

**PROCESSO** - A. I. Nº 203459.0003/19-0  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - BVC COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0135-04/21-VD  
**ORIGEM** - DAT METRO / INFAS VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 23/02/2022

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0410-12/21-VD**

**EMENTA:** ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. DIFERENÇA ENTRE O MONTANTE DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E O VALOR FORNECIDO POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E ADMINISTRADORA DE CARTÃO. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àqueles informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, sem o pagamento do imposto. Levantamento fiscal estruturado em formulário aplicado a contribuintes enquadrados no Simples Nacional, quando o contribuinte, dado à sua exclusão do Simples Nacional, está enquadrado na situação de normal, com apuração do imposto por conta corrente fiscal. Redução do valor original lançado em sede de Informação Fiscal pelo agente Autuante, por apropriação de crédito fiscal, sem demonstrar a origem de tais créditos. Ausência de exames de procedimentos fiscais em contribuinte na situação de apuração do imposto por conta corrente fiscal. Insegurança na determinação do imposto a recolher. Autuação nula, com base no Art. 18, IV, “a” do RPAF/BA. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Cuidam os presentes autos, de Recurso de Ofício interposto pela 4ª JJF, que julgou pela Nulidade do presente Auto de Infração, lavrado em 26/06/2019, constituindo crédito tributário no valor de R\$ 438.963,10, conforme demonstrativos/documentos acostados às fls. 5/15 dos autos, constantes do CD/Mídia à fl. 16, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

**INFRAÇÃO 01 – 05.08.01:** *Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito nos anos de 2018 e 2019, conforme demonstrativo de fls. 3/9 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fls. 16. Lançado ICMS no valor de R\$438.963,10, com enquadramento no artigo 4º, inciso VI, da Lei nº 7.014/96 e multa de 100% aplicada na forma do art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96.*

O sujeito passivo, às fls. 22/32 dos autos, apresenta defesa administrativa. O Autuante desenvolve Informação Fiscal à fl. 37. A JJF proferiu o voto condutor nos seguintes termos:

**VOTO**

*Trata-se de Auto de Infração lavrado em 26/06/2019, resultante de uma ação fiscal realizada por Auditor Fiscal lotado na unidade Fazendária INFAS VAREJO, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 501874/19, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de imposto (ICMS), por omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos anos de 2018 e 2019, conforme demonstrativo de fls. 3/9 dos autos, que diz ser parte*

integrante do CD-R/Mídia de fls. 16. Lançado ICMS no valor de R\$438.963,10, com enquadramento no artigo 4º, § 4º, inciso VI da Lei nº 7.014/96, e multa de 100%, aplicada na forma do art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96.

Argui, o sujeito passivo, nulidade da autuação, dentre outras considerações, a alegação de que é imprescindível que o sujeito passivo conheça as acusações que lhe são imputadas, para que possa exercer seu direito de rebatê-las. Acrescenta, que a mídia em que se lastreia o Auto de Infração em tela, não possui qualquer informação de movimentação no CD-R/Mídia, dos referidos cartões (crédito/débito), alusivos aos anos de 2018 e 2019 na integralidade. Posto que no referido documento (CD-R/Mídia), só consta informações de janeiro/2018, inexistindo qualquer informação pertinente ao período de fevereiro/2018 a março/2019.

Em sede de Informação Fiscal, o agente Autuante diz que de fato, na mídia só constam vendas informadas pelas operadoras de cartão de crédito e débito, relativas a janeiro de 2018, contudo, registra assertivamente, nos termos do art. 18, §1º do RPAF/BA, que tal falha pode ser sanada com a entrega de nova mídia, com as informações completas, e reabertura de prazo de defesa, como assim procedera.

De fato, a situação aqui esposada, não obstante tenha sido entregue nova mídia ao defendant, conforme demonstra uma insegurança jurídica da autuação, na medida que, em relação à primeira mídia, de fl. 16 dos autos, constava apenas um arquivo de “bloco de notas” relacionando as informações recebidas das instituições financeira e administradora de cartão de crédito e débito, de apenas o mês de janeiro de 2018, sem tampouco apresentar qualquer destaque de que tais dados se relacionam a informações constantes da base de dados da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, como assim arguiu a defendant.

Compulsando também o novo CD-R/Mídia de fl. 41, vê-se as informações recebidas das instituições financeira e administradora de cartão de crédito e débito, agora em arquivo “PDF”, relativas a todos os meses da constituição do lançamento fiscal, ora em lide, ou seja, do período fiscalizado de 01/01/2018 a 31/03/2019, trazendo destaque, no citado arquivo, de que se trata de informações constantes da base de dados da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, porém, não consta qualquer outro arquivo, seja na mídia original, seja esta mídia agora corrigida, que possa indicar a infração cometida.

Ademais, o demonstrativo de débito elaborado pelo agente Autuante, que deu sustentação à autuação, denominado “Planilha Comparativa de Venda por meio de Cartão de Crédito/Débito”, seja o de fl. 8, que diz respeito ao levantamento original, seja o de fl. 39, que fora alterado, em sede de Informação Fiscal, traz imperfeições, que ao meu sentir, promove a nulidade da autuação, onde não vejo qualquer possibilidade de correção nestes autos, em conformidade com o disposto no §1º, do art. 18 do RPAF/BA, conforme a seguir destacado.

Primeiramente, têm-se que a autuação se relaciona a Contribuinte não mais enquadrado no regime tributário do Simples Nacional, e o levantamento fiscal está estruturado em formulário aplicado a tais contribuintes, como assim está expresso no próprio formulário de constituição do lançamento “Base Legal: Art. 2º, § 3º, do RICMS Bahia”; entretanto, ao meu sentir, o procedimento fiscal fora instalado dado a sua exclusão do Simples Nacional em 31/12/2017, e, por conseguinte, a sua situação fiscal de “Art. 27, inc. XIX - Omissio EFD”, no Cadastro de Contribuinte da SEFAZ, conforme extrato impresso do Sistema INC, acostado à fl. 18 dos autos pelo próprio agente Fiscal Autuante.

Uma outra questão importante, que, ao meu sentir, que leva à nulidade do lançamento, é que, o agente Autuante, sem traçar qualquer consideração na sua Informação Fiscal, junta aos autos novo levantamento fiscal à fl. 38, estruturado, da mesma forma que o lançamento original, agora com o agravante de considerar créditos fiscais no lançamento, conforme se pode observar da coluna “CREDITO PRESUMIDO 8% (para SIMBAHIA), valores no montante de R\$172.406,07, que abatendo do lançamento original de R\$366.362,89, aponta para um saldo remanescente de R\$193.956,83 de imposto (ICMS) a recolher, por omissão de saída de mercadorias tributadas, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Também não se observa do levantamento fiscal, seja o de fl. 9, seja o de fl. 38, qualquer informação de venda por “Cupom Fiscal – Redução Z”, muito menos por nota fiscal, como também não se vê nos autos, intimação ao sujeito passivo arguindo a ausência de tais informações, nem tampouco qualquer informação de omissão de entrega de DMA, vez que, no regime de apuração do imposto por conta corrente fiscal, estaria obrigado o sujeito passivo a apresentar como obrigação acessória; bem assim, também, não tem informação, nos autos, de intimação nesse sentido ao Contribuinte Autuado.

Vejo também nos autos, como atividade econômica do Autuado, o “CNAE 5611203 – lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares” e o “CNAE 4724500 – comércio varejista de hortifrutigranjeiros”, onde, em se confirmado a omissão de saídas, como posto na autuação, seria o caso de se analisar a aplicação da proporcionalidade decorrente da comercialização de produtos abarcados pela substituição tributária, o que não se observa das peças processuais.

Assim, é que diante das questões acima delineadas, dúvidas não restam que os fatos apurados pela presente autuação não se deram na forma em que a legislação orienta em situação de omissão de venda com pagamento

*em cartão de crédito ou de débito, decorrente de informações fornecidas por instituição financeira e administradora de cartão à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, para contribuinte na situação de apuração do imposto por conta corrente fiscal, objeto em tela.*

*Ante à flagrante insegurança na determinação do imposto (ICMS) a recolher, mesmo tendo sido reduzido do valor de R\$366.362,89, para o valor de R\$193.956,83, em sede de informação fiscal, constante do presente lançamento, com fulcro no Art. 18, inciso IV, alínea “a” do Regulamento do Processo Administrativo do Estado da Bahia – RPAF/BA, voto pela Nulidade do presente Auto de Infração, por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração cometida, e, por conseguinte, o imposto (ICMS) lançado.*

*Em conclusão, voto pela NULIDADE do presente Auto de Infração, e, nos termos do Art. 21 do RPAF/99, recomendo a renovação do procedimento fiscal a salvo das falhas apontadas, devendo ser observado o prazo decadencial.*

Devido a desoneração ser maior que R\$200.000,00, a JJF recorreu de ofício da decisão recorrida para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

É o relatório.

## VOTO

Nesta fase recursal, a 4<sup>a</sup> JJF recorreu de ofício, no sentido de revisar a decisão que julgara pela Nulidade do Auto de Infração, desonerando totalmente o crédito tributário autuado contra o ora recorrido, sendo cabível tal previsão, conforme já relatado. A autuação se trata de “*Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito nos anos de 2018 e 2019*”, apurando o valor histórico de R\$ 438.963,10, com multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.

No julgamento de piso foi acolhida a nulidade suscitada pelo patrono do recorrido, na qual alega que nos documentos fornecidos (mídia-CD), não constam quaisquer informações de movimentação dos referidos cartões (crédito/débito), referentes aos exercícios de 2018 e 2019, na integralidade, pois a única informação presente na mídia é do mês de janeiro/2018, inexistindo qualquer dado para o período de fevereiro/2018 a março/2019, cerceando, assim, o seu direito de defesa, pois afirma não conhecer a devida acusação fiscal. O fiscal, por sua vez, em sua informação fiscal pontuou que tal falha foi sanada com a entrega de nova mídia, com as informações completas, reabrindo o prazo de defesa ao contribuinte/patrono.

Na análise do relator de piso, discorreu que mesmo entregue e sanado tal procedimento, fora analisado que na 1<sup>a</sup> mídia constava apenas as informações recebidas das instituições financeira e administradora de cartão de crédito e débito do mês de jan/2018, sem tampouco apresentar qualquer destaque de que tais dados se relacionam a informações constantes da base de dados da SEFAZ. No exame do novo CD, fl. 41, verificou as informações dos meses ausentes na primeira mídia (fev/2018 a mar/2019), destacando as referidas informações da SEFAZ, no entanto, informou que não consta qualquer outro arquivo nos CDs anexados à indicação da infração cometida.

Observou que a planilha que deu sustentação à autuação – fl. 8 ou 39 – trouxe imperfeições que promovem mais um argumento de nulidade da autuação, que não possibilita qualquer correção, pois destaca que:

- a) a autuação se relaciona a Contribuinte não mais enquadrado no regime tributário do Simples Nacional, e o levantamento fiscal está estruturado em formulário aplicado a tais contribuintes, como assim está expresso no próprio formulário de constituição do lançamento ... entretanto, ....o procedimento fiscal fora instalado dado a sua exclusão do Simples Nacional em 31/12/2017, e, por conseguinte, a sua situação fiscal de “Art. 27, inc. XIX - Omissio EFD”, no Cadastro de Contribuinte da SEFAZ, conforme extrato impresso do Sistema INC, acostado à fl. 18 dos autos pelo próprio agente Fiscal Autuante;**
- b) ...o agente Autuante, sem traçar qualquer consideração .... junta aos autos novo levantamento**

*fiscal à fl. 38, estruturado, da mesma forma que o lançamento original, agora com o agravante de considerar créditos fiscais no lançamento, conforme se pode observar da coluna “CREDITO PRESUMIDO 8% (para SIMBAHIA), valores no montante de R\$172.406,07, ....aponta para um saldo remanescente de R\$193.956,83 de imposto (ICMS) a recolher, por omissão de saída de mercadorias tributadas, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito;*

- c) ... não se observa do levantamento fiscal ...qualquer informação de venda por “Cupom Fiscal – Redução Z”, muito menos por nota fiscal, ...intimação ao sujeito passivo arguindo a ausência de tais informações, nem tampouco qualquer informação de omissão de entrega de DMA, vez que, no regime de apuração do imposto por conta corrente fiscal, estaria obrigado o sujeito passivo a apresentar como obrigação acessória; bem assim, também, não tem informação, nos autos, de intimação nesse sentido ao Contribuinte Autuado;
- d) Pontuou que o recorrido com ... atividade econômica do Autuado, o “CNAE 5611203 – lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares” e o “CNAE 4724500 – comércio varejista de hortifrutigranjeiros”, ... seria o caso de se analisar a aplicação da proporcionalidade decorrente da comercialização de produtos abarcados pela substituição tributária, o que não se observa das peças processuais;

Nesta análise destacada acima, a JJF anulou sob tais argumentos e sustentou que os fatos apurados na presente autuação não foram conforme a legislação orienta, apesar da redução do valor autuado.

Em minha análise desta decisão de piso, observei:

- I) novamente os CDs, tanto na fl. 16 como na fl. 41, sendo confirmado que o recorrido não tinha todas as informações para exercer o seu direito de defesa quando fez as suas argumentações impugnativas;
- II) que o autuante não faz nenhuma ligação das operações feitas pelo contribuinte com os dados extraídos pelas informações dadas no relatório TEF;
- III) que não consta nos autos demonstração da proporcionalidade, bem destacada pelo relator de piso, pois através da atividade do contribuinte, se observa que o mesmo lida com mercadorias isentas e produtos abarcados pela ST;
- IV) o autuante não mostra como se chegou ao valor encontrado na autuação, pois ao verificar os demonstrativos, ainda deduziu crédito de 8% do SIMBAHIA, sendo que não sei ao certo se seria correta a devida dedução, pois a autuação fora por omissão de saída de mercadorias tributáveis levantadas por venda com pagamento em cartão de crédito/débito, em valor inferior, não sendo mais o contribuinte do regime do Simples Nacional;
- V) não consta intimação ao sujeito passivo arguindo a ausência da informação de omissão de entrega de DMA, como também venda com nota fiscal ou Cupom Fiscal – Redução Z, sendo preciso, para o regime de apuração do imposto por conta corrente fiscal, estando o autuante obrigado a intimá-lo a apresentar tais informações.

Assim, devido às várias incompatibilidades da autuação presentes no lançamento do crédito tributário, com fulcro no Art. 18, IV, “a” do RPAF/BA, fica evidente a nulidade do presente Auto de Infração, por não conter elementos suficientes para se determinar com segurança a infração cometida, consequentemente, o imposto lançado.

Peço à inspetoria de origem, juntamente com o autuante, que verifiquem a possibilidade de renovação do procedimento fiscal a salvo das falhas apontadas, devendo ser observado o prazo decadencial, nos termos do Art. 21 do RPAF/99.

Por tanto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto, devido às inconsistências

apontadas acima.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> 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 **203459.0003/19-0**, lavrado contra **BVC COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA**. Solicita a renovação do procedimento fiscal a salvo da falha apontada, observando-se o prazo decadencial.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2021.

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ RAIMUNDO OLIVEIRA PINHO - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS