘a’ do RPAF-BA, seja pelo ângulo aberto pela Súmula 01 deste Conselho*”.

Na análise dos documentos acostados, vejo primeiro, que por si só a nulidade ser devidamente pertinente, pois não consta a origem da receita, de como se chegou a ela (base de cálculo), conforme bendito pelo autuado/recorrido. Segundo, a incerteza da autuação, pois constam montantes parcelados feitos, conforme demonstrou a tabela juntada pelo contribuinte.

Vejo total razão a decisão de piso em aplicar a referida Súmula nº 01, nulificando a autuação “*que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo*”. Também vejo que o recorrido em sua defesa impugnativa também alega que não recebeu e nem entendeu de onde veio a origem/base de cálculo para se apurar o imposto devido, como também não consta no CD no qual o fiscal diz constar. Mantida a decisão recorrida.

Ressalto que a JJF renovou a ação fiscal para os débitos declarados nas DMAs de competência outubro, novembro e dezembro de 2021, respectivamente, R\$ 16.694,98, R\$ 15.637,34 e R\$ 17.121,51, tendo o total de R\$ 49.453,83, respeitando o período de decadência, no qual concordo também.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto.

**VOTO VENCEDOR**

Em que pese a boa fundamentação apresentada pelo n. Relator, divirjo do seu posicionamento quanto ao não provimento do Recurso de Ofício interposto pela JJF (Nulo o Auto de Infração).

Conforme relatado, o lançamento refere-se falta de recolhimento do ICMS relativo a comercialização de refeições, apurado com base no Regime de Apuração em Função da Receita Bruta, no período de janeiro/2020 a dezembro/2021.

Na decisão recorrida foi apreciado que na defesa apresentada foi alegado que valores exigidos:

- i) no período de janeiro/2020 a setembro/2021 (R\$ 171.329,74), já tinha sido parcelados;
- ii) de outubro a dezembro/2021, indicavam Receitas diferentes da EFD-ICMS/IPI (operações internas tributadas, abatidas das devoluções de vendas tributadas), que indicou à fl. 24;

A 5ª JJF apreciou que a fiscalização não demonstrou como apurou os valores das receitas brutas e considerou nulo o auto de infração, nos termos do art. 18, IV, ‘a’ do RPAF-BA, em razão do procedimento fiscal não conter “*de forma clara e comprehensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo*”.

Pela análise dos elementos contidos no processo, constato que a exemplo o mês de 11/2021, a fiscalização indicou valor devido de R\$ 15.637,34 (fl. 5) e na DMA apresentada a SEFAZ/BA, o autuado declarou valor devido R\$ 15.628,57, ou seja, diferença de R\$ 8,77.

Constata se que a fiscalização indicou o montante das receitas, mas não considerou os ajustes efetuados pelo autuado, a exemplo do valor do “Estorno de Débito” no valor de R\$ 396,14 declarado na DMA do mês 10/2021.

Observo que conforme disposto no art. 180 do RPAF/BA, aplica-se subsidiariamente ao processo administrativo fiscal as normas do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), cujo art. 283 e parágrafo único prevê que deve ser anulado no processo os atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de observar as prescrições legais, desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.

Na situação presente, o autuado provou no processo que parte dos valores exigidos já tinham sido parcelados e em relação a três meses, apontou diferenças de valores pouco relevantes dos exigidos no lançamento. Assim sendo, nos termos do art. 1.053 do CPC, os atos processuais praticados por meio eletrônico devem ser convalidados, observado os requisitos mínimos, desde que tenham atingido sua finalidade e não tenha causado prejuízo a qualquer das partes.

Portanto, tendo o sujeito passivo declarado na DMA valores devidos que diferem pouco dos efetivados no lançamento efetuado pela fiscalização, a NULIDADE declarada no julgamento da primeira instância, recomendando novo lançamento, causa prejuízo a celeridade processual, custo operacional de promover nova ação fiscal e outro lançamento, bem como, possível nova defesa, situação que pode ser resolvida neste processo desde que não cause prejuízo as partes (Estado e Contribuinte).

Isto posto, entendo que considerando que na defesa apresentada o estabelecimento autuado não comprovou o pagamento dos valores exigidos nos meses de outubro, novembro e dezembro/2021 e diferenças monetárias pouco significativas entre o valor exigido e o declarado nas DMAs apresentadas, passo a análise das razões de mérito que não foram apreciadas na decisão recorrida, nos termos do art. 1.013, § 3º do CPC (art. 180 do RPAF/BA), visto que o processo está em condições de imediato julgamento, e deve se decidir desde logo o mérito, reformando a decisão de primeira

instância em relação a omissão no exame os pedidos formulados pelo defendant.

Passo a análise das razões de mérito apresentados na defesa (fls. 21 a 26), em síntese com relação aos valores exigidos relativos ao período de:

- i) janeiro/2020 a setembro/2021, foram parcelados;
- ii) outubro a dezembro/2021, apresentam diferenças de receitas declaradas na DMA;
- iii) Para declaração de obrigação tributária, a multa é prevista no art. 42, I da Lei nº 7.014/1996.

Com relação ao primeiro argumento, constato que o valor exigido no período 01/2020 a 09/2021 totaliza R\$ 168.249,74. Na defesa às fls. 22/23 o contribuinte reproduziu telas do Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária (SIGAT) que totaliza R\$ 171.329,74.

Embora no voto (fls. 40/41) tenha indicado diferenças positivas e negativas entre valores exigidos e os declarados (DMA) pelo contribuinte, constata se que o valor declarado deste período (R\$ 171.329,74) é superior ao exigido (R\$ 168.249,74), reconhecido na informação fiscal (fls. 31/32).

Assim sendo, acato os argumentos defensivos e julgo improcedente a exigência dos valores relativos ao período de 01/2020 a 09/2021.

Relativamente a segunda alegação, conforme acima apreciado o autuante esclareceu que apurou a receita com base nas NFCe emitidas e que não foi comprovado efetivação de devoluções.

Constatou que a exemplo do mês 10/2021 a fiscalização indicou receitas de R\$ 417.374,50 e valor devido de R\$ 16.694,98. Por sua vez a DMA apresentada indica débito no valor de R\$ 17.059,98, deduzido de “Estorno de débito” de R\$ 396,14, resultando em valor de R\$ 16.663,84. Portanto, diante da diferença de R\$ 31,14 (R\$ 16.694,98 – R\$ 16.663,84) entre o exigido e o declarado pelo contribuinte na DMA apresentada ao Fisco, deve prevalecer a confissão de dívida para constituição do crédito tributário nos termos do art. 129-A do Código Tributário do Estado da Bahia.

Neste contexto, considero como devido os valores declarados na DMA de R\$ 16.663,84 (10/2021); R\$ 15.628,57 (11/2021, exigido R\$ 15.637,34) e R\$ 17.009,36 no mês 12/2021 (ao invés de R\$ 17.121,51).

No que se refere ao argumento de que a declaração da obrigação tributária importa em confissão de dívida e não poderia ocorrer lançamento sob pena de bitributação, observo que o Auto de Infração foi lavrado em 30/03/2022 e o sujeito passivo não fez prova de que parcelou os valores declarados na DMA relativo aos meses de outubro, novembro e dezembro/2021. Portanto, prevalece o lançamento por meio do Auto de Infração, e caso não seja efetivado a sua quitação, a Administração Tributária deve adotar medidas para não constituir crédito em Dívida Ativa das mesmas parcelas objeto da autuação e declaradas na DMA. Alegação não acolhida.

Quanto a alegação de que declarou a obrigação tributária por meio de DMA e a multa aplicada é prevista no art. 42, I da Lei nº 7.014/1996, entendo que assiste razão ao defendant visto que os valores remanescentes mantidos neste lançamento, foram efetivamente declarados nas DMAs constantes do sistema de Informações do Contribuinte (INC) da SEFAZ/BA e não recolhido no prazo regulamentar. De ofício, faço a readequação da multa proposta pela fiscalização tipificada no art. 42, II, “f” para 50% prevista no art. 42, I da Lei nº 7.014/1996.

Por tudo que foi exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício interposto pela 5ª JJF, julgando improcedente os valores exigidos no período de janeiro/2020 a setembro/2021 e procedente os valores exigidos nos meses de outubro a dezembro/2021 conforme resumo abaixo.

Data Ocorr	Data Vencto	Autuado	Julgado 2ª CJF	Obs.
31/10/21	09/11/21	16.694,98	16.663,84	DMA
30/11/21	09/12/21	15.637,34	15.628,57	DMA
31/12/21	09/01/22	17.121,51	17.009,36	DMA
<b>Total</b>		<b>49.453,83</b>	<b>49.301,77</b>	

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício interposto para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 203459.0002/22-3, lavrado contra **NOVA CASA DELICATESSEN EIRELI**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento no valor de R\$ 49.301,77, acrescido da multa de 50%, previsto no art. 42, I da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Eduardo Ramos de Santana, Fernando Araújo Brito de Araújo e Maurício Souza Passos.

VOTO VENCIDO – Conselheiros: Igor Lucas Gouveia Baptista, Antonio Dijalma Lemos Barreto e Henrique Silva de Oliveira.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 02 de agosto de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

IGOR LUCAS GOUVEIA BAPTISTA – RELATOR/VOTO VENCIDO

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - VOTO VENCEDOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS