

**PROCESSO** - A. I. Nº 206933.0002/11-0  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - PECCINI COMÉRCIO E SERVIÇO LTDA. (SOUND CENTER)  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0085-03/12  
**ORIGEM** - INFAS VAREJO  
**INTERNET** - 26.12.2012

**3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0072-13/12**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. O lançamento de crédito tributário é ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras do Direito, estipuladas nas leis e regulamentos, existem rotinas administrativas a serem observadas, visando à correção da atividade fiscalizadora. A ação fiscal foi desenvolvida com inobservância das rotinas e roteiros próprios da fiscalização para a específica ação fiscal. Não estão indicados quais os documentos fiscais que não teriam sido escriturados nos livros próprios. Além do mais não consta, nos autos, o critério adotado para determinação da base de cálculo. Esta situação cerceou o amplo direito de defesa do contribuinte. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 206.933.0002/11-0, lavrado em 20/06/2011 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$320.895,15 acrescido das multas de 70% e de 100%, por “Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente(s) do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios.” Período de outubro de 2009 a outubro de 2010.

Consta, no campo “Descrição dos fatos” do Auto de Infração: “*Omissão de saída de mercadoria por falta de lançamento nos devidos livros fiscais, conforme demonstrado nos papéis de trabalho, nas cópias do Livro de Saídas e do Livro Diário (meses de out-dez/2009 e de jan-mar/2010, a título de exemplo), todos anexados a este Auto de Infração.*”

À fl. 541 comprovante de entrega, ao sujeito passivo, de cópia dos demonstrativos fiscais e Relatórios TEF anexados ao Auto de Infração.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 546 a 557 e anexou documentos às fls. 558 a 668.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 672 a 676 mantendo a imputação.

O julgamento unânime em primeira instância declarou nulo o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0085-03/12, às fls. 680 a 684. Em seu voto assim se expressa a digna Relatora:

**VOTO**

*O Auto de Infração em lide é decorrente da acusação de omissão de saídas de mercadorias devido ao não lançamento de documentos fiscais nos livros fiscais próprios. Observo que na realidade, a imputação se refere à presunção legal de omissão de saídas tributadas prevista no art. 4º, §4º da Lei 7014/96.*

*Verifico que o sujeito passivo suscitou preliminares de nulidade. Inicialmente argüiu que a alusão a inúmeros*

dispositivos que não guardam correlação alguma com os fatos apontados na peça de acusação e sem referência que permitam identificá-los de forma clara, como exemplo: artigos 50 e 331 do RICMS/BA, sem citação a qualquer dos seus incisos e/ou parágrafos, cerceou seu direito de defesa. Afirma que na descrição dos fatos do Auto de Infração o fiscal informa que a irregularidade foi apurada a partir de uma “omissão de saída de mercadoria por falta de lançamento de documentos fiscais nos livros próprios, conforme demonstrado nos papéis de trabalho”, já o descrito na Infração 01 do lançamento fiscal reza que teria ocorrido “omissão de saídas de mercadorias decorrente do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios”. Diz que na verdade o autuante quis acusá-lo de omissão de saídas por presunção, conforme o enquadramento legal tipificado no Auto de Infração.

Analisando as preliminares arguidas, assim como os demonstrativos elaborados pelo autuante, os subsídios contidos na “descrição dos fatos” e na descrição da infração, além dos esclarecimentos trazidos na informação fiscal, verifico que existem inconsistências no levantamento realizado, o que torna a ação fiscal repleta de falhas insanáveis.

Observo que na forma como foi descrita a infração imputada ao contribuinte, a acusação é de falta de lançamento de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, entretanto, da análise dos demonstrativos elaborados pelo autuante, depreende-se que se trata de omissão de saídas por presunção legal, matéria tratada no §4º art. 4º da Lei 7.014/96.

Da análise dos elementos que compõem o PAF, vejo que o autuante fez o levantamento das operações mercantis da empresa a partir das operações realizadas com pagamento em cartão de crédito ou débito informado pelas administradoras. Para tanto, o fiscal relacionou as vendas informadas pelas administradoras de cartões constantes do Relatório Diário TEF e comparou com os lançamentos do livro Registro de Saídas e livro Diário do contribuinte. Aqueles valores que não estavam escriturados foram autuados sob a acusação de falta de lançamento nos livros fiscais.

A ação fiscal foi realizada sem observância das rotinas e roteiros próprios de fiscalização para a ação fiscal desenvolvida. Existem rotinas administrativas a serem observadas, visando a correção da atividade fiscalizadora.

O autuado possui como atividade econômica a comercialização de peças e equipamentos automotivos além da prestação de serviços na colocação destes equipamentos nos automóveis. É razoável que dentre os valores informados pelas administradoras de cartões e instituições financeiras existam receitas decorrentes da prestação de serviços além da venda de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária conforme alegado na defesa, desconsideradas na ação fiscal. O autuado deveria ter sido intimado para apresentar os documentos (notas fiscais e cupons) com a finalidade de compará-los com as informações prestadas pelas administradoras de cartões, o que não ocorreu. Estas falhas poderiam ser saneadas através de diligência fiscal.

Entretanto, vejo que a fiscalização elaborou demonstrativo com base nos valores diários informados pelas administradoras, desconsiderando possíveis documentos fiscais emitidos pelo sujeito passivo, o que torna os valores da base de cálculo e do imposto devido totalmente destoantes da realidade, não podendo ser corrigidos através da presente autuação, tendo em vista o disposto no art. 156 do RPAF/99.

Importante registrar que a disposição prevista no §4º do art. 4º da Lei 7.014/96, decorre da presunção de omissão de saídas anteriores, de mercadorias tributadas, sem registro na escrita fiscal, ou seja, o documento fiscal não existe. Ocorre que o preposto do Fisco acusa o contribuinte de ter emitido notas fiscais e deixado de registrá-las nos livros próprios, o que muda o fulcro da 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 comprehensível, onde seja indicado o método adotado pelo fisco, a fonte e demais dados necessários ao seu entendimento. Além do mais, fundamentada na legislação tributária. Isto pelo fato dela 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 a legislação tributária e da situação relatada, o presente Auto de Infração não pode subsistir devido a insegurança na qualificação das infrações e na quantificação da base de cálculo.

Em primeiro lugar, porque a autuação, embora descrita como a falta de omissão de saídas de mercadorias decorrente do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios conforme descrito no corpo do Auto de Infração, em nenhum momento o autuante aponta quais documentos seriam estes. De igual forma, 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.

Em segundo, porque não foi aplicada a auditoria de levantamento de vendas com pagamento de cartões de crédito, como tentou o autuado fazer entender quando de sua defesa. Caso aceito este argumento, se estaria mudando o fulcro de uma autuação que já nasceu com defeitos.

*Concluo desta forma, que 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.*

*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.”*

*Assim, a apuração equivocada da base de cálculo e dos períodos correspondentes aos valores imponíveis, bem como a ausência da necessária transparência nos papéis de trabalho acostados aos autos, implicam ofensa ao direito do contribuinte do exercício de ampla defesa, pela incerteza do que a ele esteja sendo imputado, acarretando a nulidade do Auto de Infração.*

*Ante o exposto, concluo após toda a análise acima colocada, que a existência defeituosa da acusação, bem como da 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, IV, “a”, do RPAF/99.*

*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.*

*Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.*

A Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da Decisão, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99.

**VOTO**

Trata-se de Recurso de Ofício interposto no sentido de modificar a Decisão da 1<sup>a</sup> Instância.

Não merece reparo a Decisão objeto do Recurso.

Verificando os dados deste processo constato que o Auto de Infração está acompanhado de demonstrativos do levantamento fiscal realizado e de dois “Anexos”.

O “Anexo I” (fls. 110 a 209) consiste em: da fl. 110 à fl. 145, cópia das páginas 01 a 34 do livro Registro de Saídas nº 004 do autuado, referentes aos meses de janeiro a dezembro/2009; às fls. 146 a 183, cópia das páginas 80 a 116 do Livro Diário nº 012 do mesmo contribuinte no qual consta, na cópia da fl. 0081 do Livro Diário (fl. 148 dos autos) o número do cupom fiscal (ECF) nº 0000006073, como tendo sido emitido em 01/10/2009, escriturado; às fls. 184 a 209, cópia do livro Registro de Apuração do ICMS nº 004 do autuado, meses de janeiro a dezembro/2009.

O “Anexo II” (fls. 210 a 539) consiste em cópia do Relatório Diário Operações TEF (Transferência Eletrônica de Fundos) 2009 e 2010; cópia do livro Registro de Saídas 2010; e do Livro Diário 2012.

Analizando detidamente os demonstrativos fiscais e demais documentos deste processo, em especial os neste voto mencionados, verifico que o Fisco acosta, às fls. 07 a 109, dois demonstrativos do levantamento fiscal realizado, ambos denominados “Omissão de saída – Livro Registro de Saídas X TEF”, referentes a 2009 e 2010 (fls. 07 a 109), com três colunas nominadas respectivamente de “Lançamentos no Livro RS (Anexo I)”; “TEF (Anexo II)”, e “ICMS Devido”, esta encimada e concluída com a identificação do mês a que se refere cada valor de ICMS apostado ao final desta mesma coluna.

Na coluna “Lançamento no Livro RS (Anexo I)” constam cinco subdivisões, cada uma respectivamente com o nº da folha do livro Registro de Saídas; números de cupons fiscais (ECF); dia, e valor contábil de cupons, a exemplo do cupom fiscal nº 6073 (fl. 07 dos autos), para o qual está indicada a data de 01/10/2009, fl. 0027 do Livro Registro de Saídas, e valor de R\$8.453,00.

Na coluna “TEF (Anexo II)” há duas subdivisões intituladas respectivamente de “Valor de Venda” e “Vendas não Lançadas no RS”, cujos valores monetários coincidem entre si.

Na linha correspondente ao número de cupom fiscal que mencionei acima, qual seja este o cupom fiscal de nº 6073, não há dados na coluna TEF.

Mas em seguida, na mesma coluna “TEF (Anexo II)”, há a citação de diversos valores de vendas, indicadas como não lançadas no livro Registro de Saídas, e que constato serem os mesmos valores que constam no Relatório Diário por Operações TEF relativo ao dia 01/10/2009, Relatório TEF este cuja cópia foi acostada pelo Fisco às fls. 299 e 300 dos autos deste PAF (volume II).

Ou seja, o Fisco transcreveu os valores das operações do autuado em que houve pagamento por meio de cartões de crédito/débito, e que são as operações que constituem o Relatório TEF, para a coluna “TEF” do seu demonstrativo intitulado “Omissão de Saída – Livro Registro de Saída X TEF”.

E assim procedendo, ao invés de realizar roteiro de auditoria destinado a verificar, e talvez até a comprovar, neste processo, que o contribuinte teria deixado de emitir documentos fiscais ao promover vendas tributáveis que teriam sido pagas por meio de cartão de crédito/débito, então o autuante imputou ao contribuinte, sem um demonstrativo fiscal que lhe desse base, a falta de registro de documentos fiscais referentes a saídas tributáveis, o que se fosse comprovado seria suficiente para uma procedente acusação de omissão de receitas tributáveis. Mas sem indicar quais seriam tais documentos fiscais não escriturados pelo contribuinte, a imputação resulta desconexa com o demonstrativo fiscal acostado ao processo.

Ou seja, na realidade o autuante confunde procedimentos fiscais referentes a roteiros diversos de auditoria fisco-contábil, e a acusação fiscal não se coaduna com os resultados indicados no Auto de Infração, restando impossível ao contribuinte, e a este Colegiado, afinal, definir de forma segura qual seria, de fato, o fundamento da autuação, até mesmo para efeito de apreciar o seu mérito.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para manter a Decisão recorrida, que julgou NULO o Auto de Infração.

Contudo, diante dos indícios constantes neste processo, recomendo nova ação fiscal sobre as operações que foram indicadas como tendo sido analisadas na ação fiscal, para a verificação da regularidade do cumprimento das obrigações tributárias pelo sujeito passivo, nos termos do artigo 156 do RPAF/99.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 206933.0002/11-0, lavrado contra **PECCINI COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. (SOUND CENTER)**. Recomenda-se a realização de nova ação fiscal, nos termos do artigo 156 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de novembro de 2012.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGF/PROFIS