

**A. I. N°** - 120208.0009/19-5  
**AUTUADO** - ANTONIO SERAFIM NETO  
**AUTUANTE** - IVAN DIAS DE SOUZA  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 26/01/2021

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0238-04/20-VD

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. O lançamento de crédito tributário é ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito, estipuladas nas leis e regulamentos, existem rotinas administrativas a serem observadas, visando à correção da atividade fiscalizadora. A autuação contém vício que afeta a sua eficácia. É nulo o procedimento que não contenha elementos suficientes para determinar, com precisão a infração apontada. Recomendado o refazimento do feito a salvo da falha apontada. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 23/09/2019, para exigência de ICMS no valor de R\$228.246,70, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento, nos prazos regulamentares a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

Na descrição dos fatos consta a seguinte informação: *“Em data, hora e local acima indicados, encerramos a fiscalização, em cumprimento a OS acima discriminada, tendo sido apurada(s) as seguinte(s) irregularidade(s): Exercícios de 2016, 2017 e 2018. Omissão de saída de mercadorias tributadas apurado das vendas com cartão de crédito/débito não contabilizadas. Apesar de intimado contribuinte não entregou a documentação fiscal solicitada. Estão anexos os Relatórios da DMA Consolidada, os Relatórios de Informações TED e as Relações de DAES dos anos de 2016, 2017, 2018 e 2019 que comprovam as vendas com cartão e nenhum pagamento de ICMS.”*

O autuado, em sua defesa às fls. 26 a 34, fala sobre a tempestividade da apresentação da mesma e após pede a nulidade das notificações, pois o demonstrativo elaborado pelo fiscal não condiz com o relatório emitido pelas operadoras dos cartões, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida.

Diz que conforme preconiza a legislação tributária deverá o auto de infração identificar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais dados por infringidos e capitular a penalidade. Tais requisitos tem como única e exclusiva finalidade assegurar ao autuado o direito constitucionalmente previsto da ampla defesa, pois, somente com preenchimento de todos os requisitos, permitirá a obtenção de informações seguras ao autuado, estas importantes para a elaboração de sua defesa.

Reafirma que a base de cálculo apurada no Auto de Infração é divergente do fornecido pelas operadoras dos cartões como segue:

Exercício	Fiscal	Empresa
2016	253.704,96	102.412,25
2017	612.181,78	197.612,23
2018	402.981,56	133.904,19

Acrescenta que também não foi observada a existência do pagamento do ICMS antecipado no período, gerando mais uma nulidade, corroborando as alegações de iliquidez e incerteza do Auto

de Infração.

Reafirma que a igualdade constitucional que previsional a plena defesa, faz ver que os lançamentos devem contar com a devida clareza, restando nulas as notificações, dado que deixa de informar as notas fiscais, emitentes e valores corretos, cerceando a plena defesa.

Assim, não possuindo as condições de executabilidade forense, onde a liquidez e certeza devem e precisam restar provados, resta nula a notificação, devendo ser reconhecida administrativamente, sob pena de vê-la decretada pelo Poder Judiciário. Para respaldar tal entendimento transcreve posicionamento da jurisprudência.

Informa que além da nulidade apontada, denota-se outra, pois as notificações não descrevem como deveriam a legislação aplicável na correção monetária, bem como juros utilizados para cálculo das multas delas advindas, acarretando em novo cerceamento de defesa.

Entende ser primordial a declaração de nulidade dos autos e consequente inexigibilidade das multas aplicadas. Se não assim for entendido pede a realização de diligência para a apuração dos reais valores exigidos.

No mérito, diz que o auto de infração traz, como fatos geradores, as seguintes descrições:

*“Omissão de saída de mercadorias deixando de pagar o imposto na forma e no prazo previstos na legislação tributária.*

*Infração: Artigo 55, parágrafo 1º inciso II da Lei 11580/96”*

Em seguida diz que a empresa é constituída no Estado da Bahia há vários anos, tendo destaque municipal na comercialização de produtos do lar, sempre cumprindo com suas obrigações fiscais. Destaca que durante vários anos e em várias revisões fiscais já ocorridas nunca foi alvo de autos de infração, sendo tal fato demonstrativo de suas qualidades empresariais.

Pede a suspensão da exigibilidade do tributo, conforme previsto no art. 151 do CTN cujo teor transcreveu.

Após informa que a notificada apesar de não ter recolhido o ICMS antecipado, não se creditou dos valores devidos ao referido imposto, portanto, não recolhendo e também não se creditando dos valores do ICMS, inexistente obrigação tributária, comprometendo assim a validade dos autos de infração.

Conclui que esta confusão tributária torna-se mais grave no presente caso, visto a preliminar arguida, e aos valores que incidiram sobre a obrigação principal, conforme razões que passará a expor.

Diz que as multas impostas são reveladoras da integral incapacidade de pagamento, quer pelo patrimônio empresarial, quer pelo patrimônio pessoal, enfatizando a prática, vedada pela Constituição Federal e ofensa aos direitos dos contribuintes e ainda, do consumidor.

Transcreve o teor do art. 150, inciso IV da Constituição Federal e assevera que conforme legislação atual o percentual a ser aplicado somente poderia ser de 2% sobre o valor corrigido e não no percentual indicado no auto de infração.

Assim, os autos de infração esbarram na inexistência de liame legislado entre os valores pretendidos e a exigência efetuada, devendo essa ausência de liame restar declarada judicialmente.

Copia a redação do artigo 630 do Decreto nº 33.118 de 14 de março de 1991 e comentários sobre o mesmo dos doutrinadores Orlando de Pilla Filho e João Roberto Parizatto, que concluem pela redução das penalidades, multas e juros, ao suportável pela capacidade contributiva.

Existindo cobrança a maior, os autos perdem requisitos da liquidez e certeza necessários para a configuração da obrigação tributária passível de cobrança, e restando impossível a manutenção dos gravames, devendo estes seguirem ao arquivo administrativo da repartição fazendária.

Em caso de entendimento contrário pede a elaboração de nova planilha contábil, expurgando-se a

capitalização, reduzindo as multas e juros incidentes sobre o principal aos índices preconizados em lei.

Finaliza pedido a nulidade das notificações pelos motivos expostos. Se assim não entendido solicita a realização de diligência a fim de apurar as informações por ele prestadas.

No mérito pede o recálculo do real valor devido expurgando-se ainda dos cálculos a capitalização e os demais acréscimos, intimando a notificada de todo o andamento do processo administrativo.

Na informação fiscal à fl. 105 afirma que o contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributadas ao não pagar ICMS nos exercícios de 2016, 2017 e 2018, com exceção da antecipação parcial no mês de abril de 2017 e que foi devidamente descontada do ICMS a pagar daquele mês constam dos Relatórios mensais de Informação TED (fls. 12, 13 e 14) e os valores pagos conforme Relação de DAES (fls. 15, 16, 17, 18), que mostra apenas a antecipação paga em abril/2017.

Informa que: *“na defesa o contribuinte enumera vários argumentos genéricos sobre a nulidade da autuação e diz que teve vários ICMSs antecipados pagos no período, sendo que as informações fiscais da SEFAZ/BA mostram apenas a antecipação parcial paga em abril/2014 e que foi devidamente abatida do montante de ICMS a pagar”*.

## VOTO

Inicialmente destaco que consta no Auto de Infração a seguinte irregularidade: *“Deixou de recolher o ICMS no (s) prazo (s) regulamentar (es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios”*, entretanto, de acordo com o contido no campo “Descrição dos Fatos” e papéis de trabalho, restou esclarecido tratar-se de *“Omissão de saída de mercadorias tributadas apurado das vendas com cartão de crédito/débito não contabilizadas. Apesar de intimado contribuinte não entregou a documentação fiscal solicitada. Estão anexos os Relatórios da DMA Consolidada, os Relatórios de Informações TED e as Relações de DAES dos anos de 2016, 2017, 2018 e 2019 que comprovam as vendas com cartão e nenhum pagamento de ICMS.”*

Tal ocorrência não trouxe qualquer prejuízo ao sujeito passivo, pois o mesmo compreendeu a infração que lhe estava sendo imputada tanto que na apresentação da defesa requereu a nulidade do lançamento de ofício, alegando que o demonstrativo elaborado pelo autuante não condiz com o emitido pelas administradoras dos cartões, o que no seu entender não configuraria a infração cometida. Como prova de sua assertiva apresenta planilha, denominada “Extrato Rede- Relatório de vendas-crédito, fls. 38 a 61, indicando valores aleatórios, consolidados por bandeira dos cartões.

Em relação a tal argumento constato através da análise dos documentos que compõe os autos, que os valores das vendas através de cartão débito/crédito considerados pela fiscalização coincidem com os informados nos Relatórios de Informações - TEF enviados pelas Administradoras de cartões de débito/crédito, conforme se observa através do comparativo entre o demonstrativo de fl. 08, que deu sustentação à acusação e os totais mensais informados pelas Administradoras de Cartões anexados às fls. 12 a 14, não podendo ser acatado os valores informados pelo sujeito passivo, pois desprovidos de qualquer comprovação.

Ressalto que os levantamentos elaborados pelo fisco são partes integrantes do Auto de Infração. Eles foram enviados ao contribuinte juntamente com os Relatórios de Informação TEF, via correios, conforme Aviso de Recebimento assinado pelo seu representante, fl. 23.

Entretanto, existe, uma outra questão, a ser analisada pois a confrontação para efeito de verificação da existência ou não da presunção de omissão de saídas no caso em tela, deve ser feita entre as informações repassadas pelas administradoras de cartões de débito e de crédito através dos “Relatório Diário Operações TEF”, onde consta o movimento detalhado das operações de vendas diárias com tais cartões, em cotejo com as informações constantes das Reduções Z extraídas dos equipamentos emissores de cupons fiscais do estabelecimento autuado, bem como

das notas fiscais de venda ao consumidor emitidas, em que a forma de pagamento seja feita por meio de cartões de crédito ou débito.

No caso presente a fiscalização baseou-se exclusivamente nas informações constantes nas DMAs consolidadas dos exercícios de 2017, 2018 e 2019, e como se sabe, em tais declarações não há o registro de valores de vendas com a especificação da forma de pagamento, se em espécie, cheque ou cartões de crédito ou de débito, não sendo possível assim, efetuar o confronto com os valores informados pelas administradoras.

O fato da DMA encontrar-se zerada não é prova suficiente para se configurar a presunção de omissão de saídas prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, pois como dito anteriormente, neste roteiro de auditoria o comparativo deve ser efetuado entre as informações contidas no referido Relatório e as vendas através de documentos fiscais emitidos pelo contribuinte através de cartão de crédito ou de débito.

Vale registrar que, nos termos da Súmula nº 01, editada pela Câmara Superior deste CONSEF, 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. Há, portanto nestes autos um vício jurídico substancial. Não se trata de questão “meramente” formal. A questão suscitada diz respeito à estrita legalidade do lançamento tributário, pois envolve a base de cálculo do tributo, não havendo certeza quanto ao valor do imposto a ser lançado.

Diante do exposto, o Auto de Infração é nulo, consoante determina o art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Assim, voto pela Nulidade do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **120208.0009/19-5**, lavrado contra **ANTONIO SERAFIM NETO**. Recomenda-se a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

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” 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.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de novembro de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR