

PROCESSO - A. I. Nº 436491.0020/18-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - TRATTORIA IL MANEGGIO BAR E RESTAURANTE LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0262-03/19
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/12/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO C/JF Nº 0251-12/20-VD

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado em relação à Decisão recorrida que julgou Nulo o presente Auto de Infração, lavrado em 22/11/2018, onde 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. O Autuante presta informação às fls.19/20. O Autuado volta a se manifestar, solicitando seja apensado ao PAF, fls.716/717. A Autuante presta a informação fiscal, fls. 720/722. Às fls. 727/728, o Autuado acosta ao processo, o substabelecimento sem reservas de poderes a um novo patrono. A JJF decidiu pela Nulidade dos autos conforme abaixo transcrito:

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 defendente 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 defendente 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 Nº. 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.

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “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.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto, no qual visa verificar a desoneração realizada pela decisão de piso, onde foi julgada pela Nulidade do Auto de Infração em lide, lavrado em 22/11/2018, onde exigia ICMS no valor histórico de R\$116.325,53, acrescido da multa de 75%, em decorrência do cometimento das infrações ora já dita no relatório, à legislação do ICMS imputadas ao autuado, fato que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, tornando-se cabível o presente recurso.

Convém salientar, conforme apontado pela Junta de Julgamento de primeiro piso, *A infração 01 é decorrente da infração 02, por isso, as conclusões a respeito da infração 02 repercutirão inevitavelmente, na infração 01.*

No mérito, o autuado foi imputado na **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 termos do art. 319 do RICMS/BA, Decreto nº 13780/12, c/c arts. 18, 21, 25 e 26 da Lei Complementar nº 123/06. Não procede esta exigibilidade tributária, haja vista não se enquadrar nas situações enquadráveis no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, onde corroboro com o colegiado de Primeira Instância, que devido a inconsistência nos levantamentos realizados em torno da ação fiscal e diversas falhas insanáveis, acolho o pedido de nulidade do autuado e com isto manter a decisão de piso.

Quanto a **Infração 1** – 17.02.01 – *efetuiu 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*”. Veja, julgo também nula esta infração, por guardar correlação com a infração nº 2 e por ser uma consequência da outra, pelo fato da legislação tributária relatada não haver segurança e subsistência a respeito da legalidade e a verdade material, cabendo ao contribuinte comprovações de boletos emitidos, notas fiscais e/ou cupons de vendas relatadas no lançamento em conformidade com as alíquotas descritas no Anexo 1 da Lei Complementar nº 123/2006.

Pelo exposto, considero correta a fundamentação de que o lançamento de ofício não contém os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, caracterizando nulidade insanável, nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.

Vejo acertada a Decisão recorrida, não cabendo reparo, pois o colegiado buscou a verdade material do Auto de Infração. Mantenho a Decisão de piso.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para manter a NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto, e manter a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **436491.0020/18-0**, lavrado contra **TRATTORIA IL MANEGGIO BAR E RESTAURANTE LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de setembro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO OLIVEIRA PINHO - RELATOR

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS