

PROCESSO - A. I. Nº 232875.0011/18-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MERCADO MINE PREÇO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 4ª JJF nº 0244-04/20-VD
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/08/2021

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL.

ACÓRDÃO CJF Nº 0167-12/21-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, haja vista inexistir nos autos demonstrativo analítico da origem da apuração do débito. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício previsto no 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, impetrado pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0244-04/20, quando o montante da exoneração for superior a R\$ 200.000,00, haja vista que o crédito tributário original atualizado é de R\$ 356.927,91, sob as (fls. 131).

O Auto de Infração foi lavrado em 20/06/2018, constitui crédito tributário no valor de R\$ 153.338,70, acrescido da multa de 100%, tendo sido fiscalizado os exercícios de 2015 a 2017, sendo objeto do lançamento a seguinte acusação:

Infração 01 - 02.01.02. Deixou de recolher nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros próprios, nos meses de janeiro de 2015 a setembro de 2017. Multa aplicada de 100 %, prevista no art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96.

O presente Auto de Infração foi julgado Nulo em decisão unanime pela 4ª JJF em 10/11/2020 (fls.124 a 129), consoante exposto a seguir:

VOTO

“A acusação do presente Auto de Infração está assim posta:

“Deixou de recolher nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros próprios”.

Os fatos descritos foram enquadrados no artigo 2º, inciso I, e art. 32 da Lei 7.014/96 c/c art. 332, §6º do RICMS/BA, e aplicada a multa capitulada no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

O impugnante alega nulidade da ação fiscal por falta de certeza da base de cálculo para apuração do imposto, uma vez que o auto de infração apresenta **incorrekções** graves entre os valores relativos às operações comerciais do Contribuinte, apurados nos Relatórios de Informações TEF - Anual e a base de cálculo adotada para se achar o valor do ICMS supostamente devido.

Ao analisar o processo verifiquei que para fundar a acusação fiscal, foram anexados os seguintes documentos;

1. Relatório Resumo de Arquivo EFD/OIE, fl. 06;
2. Relatório de Informações TEF-Anual, operações ocorridas em 2015 e 2016, fl. 7,8 e 9;
3. Relatório da DMA Consolidada – 2015 e 2016, fls. 11ª a 13;

Assim, os papéis de trabalho anexados aos autos, leva a crer que a auditoria se refere à presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas 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/débito. Portanto, não condiz com a acusação fiscal, gerando uma insegurança quanto à ocorrência da infração que foi atribuída ao sujeito passivo.

Esse fundamento, só por si, é suficiente para a decretação da nulidade do lançamento, em virtude da inexistência de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração dela objeto. Mais existe, ainda, uma outra questão, igualmente relevante, que reforça a nulidade do lançamento. Admitindo-se tratar-se da presunção de omissão de saídas de mercadorias acima mencionada, necessário se faz a existência de demonstrativos analíticos explicitando mensalmente o confronto entre as documentações fiscais emitidas para as vendas efetuadas por meio de cartão de crédito ou de débito e as operações informadas pelas financeiras e administradoras de cartões, através de Relatório Diário de opções - TEF que resultaram nas omissões.

Por esta razão está Junta de julgamento fiscal converteu o processo em diligência para que o autuante esclarecesse e demonstrasse quais as operações que foram objeto do presente lançamento, anexando ao PAF demonstrativos sintéticos e analíticos. Caso a irregularidade fosse a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, anexasse cópias dos Relatórios Diários de Operações-TEF.

Ocorre que o autuante no cumprimento da diligência não anexou quaisquer demonstrativos, seja ele sintético ou analítico, apenas inseriu no CD de fl. 105 cópias do Relatório Diário de Operações -TEF.

Da análise do referido relatório observo que, mesmo admitindo-se que o sujeito passivo não tenha emitido qualquer documento fiscal na modalidade de pagamento através de cartão de débito ou crédito, os valores da base de cálculo consideradas para a apuração do imposto são superiores aos totais mensais informados nos Relatórios TEF, permanecendo assim a incerteza em relação à constituição da base de cálculo.

Para ilustração apresento os dados relativos ao exercício de 2015, ressaltando que situação idêntica ocorreu nos demais exercícios.

DATA	B. CÁLCULO	TEF
jan/15	29.267,94	27.641,94
fev/15	29.459,35	27.822,74
mar/15	28021,53	26.464,80
abr/15	29.110,12	27.492,91
mai/15	30.371,88	28.684,56
jun/15	27.053,06	25.550,09
jul/15	29.336,94	27.707,12
ago/15	27.607,24	27.073,51
set/15	27.532,82	26.003,23
out/15	29.365,71	27.734,27
nov/15	31.509,29	29.758,79
dez/15	3.486,94	1.626,53

Além das irregularidades apontadas, a informação prestada pelo autuante de que os argumentos defensivos: “carecem de substancia para anular a prova material evidenciada pela falta de apresentação de documentos comprobatório do retorno ao SIMPLES NACIONAL no período 31/01/2015 a 31/1/2017, motivo da autuação, e “o contribuinte não apresentou documentos que comprovam a entrega das EFDs”, gerou incerteza em relação a infração cometida, já que, apesar de ter sido solicitado por esta Junta de Julgamento Fiscal não foi trazido aos autos comprovação de que foram tomadas as providências formais relativas ao desenquadramento do Simples Nacional, previstas nos artigos 326 e 327 do RICMS/12, aliado ao fato de que, à falta de entrega da EFD, 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 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.”

Como a redução do crédito tributário for superior ao limite fixado, com fulcro no art. 169, I, “a” do RPAF/BA aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, a 4ª JJF recorreu de ofício da própria decisão, contida no Acórdão nº 0244-04/20-VD.

Registra-se a presença na sessão de julgamento do advogado do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sr. Marcos Vinícius Santos de Assunção - OAB/BA nº 33.268.

É relatório.

VOTO

Observo que a decisão da 4ª JJF (Acórdão JJF nº 0244-04/20) desonerou o sujeito passivo, extinguindo o crédito tributário lançado de R\$ 356.927,91 (em valores atualizados a data do julgamento) fato este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

O presente feito demanda analisar se agiu com acerto a 4ª JJF ao julgar Nulo o lançamento de ofício como um todo, por considerar que este não contém elementos suficientes, para se determinar com segurança jurídica a infração imputada ao autuado.

Consta-se dos autos a seguinte acusação imposta pela autuação: *“Deixou de recolher nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos livros próprios”*.

O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento pela nulidade da ação fiscal sob as fls. 17 a 24 e reitera em manifestação fiscal sob as fls.112 a 114, alegando que o autuante utilizou de base de cálculos incorretas para apuração do imposto.

Neste sentido discorreu da divergência dos valores Apurados nos Relatórios de Apuração TEF Anual e a base de cálculo utilizada para mensurar o valor do ICMS, supostamente devido.

Constata-se que, a recorrente não fez a escrituração EFD durante o período da autuação e recolheu os tributos com base no faturamento pelo Simples Nacional, conforme demonstra os recolhimentos sob as fls. 30 a 78.

Verifica-se que os autos do PAF foram remetidos ao autuante para informação fiscal conforme disposto no art. 127 do RPAF/99. O autuante presta a informação fiscal sob as fls.88, sem manifestar sobre as alegações defensivas, mantendo a autuação com a seguinte afirmação:

“O contribuinte apresentou defesa tempestiva, embora de caráter protelatório, pois os argumentos ali contidos carecem de substancia para anular a prova material evidenciada pela falta de apresentação de documento comprobatório do retorno ao SIMPLES NACIONAL no período 31/01/2015 a 31/12/2017, motivo da autuação.

O contribuinte não apresentou documentos que comprovam a entrega das EFDs”

Em 21.05.2019, na assentada de julgamento a 4ª JJF, converteu o processo em diligência ao autuante solicitado as seguintes providências:

- a) Que informasse, se foram tomadas as providencias formais em relação ao desenquadramento do Simples Nacional, prevista nos artigos 326 e 327 do RICMS/12, com as devidas comprovações;
- b) Que esclarecesse e demonstrasse quais operações foram objetos do presente lançamento, anexando ao PAF demonstrativos sintéticos e analíticos;
- c) Caso a irregularidade se presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de vendas com pagamentos efetuados com cartão de crédito ou debito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, fosse anexado a informação fiscal cópias dos Relatórios Diários de Operações – TEF.

Examinando os autos do processo, verifica-se que em cumprimento a diligência fiscal da JJF, sob as fls. 101 a 102 e contrarrazões sob as fls.116 e 117, o autuante se manifestou nos autos do processo, reiterando as informações prestadas na informação fiscal sem apresentar elementos que pudesse elucidar os questionamentos na JJF conforme vejamos:

- a) Não comprovou se foram tomadas as providências formais relativas ao desenquadramento do Simples Nacional, previstas nos artigos 326 e 327 do RICMS/12, em razão da falta de entrega da EFD, não se prova suficiente para se configurar a presunção de omissão de saídas prevista no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96;
- b) Não apresentou nenhum demonstrativo analítico ou sintético para elucidar as dúvidas em relação as operações que foram o objeto do lançamento;
- c) Não apresentou nenhum demonstrativo analítico ou sintético para elidir as dúvidas em relação a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de venda em valor inferior ao fornecido por instituição financeira ou administradora de cartão de credito, via relatório diário do TEF. O autuante apenas anexou um CD, em meio magnético com mais

de 20.000 linhas a serem impressas.

Da análise do referido relatório, observo que, mesmo admitindo-se que o sujeito passivo não tenha emitido qualquer documento fiscal na modalidade de pagamento através de cartão de débito ou crédito, os valores da base de cálculo consideradas para a apuração do imposto são superiores aos totais mensais informados nos Relatórios TEF, permanecendo assim a incerteza em relação à constituição da base de cálculo.

Para um melhor entendimento, observa-se na ilustração apresentada pela JJF no exercício de 2015, ficou evidenciado divergências em comparação base de cálculo x TEF.

<i>DATA</i>	<i>B. CÁLCULO</i>	<i>TEF</i>
<i>jan/15</i>	<i>29.267,94</i>	<i>27.641,94</i>
<i>fev/15</i>	<i>29.459,35</i>	<i>27.822,74</i>
<i>mar/15</i>	<i>28.021,53</i>	<i>26.464,80</i>
<i>abr/15</i>	<i>29.110,12</i>	<i>27.492,91</i>
<i>mai/15</i>	<i>30.371,88</i>	<i>28.684,56</i>
<i>jun/15</i>	<i>27.053,06</i>	<i>25.550,09</i>
<i>jul/15</i>	<i>29.336,94</i>	<i>27.707,12</i>
<i>ago/15</i>	<i>27.607,24</i>	<i>27.073,51</i>
Total	230.280,53	218.437,67

Verifica-se que as irregularidades apontadas na autuação não foram comprovadas pelo autuante em sede de informação fiscal, bem como, nas informações solicitadas pela diligência fiscal da JJF.

Confirma-se, portanto, que a acusação fiscal não tem segurança nas razões de fato que fundamentaram a sua lavratura, devido a inexistência de elementos suficientes para se determinar, com certeza, o objeto da infração.

Resta comprovado o vício substancial decorrente da insegurança quanto ao objeto da autuação, com amparo nos artigos 39, III e IV, “b” e 41 do RPAF/99.

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.

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

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

Diante de tais considerações, decido pela manutenção da decisão de Piso.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **232875.0011/18-1**, lavrado contra **MERCADO MINI PREÇO LTDA**. Recomenda-se a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, em 14 de junho de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS -PRESIDENTE

ANTÔNIO DIJALMA LEMOS BARRETO - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS