

A. I. Nº - 120208.0010/19-3
AUTUADO - EDILENE FERREIRA LEAL
AUTUANTE - IVAN DIAS DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 26/01/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0251-04/20-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA QUANTO À CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO Vê-se da acusação se tratar de falta de recolhimento do ICMS, nos prazos regulamentares, referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, embasada, eminentemente, nas transposições de valores extraído dos “Relatórios de Informações TEF – Anual”, relativo às vendas com “Cartão de Débito/Credito”, sob a perspectiva de que não havendo informações de pagamento de ICMS, na base de dados da SEFAZ, apurado através da “Relação de DAE Anual”, no mesmo período das informações levantadas do Relatório TEF, justificaria a acusação de omissão de saídas de mercadorias tributadas apurado das vendas com cartão/débito obtido junto as instituições financeiras, **quando na realidade**, nessa situação, a legislação do Estado da Bahia **admite a cobrança do imposto**, acobertada, ainda, com outros elementos de prova, que não apenas os juntados nos autos, **por presunção de ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto consubstanciado no art. 4º, § 4º, VI, “a”, da Lei 7.104/96**, o que não ocorreu no presente processo administrativo fiscal. Encontra-se caracterizada nulidade insanável e absoluta na presente ação fiscal, por ter sido desenvolvido de forma incompatível com o estabelecido na legislação. Portanto, com fundamento no art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, dado a acusação não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração cometida, declaro nulo a autuação. Represento à autoridade fazendária competente para que determine a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, na forma do art. 21 do RPAF, caso entenda que há omissão de saídas de mercadorias tributadas apurado nas vendas com cartão de crédito/débito, observando o aspecto decadencial de constituição do crédito fiscal. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 04/10/2019, constitui crédito tributário no valor de R\$447.431,13, conforme demonstrativos acostados às fls. 09 dos autos, com documentos anexos, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 1 - 02.01.02: Deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamentar(es), ICMS referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, referente aos meses de janeiro a dezembro

dos anos de 2014, 2015, 2016 e 2017 na forma do demonstrativo de fls. 9/10 dos autos, com as informações extraídas dos “Relatórios da DAM Consolidado”, dos “Relatórios de Informações TEF – Anual” e das “Relação de DAEs” acostados às fls. 11 a 24 do presente PAF. Lançado ICMS no valor de R\$447.431,13, com enquadramento no art. 2º, inc. I e art. 32, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inc. I, § 6º, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, com multa aplicada na forma do art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo, às fls. 28/34 dos autos, apresenta defesa administrativa, na qual impugna o Auto de Infração em tela, conforme a seguir passo a expor:

Diz ser uma pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº 07.950.763/0001-42, com sede na av. São Cristóvão, nº 46 – São Cristóvão - Salvador/Bahia, que confere poderes aos seus procuradores conforme procuração anexa, vem “data vênia”, não se conformando com o Auto de Infração em epígrafe, impugnar todos seus termos, para tanto, a seguir, apresenta suas razões:

I. SÍNTESE DOS FATOS

Registra que os argumentos para lavratura do Auto de Infração vêm “relatados” no Termo de Encerramento e Intimação Fiscal impresso em (2) duas laudas, numeradas de 1 a 2, cuja base principal de argumentações a “ausência de recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, com base nos lançamentos na argumentação de ausência de SPED”

Diz, então, que o valor do auto está irregular, haja vista, que existem vários períodos alcançados pela decadência e outros que são apontados como isentos com base nos SPED apresentados. Pontua que, por erro material, fez alguns lançamentos em equivoco, e, portanto, nessa esteira e sem mais delongas vem tempestivamente questionar o que se segue.

II. RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO

A) O MONTANTE ENVOLVIDO NO LANÇAMENTO FISCAL.

Consigna que o montante lançado de ofício, segundo o demonstrativo consolidado de crédito tributário é imposto de R\$ 447.431,13

B) PRELIMINAR - ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO.

Requer a atribuição do efeito suspensivo ao recurso, na forma da Lei nº 7.629/99 (RPAF), por que há justo receio de prejuízo de difícil e incerta reparação a execução imediata e definitiva do crédito tributário. Cita o art. 151 do CTN.

Em seguida diz que o efeito suspensivo em questão, já está disciplinado na norma do RPAF, mais especificamente o art.169, que destaca. Mais adiante diz que a impugnação administrativa foi tratada pela primeira turma do STJ, conforme os termos descritos na peça de defesa de fls. 29/30 dos autos.

C) TEMPESTIVIDADE

Pontua que recebeu por correios e tomou ciência do presente no dia 08 de outubro de 2019, considerando que na contagem do prazo é excluído o dia do começo e incluído o dia final, o prazo somente iniciou no dia 09 de outubro de 2019, findando-se, portanto, em 07 de dezembro de 2019 (sábado), considerando que o termo final se deu em dia não útil o prazo deve ser prorrogado ao próximo dia útil subsequente, qual seja 09 de dezembro de 2019, logo não há dúvidas quanto à sua tempestividade, não havendo motivo para eventual inadmissão.

III. DO MERITO

• A - DA DECADÊNCIA

Diz que a presente impugnação deve prosperar, uma vez que parte do crédito tributário foi fulminado, pela decadência e nos termos do artigo 156, V, c/c artigo 174 “caput” do CTN, que descreve.

Após descrever o que significa a decadência, destacando ao final os termos do art. 173, incisos I e

II, parágrafo único do CTN, traz, também aos autos o enunciado da Súmula 555 do STJ, que diz ter sido editado com intuito de pacificar o entendimento.

No caso em tela, conforme se verifica dos autos, aduz que este fora lavrado no dia 04/10/2019, onde o fisco Estadual, enquadrando os períodos de 01/2014 à 09/2014, que estariam fulminados pela decadência.

Assim, diz que, para esse período, deve este relator extinguir o débito em comento.

• **B) ACERCA DA MULTA APLICADA E DA APURAÇÃO INDEVIDA**

Diz que é importante impugnar o enquadramento da multa, visto que, o impugnante sempre fez suas declarações fiscais, “*sem movimento*” em erro material, mas nunca deixou de declarar.

Pontua, então, que o auto de infração se equivoca no enquadramento legal e por esse motivo requer a modificação da aplicação da multa.

Registra que o artigo 42, III é genérico e não fez o enquadramento adequado com as alíneas. A base do auto de infração é tão somente as movimentações dos cartões de crédito, ocorre que nesse contexto não se vislumbra os custos operacionais e as despesas operacionais.

Diz que o auto de infração é cego nesse tocante, pois não aborda os livros de entrada e saída da operação do impugnante.

Nessa esteira, aduz que se verifica, através dos documentos que ora se junta, vários documentos reais que demonstram a real situação fiscal do contribuinte. Assim, aponta venda de produtos já tributados como bebidas, em que suas vendas estariam com ICMS já pagos, na sua entrada.

Nesse contexto, diz que é importante verificar e apurar o que realmente é devida, para não haver punibilidade do impugnante, no que realmente foi devido por este, nesse contexto segue jurisprudência desta casa, com o destaque da ementa do Acórdão CJF Nº 0258/10.

IV. A CONCLUSÃO

Diz que vem aduzir que se contrapõe aos débitos indicados no auto de infração, uma vez que há claramente ocorrência da decadência e do erro na aplicação da multa, bem como na isenção de alguns produtos conforme livros retificados que ora se junta.

Nesta linha, entende que houve pleno abuso na lavratura do presente auto de infração, posto que os valores devidos do crédito constituído ICMS estão em erro, conforme argumentação e documentação anexada.

Assim pede que o colendo julgador se digne em indeferir o Auto de Infração, em razão do todo exposto nessa defesa.

Por todo o exposto, aguarda

- a) que seja admitida e processada a impugnação com atribuição de efeito suspensivo;
- b) que seja julgado totalmente improcedente em parte o AI pelas razões antes exposta.

O autuante, em sua informação fiscal, à fl. 68 dos autos, assim expõe:

Diz que o Contribuinte Autuado omitiu a saída de mercadorias tributadas ao não pagar ICMS das vendas nos exercícios de 2014, 2015, 2016 e 2017.

Pontua que os valores a pagar constam dos Relatórios de Informações TEF destes exercícios anexos (pág. 15, 16, 17 e 18) e os valores pagos constam das Relações de DAE's anexas (pág. 19 a 24), onde mostram pagamentos de parcelamentos de exercícios anteriores a 2014.

Registra que o Contribuinte Autuado enumera vários argumentos genéricos sobre Decadência e Nulidade da autuação, sem contudo mostrar informações concreta sobre data e valores devidos.

Deste modo, diz manter na integralidade o Auto de Infração.

À fl. 69, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

A exigência tributária em discussão, no montante de R\$447.431,13, diz respeito a acusação de que o Contribuinte Autuado deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, referente aos meses de janeiro a dezembro dos anos de 2014, 2015, 2016 e 2017 na forma do demonstrativo de fls. 9/10 dos autos, dado as informações constantes dos “Relatórios da DMA Consolidada Anual” (fls. 11/14), dos “Relatórios de Informações TEF – Anual” (fls. 15/18), e das “Relação de DAEs Anual” (fls. 19/22), com enquadramento no art. 2º, inc. I e art. 32, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inc. I, § 6º, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa aplicada de 100% tipificada na forma do art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96.

Diferentemente dos termos da acusação fiscal, vê-se do demonstrativo de débito da autuação às fls. 9/10 dos autos, que sua constituição se dá pela transposição literal dos valores mensais levantados dos “Relatórios de Informações TEF – Anual” dos anos de 2014, 2015, 2016 e 2017 (fls. 15/18), relativo às vendas com “Cartão de Débito/Credito” onde, aplicando as alíquotas de 17% e 18%, conforme a ocorrência dos fatos geradores, e abatendo o imposto mensal pago, no caso em tela, nenhum valor informado no demonstrativo de débito de todos os anos levantado, apurou-se o “ICMS a Recolher” no montante de R\$447.431,13, por presunção de ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto no período fiscalizado, ou seja, no intervalo de 01/01/2014 a 31/12/2017.

Nessa situação, a legislação admite a cobrança do imposto por presunção de ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto consubstanciado no art. 4º, § 4º, VI, “a”, da Lei 7.104/96, abaixo transcrito, o que não ocorreu no presente processo administrativo fiscal.

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

a) instituições financeiras;

Vê-se, também, dos “Relatórios da DMA Consolidada Anual” (fls. 11/14), em 2014, saldo credor de R\$4.371,63 (fl.11); em 2015, saldo devedor de R\$7.884,68 (fl. 12); em 2016, saldo credor de R\$293,70; em 2017, saldo credor de R\$1.602,39. Por sua vez, vê-se, também, das “Relação de DAEs Anual” (fls. 19/22), acostados pelo próprio Fiscal Autuante, como papel de trabalho da Fiscalização, a ocorrência de pagamento de ICMS, em todos os anos do período da ação fiscal, com código de receita 1.802 (ICMS Parcelamento) e código de receita 1.983 (ICMS Parcelamento Cobrança Judicial), que, aliás, é ratificado pelo próprio Autuante, em sede de Informação Fiscal, porém sem traçar qualquer manifestação do motivo de não terem sido considerados no levantamento fiscal.

Têm-se, ainda, agora, das considerações de defesa, de que, o Contribuinte Autuado, pratica “vendas de produtos já tributados, como bebidas; e suas vendas estariam com ICMS já pagos na sua entrada”. Nessa situação, em quaisquer dos relatórios trazidos aos autos, pelo agente Fiscal Autuante, para fundamentar a autuação, vê-se a informação da atividade econômica do sujeito passivo – CNAE FISCAL: 5611201 – RESTAURANTES E SIMILARES – o que ratifica a proposição do sujeito passivo de vendas de produtos abarcados pelo regime da substituição tributária.

Posto, então, tais consideração, registro que, na dicção do art. 2º do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos pelos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal na forma a seguir destacada:

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito. (Grifos acrescidos)

Por sua vez, o parágrafo único do art. 142 do CTN (Lei nº 5.172/1966), vincula a atividade fiscal às normas estabelecidas pela legislação tributária vigente, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação ao efetuar o lançamento do crédito tributário.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. (Grifos acrescidos)

Destaco ainda que o art. 20 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, expressamente determina que a nulidade seja decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato. (Grifos acrescidos)

Assim, após a análise dos elementos que compõem o presente PAF, constato a existência de vícios jurídicos intransponíveis, relacionados à constituição do lançamento, que enseja a sua nulificação.

Primeiramente, vê-se da acusação se tratar de falta de recolhimento do ICMS, nos prazos regulamentares, referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, embasada, eminentemente, nas transposições de valores extraído dos “*Relatórios de Informações TEF – Anual*”, relativo às vendas com “*Cartão de Débito/Credito*”, sob a perspectiva de que não havendo informações de pagamento de ICMS, na base de dados da SEFAZ, apurado através da “*Relação de DAE Anual*”, no mesmo período das informações levantadas do Relatório TEF, justificaria a acusação de omissão de saídas de mercadorias tributadas apurado das vendas com cartão/débito obtido junto as instituições financeiras, **quando na realidade**, nessa situação, a legislação do Estado da Bahia **admite a cobrança do imposto**, acobertada, ainda, com outros elementos de prova, que não apenas os juntados nos autos, **por presunção de ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto consubstanciado no art. 4º, § 4º, VI, “a”, da Lei 7.104/96**, o que não ocorreu no presente processo administrativo fiscal.

Segundo, este Relator Julgador, em sede de instrução, compulsando o Sistema INC da SEFAZ, vê-se tratar, o sujeito passivo, de um contribuinte que possui como atividade principal e única o “*CNAE 5611201 - Restaurantes e similares*”, ratificando um dos destaque da peça de defesa, que diz tratar de um contribuinte que envolve operações de “*venda de produtos já tributados como bebidas, em que suas vendas estariam com ICMS já pagos, na sua entrada*”, em que, pelos papeis de trabalho do agente Fiscal Autuante, não foi levado em consideração na constituição do lançamento fiscal.

Por fim, vê-se do levantamento fiscal, que o agente Fiscal Autuante, simplesmente transportou os valores informados pelas instituições financeiras de vendas com “*Cartão de Débito/Credito*”, obtidas dos “*Relatórios de Informações TEF – Anual*”, relativo as informações mensais, aplicou a alíquota de 17% ou 18% de ICMS, vigente à época dos fatos geradores, e apontou, nos demonstrativos de fls. 9 e 10 dos autos, como “*ICMS À PAGAR*”, sem levar em consideração, no levantamento fiscal, as operações de vendas com “*Cartão de Débito/Credito*”, relativo aos produtos que já estariam com o ICMS já pagos na sua entrada, intrínseco dos contribuintes que possuem como atividade principal o “*CNAE 5611201 - Restaurantes e similares*”.

Neste contexto, poder-se-ia colocar o presente PAF em diligência nos termo do § 1º, do art. 18, do RPAF, a se corrigir o levantamento fiscal quanto, por exemplo, a observar as operações de vendas com “*Cartão de Débito/Credito*”, relativo aos produtos que já estariam com o ICMS já pagos na sua entrada, como arguido pelo sujeito passivo, todavia a se manter a autuação nos valores já apontado ou mesmo reduzindo, o enquadramento da infração por omissão de saídas de mercadorias tributadas apurado das vendas com cartão de débito/credito, pelos papeis de trabalho

acostado aos autos, não se poderia manter com a fundamentação no art. 2º, inc. I e art. 32, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inc. I, § 6º, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mas sim por presunção de ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto consubstanciado no art. 4º, § 4º, VI, “a”, da Lei 7.104/96, o que é vedado sua alteração no presente processo administrativo fiscal.

Concluo, portanto, que se encontra caracterizada nulidade insanável e absoluta na presente ação fiscal, por ter sido desenvolvido de forma incompatível com o estabelecido na legislação, a exemplo de flagrante insegurança na determinação da base de cálculo, além de não aplicação da proporcionalidade prevista na norma legal, haja vista que o contribuinte comprovante opera com mercadorias abarcadas pelo regime da substituição tributária, aliado ao fato da incompatibilidade da fundamentação com os papéis de trabalho que dão sustentação a autuação.

Manifesto, então, pela nulidade da Auto de Infração, com fundamento no art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, dado a acusação não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração cometida. Todavia, represento à autoridade fazendária competente para que determine a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas na forma do art. 21 do RPAF, caso entenda que há omissão de saídas de mercadorias tributadas apurado nas vendas com cartão de crédito/débito, observando o aspecto decadencial de constituição do crédito fiscal.

Do exposto, 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 **120208.0010/19-3**, lavrado contra **EDILENE FERREIRA LEAL**. Recomenda-se, à autoridade competente, que examine a possibilidade da instauração de procedimento fiscal, em fiscalização no estabelecimento, a salvo de falhas acima expostas.

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, 18 de novembro de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA