

**PROCESSO** - A. I. Nº 210316.0012/14-9  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - SANTOS E SOUTO LTDA. (ITAPUÃ) - ME  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO– Acórdão 1ª JJF nº 0028-01/17  
**ORIGEM** - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 21/09/2017

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJP Nº 0324-12/17

**EMENTA:** ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO QUE ENSEJE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. NOVA DECISÃO. O lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais, por conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, como também por não haver qualquer preterição do direito de defesa. Devolva-se o PAF ao órgão prolator da Decisão reformada para novo julgamento. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 1ª JJF, através do Acórdão nº 0028-01/17, por ter desonerado o sujeito passivo do débito lhe imputado, ao julgar o Auto de Infração Nulo, lavrado para exigir o valor de R\$123.049,01, relativo à constatação de duas irregularidades, a saber:

*Infração 1 – Recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, no valor de R\$ 18.696,20, inerente aos exercícios de 2012 e 2013, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor.*

*Infração 2 – 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, nos exercícios de 2012/2013, sendo exigido ICMS de R\$104.352,81.*

A Decisão de primeiro grau considerou o Auto de Infração Nulo, diante das seguintes considerações:

### VOTO

*Rejeito o pedido do autuado para o desentranhamento da informação fiscal prestada das fls. 114 a 131. A informação prestada foi consequência de manifestação do autuado e de emissão de parecer pela ASTEC e não decorrente da apresentação de defesa, em que há previsão expressa de prazo de 30 dias para a sua realização. Ademais, não há nos autos provas de que houve demora na emissão desta informação requerida pela Coordenação Administrativa da INFAZ de Vitória da Conquista, pois não há data do efetivo recebimento do requerimento pelo autuante.*

*O auto de infração em lide exige ICMS recolhido a menos em decorrência de erro na informação da receita e falta de recolhimento por omissão de saída presumida em levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito.*

*A existência de dúvida acerca da ocorrência de duplicidade de exigência fiscal, em razão das omissões cobradas na infração 02 poderem também ter sido consideradas na cobrança mensal da infração 01, levou à realização de diligências fiscais a fim de se dirimir a indagação.*

*Preliminarmente, entendo que não procede a dúvida acerca da duplicidade de cobrança. A infração 01 decorre da diferença apurada entre os documentos fiscais emitidos pelo autuado e o valor da receita que este declarou para efeito de tributação pelo Simples Nacional. A infração 02 decorre de presunção de omissão de saídas em razão de divergência entre os valores declarados em documentos fiscais emitidos pelo autuado como tendo sido recebidos por meio de cartão de crédito ou débito e os valores informados pelas administradoras de cartão.*

*A coluna “M” do demonstrativo denominado “Análise ICMS do Simples Nacional a Reclamar” (fls. 13 e 14*

*para o ano de 2012), referente à apuração do ICMS devido na infração 01, traz os valores referentes à base de cálculo da omissão de saídas reclamadas na infração 02, excluindo-a da base de cálculo da infração 01.*

*Ora, sendo procedente a presunção de omissão de saídas na infração 02, não há como entender que eles podem estar presentes nos débitos apontados na infração 01, pois estes referem-se à diferença entre os valores constantes em documentos fiscais emitidos pelo autuado e os declarados pelo mesmo para efeito de tributação pelo Simples Nacional. A presunção de omissão de saídas implica em falta de emissão de documento fiscal.*

*O fato é que as diligências foram realizadas, mas esbarraram em dificuldades técnicas no refazimento da auditoria em razão da descontinuidade do programa de fiscalização utilizado à época da elaboração do lançamento de ofício e impediram o diligente da ASTEC de emitir parecer técnico em resposta às diligências que lhe foram encaminhadas.*

*Diante da controvérsia, o autuante refez a auditoria utilizando a ferramenta denominada PRODIFE – Processador de Documentos e Informações Fiscais Eletrônicas, e elaborou novos demonstrativos anexados das fls. 117 a 131, incluído também em CD. A utilização desta nova ferramenta resultou em redução da exigência fiscal em relação ao constante nos demonstrativos inicialmente apresentados, cuja elaboração se deu com a utilização da ferramenta denominada Sistema AUDIG.*

*A nova auditoria, portanto, apurou valores divergentes da auditoria anterior. Os valores das receitas inicialmente apuradas em 2012 e 2013, constantes na coluna “O” das fls. 10 e 17, respectivamente, que serviram de base para a apuração da infração 01, apresentaram valores divergentes em todos os meses, conforme coluna denominada “receita bruta total” à fl. 117.*

*Nesta nova auditoria, também os valores referentes ao ICMS devido em razão da omissão de receitas na infração 02 estão divergentes em todos os meses (CD fl. 131).*

*A existência de dois demonstrativos totalmente divergentes para as duas infrações, somente pelo fato de terem sido produzidos com ferramentas de auditoria diferentes, me leva à conclusão que não é possível se determinar com segurança o montante do débito tributário.*

*O imbróglio causado com a diligência requerida evidenciou uma insegurança no resultado apontado com as ferramentas de auditoria, considerando que partiram de uma mesma base.*

*Assim, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.*

Por fim, a JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

## **VOTO**

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 1ª JJF, inerente ao Acórdão nº 0028-01/17, por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo dos débitos lhe imputados, ao julgar nulo o Auto de Infração.

Neste Auto de Infração se exige o recolhimento a menor de ICMS declarado e apurado pelo Simples Nacional, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor (infração 1), como também em razão da presunção legal de omissão de saída de mercadoria tributada, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito em valor inferior ao informado pela administradora de cartões (infração 2).

A JJF julgou nulo o Auto de Infração por entender haver divergências nos demonstrativos que serviam para apurar os valores exigidos nas duas infrações, apenas por terem sido produzidos com ferramentas de auditoria diferentes, o que ensejou insegurança no montante do débito tributário, considerando-se que em ambas situações se partiu de uma mesma base. Aduz ainda a Decisão recorrida que nesta nova auditoria realizada pelo autuante também os valores inerentes ao ICMS devido, em razão da omissão de receitas decorrentes do cotejo entre as informações fornecidas pelas administradoras de cartões com os cupons fiscais, encontram-se divergentes em todos os meses.

Examinando as peças que integram os autos depreendo que o Acórdão recorrido merece ser reformado, pois, ao revés do que concluiu a JJF, as divergências existentes entre os demonstrativos que fundamentam o lançamento original e os revisados, constantes às fls. 117 a 131 dos autos, não decorreram em consequência das ferramentas de fiscalização aplicadas, mas sim da *vinculação* a partir dos valores de receitas informadas pelas administradoras de cartão, através do Relatório

Diário de Operações TEF, com os constantes em cupons fiscais emitidos pelo contribuinte, conforme “DEMONSTRATIVO DA PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS”, constante da mídia à fl. 131 do PAF e exemplificado às fls. 124/125 dos autos.

Ocorre que os valores das receitas omissas, apuradas em razão do cotejo entre as informações das administradoras de cartões e dos valores constantes nos documentos fiscais, foram revisados pelo autuante e, em decorrência dos novos valores de documentos fiscais vinculados às receitas informadas pelas administradoras de cartão, os montantes de tais receitas omissas foram reduzidos, conforme se pode comprovar do confronto dos demonstrativos de fls. 8 e 15 com os de fls. 119/120 (apurado no Demonstrativo Z, fls. 124/125), cujas receitas marginais a menor interferiram diretamente no recolhimento apurado na infração 1, em razão da nova receita e na mudança de faixa de tributação, como também por razões óbvias na falta de recolhimento apurado na infração 2.

Diante deste contexto verifica-se que a redução do montante exigido, embora tenha partido de uma mesma base documental, sofreu interferência ao considerar novos documentos fiscais que comprovavam a tributação das receitas informadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito, ensejando omissão de receita menor do que a inicialmente apurada e, em consequência, redução dos valores exigidos nas duas infrações. Tudo em decorrência da busca da verdade material, logo, não ensejando qualquer insegurança no montante do débito tributário.

Também há de registrar que as ferramentas denominadas “AUDIG” e “PRODIFE”, respectivamente às fls. 8 a 21 e 117 a 131 dos autos, possuem a mesma técnica tributária, ou seja, de tributar a receita omissa e verificar sua consequência na receita bruta oferecida à tributação através do Simples Nacional.

Divergem apenas quanto ao método de apuração, visto que no sistema “AUDIG”, para cálculo do ICMS devido, se calcula toda a receita bruta (declarada e omissa) e chega-se ao ICMS devido (fl. 13) para, em seguida, segregar o valor do imposto devido em razão da omissão de receita e decorrente da variação da nova “alíquota” prevista para a nova receita bruta total apurada.

Já no sistema “PRODIFE” o cálculo do ICMS devido é feito apartado (em que pese em ambas ferramentas levar em consideração a receita bruta acumulada nos últimos doze meses para efeito da “alíquota” aplicada), cujo novo percentual incidirá separadamente sobre a receita bruta declarada pelo contribuinte (fl. 117) e sobre a receita bruta omitida (fl. 119), inexistindo necessidade de segregação posterior.

Diante de tais considerações, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício para decretar a nulidade da Decisão recorrida e afastar a nulidade do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº **210316.0012/14-9**, lavrado contra **SANTOS E SOUTO LTDA. (ITAPUÃ)** - ME, devendo os autos retornar à Primeira Instância para submeter o feito a novo julgamento pela JJF.

Sala das Sessões do CONSEF, 1 de setembro de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR/PRESIDENTE

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS