

A. I. Nº - 436491.0020/18-0  
AUTUADO - TRATTORIA IL MANEGGIO BAR E RESTAURANTE LTDA.  
AUTUANTE - MERCIA DOS PRAZERES BRAMONT  
ORIGEM - INFAS VAREJO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 17/12/2019

### 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACORDÃO JJF Nº 0262-03/19

**EMENTA: ICMS.** NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ NO LANÇAMENTO. Não há elementos nos autos que determinem, com segurança, o valor correto da base de cálculo. A ação fiscal não comprova a regularidade dos valores lançados. Falta de clareza na apuração do valor da base de cálculo, cerceando o direito de defesa do contribuinte. Lançamento em desacordo com as normas que regem a matéria. Os fatos apurados demonstraram insegurança do lançamento de ofício. É nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 22/11/2018, traz a exigência de crédito tributário, no valor histórico de R\$116.325,53, acrescido da multa de 75%, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas:

**Infração 1** – 17.02.01 – efetuou recolhimento a menos de ICMS declarado, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando dessa forma, não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita ou da alíquota aplicada a menos, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2015, março a dezembro de 2016, no valor de R\$20.971,86;

**Infração 2** – 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 ou administradora de cartão de crédito, sem dolo, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2016, no valor de R\$95.353,67.

O autuado impugna o lançamento, às fls.476/566. Afirma que vem, por conduto de advogado constituído, instrumento particular de mandato já jungido aos tomos processuais, mas ora reiterado indica o endereço profissional na rua Alceu Amoroso Lima nº 668, Edf. América Towers Business, Caminho das Árvores, CEP 41.820-770, nesta *soteropolis*, para fins das comunicações de estilo, sob pena de nulidade ao lastro do quanto enunciado no *caput* do art. 269, c/com o § 2º do art. 272, ambos do *codex* de ritos da nação – NCPC/15. *mui respeitosamente, apresentar, opportuno tempore*, sua defesa, ao infundado auto de infração fiscal epigrafado, pelas razões fáticas e de direito enunciadas em sequito, ao requerer que, após o devido saneamento do processo administrativo fiscal – PAF, em testilha, remeta-o em vetor diretivo para uma das Juntas de Julgamento Fiscal deste CONSEF/BA.

Aduz que apresenta suas razões de defesa, ao injusto auto de infração fiscal, sob epígrafe, pelas razões fáticas e de direito enunciadas em sequito, esquadinhadas através do seu esmero de costume, ao refugir e destacar a plena nulidade/improcedência da autuação imposta. Sintetiza os termos da autuação. Registra a tempestividade de sua peça defensiva. Destaca a plena e total nulidade/improcedência da autuação que lhe fora injustamente, imposta.

Aduz que se encontra acompanhada pelo seu patrono, conforme se afigura na procuração já encartada aos tombos processuais, por ocasião da digitalização de peças do indesejado auto de infração lavrado, ora reiterada nestas razões de contestação.

Neste átimo, cabe, por dever de ofício, extrair do lançamento tributário promovido todas as matérias que desbordaram da legalidade da produção do ato administrativo realizado, tendo em vista o exercício da autotutela administrativa da gestão executiva fiscal, especificamente na constituição de qualquer crédito tributário, matéria de ordem pública e cogente, capaz de, por si só, reclamar qualquer orientação, bem como a extração, mesmo de longínquas plagas, dos elementos e circunstâncias que aguçem as suas mais recônditas incoerências.

Diz evidenciar as nulidades e/ou improcedência genéricas que contaminam e assolam sem perdão o auto de infração como um todo, eivando-o de inconsistência, ao clamar pela sua consequência lógica derivada, qual seja, a decretação de sua plena, ampla e inteira nulidade/improcedência.

Cita o art.142 do CTN para falar da competência para a constituição do crédito tributário pelo lançamento. Afirma que no caso em tela estudado, o lançamento fiscal *ex-officio* é improcedente/nulo, porque o agente de tributos é incompetente para a constituição do crédito fiscal pretendido, ao lume do inciso III do art. 7º da lei nº 8.210/02.

Aduz que a contribuinte não sofreu a fiscalização no trânsito de mercadorias, além do que, não se constitui nem em Microempresa, nem tampouco, em empresa de Pequeno Porte, vinculada ao Simples Nacional, já que a notificada consubstancia-se em sociedade empresária Ltda., como destacam seu contrato social e sua inscrição cadastral junto à Receita Federal do Brasil – RFB.

Frisa que condenada, pois, a autuação, ao cidadafalso da sua ruína, ao clamar este órgão julgador fazendário deste CONSEF/BA pela proclamação da sua notória nulidade/improcedência.

Afirma que, diante da suposta infração 02, acoimada à contribuinte, o agente de tributos estadual atribuiu, à defendant, hipotética omissão de saída de mercadoria tributada, com presunção por meio de suposta venda com pagamento realizado através de cartão de crédito e/ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira de cartões. Neste sentido, o agente de tributos estadual, indevidamente, percebeu suposta violação por parte da autuada, ao quanto estabelecido no art. 18 e no inciso “i” do art. 26, ambos da LC nº. 123/06, c/c o § 4º do art. 4º da lei n. 7.014/96.

Assevera que a infração 02 está contaminada por vício irreparável, seja através da sua inteira nulidade, seja pela sua improcedência integral. Diz que o patrimônio jurídico do cidadão administrado encontra-se protegido tanto pelo direito tributário, no trânsito de suas questões patrimoniais, quanto pelo direito penal, na seara de proteção à sua liberdade de ir e vir, constitucionalmente garantida. Neste sentido, diz que a tipicidade cerrada consubstancia-se em garantia reflexa do princípio da legalidade, uma vez que os poderes emanados do pacto federal, como sobredito, devem apresentar-se como centuriões da legalidade. Sobre o tremo descreve o magistério de Roque Antonio Carrazza. Ocorre que, ao precisar o enquadramento legal atribuído à hipotética infração fiscal cometida pela autuada, o fisco estadual considerou como se houvessem sido infringidos o art. 18 e o inciso I do art. 26, ambos da LC N. 123/06, c/com o § 4º do art. 4º da lei n. 7.014/96.

Em relação aos citados dispositivos referentes à LC nº. 123/06, diz que jamais fora capaz de menosprezar o art. 18, c/c o inciso I do art. 26 da multireferida Lei Complementar, conforme pretendido pela fiscalização, pois: (i) o valor mensal devido do ICMS pela autuada respeitou as alíquotas nominais estabelecidas nos seus anexos I a V, bem assim, a base de cálculo estipulada pelo diploma complementar – LC N. 123/06 em análise; e; *secundus*; (ii) a contribuinte sempre emitiu a documentação fiscal pertinente às suas operações empresariais, em ampla sintonia ao quanto emanado do inciso I do art. 26 da reiterada LC N. 123/06. Por menosprezo à tipicidade cerrada, consequência direta da aplicação do princípio da legalidade, a infração 02 em estudo deve ser declarada nula em sua inteireza.

Afirma que, em relação ao enquadramento regulamentar do suposto ilícito, o Autuante teria o dever de transcrever, com minúcias, qual o dispositivo legal pertencente à LICMS, que descreveria a eventual antijuridicidade atribuída à defendant. Não se desincumbiu de tal tarefa, pois lhe acusou a infração ao quanto estabelecido no § 4º do art. 4º da lei 7014/96. Assevera que tal precisão inexiste no auto de infração ora vergastado, o que importa aduzir, que tal vício formal conduz também à nulidade absoluta da autuação.

Nota, na infração 02, dupla cobrança. Ou seja, persegue o *fisco* baiano, hipotética omissão de saída de mercadoria tributada, com presunção por meio de suposta venda com pagamento realizado através de cartão de crédito e/ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira operadora de cartões, em relação aos exercícios de 2014, 2015 e 2016. Ocorre que tal omissão fora objeto de anterior verificação por parte desta SEFAZ/BA, ocorrendo a intimação da contribuinte para realizar a retificação dos valores de faturamento declarados no programa gerador do documento de arrecadação do Simples Nacional - declaratório - PGDAS-D, tendo a defendant cumprido com o seu múnus de retificação, bem como realizado o parcelamento da diferença do ICMS devido, como se observa tanto (1) do termo de parcelamento (*doc. 05 – recibo adesão parcelamento*); quanto (2) dos comprovantes dos pagamentos ora jungidos aos bálsamos processuais.

Explica que, de maneira surpreendente, o quanto acima discorrido encontra-se documentado e atestado nos fólios do próprio auto de infração, especialmente em suas págs. 362/365, onde se constata até mesmo observação fundamental exarada na malha fiscal TEF X PGDAS-D, especificamente, à fl. 363.

Naquele documento, aponta que são exatamente os mesmíssimos dispositivos legais imputados na infração 02 do auto de infração boxeado, o que tão-unicamente reforça a impossibilidade de se cobrar novamente na autuação proposta, o que já houvera sido anteriormente cobrado por esta SEFAZ/BA, através do parcelamento realizado pela contribuinte.

Comenta que a parcimônia se faz mais do que necessária, para decantar e esquadriñhar os recantos mais recônditos, da indevida determinação da base de cálculo da infração 02 do auto de infração vergastado atribuída à contribuinte, já que o fiscal estadual arbitrou e/ou estimou o *quantum debeatvr* imputado, ao arrepio da legislação fiscal nacional e/ou estadual vigorante.

Assevera que impende sinalizar que o Autuante, a despeito de haver informado, em seus demonstrativos fiscais localizados nos cadernos processuais, as supostas vendas com cartões de crédito e/ou débito através das suas respectivas instituições financeiras, jamais juntou qualquer documento e/ou demonstrativo oriundo das referidas empresas do mercado financeiro, ao descarrilar o suporte fático-documental de suas alegações e conduzir à plena nulidade do auto de infração farpeado. Diz que com todas as forças reluzentes decorrentes, que o “*relatório de TEF mensal*” aos fólios 40 é incapaz de demonstrar aquilo pretendido pelo fisco estadual, pois trata-se de simples relação, sem qualquer documento comprobatório encartado das suas alegações, verdadeiro atentado ao devido processo legal, bem como a publicidade das informações, princípios republicanos que deveriam ter sido encomiados por esta fiscalização.

Anota que, somente a título de exemplo, mas não-unicamente a este se limitando, o anexo 1 – “*apuração mensal da omissão de saída das vendas com cartão de débito/ crédito (tef)*”, à fl. 12 dos autos processuais, promovido pela fiscalização, estabelece, em sua 2ª (segunda) coluna, sem qualquer respaldo documental, não custa repisar, o hipotético valor de vendas mensal da autuada informado pelas administradoras de cartões, ao totalizar anualmente a dimensão em pecúnia de R\$1.167.574,64. Ocorre que inexiste qualquer documento nos autos do processo que informe que tais valores de vendas foram informados pelas instituições financeiras administradoras de cartões de crédito e débito, mencionadas. Nenhuma relação firmada pelas administradoras de cartão é encartada aos vultos do processo. Como se não bastasse, tal valor encontrado pela fiscalização sobre o suposto total mencionado pelas administradoras de cartões, em seus demonstrativos fiscais apurados, coincide exatamente com aqueles informados nos meses constantes do

demonstrativo “*divergências apuradas PGDAS-D X TEF*” à fl. 362, para efeito do parcelamento fiscal realizado pela defendant, verdadeiro *bis in idem* já tratado e ora repisado nestas razões de defesa empreendidas.

Afirma que a base de cálculo estabelecida na autuação farpeada, fora objeto de arbitramento/estimativa, ilegal e arbitrário, por parte da fiscalização estadual, tendo a Autuante praticamente dobrado a receita total da contribuinte.

Por sua vez, como se identifica no anexo 2 do multireferida auto de infração fl.13, ao promover o demonstrativo “*cálculo da receita apurada – apuração de existência de divergência de base de cálculo*”, o guardião do tesouro estadual encontra, em sua coluna 4 ou “s”, o “*total de rec sem st declarada em PGDASD (S)*”, com base nas mesmíssimas PGDAS-D retificadoras (doc.07 – pgdas-d retificadoras – 2014), inclusive aquelas referentes aos meses de fevereiro e maio de 2014 (doc. 09 – pgdas-d retificadoras – fev/14 e mai/14), ao totalizar o montante de R\$1.177.303,85. Noutros termos, diz que tão-unicamente, com o estribo das informações discorridas, numa percepção visual imediata, observa-se a quase duplicação da receita bruta atribuída à contribuinte, sem qualquer razão e fundamento fático.

Tal compreensão torna-se evidente aos fólios 14 dos papiros processuais, quando o Autuante continuara a desenvolver o seu anexo 2, através do demonstrativo produzido alcunhado de “*cálculo da receita apurada – apuração da receita total da empresa – anexo 2-a (continuação)*”.

Afirma que para apurar a receita total da contribuinte, o agente de tributos estadual somou (1) a sua coluna 2 ou “e” “*receita declarada mantida (rdm) – (e)*”, com base nas PGDAS-D retificadoras (doc. 07 – pgdas-d retificadoras – 2014) ao totalizar, anualmente, R\$ 1.177.303,85, com (2) a sua coluna 5 ou “i” “*omr – omissão de receita apurada pelo tef (cartão) (i)=(anexo 1)*”, essa de montante anual remontando a R\$ 1.167.574,64 , levando supostamente a identificar uma receita anual de R\$ 2.344.878,49.

Noutros termos, diz que operou, o representante do fisco estadual, uma verdadeira duplicação da base de cálculo autuada, sem qualquer fundamento plausível e/ou razoável, como se observa do resumo que produz.

Assevera que, simplesmente, a fiscalização considerou as PGDAS-D retificadoras 02 (duas) vezes ao apurar a receita total da contribuinte, exceto em relação aos meses de fevereiro e maio de 2014, quando considerou como omissas as receitas brutas informadas, não se sabe de onde, aliás, no valor respectivo de R\$ 91.428,29 e R\$ 89.013,16, quando tanto (1) as PGDAS-D originais (doc. 08 – PGDAS-D originais – fev/14 e mai/14), quanto (2) as retificadoras (doc. 09 – PGDAS-D retificadoras – fev/14 e mai/14) apresentaram, respectivamente, a dimensão pecuniária de R\$ 95.408,65 e R\$ 94.762,01.

Afirma que as PGDAS-D dos meses de fevereiro e maio de 2014 não foram objeto do parcelamento precitado, por não haverem sido omitidas quaisquer receitas identificadas por esta SEFAZ/BA, como comanda o documento já premencionado (doc. 05 – *recurso adesão parcelamento*). Aduz que não se torna crível preconizar praticamente o mesmo faturamento mensal como se omissos fora e insinuar que toda a venda com cartão realizada pela contribuinte tenha sido objeto de supressão informativa ao fisco estadual, devendo ser novamente tributada. Entende que a ilegalidade perpetrada pela fiscalização é notória e merece rechaço por parte deste Órgão Julgador Fiscal estadual – CONSEF/SEFAZ/BA.

Comenta que a falência da autuação imposta à contribuinte é notória, pois o documento de fl. 362 dos pergaminhos do processo, alcunhado de “*divergências apuradas PGDAS-D X TEF*”, produzido por esta SEFAZ/BA, destaca em sua coluna “*faturamento omitido*” de 2014 o total de R\$ 154.425,90. Jamais, portanto, esta fiscalização poderia ter encontrado hipotética omissão de R\$ 1.167.574,64.

Sustenta que a autuação empreendida por parte deste honroso *fisco* estadual destoa dos trilhos normativos fiscais vigorantes deste país, ao descarrilar e afastar-se da legalidade estrita, princípio jurídico constitucional ao qual devem estar submetidas todas as esferas de poder, em

quaisquer de suas instâncias. Sobre a matéria cita dispositivos constitucionais, do CTN e da Lei 7.014/96.

Frisa que, mesmo ultrapassando a questão da possibilidade ou não de lei ordinária estadual, como é o caso da lei n. 7.014/96 – LICMS, estabelecer forma de arbitramento da base de cálculo do tributo farpeado, ao malferir o quanto estabelecido, na alínea “a”, do inciso III, do art. 146, percebe-se que o guardião do fiscal estadual, no afã de arbitrar/estimar o suposto *quantum debeatvr* devido, desbordou e menosprezou quaisquer dos métodos indicados pelo diploma legal regente sobre a matéria.

Diz que, por malferir a legalidade objetiva, não pode prosperar a autuação fiscal arremessada como se lança fosse, diretamente no âmago da contribuinte. Pede a nulidade/improcedência do auto de infração ora boxeado, que deve ser aclamada com gritos de júbilo e glória, diante do vício visceral residente nas entranhas da autuação promovida.

Afirma que, da mesma forma que em relação ao exercício de 2014, anteriormente discorrido, impende sinalizar, com a plenipotência pulmonar necessária, que o Autuante, a despeito de haver informado, em seus demonstrativos fiscais localizados nos cadernos processuais, as supostas vendas com cartões de crédito e/ou débito através das suas respectivas instituições financeiras, jamais juntara qualquer documento e/ou demonstrativo oriundo das referidas empresas do mercado financeiro, ao descarrilar o suporte fático-documental de suas alegações e conduzir à plena nulidade do auto de infração. Diz que o “*relatório de TEF mensal*”, aos fólios 41 dos volumes processuais, é incapaz de demonstrar aquilo pretendido pelo fiscal estadual, pois trata-se de simples relação, sem qualquer documento comprobatório encartado das suas alegações, verdadeiro atentado ao devido processo legal, bem como a publicidade das informações, princípios republicanos que deveriam ter sido encomiados por esta fiscalização.

Comenta que, somente a título de exemplo, mas não-unicamente a este se limitando, o Anexo 1 – “*apuração mensal da omissão de saída das vendas com cartão de débito/crédito (TEF)*”, em relação ao exercício de 2015, à fl. 26 dos volumes do processo, estabelece, em sua 2<sup>a</sup> (segunda) coluna, sem qualquer respaldo documental, não custa repisar, o hipotético valor de vendas mensal da autuada informado pelas administradoras de cartões, ao totalizar anualmente a dimensão em pecúnia de R\$ 986.419,58. Ocorre que inexiste qualquer documento nos autos do processo que informe que tais supostos valores de vendas foram informados pelas instituições financeiras administradoras de cartões de crédito e débito mencionadas. Nenhuma relação firmada pelas administradoras de cartão é encartada aos vultos processuais.

Apresenta entendimento de que o auto de infração boxeado não se sustenta, por total ausência de suporte fático-documental, ao exigir-se o clamor pela declaração de sua nulidade/improcedência. Aduz que a base de cálculo estabelecida na autuação, para o exercício de 2015, farpeada fora objeto de arbitramento/estimativa, ilegal e arbitrária, por parte da fiscalização estadual, tendo o Autuante praticamente dobrado a receita total da contribuinte. Tal operação, destoada da legalidade, culmina com a total nulidade/improcedência do auto de infração atribuído indevidamente à defendant.

Assevera que a afirmação realizada no item anterior deve ser discorrida, como se traceja nas linhas a partir de agora impressas com o suor, o sangue e as lágrimas decorrentes e derivados. Repete todos os argumentos utilizados para rebater a autuação das operações do exercício de 2014.

Explica que com base no anexo 1 – “*apuração mensal da omissão de saída das vendas com cartão de débito/crédito (tef)*”, à fl. 26 dos autos, a coluna 2 ou “a” referente ao “*total informado pelas administradoras (a)*”, exceto em relação ao mês de abril de 2015, o suposto valor omitido pela defendant, corresponde, até o mês de julho de 2015, ao retificado pela contribuinte, por ocasião do parcelamento efetuado, em relação à suas receitas brutas informadas no programa gerador do documento de arrecadação do Simples Nacional - declaratório - PGDAS-D (*doc. 10 – PGDAS-D retificadoras – 2015*). O total apurado pelo agente de tributos estadual, em tal Anexo 1,

em face do exercício de 2015, remonta ao valor de R\$ 986.419,58, tendo o Autuante considerado, indevidamente, como “*venda com cartão sem emissão de doc fiscais – omissão de saída apurada (d)=(a-(b+c))*” em sua coluna 4 ou “*d*”. Por sua vez, como se identifica no Anexo 2 do auto de infração zurzido, à sua fl. 21, ao promover o demonstrativo “*cálculo da receita apurada – apuração de existência de divergência de base de cálculo*”, o guardião do tesouro estadual encontra, em sua coluna 4 ou “*s*” o “*total de rec sem st declarada em PGDASD (s)*”, com base nas mesmíssimas PGDAS-D retificadoras (*doc. 10 – PGDAS-D retificadoras – 2015*), ao totalizar o montante de R\$1.247.743,08. Noutros termos, operou o representante do fisco estadual quase que uma verdadeira duplicação da base de cálculo autuada, sem qualquer fundamento plausível e/ou razoável como se observa do resumo que produz.

Simplesmente, diz que a fiscalização considerou as PGDAS-D retificadas 02 (duas) vezes ao apurar a receita total da contribuinte, exceto (1) em relação aos mês de abril de 2015, quando considerou como omissas as receitas brutas informadas, não se sabe de onde, aliás, no valor respectivo de R\$85.503,95, quando tanto (a) a PGDAS-D original (*doc. 11 – PGDAS-D original – abr/15*), quanto (b) a retificadora (*doc. 12 – pgdas-d retificadora – abr/15*) apresentaram, igualmente, a dimensão pecuniária de R\$94.477,65; e; (2) também com exceção, a partir de agosto de 2015 a dezembro de 2015.

Comenta que as PGDAS-D dos meses de abril, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2015 não foram objeto do parcelamento precitado, por não haverem sido omitidas quaisquer receitas identificadas por esta sefaz/ba, como comanda o documento já mencionado (*doc. 05 – recibo adesão parcelamento*).

Aduz que é facilmente perceptível a falência da autuação imposta à contribuinte, pois o documento de fls.362 dos pergaminhos do processo, alcunhado de “*divergências apuradas PGDAS-D X TEF*”, produzido por esta honrosa SEFAZ/BA, destaca em sua coluna “*faturamento omitido*” de 2015 o total de R\$108.371,69. Jamais, portanto, a fiscalização poderia ter encontrado hipotética omissão de R\$ 986.419,58.

Comenta que, por malferir a legalidade objetiva, não pode prosperar a autuação fiscal arremessada como se lançada fosse, diretamente no âmago da contribuinte. Diz que a nulidade/improcedência do auto de infração ora boxeado deve ser aclamada com gritos de júbilo e glória, diante do vício visceral residente nas entranhas da autuação promovida.

Para o exercício de 2016, assevera que igualmente em relação ao quanto discorrido, linhas atrás, nas razões de defesa em face dos exercícios de 2014 e de 2015.

A respeito da infração 01 que lhe foi imputada, diz que o agente de tributos estadual atribuiu à defendanté hipotético recolhimento a menor de ICMS, devido a suposto erro na informação da sua receita e/ou de aplicação de alíquota do tributo em discussão – ICMS – a menor. Repete o enquadramento legal.

Afirma que também a infração 01, ora boxeada, está acoimada por vício irreparável, seja através da sua inteira nulidade, seja pela sua improcedência integral, como se descortina.

Discorre sobre os direitos fundamentais do cidadão. Neste sentido, no direito tributário a tipicidade cerrada consubstancia-se em garantia reflexa do princípio da legalidade, uma vez que os poderes emanados do pacto federal, como sobredito, devem apresentar-se como centuriões da legalidade. Sobre o tema cita doutrina de Roque Carrazza.

Sustenta que, ao precisar o enquadramento legal atribuído à hipotética infração fiscal cometida pela autuada, o guardião do fisco estadual considerou como se houvesse sido infringido o inciso I do art. 21 da LC n. 123/06. Frisa que em relação ao citado dispositivo jamais a contribuinte fora capaz de menosprezar, pois, sempre pagou o ICMS devido em suas operações, através de documento único de arrecadação, estabelecido pelo Comitê Gestor, disciplinador dos aspectos normativo estatuídos pelo mencionado diploma legal complementar. Por menosprezo à tipicidade

cerrada, consequência direta da aplicação do princípio da legalidade, a infração 01 em estudo deve ser declarada nula/improcedente em sua inteireza.

Entende que a nulidade/improcedência da infração 02, como decantado nestas linhas de irresignação defensivas, sem embargo, repercute na plena e incontestável nulidade/improcedência da infração 01, deste auto de infração ora açoitado.

Explica que, pelo fato de o guardião fiscal estadual haver realizado seus demonstrativos fiscais, de forma conjunta, e apurar suposta base de cálculo única com inexistente omissão de receitas e gerar hipotético pagamento a menor de ICMS, para as 02 (duas) infrações atribuídas à contribuinte, toda a nulidade, a ser reconhecida em face da infração 02 já discorrida, deve ser reconhecida e aclamada também em relação a esta infração 01.

Verifica o quanto produzido pelo Autuante às fls.19/20 dos autos em relação ao exercício de 2014 no demonstrativo fiscal alcunhado de “*apuração do ICMS por tipo de infração*”, através da planilha que reproduz.

Nota que a base de cálculo apurada para as 02 (duas) infrações é a mesma, ou seja, o valor da suposta receita total apurada da contribuinte, qual seja, o montante, em 2014, de R\$ 2.344.878,49, tanto que o ICMS da infração 01 ora combatida, qual seja, R\$ 3.722,93, é encontrado pela diferença entre o “*ICMS a recolher*” no total de R\$ 40.591,65 e o ICMS da infração 02 “*ICMS omissão de saída cartão – infração 17.03.16*” em pecúnia de R\$36.868,72.

Assevera que tal situação se reproduz em relação aos demais exercícios. Reproduz planilha para demonstrar 2015 e 2015.

Acrescenta que, por utilizar contaminada base de cálculo do imposto vindicado nas 02 (duas) infrações fiscais supostamente ocorridas, há que se decretar a nulidade/improcedência também da infração 01 ora espancada.

Questiona a razão ontológica, ou seja, do ser enquanto ser, da intenção fiscal pretendida pelo centurião fiscal em face da infração 01 da autuação, ou seja, persegue o *fisco* baiano hipotético recolhimento a menor de ICMS, devido a suposto erro na informação da receita da contribuinte e/ou aplicação de alíquota a menor, em relação aos exercícios de 2014, 2015 e 2016. Ocorre que tal omissão fora objeto de anterior verificação por parte desta Secretaria da Fazenda do estado da Bahia - SEFAZ/BA, ocorrendo a intimação para realizar a retificação dos valores de faturamento declarados no programa gerador do documento de arrecadação do Simples Nacional - declaratório - PGDAS-D, tendo a defendant cumprido com o seu múnus de retificação, bem como realizado o parcelamento da diferença do ICMS devido, como se observa tanto (1) do termo de parcelamento (*doc. 05 – recibo adesão parcelamento*); quanto (2) dos comprovantes dos pagamentos ora jungidos aos bálsamos processuais (*doc. 06 – parcelamento ICMS – pmts*). Cita observação exarada na malha fiscal TEF X PGDAS-D, especificamente à fl.363, que aponta a sua intimação para retificar o documento e recolher a diferença de imposto devida, com origem em informações das administradoras de cartões.

Frisa que, ao realizar a plena retificação de suas PGDAS-D<sup>s</sup> (*doc. 07 – pgdas-d retificadoras – 2014*) (*doc. 10 – pgdas-d retificadoras – 2015*) (*doc. 13 – pgdas-d retificadoras – 2016*), automaticamente, eventual erro na informação da receita total da autuada e/ou hipotética aplicação de alíquota do simples a menor, restou plenamente saneado, com o escorreito cálculo do ICMS devido, sendo imediatamente corrigido.

Aponta ser indevida a determinação da base de cálculo da infração 01 do auto de infração, já que o centurião fiscal estadual arbitrou e/ou estimou o *quantum debeatur* imputado, ao arreio da legislação fiscal nacional e/ou estadual vigorante.

Para os três exercícios financeiros, aponta a falta de documentos ou demonstrativos que comprovem as supostas vendas com cartões de crédito e/ou débito através das suas respectivas instituições financeiras. Frisa que inexiste qualquer documento nos autos do processo, que informe, que tais supostos valores de vendas foram informados pelas instituições financeiras

administradoras de cartões de crédito e débito mencionados. Nenhuma relação firmada pelas administradoras de cartão é encartada aos vultos do processo. Repete que a base de cálculo estabelecida na autuação fora objeto de arbitramento/estimativa, ilegal e arbitrária, por parte da fiscalização estadual, tendo o Autuante praticamente dobrado a receita total da contribuinte. Tal operação, destoada, da legalidade, culmina com a total nulidade/improcedência do auto de infração atribuído indevidamente à defendant.

Acrescenta que, simplesmente, a fiscalização considerou as PGDAS-D retificadas 02 (duas) vezes, ao apurar a receita total da contribuinte, exceto em relação aos meses de fevereiro e maio de 2014, quando considerou como omissas as receitas brutas informadas, não se sabe de onde, aliás, no valor respectivo de R\$ 91.428,29 e R\$ 89.013,16, quando tanto (1) as PGDAS-D originais (*doc. 08 – pgdas-d originais – fev/14 e mai/14*), quanto (2) as retificadoras (*doc. 09 – PGDAS-D retificadoras – fev/14 e mai/14*) apresentaram, respectivamente, a dimensão pecuniária de R\$95.408,65 e R\$ 94.762,01.

Frisa que não se torna crível preconizar praticamente o mesmo faturamento mensal como se omissos fora e insinuar que toda a venda com cartão realizada pela contribuinte tenha sido objeto de supressão informativa ao fisco estadual, devendo ser novamente tributada. A ilegalidade perpetrada por esta n. fiscalização é notória e merece rechaço por parte deste Órgão Julgador fiscal estadual – CONSEF/SEFAZ/BA.

Por último, afirma apontar o levantamento das inconsistências apresentadas nos demonstrativos fiscais referentes à infração 01 da autuação proposta.

Para o exercício de 2014, diz que na folha de rosto do auto de infração existe a imputação de suposto ICMS devido pela autuada, em relação aos meses de janeiro e fevereiro de 2014, nos valores respectivos de R\$ 3.488,56 e R\$ 2.596,56.

Entretanto, diz que, no anexo 3 “*apuração do ICMS por tipo de infração (anexo 3 – continuação)*”, aos fólios 20 dos vultos do processo, inexiste qualquer importância de ICMS devida nestes referidos interregnos mensais. Acrescenta que, estes mesmíssimos valores, também foram atribuídos como hipotético ICMS devido na infração 02 da autuação espancada, igualmente em face dos meses de janeiro e fevereiro de 2014. Frisa que tal inconsistência perene detona o auto de infração lavrado, devendo ser proclamada a sua inteira nulidade/improcedência. Repete tais inconsistências, ressalvados os respectivos valores associados, para o exercício de 2015.

Acrescenta que, por sua vez, também a coluna “*icms declarado (a)*” do anexo 3 da autuação farpeada, aos seus fólios 27, traz valores plenamente dissonantes do icms declarado nas pgdas-d retificadoras (*doc. 10 – pgdas-d retificadoras – 2015*) em relação ao exercício de 2015. Reproduz o demonstrativo a que se refere. Entende que a divergência é notória, mesmo porque o ICMS declarado nas PGDAS-D retificadoras (*doc. 10 – pgdas-d retificadoras – 2015*) em relação ao exercício de 2015 é aquele que está sendo recolhido em função do parcelamento efetuado (*doc.05 – recibo adesão parcelamento*) (*doc. 06 – parcelamento ICMS – pmcts*). Entende que a nulidade da infração 01 deve ser alardeada aos 04 (quatro) ventos, pelas inconsistências nos demonstrativos fiscais apresentados pela fiscalização.

Aponta as mesmas divergências, desta vez em relação aos meses de agosto, setembro, outubro e novembro de 2016, notadamente no anexo 03 “*apuração do ICMS por tipo de infração*”, à fl. 35 dos livros do processo.

Acrescenta que, por sua vez, também a coluna “*ICMS declarado (a)*” do anexo 3 da autuação, aos seus fólios 35, traz valores plenamente dissonantes do ICMS declarado nas PGDAS-D retificadoras (*doc. 13 – PGDAS-D retificadoras – 2016*) em relação ao exercício de 2016. Elabora demonstrativo para consignar a inconsistência. Sustenta que a divergência é notória, mesmo porque o ICMS declarado nas PGDAS-D retificadoras (*doc. 13 – pgdas-d retificadoras – 2016*) em relação ao exercício de 2016 é aquele que está sendo recolhido em função do parcelamento efetuado (*doc. 05 – recibo adesão parcelamento*) (*doc. 06 – parcelamento ICMS – pmcts*).

Afirma que, pela clarividência dos argumentos fático-jurídicos supra expendidos, e diante dos fortes ombros dos membros deste colegiado assaz detentora da sapiência ao derredor da legislação fiscal baiana em pleno vigor, do alto da sinagoga da escorreita cognição exauriente ao auto de infração indevidamente lavrado, pugna deste respeitável órgão Julgador do CONSEF, caso, por acaso, o agente de tributos estadual não exerça o seu nobre papel de acolher as teses produzidas em sua imprescindível peça de informação fiscal, pela: (i) declaração da nulidade/improcedência integral da autuação lavrada, pela incompetência do agente de tributos estadual; (ii) declaração da nulidade integral do auto de infração pelo fato (1) de inexistir qualquer informação assinada pelas instituições financeiras administradoras de cartões, que informem o relatório TEF mensal da contribuinte nos exercícios fiscalizados; e/ou; (2) pelas inconsistências apresentadas nos demonstrativos fiscais apresentados; (iii) declaração da nulidade/improcedência da infração 02 do auto de infração, em face (1) do menoscabo à tipicidade cerrada por parte da fiscalização; e/ou; (2) ausência da descrição do fato típico tributário; e/ou; (3) do manifesto *bis in idem* cobrado na infração 02; e/ou; (4) do ilegal arbitramento/estimativa da base de cálculo operada pelo Autuante; (v) realização, por parte deste honroso CONSEF/BA, de quaisquer diligências necessárias ao bom elucidamento do auto de infração, tendo em vista a primazia do princípio da verdade material.

O Autuado volta a se manifestar, solicitando seja apensado ao PAF, fls.716/717, a mudança de endereço de seu causídico, para fins de recebimento de comunicações a respeito deste PAF, sob pena de nulidade. Sintetiza os argumentos defensivos.

A Autuante presta a informação fiscal, fls. 720/722. Apresenta informação fiscal e diz que o faz tempestivamente. Repete as irregularidades imputadas ao autuado. Sintetiza os argumentos defensivos. Afirma que a autuação se desenvolveu vinculada aos ditames da lei, notadamente a Lei complementar 123/2006 e do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia. Aduz que o fato típico está de acordo com o sistema de lançamento tributário.

Frisa que não há duplicidade dos cálculos apresentados que estão em consonância com o disposto no artigo art. 321, VII, “b”, do RICMS/12, conforme os demonstrativos da constituição dos créditos tributários anexados, portanto a fiscalização realizada está respaldada dentro das normas tributárias, acobertada dentro da mais absoluta legalidade, prevista inclusive na Constituição Federal. Nenhuma nulidade, portanto, que enseje extinção do débito nesta peça protelatória produzida pela defesa do autuado.

Quanto à alegação defensiva de que os PGDAS não foram retificados, afirma que todos foram, inclusive ele reconhece o valor autuado conferido e admitido por ele nas planilhas da infração 17.03.16 fl. 496 de 2014, fl.506 de 2015, fl. 515 do ano 2016.

Sobre a infração 17.02.01, assevera que não houve duplicidade e admitidas pelo contribuinte as págs. 523 de 2014, 525 de 2015 e 533 de 2016. Alega também o defendant que a autuação tem o intuito de leva-lo a falência. Diz contestar tais alegações, porque o trabalho é todo vinculado as Leis, desde a Constituição ao Regulamento do ICMS.

Diante do exposto, em observância ao devido processo legal, roga aos Julgadores, Justiça, e que o Auto de Infração seja julgado Procedente, considerando que a peça da defesa não consegue ilidir em sua totalidade a ação fiscal.

Às fls. 727/728, o Autuado junta, ao processo, o substabelecimento sem reservas de poderes a um novo patrono.

## VOTO

O Auto de Infração em lide refere-se à exigência de ICMS, sob a acusação de 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 não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita ou da alíquota aplicada a menos, (infração 01) e 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 ou administradora de cartão de crédito, sem dolo, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2016 (infração 02).

A infração 01 é decorrente da infração 02, por isso, as conclusões a respeito da infração 02 repercutirão inevitavelmente, na infração 01.

O defensor arguiu prejudiciais. Disse que não sofreu a fiscalização no trânsito de mercadorias, além do que, não se constitui em Microempresa, nem tampouco, em empresa de Pequeno Porte, vinculada ao Simples Nacional, já que se consubstancia em sociedade empresária Ltda., conforme destacam seu contrato social e sua inscrição cadastral junto à Receita Federal do Brasil. Sendo assim, arguiu incompetência da Autuante para a lavratura do presente auto de infração.

Não acato esta alegação defensiva, considerando que a empresa autuada, se encontra cadastrada na Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, Sistema INC – Informações do Contribuinte, como optante do Regime do Simples Nacional desde 01/07/2007. Ademais, a própria autuada em sua defesa, coleta e traz ao processo, provas que não lhe favorecem neste ponto, visto que apresenta documentos, como PGDAS, DASN – Declaração de Arrecadação do Simples Nacional, que são específicos desta categoria de contribuintes.

Sobre a infração 02, o defensor arguiu nulidade da autuação apontando os seguintes vícios: **a**) embora a acusação seja 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 ou administradora de cartão de crédito, frisou que não existe no processo, nem teria recebido qualquer documento que comprovasse que as instituições financeiras deram essas informações; **b**) a base de cálculo estaria duplicada, considerando que anteriormente, teria sido intimada por esta SEFAZ, para adimplir diferenças detectadas pelas vendas realizadas com cartões e o valor informado pelas respectivas administradoras. Compareceu a sua Inspetoria e retificou os valores de seu faturamento, realizando o parcelamento/pagamento das diferenças de ICMS apuradas. Acrescentou que são as mesmas diferenças, que estão sendo alvo de cobrança no presente auto de infração. Anexou provas fls. 582/710.

Analizando os demonstrativos elaborados pela Autuante, os subsídios contidos na descrição da infração, além dos elementos trazidos pela defesa, verifico que assiste razão ao Autuado. Observo que existem inconsistências no levantamento realizado, o que torna a ação fiscal repleta de falhas insanáveis.

Dessa forma, verifico que, de fato, não consta do processo em análise, o Relatório Diário TEF, documento indispensável para demonstrar as operações de vendas realizadas e pagas com cartão de crédito e débito, informado pelas administradoras e instituições financeiras. A ação fiscal foi desenvolvida, sem observância das rotinas e roteiros próprios de fiscalização.

Essa falha de procedimento retirou a possibilidade de o autuado apresentar os documentos (notas fiscais e cupons) com a finalidade de compará-los com as informações prestadas pelas administradoras de cartões, cerceando seu direito de defesa.

Entretanto, vale salientar, que este não é o único vício detectado no processo. Observo, ainda, que a fiscal Autuante deixou de demonstrar no processo, qual a fonte que lhe deu sustentação para apurar os valores que serviram de base de cálculo para a cobrança do imposto. Este procedimento torna os valores da base de cálculo e do imposto devido, sem a clareza exigida pelo devido processo legal, não podendo ser corrigido através da presente autuação, tendo em vista o disposto no art. 156 do RPAF/99, resultando em novo procedimento fiscal.

Da análise dos elementos que compõem o presente PAF, verifico que, conforme alegação defensiva, o Autuado anteriormente a ação fiscal, foi intimado para corrigir inconsistências em seu PGDAS-D, relativamente a faturamento, cujo pagamento teria sido realizado via cartão de crédito/débito. O Autuado atendeu a intimação e requereu parcelamento do débito apontado,

conforme fazem prova documentos acostados às fls.582/710. No entanto, os valores ali registrados, também serviram de base para a presente autuação.

Para a decisão da lide, ressalto que a base de cálculo do imposto deve ser determinada a salvo de qualquer imperfeição. Indispensável, portanto, que seja demonstrada de forma compreensível, onde seja indicado o método adotado pelo fisco, a fonte e demais dados necessários ao seu entendimento, além de fundamentada na legislação tributária. Isto, pelo fato de ela ser a dimensão material do tributo e decorrer dos princípios da legalidade e da verdade material que norteiam a norma tributária do país.

Em obediência à legislação tributária e da situação relatada, o presente Auto de Infração não pode subsistir devido a insegurança na quantificação da base de cálculo. Isto porque os valores informados pelas administradoras não são documentos fiscais, e sim boletos referentes a vendas com pagamento com cartão de crédito/débito, cabendo ao contribuinte comprovar a emissão do respectivo documento (cupons/notas fiscais) para demonstrar a regularidade da operação.

Desta forma, nos moldes como foi apurada a infração, a mesma foi feita sem observação dos requisitos essenciais em respeito à legalidade e à verdade material, ficando caracterizado que o lançamento foi efetuado em desacordo com as normas que regem a matéria, ou seja, o lançamento não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração imputada e o *quantum* devido, pois não foi seguido o devido procedimento legal.

Para consubstanciar meu voto, transcrevo a Súmula nº. 01 deste Colegiado.

“SÚMULA CONSEF N°. 01

*ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO.*

*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.”*

Nesse caminhar, considerando que a infração 01 é decorrente dos valores que foram apurados na infração 02, concluo que ambas não podem subsistir.

Ante ao exposto, concluo após toda a análise acima colocada, que a demonstração equivocada de como se chegou à base de cálculo do imposto e da perfeita identificação do método aplicado para a apuração do tributo, são motivadores de nulidade do procedimento fiscal, de acordo com o art. 18, II e IV, “a”, do RPAF/99.

“Art. 18. São nulos:

( . . . )

*II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;*

( . . . )

*IV - o lançamento de ofício:*

*a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;”*

Neste átimo, represento à autoridade competente que determine a renovação do procedimento para verificação dos reais fatos ocorridos, a salvo das falhas apontadas, objetivando resguardar os interesses do Estado, como determina o artigo 21 do RPAF/99.

Pelo exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o auto de infração nº 436491.0020/18-0, lavrado contra a **TRATTORIA IL MANEGGIO BAR E RESTAURANTE LTDA.**

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 das Sessões do CONSEF, 25 de novembro de 2019.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR