

PROCESSO - A. I. Nº 232533.0014/16-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - GILDÁSIO DOS SANTOS CIRQUEIRA (BARTEQUIM) - ME
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0032-05/17
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 15/08/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0258-12/17

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL: **a)** ERRO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA/ ALIQUOTA; **b)** OMISSÃO DE SAÍDA. CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO. VALOR INFERIOR INFORMADO À ADMINISTRADORA DE CARTÕES. NULIDADE. Houve troca das informações relativas às infrações apuradas. Esse equívoco, por si só, acarreta um vício insanável ao presente lançamento, pois gera um óbice à sua correção mediante diligência, na medida em que tal providência elevaria o valor exigido da infração 2 de R\$6.490,46 para R\$49.295,99, intento vedado pelo art. 156 do RPAF. Recomenda-se a inspetoria de origem a possibilidade de verificar a restauração da renovação fiscal, a salvo de falhas detectadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recursos de Ofício interposto em razão do Acórdão 5ª JJF Nº 0032-05/17, que julgou Nulo o Auto de Infração nº 232533.0014/16-7, lavrado em 04/03/2016, para reclamar ICMS no valor histórico de R\$55.786,45, em decorrência de duas infrações distintas, descritas da forma a seguir.

INFRAÇÃO 01: 17.02.01 - Efetuou recolhimento a menos de ICMS, declarado, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor, nos meses de abril a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013 e 2014. Multa de 75% - Art. 35, da LC nº 123/06, c/c art. 44, I da LF nº 9.430/96- Valor Histórico: R\$49.295,99;

INFRAÇÃO 02: 17.03.16 - Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por Instituição Financeira e Administradora de Cartões - Sem dolo, nos meses de maio e dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013 e 2014. Multa de 75% - Art. 35, da LC nº 123/06, c/c art. 44, I da LF nº 9.430/96- Valor Histórico: R\$6.490,46..

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 17/02/2017 (fls. 57 a 61) e decidiu pela nulidade do lançamento, em decisão unânime. O Acórdão foi fundamentado nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO:

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, contempla duas infrações por descumprimento de obrigação principal, já devidamente relatadas.

Em apertada síntese, a primeira infração imputa ao sujeito passivo recolhimento a menos de ICMS, declarado, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, bem como a segunda infração, que da origem a primeira, é por omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por Instituição Financeira e Administradora de Cartões.

O sujeito passivo argui, preliminarmente, nulidade do auto de infrações tendo em vista que:

A descrição das infrações não corresponde às planilhas de trabalho apresentadas como suporte fático. O primeiro demonstrativo apresentado, o DEMONSTRATIVO C1, no total de R\$ 49.295,99, apura as supostas

omissões de receita por divergência das informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito/débito. Isto, segundo o auto de infração em epígrafe, corresponde à descrição da infração 2, tendo sido apresentado como suporte fático da infração 1. Por outro lado, o DEMONSTRATIVO C2, trata das supostas omissões de receita e consequentes bases de cálculo a menor do ICMS, somando um total de R\$ 6.490,46, o que também está incorreto, visto que corresponde à descrição da infração 1 e, no entanto, foi apresentado como suporte fático da infração 02;

Não bastasse o grave equívoco acima demonstrado, também não foram consideradas todas as receitas declaradas como, por exemplo, nos meses de abril de 2012(R\$ 31.798,71), julho de 2013(R\$ 3.397,85) e julho de 2014(R\$ 146.409,41);

Outro fator determinante e não considerado foi a atividade econômica da empresa (bar e restaurante) que, por sua natureza, trabalha com grande quantidade de mercadorias substituídas. Isto significa que há de se respeitar a proporcionalidade para apuração da devida base de cálculo sobre a qual deverá incidir a alíquota do ICMS. Apenas em alguns meses este direito foi reconhecido, quando o deveria ser em todos os meses;

Ainda no âmbito da atividade econômica, não podemos esquecer que é prática constante a chamada “conta quebrada”, modalidade em que diversos clientes dividem entre si o total da conta, com o pagamento por meio de diversos cartões de débito ou crédito, o que resulta na divergência entre o cupom fiscal e as informações da administradora de cartão.

O autuante, acertadamente, acolhe a arguição de nulidade do sujeito passivo que, conforme acima alinhado, entende que não há segurança quanto à infração e os valores a serem reclamados.

Não são eventuais as incorreções ou omissões e não há segurança nos elementos trazidos aos autos para se determinar a natureza das infrações, bem como o montante do débito tributário. A nulidade das infrações, acolhida pelo próprio autuante, tem como fundamento o art. 18, VI, “a” do RPAF/BA, visto que o lançamento de ofício, tanto em relação à infração 1 como a 2, conforme acima alinhado, não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o crédito tributário exigido. Recomenda-se a inspetoria de origem a possibilidade de verificar a restauração da renovação fiscal fazendo as correções destacadas para determinar as imputações e o montante do débito tributário.

Diante do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.”

Como a redução do crédito tributário foi superior a R\$100.000,00 (cem mil reais), a 5ª JJF interpôs Recurso de Ofício com supedâneo no art. 169, I, do RPAF/99.

VOTO

Observo que a decisão da 5ª JJF (Acórdão Nº 0032-05/17) desonerou o sujeito passivo, extinguindo o crédito tributário de R\$119.963,03 mais a multa de 75%, montante este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o recurso de ofício.

Quanto ao mérito, verifico que a decisão de piso julgou nulas ambas as infrações, sendo este o objeto do presente recurso.

Observo que ambas as infrações decorreram de um único procedimento de auditoria, qual seja, do comparativo das informações das administradoras de cartão de crédito as notas fiscais emitidas no período. Por esse motivo, a impugnação, a informação fiscal e o acórdão recorrido fizeram uma abordagem conjunta dos ilícitos fiscais, o que requer uma decisão recursal igualmente conjunta. É o que passo a fazer.

A Infração 1 acusa o sujeito passivo de “efetuiu recolhimento a menos de ICMS, declarado, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor, ...”. Já a Infração 02 aponta “Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por Instituição Financeira e Administradora de Cartões - Sem dolo, ...”.

O sujeito passivo alegou, em sede de impugnação, que a descrição das infrações não corresponde às planilhas de trabalho apresentadas como suporte fático, tendo havido equívocos na lavratura do auto de infração que implicaram em divergência das informações atinentes a cada uma das infrações. Alega, igualmente, que não foram consideradas todas as receitas declaradas como, por

exemplo, nos meses de abril de 2012 (R\$31.798,71), julho de 2013 (R\$3.397,85) e julho de 2014 (R\$ 146.409,41), nem foi observada a proporcionalidade.

Em sua informação fiscal, a autuante acolheu as alegações defensivas e opinou pela nulificação do lançamento, conforme se depreende de trecho da sua informação fiscal, à folha 51 do processo, abaixo reproduzido.

“Acato as alegações apresentadas pelo autuado em relação aos itens acima mencionados, solicito a nulidade do referido Auto de Infração e ao mesmo tempo a abertura de uma nova Ordem de Serviço para que a fiscalização seja refeita.”

A JJF acolheu o opinativo da autuante e julgou nulo o lançamento, pois entendeu que não há segurança para se determinar o montante do débito tributário.

Analisando os demonstrativos de débito *vis-a-vis* o auto de infração lavrado, é possível notar que os valores relativos ao DEMONSTRATIVO C2 (folha 14), referentes ao “*recolhimento a menor no imposto*” (Infração 01) foram digitados equivocadamente nos campos relativos à Infração 02, a qual se refere a “*falta de recolhimento*”.

Da mesma forma, os valores relativos do DEMONSTRATIVO C1 (folhas 12/13), relativos a “*falta de recolhimento do imposto*” (Infração 2) foram digitados também equivocadamente nos campos relativos à Infração 1, que trata do “*recolhimento a menor*”.

Esse equívoco, por si só, acarreta um vício insanável ao presente lançamento, pois gera um óbice à sua correção mediante diligência, na medida em que tal providência elevaria o valor exigido da Infração 2 de R\$6.490,46 para R\$49.295,99 (valor correto), intento vedado pelo art. 156 do RPAF, abaixo reproduzido.

“Art. 156. Ocorrendo evidência de agravamento da infração ou necessidade de lavratura de outro Auto de Infração, deverá o órgão julgador representar à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal.”

Não se poderia, sequer, fazer um aproveitamento integral dos valores citados, pois seria necessário apurar a proporcionalidade em cada período, aspecto que não foi, igualmente, observado.

Assim, a decisão mais útil ao erário consiste na imediata nulificação do presente lançamento e a determinação para que um novo auto de infração seja lavrado, a tempo de prevenir a decadência do direito de lançar.

Assim, entendo que não merece reparo a decisão recorrida.

Ex-positis, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº 232533.0014/16-7 lavrado contra **GILDÁSIO DOS SANTOS CIRQUEIRA (BARTEQUIM) - ME**. Recomenda-se a inspetoria de origem a possibilidade de verificar a restauração da renovação fiscal, a salvo de falhas detectadas.

Sala das sessões do CONSEF, 13 de julho de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS