

A. I. Nº - 269283.0004/20-4
AUTUADO - R&M CONQUISTA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI
AUTUANTE - DILSON MILTON DA SILVEIRA FILHO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 31/08/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0123-04/21-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. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, foi 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 a 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, em sua defesa às fls. 19 após transcrever a infração e respectivo demonstrativo de débito assevera que no auto referenciado foi apresentada uma planilha não deduzindo os Débitos declarados em DMAs, nos meses de julho a dezembro de 2019, ficando assim duplicadas as exigências, e requer a retificação do auto.

O autuante ao prestar a Informação Fiscal, fl. 32 diz que na planilha por ele elaborada informou os valores corretos na coluna ‘ICMS EM PAFs (DEBITO DECLARADO), referentes aos meses de julho a dezembro de 2019, contudo, por equívoco da fórmula tais valores não foram deduzidos para o cálculo final da “DIFERENÇA DE ICMS”.

Apresenta novo demonstrativo de débito deduzindo os referidos valores, alterando o valor da infração para R\$105.598,31.

O autuado foi cientificado, porém não se manifestou.

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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **269283.0004/20-4**, 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.

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, 23 de junho de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR