

PROCESSO - A. I. Nº 120208.0010/19-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - EDILENE FERREIRA LEAL
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0251-04/20-VD
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04/06/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0103-11/21-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 às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, embasada, eminentemente, nas transposições de valores extraídos 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, apurada das vendas com cartão/débito obtido junto às 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 nº 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 nula 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, apurada nas vendas com cartão de crédito/débito, observando o aspecto decadencial de constituição do crédito fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão de a decisão de piso ter julgado Nulo o Auto de Infração em lide, lavrado em 04/10/2019, o qual 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 Consolidada”, 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.

Após a devida instrução processual, a 4ª JJF assim decidiu:

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 papeis 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.

Nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

O presente Auto de Infração, imputa ao sujeito passivo o cometimento da seguinte ilícito fiscal:

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.

Inicialmente, informo que não merece qualquer reparo a decisão de piso.

Impende destacar, que a Junta de Julgamento Fiscal, em consulta ao Sistema INC da SEFAZ, verificou que o sujeito passivo é contribuinte que possui como atividade principal e única o “CNAE 5611201 - Restaurantes e similares”, cujas operações, dizem respeito à “venda de produtos já tributados como bebidas, em que suas vendas estariam com ICMS já pagos, na sua entrada”, não tendo a autuação levado em consideração tais operações na constituição do lançamento fiscal.

Assim, verificou-se que o autuante simplesmente transportou os valores informados pelas instituições financeiras de vendas com “Cartão de Débito/Credito”, obtidas dos “Relatórios de Informações TEF – Anual”, relativo às 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”,** que é o caso do contribuinte.

Restou superada a realização de diligência, tendo em vista que a se manter a autuação nos valores já apontados, ou mesmo reduzindo o enquadramento da infração por omissão de saídas de mercadorias tributadas, apurada 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 pelo próprio regulamento do processo administrativo.

Assim, outro caminho não poderia ter sido perquirido pelo julgador de piso, que não o reconhecimento da flagrante insegurança na autuação. Ademais, restou comprometida também a clareza na determinação da base de cálculo e a liquidez dos valores autuados, já que não foi aplicada a proporcionalidade prevista na norma legal, haja vista que o contribuinte opera com mercadorias abarcadas pelo regime da substituição tributária, razão pela qual, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Saliento à autoridade fazendária competente, para que determine a renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas, na forma do art. 21 do RPAF, caso verifique a existência de omissão de saídas de mercadorias tributadas, apurada nas vendas com cartão de crédito/débito, observando o aspecto decadencial de constituição do crédito fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **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.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de abril de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA - RELATORA

