

PROCESSO - A. I. Nº 120208.0009/19-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ANTÔNIO SERAFIM NETO
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0238-04/20-VD
ORIGEM - INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/09/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0225-12/21-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DAS VENDAS NÃO CONTABILIZADAS. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão da 4ª JJF, que julgou Nulo o Auto de Infração em lide, 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, de 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 apresentado em sua defesa às fls. 26 a 34. Prestada informação fiscal à fl. 105. A JJF decidiu pela Nulidade do Auto de Infração nos termos abaixo:

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 comprehensiva, 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.

A JJF, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “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.

VOTO

Observo que se trata de Recurso de Ofício cabível, visando a reanálise do julgamento, tendo em vista a 4ª JJF, através do **Acórdão 4ª JJF nº 0238-04/20-VD**, ter desonerado totalmente, votando pela Nulidade do presente Auto de Infração.

De início, verifico que a decisão de piso negou a nulidade suscitada, de que “*o demonstrativo elaborado pelo auente não condiz com o emitido pelas administradoras dos cartões, o que ... não configuraria a infração cometida*”. Observa-se a descrição da infração, a descrição dos fatos e papéis de trabalho destacam-se que:

Infração cometida: “*Deixou de recolher o ICMS no (s) prazo (s) regulamentar (es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios*”; **Descrição dos Fatos:** “*Omissão de saída de mercadorias tributadas apurado das vendas com cartão de crédito/débito não contabilizadas*”; **Papéis de Trabalho:** “*os Relatórios da DMA Consolidada, os Relatórios de Informações TED [TEF] e as Relações de DAEs dos anos de 2016, 2017, 2018 e 2019*”, onde disse que comprovam a demonstração das vendas com cartão, e nenhum pagamento de ICMS.

Vejo que o contribuinte pode até ter compreendido o que estava sendo imputado a ele, no entanto, tanto a descrição dos fatos, como os papéis de trabalho, já demonstram, de início, que não tinha nada a ver com a infração imputada ao sujeito passivo. Verifico também, que o

contribuinte, em sua defesa apresentada, anexou “*Extrato Rede- Relatório de vendas-crédito, fls. 38 a 61*”, no qual fora indicados valores aleatórios, consolidados por bandeira dos cartões, uma forma de demonstração até válida, pois somando uma bandeira com cada mês da bandeira respectiva, já poderia verificar razão ao contribuinte ou não, pois verificando na fl. 12 (Relatório TEF), do Auto de Infração, é comprovado com a fl. 38 da defesa, para o exercício de 2017, como a composição de piso disse que tal argumentação de nulidade não se comprova, ultrapassou a nulidade.

A JJF motivou a negação dessa nulidade, dizendo que “*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*”.

E 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*”.

A nulidade que fora acolhida, que no meu entender está devidamente relacionada à nulidade suscitada pelo ora recorrido, que fora descrita acima, de que “*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*”.

Essa argumentação trazida pela JJF é bastante resignadora, pois está evidenciado em seus demonstrativos, que a fiscalização se baseou para apuração da autuação “*exclusivamente nas informações constantes nas DMAs consolidadas dos exercícios de 2017, 2018 e 2019*”, sabe-se e Junta também que “*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*”, o qual não é possível efetuar o confronto com os valores informados pelas administradoras.

Dos exames dos autos, após a impugnação, manifestação do autuado (fls. 26 a 34), assim como nas informações fiscais apensadas fl. 63, nota que argumentando que as transações foram por omissão de saída de mercadorias tributadas, com exceção do recolhimento parcial feito no mês de abril/2017, e que foi devidamente descontada pelo FISCO, do ICMS do mês, efetuados por meio de cupons fiscais emitidos, cupons de administradoras de cartões de crédito/débito não contabilizados, sem detalhamento.

Ressalto que estão anexados os Relatórios da DMA Consolidada, os Relatórios TEF e as relações de DAE,s dos exercícios de 2016, 2017 e 2018, que comprovam as vendas com cartão de crédito, e falta de cancelamento demonstrando a presunção de emissão e operações tributadas pelo ICMS, a título de omissão de saídas, com base na determinação do art. 4º, § 4º, “b” Lei nº 7.014/96.

Importante registrar, que a carta magna provisiona plena defesa, que os lançamentos devem constar com a devida clareza da autuação, e os argumentos oferecidos pelo autuante, pois tem que estar devidamente vinculado à descrição dos fatos da autuação, caso contrário, não estejam estes procedimentos clarificados nos autos, há cerceamento da defesa do contribuinte, restando nulas as notificações onde não descrevem conforme a legislação aplicável.

Como se vê, não merece reparo a Decisão recorrida, pois as informações trazidas pelo autuante não têm como comprovar o confronto do que fora pago ou não, pois a DMA não traz esta

demonstração das vendas com cartão de crédito/débito ou em dinheiro, esse demonstrativo fiscal só dar para visualizar o valor consolidado (dinheiro e cartão). Também não oferecem meios que possam ser utilizados com segurança, em termos de convicção de julgamento, corroborando com a colenda JJF, nos termos da Súmula nº 01, editada pela Câmara Superior deste CONSEF. Portanto, torna-se nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e comprehensiva para prosseguimento dos autos.

Constatou a necessidade de renovação da ação fiscal, ante comprovada ocorrência de vício insanável, diante da ausência da formalidade essencial acima mencionada, que resultou na nulidade do lançamento de ofício, em estrita consonância com o artigo 18, IV, "a" do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o qual prevê tal medida, quando o lançamento não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Concluo, que o Auto de Infração é nulo em face da existência de vício insanável, uma vez que na hipótese *sub examine*, não há possibilidade de aproveitamento do ato praticado na sua plenitude, o que fulmina o próprio lançamento de ofício, pelo que represento à autoridade fiscal competente para instaurar novo procedimento fiscal, a salvo da aludida falha.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto, devendo ser mantida a decisão de piso na sua integra.

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 **120208.0009/19-5**, lavrado contra **ANTÔNIO SERAFIM NETO**. Recomenda-se à autoridade competente, que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de julho de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO OLIVEIRA PINHO - RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS