

A. I. N.º - 293575.0903/08-3
AUTUADO - ARTEZ ANDRADE OLIVEIRA
AUTUANTE - TELESSON NEVES TELES
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 30. 09. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0270-01/10

EMENTA: ICMS. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO POR ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. É nulo o lançamento fiscal, pois lavrado em desacordo com o disposto no art. 39, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99, tendo em vista que o método de apuração do modo como conduzido pelo fisco se mostrou prejudicial ao sujeito ativo, não podendo ser objeto de correção por meio de diligência. Acresça-se que os procedimentos relativos às exigências de ICMS decorrentes de presunção legal não foram estabelecidos pelo órgão gestor do Simples Nacional, o que torna o lançamento atinente ao período de julho a dezembro de 2007 invalidado. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 30/09/2008, foi atribuída ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS, em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento efetuado através de cartão de crédito ou de débito em valor inferior àquele fornecido por instituições financeiras e administradoras dos referidos cartões, no exercício de 2007, exigindo imposto no valor de R\$10.104,20, acrescido da multa de 70%.

O autuado apresentou impugnação à fl. 16, salientando que trata-se de microempresa, razão pela qual está subordinado a um regime tributário diferenciado, enquanto que o autuante aplicou uma alíquota de 17% sobre o valor de R\$59.436,47. Ressalta que não foi observada a DME [declaração de movimento econômico de microempresa e empresa de pequeno porte] retificadora transmitida em 19/08/2008 (fls. 17 e 18), significando que não houve omissão de receitas e sim um débito perante o Estado no montante de R\$2.377,46, que corresponde à alíquota de 4% sobre o valor total das saídas de R\$59.436,47, o qual não foi recolhido por se encontrar enfrentando dificuldades extremas, até mesmo para pagar a importância relativa aos 10% da inicial do parcelamento.

Requer que seja feita uma análise criteriosa do quanto alegado.

O autuante prestou Informação Fiscal à fl. 22, salientando que pelo teor da defesa apresentada, não ficou claro se o impugnante requer a improcedência total ou parcial do Auto de Infração, uma vez que argumenta que o procedimento adotado não é aplicável ao caso, tendo em vista estar enquadrado no SimBahia.

Ressalta que, no entanto, nem o procedimento nem o valor da base de correspondem com aqueles que geraram a autuação (fl. 07), onde se aplicou alíquota de 17% sobre a omissão de saídas, porém foi concedido o

junho de 2007, sendo que a base de cálculo foi de R\$77.492,23 e não o valor indicado pelo contribuinte, de R\$59.436,47.

Quanto à DME retificadora, aduz que a mesma foi enviada durante a ação fiscal, em 19/08/2008, não podendo, por essa razão, gerar os efeitos pretendidos. Acrescenta que o autuado deveria ter apresentado um demonstrativo com a relação analítica das vendas efetuadas, o que não foi feito. Afirma que tendo em vista que o contribuinte não apresentou provas em seu favor, a autuação deve ser integralmente mantida.

Considerando que não tinha sido fornecido ao autuado o Relatório Diário de Operações TEF, a Coordenação Administrativa do CONSEF encaminhou o processo à Repartição Fiscal de origem (fl. 24), solicitando que fosse entregue ao contribuinte o mencionado relatório, quando deveria ser reaberto o seu prazo de defesa em 30 (trinta) dias. Caso fosse apresentada nova defesa, o autuante deveria produzir informação fiscal a respeito.

Em conformidade com os documentos de fls. 26 a 31, o autuado foi intimado, inclusive por meio de edital publicado no Diário Oficial do Estado, para comparecer à Inspetoria Fazendária, para receber os Relatórios TEF, quando seria reaberto o seu prazo de defesa, não constando dos autos, entretanto, que ele atendeu à intimação.

VOTO

Observo que através do Auto de Infração em lide foi imputada ao contribuinte a falta de recolhimento do ICMS em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento efetuado através de cartão de crédito ou de débito em valor inferior àquele fornecido por instituições financeiras e administradoras dos referidos cartões.

Verifico, entretanto, que o presente lançamento contém vícios formais, que se mostram insanáveis, razão pela qual não adentrarei no mérito da imputação atribuída ao sujeito passivo. Em primeiro lugar, muito embora as informações recebidas pela Secretaria da Fazenda, por meio das administradoras de cartões de crédito e de débito, assim como das instituições financeiras, contenham os lançamentos referentes a todas as operações individualizadas realizadas pelo contribuinte, bem como a sua condensação mês a mês, o que possibilita que o levantamento seja realizado de forma mensal, a fiscalização elaborou o demonstrativo correspondente (fl. 07) em base anual, consignando no Auto de Infração como data de ocorrência o último dia do exercício fiscalizado.

Ademais, enquanto o autuante realizou o levantamento, comparando o valor total das operações atinentes ao exercício, contido no Relatório TEF-Anual, com o volume das saídas informado pelo contribuinte na DME (declaração de movimento econômico de microempresa e empresa de pequeno porte), o procedimento determinado para estes casos prevê que sejam cotejados os valores correspondentes a cada período de ocorrência com os documentos fiscais (notas fiscais e cupons fiscais) emitidos no mesmo mês e que se refiram às operações de venda por meio dos referidos cartões.

Deste modo, como os documentos que geraram a exigência tributária permitem que o levantamento do débito seja realizado por período mensal, não se pode aplicar ao presente caso as disposições contidas no § 2º do art. 39 do RPAF/99, como efetivado pela fiscalização, que considerou o tributo como devido no último mês do período fiscalizado. Certamente pretendeu o legislador preservar o direito do Estado, ao estabelecer no mencionado dispositivo que apenas nos casos nos quais não fosse possível discriminar o débito por períodos mensais, o tributo deveria ser considerado como devido no último mês do período fiscalizado. Porém não foi este o caso do levantamento conduzido pela fiscalização.

Considerando que esse método de apuração implica em prejuízo à F vista que essa incorreção contraria o disposto no art. 39, inciso IV, alí

ser sanada por meio de diligência, não sendo possível, deste modo, se aplicar a hipótese do § 1º do art. 18 do mesmo diploma legal. Assim, a autuação não prospera, por inobservância do devido processo legal e por apresentar vício insanável. Realço que nesse sentido vem decidindo o CONSEF, a exemplo dos Acórdãos JJF nº 0145-04/04, JJF nº 0101-03/07, CJF nº 0634-11/03, CJF nº 0649-11/03, CJF nº 0686-11/03 e CJF nº 0194-11/04. Realço que tais falhas já se constituem em motivo bastante para que a presente decisão resulte na nulidade da autuação.

Uma segunda falha, que também se mostra insanável, refere-se a uma fração do período alcançado pela autuação, que se estende de 1º/07/2007 a 31/12/2007. Acontece que a Lei Complementar nº. 123/2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, estabeleceu que a partir de 1º de julho de 2007 o regime de tributação correspondente a tais contribuintes se daria de acordo com novas normas a serem estatuídas pelos estados, entretanto os procedimentos atinentes à fiscalização que resultem em exigência tributária por meio de presunção legal para os contribuintes em questão ainda não foram estabelecidos pelo órgão gestor do Simples Nacional. Assim, tendo em vista que o presente lançamento diz respeito a um dos tipos de infração decorrente da figura da presunção legal, não é possível a manutenção da exigência fiscal.

Diante do exposto, voto pela nulidade do Auto de Infração e represento à autoridade competente, nos termos do art. 21 do RPAF/99, no sentido de programar nova ação fiscal junto ao estabelecimento autuado, para exigir o imposto efetivamente devido, a salvo de falhas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº. **293575.0903/08-3**, lavrado contra **ARTEZ ANDRADE OLIVEIRA**, recomendando-se a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, a teor do art. 21 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de setembro de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR