

A. I. N° - 203459.0001/22-7
AUTUADO - DEGUSTAR REFEIÇÕES COLETIVAS EIRELI
AUTUANTE - RICARDO FRANÇA PESSOA
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 12/03/2024

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0026-03/24-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE APURAÇÃO E O IMPOSTO RECOLHIDO. Após revisão efetuada, o Autuante, reconhece que são improcedentes os valores lançados. Infração insubsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/03/2022, refere-se à exigência de R\$ 129.637,94 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 003.003.001: Recolhimento a menos do ICMS relativo à comercialização de refeições, apurado através de divergências entre os valores recolhidos e os lançados no livro Registro de Apuração de ICMS, nos meses de outubro a dezembro de 2018; janeiro a março maio a julho, setembro a dezembro de 2019; janeiro a abril, novembro e dezembro de 2020.

O autuado apresentou impugnação às fls. 20 a 36 do PAF. Após comentar sobre a tempestividade da defesa, informa que tem como objeto social, dentre outras atividades, "Restaurante, Lanchonete, casas de chá e de sucos", conforme se infere da Cláusula 42 do seu contrato social e dos registros de Classificação Nacional de Atividades Económicas ("CNAE") vinculados ao seu CNPJ.

Informa que no período compreendido no Auto de Infração é optante pelo regime do Simples Nacional de que trata a Lei Complementar Federal 123/2006 e a Resolução do CGSN 140/2018, ressaltando que conforme o artigo 40 da referida Resolução, a opção pelo Simples Nacional implica recolhimento, mediante único documento de arrecadação em substituição aos valores devidos segundo a legislação específica de cada tributo, destacando-se entre estes, o Imposto sobre Operações relativas a Circulação de Mercadorias - ICMS.

Por sua vez, embora o limite para opção pelo Simples Nacional seja de R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais) ao ano, a Resolução 140/2018 em seu artigo 9º estabelece o sublimite de Faturamento aos Estados que não o tenham estabelecido, no valor de R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

Diz que o artigo 12 da referida Resolução define que nos casos de contribuintes que ultrapassem o sublimite estes ficaram impedidos de recolher o ICMS pelo Simples Nacional, passando, portanto, a recolher o ICMS de acordo com o Regulamento do ICMS definido pelo Estado onde o contribuinte estiver situado.

Dado a tal determinação, informa que a totalidade de suas Receitas (inclusive filiais) possuiu para os anos de 2017, 2018 e 2019 Faturamento que excede o sublimite, sujeitando-se ao recolhimento do ICMS no período de 2018 a 2020 de acordo com o Regulamento do ICMS.

Nesse contexto, afirma que se submete à apuração e recolhimento do ICMS no Estado da Bahia e se vale da redução de base de cálculo prevista no RICMS-BA, Decreto Estadual nº 13.780/2012, para as atividades desenvolvidas por restaurantes e lanchonetes.

Diz que o mencionado Regulamento, em seu artigo 267, VI, prevê a redução de base de cálculo do ICMS em opção à utilização de quaisquer outros créditos fiscais, de forma que a carga tributária

do ICMS seja equivalente a 4% (quatro por cento) nas operações realizadas por restaurantes, churrascarias, pizzarias, lanchonetes, bares, padarias, pastelarias, confeitarias, doçarias, bomboniere, sorveterias, casas de chá, lojas de delicatessen, serviços de "buffet", hotéis, motéis, pousadas, fornecedores de salgados, refeições e outros serviços de alimentação.

Considerando que promove a comercialização de alimentos, possuindo atividades de Restaurante e Lanchonetes, afirma que faz jus a tributação do ICMS equivalente a 4% (quatro por cento) de suas operações tributadas, e assim escrituradas em seu livro de apuração do ICMS com CFOP 5.102 - Venda de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros.

Alega que a despeito desses fatos, foi surpreendido com a lavratura do presente Auto de Infração, que trata, fundamentalmente, de infração à legislação tributária estadual, em razão de alegado recolhimento a menos de ICMS relativo à comercialização de refeições.

Afirma que será demonstrado ao longo da Impugnação, que a exigência formulada no presente Auto de Infração não deve prevalecer, seja em razão das nulidades do referido lançamento, seja porque a apuração do ICMS que promoveu não merece reparos.

No que se refere às nulidades do Auto de Infração, alega que conforme se depreende da descrição e fundamentação da infração apresentada pela Autoridade Fiscal, não é possível confirmar os reais fundamentos do referido lançamento. Isso, porque a descrição é manifestamente genérica e cujos valores demonstrados na Infração não se compatibilizam com os valores de Faturamento demonstrados relativos ao Faturamento declarado em seus livros de Apuração do ICMS.

Acrescenta que a demonstração sintética dos valores devidos mensalmente não satisfaz a exigência legal de que a Autoridade Fiscal demonstre, de forma clara e compreensiva, a base de cálculo e método de apuração do tributo, especialmente, considerando que a sociedade efetuou pagamentos de ICMS em todos os períodos compreendidos no Auto de Infração, os quais por si só, já deveriam ter sido considerados na apuração dos valores pagos a menos.

Alega que não obstante a patente nulidade desse lançamento, cumpre destacar, ainda, que, no mérito, ele é completamente improcedente.

Diz que será demonstrado que a cobrança é indevida, porque se utilizou, legitimamente, do que determina o artigo 267, inciso VI do RICMS-BA, Decreto 13780/2012, promovendo a correta apuração do ICMS devido ao Estado da Bahia ao longo do período fiscalizado e recolhendo o equivalente a 4% (quatro por cento) de ICMS sobre seu Faturamento Tributado para todos os meses indicados no Auto de Infração.

Alega que conforme será demonstrado, a Autoridade Fiscal incorre em manifesto equívoco ao exigir diferenças de ICMS supostamente recolhidos a menos, eis que a base de cálculo utilizada para o pagamento do imposto, foi a mesma base de cálculo declarada, não existindo qualquer diferença como indevidamente apurado pelo Fiscal.

Quanto à nulidade suscitada, alega violação ao direito de defesa, por descrição genérica da infração. Diz que se trata infração por ter recolhido a menos o ICMS relativo a operações próprias escrituradas.

Para embasar legalmente essas acusações, o Autuante cita, a título de enquadramento legal, os artigos 2º, inciso I e artigos 24 e 26 da Lei nº 7.014/1996 c/c art. 227 do RICMS-BA, Decreto nº 13.780/2012.

Alega que o enquadramento legal aplicado é absolutamente genérico, já que feito por meio da indicação de dispositivos que seriam aplicáveis a inúmeras circunstâncias e, de nenhum modo, permitem a compreensão das razões que ocasionaram a lavratura dos Autos de Infração.

Reafirma que se submete ao critério de apuração e recolhimento do ICMS previsto no artigo 267, VI do RICMS-BA, Decreto 13780/2012, e se a Autoridade Fiscal houvesse constatado tal dispositivo teria ratificado que o Impugnante realizou o pagamento do ICMS relativo a todas as competências mencionadas na Infração, recolhendo o equivalente a 4% sobre o Faturamento tributado.

Diz que foi exigido crédito tributário relativos aos exercícios de 2018 a 2020, acrescido da multa de 60%, nos termos do art. 42, inciso II, alínea "b", da Lei nº 7.014/1996.

Afirma que a apresentação dos enquadramentos legais acima mencionados não supre, de nenhuma forma, os requisitos exigidos pelo Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, para fins de fundamentação das autuações.

Reproduz o art. 39 do RPAF-BA, e diz que as normas destacadas estabelecem a obrigatoriedade de o Auto de Infração apresentar, de forma clara, precisa e sucinta, os fatos que correspondem a infrações às obrigações tributárias, além dos dispositivos que dão embasamento à constatação da irregularidade.

Ressalta que as exigências do RPAF/BA são, naturalmente, necessárias à plena compreensão, pelo contribuinte, dos fundamentos que levaram à autuação. E nem poderia ser diferente. Afinal, não pode o sujeito passivo se insurgir contra a exigência fiscal se não dispõe de elementos suficientes para determinar em que consiste essa exigência e quais os enunciados prescritivos que a fundamentam (art. 52, LV da Constituição da República).

Apresenta o entendimento de que, ao não especificar quais seriam, supostamente, os eventos que geraram o lançamento, a Autoridade Fiscal tornou inviável a defesa do Impugnante. As infrações somente podem ser elididas se ficar demonstrado que os eventos correspondentes não ocorreram, o que é impossível de se fazer quando não se sabe nem mesmo que eventos são esses.

Afirma ser insuficiente alegar que o contribuinte deixou de recolher o ICMS ou o recolheu a menos. Cumpre ao agente do fisco descrever a natureza do fato por ele constatado e a descrição deve ser feita com objetividade, precisão e clareza.

A descrição não pode ser genérica, dizendo simplesmente que houve falta de pagamento ou pagamento a menos, como também não pode relatar uma coisa em vez de outra — a descrição do fato deve conter elementos que identifiquem perfeitamente qual o fulcro da autuação.

Diz repetir, por relevante, que o inciso III do art. 39 do RPAF/BA ordena que o Autuante descreva os fatos "de forma clara, precisa e sucinta". Não se trata de um pedido, mas uma ordem de conduta do agente fiscal, que não precisa explicar pormenorizadamente o motivo da autuação, mas deve, certamente, dar subsídios do que fundamenta o lançamento de ofício, de modo a não deixar margem a dúvidas, juntando-se as provas correspondentes.

Incidentes desta natureza constituem óbices à defesa, dificultam o contraditório e são, por isso, incompatíveis com o devido processo legal. A acusação genérica de falta de recolhimento ou recolhimento a menos de ICMS não justifica a cobrança. Elas são, em verdade, consequências de supostas infrações que são desconhecidas pela Impugnante, na medida em que o Autuante se omite acerca delas.

Menciona que o RPAF/BA, no art. 18, prevê a nulidade dos atos praticados com preterição do direito de defesa, e o § 1º desse artigo admite correções, porém faz a ressalva de que somente são sanáveis os vícios que consistam em eventuais incorreções ou omissões ou em não-observância de exigências meramente formais - e mesmo assim "desde que seja possível determinar a natureza da infração. Ou seja, somente se admite o saneamento de vícios eventuais, e não substanciais. Isso é, quando se atenta para a ressalva: "desde que seja possível determinar a natureza da infração".

Havendo mudança da natureza da infração (a chamada "mudança de fulcro" da autuação), o vício deixa de ser "eventual" e passa a ser "substancial", de fundo.

"Eventual" significa casual, fortuito, acidental, coisa de pouca importância. Exigências meramente formais (atente-se para o advérbio "meramente") são aquelas que dizem respeito, apenas, ao modo como o ato é praticado, sem maiores consequências, sem prejuízo para a outra parte. Houve neste caso prejuízo jurídico para o autuado.

É nulo o procedimento fiscal que não atenda ao devido processo legal, ou seja, que não siga os ditames traçados pela legislação, tomando-se o vocábulo "processo" em seu sentido lato, abrangendo o conceito de procedimento.

Registra que o lançamento tributário feito por Auto de Infração precisa ser fundamentado. Fundamentar o lançamento não é apenas citar artigos de lei ou regulamento, é descrever o fato, fazer sua prova e apontar a norma legal na qual o fato se enquadra. O lançamento tributário não é uma "caixa-preta", em que o Fisco pode atuar sozinho, unilateralmente, não importando se os fatos sejam descritos de forma deturpada. O devido processo legal impõe obediência ao contraditório e à ampla defesa.

Entende não restar dúvida de que a Fiscalização não relatou adequadamente a infração apontada, pois deixou de especificar os eventos que teriam, supostamente, gerado a sua discordância em relação às apurações promovidas pelo Impugnante e que teria ocasionado recolhimento a menos de ICMS, já que sequer avaliou o que rege o artigo 267, VI do Regulamento do ICMS ao qual o Impugnante se enquadra.

Em razão da vinculação que rege o procedimento administrativo fiscal, diz que não há espaço para suposições e deduções, mas apenas para certezas, o que, a toda evidência, inexiste no presente lançamento.

Por essas considerações, alega que se deve reconhecer a patente nulidade dos lançamentos relativos ao presente Auto de Infração, com fundamento no art. 18, II, do RPAF/BA.

Sem prejuízo do reconhecimento da nulidade evidenciada no tópico anterior, afirma reconhecer que, no caso concreto, o seu direito de defesa foi violado também por outra razão: o Auto de Infração não foi acompanhado de uma discriminação individualizada das operações fiscalizadas.

Registra que de acordo com o RPAF/BA, o Auto de Infração deve ser acompanhado de dados que possibilitem ao contribuinte autuado compreender, plenamente, os fundamentos do lançamento de ofício, o que inclui, naturalmente, demonstrativos e levantamentos que se façam indispensáveis à precisa identificação das infrações. Nesse sentido, os artigos 41 e 46 do RPAF/BA dispõem que como se vê, a legislação tributária estadual, ao regulamentar a lavratura do Auto de Infração, exige da Autoridade Fiscal a apresentação de informações consideradas úteis para esclarecimento da infração imputada. Além disso, é, expressamente, determinado que o Auto de Infração seja acompanhado de provas, demonstrativos, levantamentos, enfim quaisquer documentos e informações que sejam indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados.

Afirma que a superficialidade das discriminações de valores, apresentadas pela Autoridade Fiscal — com mera indicação do montante do imposto supostamente devido e recolhido a menor a cada mês —, não lhe permite compreender as razões para serem desconsideradas as suas apurações. Até mesmo porque, como visto no tópico anterior, a descrição da infração é manifestamente genérica, e os valores tratados como base de cálculo para aferimento das supostas diferenças cobradas pela Autoridade Fiscal, não correspondem a nenhum valor identificado ou apresentado nos Livros e Demonstrativos Fiscais do Impugnante.

Alega que o Autuante não disponibilizou qualquer planilha para demonstrar como apurou a base de cálculo do imposto exigido, anexando tão somente um relatório sintético dos valores cobrados mês a mês, sem relacionar os dados apresentados no livro de Apuração e os valores de ICMS já recolhidos pela Impugnante.

Ressalta que o lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. O autuado deve ser precisamente informado do que foi apurado, o direito aplicado e suas consequências jurídicas. Procedimento fiscal que se distancie desse padrão constitui óbice à defesa do autuado dificultam o contraditório, sendo incompatível com o direito processual.

Em consonância com os entendimentos acima indicados, destaca o teor da Súmula CONSEF nº 01, plenamente aplicável ao caso concreto, para que se reconheça a nulidade da autuação, dada a falta de transparência da Autoridade Fiscal em relação ao método aplicado para apuração do tributo devido. Assim, entende que é manifestamente insuficiente à compreensão dos motivos que levaram à autuação em apreço a mera indicação de que o Impugnante recolheu a menos o ICMS em suas operações escrituradas.

Em face de tais considerações, do cerceamento de direito e incerteza gerada na lavratura do presente Auto de Infração, com amparo no art. 18 do RPAF/BA, diz que é nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais e descumprimento do devido processo legal, impondo-se o imediato e integral cancelamento do Auto de Infração

Não obstante as razões acima apresentadas para cancelamento integral da autuação, considerando as manifestas nulidades apontadas, no mérito, o lançamento também é improcedente.

Reafirma que se utilizou, legitimamente, do que determina o artigo 267, VI do RICMS-BA, Decreto nº 13780/2012, que permite o recolhimento do ICMS para as operações em que indica em percentual equivalente a 4% (quatro por cento) e, portanto, promoveu a apuração correta do ICMS devido ao Estado da Bahia ao longo do período fiscalizado Apuração correta do ICMS com base no Decreto estadual nº 13.780/2012.

Conforme antecipado, informa que é empresa que atua como Restaurante e/ou Lanchonete, conforme consta de seus cadastros perante o CNPJ e Inscrição Estadual, e, por conseguinte, está abrangida pela tributação diferenciada, com redução de base de cálculo do ICMS, de forma que as operações tributadas pelo contribuinte, sejam abrangidas pela tributação equivalente a 4% (quatro por cento). Conforme o inciso VI, do art. 267 do RICMS/BA.

Diz que a verdadeira razão para a autuação está no fato de que a Autoridade Fiscal negligenciou o ditame legal atribuído ao inciso VI do art. 267 mencionado.

Elabora quadro (fl. 32 do PAF) para demonstrar os valores faturados e escriturados em seus livros de apuração, em que submete as receitas tributadas (CFOP 5102) a tributação equivalente a 4%, tendo sido devidamente recolhido todos os valores apurados e declarados ao Erário.

A partir do mencionado quadro, tem-se que, apurado o débito de ICMS na saída das mercadorias, o valor do ICMS equivalente a 4% sobre as operações tributadas foi devidamente recolhido pelo Impugnante.

A despeito de a Autoridade Fiscal não ter fornecido qualquer subsídio para identificação da divergência entre os seus cálculos e a escrituração do Impugnante, entende que a controvérsia reside na observância da referida redução de base de cálculo nas operações do contribuinte, de forma que a carga tributária seja equivalente a 4% (quatro por cento).

Informa que todos os valores demonstrados referentes a recolhimento do ICMS podem ser facilmente convalidados no Histórico de recolhimentos do contribuinte disponibilizado pela Própria SEFAZ.

Conclui que apesar das patentes nulidades da autuação, que prejudicaram sobremaneira a identificação dos reais fundamentos do lançamento, ao que tudo indica, a exigência é indevida mesmo com análise do mérito — ainda que por suposição. O presente Auto de Infração é, manifestamente, ilegítimo e deve ser, portanto, cancelado.

SÍNTESE DAS RAZÕES PARA CANCELAMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO.

Registra que ao longo da Impugnação ficou demonstrado que o Auto de Infração combatido deve ser cancelado, fundamentalmente, pelas seguintes razões:

1) Razões preliminares:

I) Conforme depreende-se da descrição e fundamentação da infração apresentada pela Autoridade Fiscal, não é possível confirmar os reais fundamentos da infração indicada e que teria sido cometida pelo Impugnante, na medida em que é manifestamente genérico e não se compatibiliza com o critério de tributação disposto no art. 267, VI ao qual se submete a Impugnante;

II) A demonstração sintética dos valores devidos mensalmente pela Impugnante não satisfaz a exigência para que a Autoridade Fiscal demonstre, de forma clara e compreensiva, a base de cálculo e método de apuração do tributo, especialmente, considerando a demonstração dos valores já recolhidos pela Impugnante.

2) Razões de mérito:

Utilizou, legitimamente, dos critérios de tributação previstos no RICMS-BA, Decreto estadual nº 13780/2012 e, portanto, promoveu a apuração correta do ICMS devido ao Estado da Bahia ao longo do período fiscalizado, com amparo ao inciso VI do artigo 267 para tributação equivalente a 4%; e

Diante do exposto, requer que seja conhecida e provida a Impugnação, para que seja determinado o cancelamento do presente Auto de Infração, seja em razão das nulidades apresentadas, seja em razão do reconhecimento de que, no mérito, o lançamento é, integralmente, improcedente.

Requer, também, a juntada dos documentos acostados ao processo junto com a Defesa, quais sejam, Contrato Social do Impugnante, CNPJ, Inscrição Estadual e livros de Apuração do ICMS dos períodos compreendidos no Auto de infração.

Pede, ainda, que as intimações sejam encaminhadas para o endereço da filial da empresa, situada na Rua Alceu Amoroso Lima, 470, Edif. Empresarial Niemeyer, sala 503, Caminho das Árvores, CEP 41.820-770, Salvador — Bahia.

O autuante presta informação fiscal à fl. 85 dos autos. Diz que se trata de Auto de Infração, que apurou crédito tributário de ICMS recolhido a menos, relativo à comercialização de refeição, com base no regime de apuração em função da receita bruta.

Ressalta que o Defendente suscita a nulidade do auto de infração, alegando descrição genérica do enquadramento legal da penalidade, e o demonstrativo anexado ao auto ser muito sintético. No mérito apresenta números da sua escrita fiscal dizendo serem corretos.

Informa que a autuação foi efetuada porque os valores de receita bruta utilizados pelo contribuinte na sua escrita fiscal, são inferiores aos apurados pela fiscalização através de suas Notas Fiscais Eletrônicas de Consumidor. Daí a diferença nos valores apurados e recolhidos pelo contribuinte, para os valores apurados e autuados pela fiscalização.

Para demonstrar esse fato a Fiscalização preparou um demonstrativo mostrando a receita real, o valor devido segundo o regime de apuração utilizado pelo contribuinte com carga tributária de 4%, o valor pago pelo contribuinte e a diferença devida, conforme fl. 07 desse PAF.

Também informa que para comprovar os pagamentos, anexou relatórios da SEFAZ, denominados Relação de DAEs dos anos 2018 a 2021, fls. 08 a 11 desse PAF. As planilhas com a relação de todas as Notas Fiscais de Consumidor Eletrônicas, que serviram de base para apurar a real receita bruta auferida pelo contribuinte mês a mês se encontram no CD ROM à fl. 12 desse PAF. As planilhas estão num CD, pois o volume é muito grande.

Registra que nada há de errado com os procedimentos fiscais e sua formalização. A situação é muito simples, o contribuinte ofereceu à tributação uma receita menor do que a que realmente auferiu, fato identificado autuado.

Sendo assim, entende que não há reparos a fazer e mantém a autuação na íntegra.

À fl. 87 essa 3ª Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem solicitando que fossem adotadas as seguintes providências:

PELO AUTUANTE: Juntasse novo CD ROM contendo todos os demonstrativos em condições que permitam o seu acesso e verificação dos valores apurados no levantamento fiscal.

PELA REPARTIÇÃO FISCAL: intimasse o impugnante, mediante recibo, e juntando cópia da solicitação de diligência, para entregar a mídia eletrônica dos arquivos contendo uma cópia de todos os demonstrativos de apuração e de débito da exigência objeto da autuação.

Na intimação, indicasse o prazo de sessenta dias para o autuado se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa.

O Autuante informou à fl. 90, que em atendimento à diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento fiscal, acostou aos autos o CD-ROM requerido.

O Defendente foi intimado (fl. 98), com a reabertura do prazo de defesa e apresentou manifestação às fls. 100 a 103 do PAF.

Inicialmente, destaca que existe equívoco no Auto de Infração em análise, pois os valores tratados e justificados pelo Autuante como receita de venda da DEGUSTAR matriz, concernente às operações com CFOP 5.102 (venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros), conforme relatórios de composição do faturamento constantes no CD anexado ao processo pelo referido Auditor, de maneira equivocada, se referem ao valor do KILO das refeições (buffet e sobremesa), destacados como valor unitário de tributação (vUnTrib) nos relatórios, conforme layout da NFC-e. Ressalta que esse valor não representa o montante total da operação de venda, pois os clientes não consomem necessariamente 1 kg de alimento individualmente em todas as NFs, eis que apenas é registrada a quantidade medida e consumida pelo consumidor e não o valor do preço por quilo.

Frisa que o Autuante na composição da Receita considerada para apuração da diferença de ICMS apurada do contribuinte, considerou em todas as vendas que se trata de código 5102 relativo a buffet ou sobremesa, o valor integral referente a 1 kg de refeição (vUnTrib) e não o valor da operação de venda, já que este decorre da quantidade em quilo consumida, multiplicada pelo valor monetário por quilo (VUnTrib).

Diante disso, torna a apresentar quadro onde detalha o valor indevido de receita e diferença de ICMS apontada pelo Autuante e a Receita devida de acordo com o valor por kg consumido, que corresponde ao valor da Receita declarada no PGDAS do Simples Nacional e cujo ICMS foi devidamente quitado, como pode ser observado no extrato de pagamento da SEFAZ, já anexado anteriormente ao processo e cujos valores pagos são já reconhecidos por essa auditoria.

Também ressalta que a diferença apontada pelo Autuante se trata de um vício formal na composição do Auto de Infração, em razão da análise equivocada de relatórios, onde foi desprezada pela Fiscalização a informação correta da receita, atendendo-se ao valor unitário de tributação (vUnTrib) e não ao valor da operação realizada.

De forma a ratificar exemplificativamente os argumentos apresentados, quanto à análise equivocada da Fiscalização, inclui o Anexo 1 da manifestação, por amostragem, “dados” relativos a primeira venda referente a buffet extraídos dos relatórios mensais apresentados pelo Autuante para cada mês indicado no Auto de Infração, bem como o print do DANFE indicado no referido relatório, ratificando assim a justificativa e posicionamento, evidenciando que o contribuinte calculou devidamente seus tributos e que a fiscalização considerou erroneamente a Receita com base no valor unitário de tributação (vUnTrib). Ainda por amostragem, na composição desse processo, anexa em PEN DRIVE, 03 DANFEs para cada mês de divergência, para que sirva de prova irrefutável do quanto ora é dito.

Diante do exposto e com base nas informações e documentos apresentados, solicita que seja realizada a análise e revisão do Auto de Infração e da Impugnação, confiante de que os esclarecimentos aqui prestados demonstram que não há qualquer irregularidade ou pendência de recolhimento, motivo pelo qual o Auto de Infração deve ser julgado totalmente improcedente.

Se coloca à disposição para fornecer qualquer informação adicional que possa ser necessária para a análise do caso.

Pede que as intimações sejam encaminhadas para o endereço da filial da empresa, situada na Rua Alceu Amoroso Lima, 470, Edf. Empresarial Niemeyer, sala 503, Caminho da Árvores, CEP 41.820-770, Salvador – Bahia.

O Autuante presta nova Informação Fiscal às fls. 125/126. Diz que a razão da autuação é porque os valores da receita bruta utilizados pelo Contribuinte na sua escrita fiscal são inferiores aos apurados pela Fiscalização através de Notas fiscais Eletrônicas de Consumidor. Daí a diferença nos valores apurados e recolhidos pelo Autuado, para os valores apurados e autuados pela Fiscalização.

Para demonstrar esse fato, informa que a Fiscalização elaborou um demonstrativo indicando a receita real, o valor devido segundo o regime de apuração utilizado pelo Contribuinte com carga tributária de 4%, o valor pago pelo contribuinte e a diferença devida (fl. 07 do PAF).

Também informa que, para comprovar os pagamentos, anexou relatórios da SEFAZ, denominados Relação de DAEs dos anos de 2018 a 2021 (fls. 08 a 11 do PAF). As planilhas com relação de todas as Notas Fiscais de Consumidor Eletrônicas, que serviram de base para apurar a real receita bruta auferida pelo contribuinte mês a mês, encontram-se à fl. 12 do PAF. As planilhas estão no CD-ROM porque o volume é muito grande,

Afirma que nada há de errado com os procedimentos fiscais e sua formalização. A autuação é muito simples, o contribuinte ofereceu à tributação uma receita menor do que a que realmente auferiu, sendo identificado e autuado.

Registra que o Autuado, em sede de reabertura do prazo para defesa (fl. 100 dos autos), chamou a atenção de que os valores considerados na autuação para definição das receitas brutas auferidas, e por consequência, das bases de cálculo, foram feitas com base nos valores unitários das operações e não nos valores efetivamente consumidos pelos seus clientes. Ou seja, como é um restaurante de buffet, o cliente se serve e pesa o que colocou no prato, esse peso multiplicado pelo valor unitário do quilo, resultando no valor a ser pago e, por consequência, na receita do contribuinte.

Acrescenta que, na fiscalização, por equívoco, foi considerada a última coluna da NFVC-e, que traz o valor do quilo, e não a penúltima coluna, que traz o valor da venda, resultando num valor de receita bruta irreal e superior ao que foi auferido pelo contribuinte.

Como o Autuado, em sua manifestação, apresenta demonstrativo (fl. 102 do PAF), retratando sua movimentação, com os devidos impostos pagos, resta acatar as alegações defensivas e considerar como improcedentes os valores de ICMS lançados.

Na informação fiscal o autuante não refez os cálculos, apenas acatou as alegações defensivas, afirmando que são improcedentes os valores de ICMS lançados. Dessa forma, não houve necessidade de intimar o autuado para tomar conhecimento da mencionada informação fiscal, conforme previsto no § 7º do art. 127 do RPAF/BA, tendo em vista que não foram aduzidos fatos novos ou anexados aos autos novos demonstrativos pelo Autuante.

VOTO

Inicialmente, constato que a descrição dos fatos no Auto de Infração especifica com precisão qual a irregularidade apurada, haja vista que o imposto exigido diz respeito a divergências entre os valores recolhidos e o que foi lançado nos livros fiscais do Autuado, e não se observou qualquer prejuízo para a produção da defesa, pois o contribuinte, ao defender-se, foi ao cerne da questão.

O Defendente alegou que a diferença apontada pelo Autuante se trata de um vício formal na composição do Auto de Infração, em razão da análise equivocada de relatórios, onde foi

desprezada pela Fiscalização a informação correta da receita, utilizando-se do valor unitário de tributação (vUnTrib) e não ao valor da operação realizada.

Observo que o lançamento pode e deve ser aperfeiçoado, considerando que, em decorrência do exercício do contraditório, com a apresentação de comprovação pelo Autuado de suas alegações, nada impede que o lançamento seja aperfeiçoado, ajustando-se o montante do crédito tributário, desde que seja dada ciência ao Impugnante e lhe concedendo prazo regulamentar para sua manifestação.

Portanto, quando se constata a existência de erro na apuração do imposto devido, encaminha-se o PAF em diligência para a necessária correção e intimação imediata ao sujeito passivo quanto à mencionada correção, o que foi realizado neste processo. Como se trata de questão de fato e de direito, os erros alegados pelo defendente serão analisados neste voto quando da apreciação do mérito da autuação.

O Defendente afirmou que a descrição da infração é manifestamente genérica e o imposto exigido não se compatibiliza com os valores de Faturamento declarados em seus livros de Apuração do ICMS. Disse que o enquadramento legal aplicado é absolutamente genérico, já que feito por meio da indicação de dispositivos que seriam aplicáveis a inúmeras circunstâncias e, de nenhum modo, permitem a compreensão das razões que ocasionaram a lavratura do Auto de Infração.

O imposto apurado no levantamento fiscal será objeto de análise quando apreciado o mérito da autuação, e quanto ao enquadramento legal, observo que não implica nulidade da autuação o alegado 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.

Constato que o lançamento fiscal está embasado nos demonstrativos elaborados pelo Autuante, foram fornecidas ao Impugnante, cópias dos mencionados demonstrativos, não foi identificado qualquer prejuízo para a Defesa, a infração apurada foi descrita de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante o levantamento acostado aos autos, que é de fácil entendimento quanto ao método de apuração do imposto exigido, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade deste lançamento, ficando rejeitado o pedido de nulidade da autuação fiscal.

No mérito, o presente Auto de Infração trata de recolhimento a menos do ICMS relativo à comercialização de refeições, apurado através de divergências entre os valores recolhidos e os lançados no livro Registro de Apuração de ICMS, nos meses de outubro a dezembro de 2018; janeiro a março maio a julho, setembro a dezembro de 2019; janeiro a abril, novembro e dezembro de 2020.

O Defendente alegou que, na fiscalização, por equívoco, foi considerada a última coluna da NFVC-e, que traz o valor do quilo, e não a penúltima coluna, que traz o valor da venda, resultando num valor de receita bruta irreal e superior ao que foi auferido pelo contribuinte. Disse que a Autoridade Fiscal incorre em manifesto equívoco ao exigir diferenças de ICMS supostamente recolhidos a menos, eis que a base de cálculo utilizada para o pagamento do imposto, foi a mesma base de cálculo declarada, não existindo qualquer diferença como indevidamente apurado pelo Fiscal

Acrescentou que de acordo com os relatórios de composição do faturamento constantes no CD anexado ao processo pelo referido Auditor, se referem ao valor do KILO das refeições (buffet e sobremesa), destacados como valor unitário de tributação (vUnTrib). Entretanto, esse valor não representa o montante total da operação de venda, eis que apenas é registrada a quantidade medida e consumida pelo consumidor e não o valor do preço por quilo.

Afirmou que utilizou, legitimamente, do que determina o artigo 267, VI do RICMS-BA, Decreto nº 13780/2012, que permite o recolhimento do ICMS para as operações em que indica em percentual equivalente a 4% (quatro por cento).

Observe que na manifestação apresentada, o Autuado anexou demonstrativo (fl. 102 do PAF), retratando sua movimentação, indicando os valores das receitas de acordo com a quantidade consumida e faturamento declarado na PGDAS e juntou aos autos cópias de dados extraídos do relatório do Autuante x dados do DANFE para comprovar as divergências de valores.

Na informação Fiscal às fls. 125/126, o Autuante analisou as alegações defensivas e afirmou que o Autuado apresentou demonstrativo (fl. 102 do PAF), retratando sua movimentação, com os devidos impostos pagos. Disse que resta acatar as alegações defensivas e considerar como improcedentes os valores de ICMS lançados.

Neste caso, o autuante não refez os cálculos, acatou as alegações defensivas, reconhecendo que são improcedentes os valores de ICMS lançados. Dessa forma, não houve necessidade de intimar o autuado para tomar conhecimento da mencionada informação fiscal, tendo em vista que não foram aduzidos fatos novos ou anexados aos autos novos demonstrativos pelo Autuante.

Constato que as informações prestadas pelo autuante convergem integralmente com as alegações e comprovações apresentadas pela defesa, deixando de haver lide. Neste caso, em razão dos argumentos trazidos pelo defendente, alicerçados nos documentos e escrituração fiscal, tendo sido acolhidos pelo autuante, não subsiste a exigência fiscal consubstanciada no presente lançamento.

O Defendente pede, ainda, que as intimações sejam encaminhadas para o endereço da filial da empresa, situada na Rua Alceu Amoroso Lima, 470, Edif. Empresarial Niemeyer, sala 503, Caminho das Árvores, CEP 41.820-770, Salvador — Bahia.

Não há impedimento para que tal providência seja tomada. A forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do RPAF-BA/99, e o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 203459.0001/22-7, lavrado contra **DEGUSTAR REFEIÇÕES COLETIVAS EIRELI**.

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, 21 de fevereiro de 2024

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR