

PROCESSO	- A. I. Nº 2692830004/20-4
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- R&M CONQUISTA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0123-04/21-VD
ORIGEM	- INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 23/02/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0399-12/21-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 a 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

Cuidam os presentes autos, de Recurso de Ofício interposto pela 4ª JJF, que julgou pela Nulidade do presente Auto de Infração, lavrado em 23/03/2020, para exigência de ICMS no valor de R\$ 137.077,45, 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: “*Falta de recolhimento de ICMS em saídas de mercadorias tributadas apurado mediante levantamento das informações constantes no Relatório de Informações TEF-Transferências Eletrônica de Fundos. Não foram lançadas quaisquer notas fiscais de saídas de mercadorias na EFD, logo as saídas tributadas apuradas mediante relatório das operações TEF precisa ser cobrada através do presente Auto. Foi calculado o percentual das mercadorias tributadas comercializadas pelo estabelecimento mediante levantamento da proporcionalidade entre as entradas de mercadorias tributadas e não tributadas. Foi compensado o ICMS – Normal pago através de DAE, bem como os valores pagos através de PAFs - Débito Declarado*”.

O autuado apresenta sua defesa às fls. 19. O autuante ao prestar a Informação Fiscal, fl. 32. Após as intervenções das partes a JJF decidiu pela seguinte decisão:

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 não escrituradas nos livros fiscais próprios.”.

Os fatos descritos foram enquadrados no artigo 2º, inciso I, e art. 32 da Lei nº 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.

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

1. Relatório Diário Operações TEF;
2. Planilha denominada ICMS NÃO RECOLHIDO – OPERAÇÕES TEF;
3. Percentual das Entradas Tributadas;

Assim, os papéis de trabalho anexados aos autos, e informações complementares inseridas no Auto de infração, 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.

Mas 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.

No caso presente, a fiscalização, sob a justificativa de que não foram informadas quaisquer notas fiscais de saídas de mercadorias na EFD, exigiu o imposto sobre o total informado no Relatório Diário de opções – TEF, após aplicar a proporcionalidade das mercadorias tributadas normalmente adquiridas durante o período fiscalizado, além de deduzir o ICMS Normal recolhido através de DAEs e valores pagos através de PAFs - Débito Declarado.

Ressalto, que o fato de inexistir na EFD informações relativas às saídas, 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. Também não deve ser abatido quaisquer valores recolhidos a título de ICMS Normal e Débito Declarado, como procedeu o autuante, pois tais pagamentos, dizem respeito a operações declaradas pelo contribuinte.

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 à sua apuração, assim como o 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 à 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 0123-04/21-VD**, ter desonerado totalmente, votando pela Nulidade do presente Auto de Infração.

De início, verifico que a decisão de piso acolheu a nulidade suscitada devido ao “demonstrativo elaborado pelo autuante não condiz com os papéis de trabalho anexados aos autos, e informações complementares inseridas no Auto de infração, leva a crer que a auditoria se refere à presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis”, previstas no art. 4º § 4º da Lei nº 7.014/96, 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. Examinando a descrição da infração, dos fatos e papéis de trabalho, foi confirmado que não condiz com a acusação fiscal, causando insegurança quanto à ocorrência da infração.

Dos exames dos autos, o recorrido, em sua defesa, às fls. 19 e 20, questiona a duplicação de lançamentos declarados em DMAs nos meses de julho a dezembro de 2019. Na informação fiscal apensada à fl. 63, confirma que o ICMS não recolhido de operações TEF referentes ao exercício de 2019, sendo que a JJF em sua decisão, ratifica pela “nulidade do lançamento. Admitindo-se tratar-se da presunção de omissão de saídas de mercadorias..., 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”.

Segundo a relatora de piso, a nulidade ficou evidente quando do seu exame e das informações dadas nos autos, e na informação fiscal foi possível verificar que o fato de inexistir na EFD informações relativas às saídas, não comprova a configuração de 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. Também não deve ser abatido quaisquer valores recolhidos a título de ICMS Normal e Débito Declarado, como procedeu o autuante, pois tais pagamentos, dizem respeito a operações declaradas pelo contribuinte”.

Como se vê, não merece reparo a Decisão recorrida, pois as informações trazidas pelo autuante se apresentam de maneira bastante sucinta, e não oferecem meios que possam ser utilizados com segurança em termos de convicção do julgamento, onde “Deixou de recolher o ICMS no (s) prazo (s) regulamentar (es) referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Os fatos descritos foram enquadrados no artigo 2º, inciso I, e art. 32 da Lei nº 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”.

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

Constatou a necessidade de renovação da ação fiscal, ante à 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, registrando, porém, os termos da Súmula nº 01 da Câmara Superior deste CONSEF, que 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 na sua plenitude do ato praticado, 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 2692830004/20-4, lavrado contra **R&M CONQUISTA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI**. 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, 14 de dezembro de 2021.

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ RAIMUNDO OLIVEIRA PINHO - RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS