

**A. I. Nº** - 232533.0014/16-7  
**AUTUADO** - GILDÁSIO DOS SANTOS CIRQUEIRA (BARTEQUIM) - ME  
**AUTUANTE** - CRISTIANE SOUZA PORTELA POVOAS  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 20/03/2017

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0032-05/17**

**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. 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 crédito tributário. A nulidade das infrações 1 e 2, acolhida pelo próprio autuante, tem como fundamento o art. 18, VI, “a” do RPAF/BA. Recomenda-se a inspetoria de origem a possibilidade de verificar a restauração da renovação fiscal, a salvo de falhas detectadas. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 04/03/2016, exige crédito no valor histórico de R\$55.786,45 em razão das seguintes irregularidades:

**INFRAÇÃO 1** - 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 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 - 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.

O sujeito passivo às fls. 20/21, aduz que não pode elaborar a peça defensiva em razão de não ter acesso a todos os demonstrativos e levantamento elaborados pelo fiscal autuante, que se encontravam disponíveis em mídia entregue no momento da ciência do Auto de Infração. Este material era necessário à demonstração dos valores apresentados no referido auto, entretanto dos 4 (quatro) arquivos constantes na mídia, o denominado “Demonstrativo Z” estava corrompido, não sendo possível a visualização de seu conteúdo. Nesse sentido, restou prejudicada na formulação de sua defesa e como meio de comprovação seque anexo a mídia (Doc. 03) entregue pelo autuante, com o arquivo corrompido ora destacado, bem como a correspondente imagem da tela em que aparece o aviso de corrupção do arquivo, quando da tentativa de abri-lo (Doc. 04).

Disse que demonstradas as situações que impediram a requerente de exercer o seu sagrado direito de defesa no prazo definido no dispositivo supra, requer que seja estendido o prazo para interposição da impugnação administrativa com disponibilização de novo material por parte da autuante.

Nas fls. 31/32, o Conselho de Fazenda/Coordenação Administrativa através do Auditor Fiscal Sr. Eduardo Rego Avena, acolheu o requerimento do autuado, entendendo que deve ser renovada a

intimação, com abertura de todos os arquivos na presença do sujeito passivo, que só será considerado devidamente cientificado após atestar a integridade dos arquivos quando à acessibilidade aos mesmos. Assim, encaminha os autos à INFAZ de origem para que a fiscal autuante proceda à solicitação.

O autuado apresenta impugnação defensiva, às fls. 37/40 alegando, em preliminar, nulidade das infrações, solicitando extinção do Auto de Infração e apresenta equívocos:

- a) 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;
- b) 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);
- c) 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;
- d) 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.

Afirma que resta demonstrado o absurdo vício que macula o procedimento fiscal adotado pela autoridade autuante, que culminou com a lavratura do auto de infração em epígrafe, Nulo, inclusive por violação do princípio da verdade material, da legalidade e da tipicidade. Nesse sentido, no que tange a nulidade da autuação fiscal, assim dispõe o art. 18º, IV, “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF (Decreto nº 7.629/99) – reproduz.

Pugna pelo reconhecimento e declaração de nulidade das infrações 1 e 2, com a consequente extinção do auto de infração em epígrafe, em razão dos equívocos cometidos pela autoridade autuante na formatação da infrações, bem como do não reconhecimento da proporcionalidade devida na apuração da base de cálculo e da não consideração de informações essenciais como, receitas devidamente declaradas, tendo todos estes fatos ofendido a verdade material para apuração correta do ICMS supostamente devido.

No mérito, alega pela improcedência da infração 1, no qual verifica que a autoridade autuante imputa ao contribuinte recolhimento a menor de ICMS, por declaração a menor referente ao Regime especial de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, o Simples Nacional. As supostas omissões teriam implicado, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, apresentando como base de cálculo as divergências apresentadas no comparativo entre as informações das administradoras de cartão e parte das receitas declaradas, já que não considerou as declarações dos meses de abril de 2012(R\$ 31.798,71), julho de 2013(R\$ 3.397,85) e julho de 2014(R\$ 146.409,41).

Explica que, além destes equívocos, também não foi considerada a proporcionalidade na análise das operações com mercadorias tributáveis/Isentas e outras, a partir do mês de novembro de 2012, o que resultou na apuração de valores totalmente desprovidos de verossimilhança,

consequentemente, indevidos.

Disse que também não pode deixar de citar outro relevante equívoco cometido pela nobre autuante no mês de dezembro de 2014, que ao apurar a receita bruta total, somou a diferença apurada nas informações das administradoras de cartão no total de R\$ 93.357,61 ao montante da receita declarada da autuada no valor de R\$ 166.287,89, elevando indevidamente o montante final para R\$ 259.645,50, quando o correto seria manter o valor declarado, já que é bem superior a diferença o que significa já estar contido, e consequentemente repercutindo na base de cálculo e no valor do ICMS apurado.

Aduz que colacionou à sua peça de impugnação uma nova planilha, com os devidos ajustes como, inclusão das receitas não consideradas pela autuante, bem como a inclusão da proporcionalidade para os meses em que não se considerou este fator determinante, restando demonstrado um valor de R\$ 21.957,47, conforme planilha anexa (denominada C1, para comparativo com a C1 juntada pela autoridade autuante).

Defende pela improcedência da infração 2, no qual afirma que a nobre Autuante comete os mesmos equívocos já citados anteriormente, como desrespeito à proporcionalidade das operações tributadas e não tributadas, omissão de receitas declaradas 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), o que prejudica o resultado final do trabalho, em detrimento do contribuinte.

Não obstante, todos esses equívocos que dão total insegurança ao trabalho e consequente fundamento de nulidade do auto de infração, conforme previsto no Art.18, inciso IV do RPAF, na busca da realidade dos fatos que possibilitem a verdade material. Sustenta que fez as devidas correções, adequando o percentual de proporcionalidade (planilha anexa), obtido através de média do período de janeiro a outubro de 2012, e adicionou as receitas acima citadas e não consideradas, tendo alcançado um valor final de R\$ 5.757,90, conforme planilha anexa (denominada C2, para comparativo com a C2 juntada pela autoridade autuante).

Destarte, acaso este órgão julgador, entenda pela ausência de nulidade na autuação, pugna que seja reconhecida a procedência parcial das infrações 1 e 2 do Auto de Infração ora impugnado, em virtude dos equívocos cometidos quando da sua lavratura.

Requer e pede que em face os equívocos na apuração dos fatos e do direito contidos na lavratura do Auto de Infração em epígrafe que:

- a) Seja acolhida a preliminar, declarando-se a nulidade da autuação fiscal ante a insegurança da imputação realizada em decorrência dos critérios utilizados para determinação da base de cálculo do ICMS;
- b) Na hipótese de não acolhimento da preliminar suscitada, requer: seja reconhecida a improcedência parcial da infração 1, pela duplicidade de aplicação do mesmo fato gerador. Demais disso, seja reconhecida a improcedência parcial da infração 2, após ajustes de critérios que não foram aplicados e valores de receitas declaradas que não foram devidamente consideradas pela atuante.

Protesta por todos os meios de prova admitidos e requer de logo realização de diligência por preposto fiscal estranho ao feito, a fim de que sejam confirmados os erros perpetrados na lavratura do auto de infração, notadamente, a não consideração de receitas declaradas, a não aplicação da proporcionalidade entre as receitas tributáveis e não tributáveis, bem como lhe seja concedida a juntada posterior de documentos e planilhas, inclusive em contra prova e ainda permissão para exibição de elementos complementares para dirimir erros de fato e de direito cometidos pela autuação ora impugnada.

Na informação fiscal, fl. 51, o autuante informa que tendo em vista a peça defensiva apresentada pelo autuado, na qual requer a nulidade do auto de infração por equívocos ocorridos quando da lavratura do mesmo, no que se refere:

1. Troca de valores nos demonstrativos de débito C1 e C2 em relação às planilhas de trabalho;
2. Ausência dos valores das receitas declaradas nos meses de abril/2012, julho/2013 e julho/2014;
3. Erro no índice da proporcionalidade aplicada quando da fiscalização.

Por fim, afirma que acata as alegações apresentadas pelo autuado em relação aos itens mencionados. Solicita 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.

#### 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.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **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.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de fevereiro de 2017.

ÂNGELO MARIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS DE CARVALHO - JULGADOR