

A. I. N° - 114155.0307/09-4
AUTUADO - WMS CONFECÇÕES LTDA.
AUTUANTE - PAULO CÉSAR CARVALHO DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 19.11.2010

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0366-04/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIO FORMAL DO PROCEDIMENTO. AUSÊNCIA DA PROVA MATERIAL DA CERTEZA DA INFRAÇÃO. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Os simples valores de vendas através de cartões de crédito e/ou débito, informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, sem o devido cotejamento com as vendas através do equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), em relação à mesma modalidade, não autoriza a presunção legal, prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96. Falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração. Declarada a nulidade do lançamento. Acolhida a preliminar de nulidade. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/09/2009, exige ICMS no valor de R\$10.765,86, acrescido da multa de 70%, em razão da omissão de saída de mercadoria tributada apurada 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 no exercício de 2006, consoante planilha à fl. 8 dos autos, na qual se compara os valores das saídas informadas através da DME (zero) com as vendas com cartão de crédito/débito informadas pelas administradoras financeiras.

No campo “Descrição dos Fatos” foi consignado que: “NOTA: Os valores de venda de mercadoria do Contribuinte foi obtido através das informações constantes na DME – Declaração do Movimento Econômico de Microempresa do exercício de 2006, prestadas pelo próprio Contribuinte.”

O autuado, às fls. 46 a 48 dos autos, apresenta impugnação ao lançamento do crédito tributário, na qual reconhece as vendas efetuadas pelos cartões de crédito e débito, contudo, salienta que o levantamento fiscal não observou a faixa de enquadramento da receita bruta anual da empresa, uma vez que conforme anexa a DME, consta o valor mensal de R\$ 180,00 (R\$190,00) de ICMS recolhido durante os meses de janeiro a dezembro de 2006, perfazendo um total de R\$ 2.160,00.

Assim, segundo o defendente, baseando-se nas informações acima extraídas do próprio levantamento fiscal, fica comprovado que pelo fato da empresa ter recolhido mensalmente o valor de R\$ 180,00 (R\$190,00), estaria recolhendo acima da faixa, ou seja, pagou a maior, uma vez que o levantamento das vendas de cartão de crédito/débito são inferiores à faixa de isenção deste regime.

Aduz o apelante que o simples fato da DME ter sido apresentada sem movimento, é objeto de retificação conforme prevê a legislação e, se a empresa pagou a maior, é porque não efetuou vendas nesta modalidade, como efetivamente vendeu a dinheiro – à vista. Sustenta que a anulação desta infração se justifica ainda pela matéria extraída do site da SEFAZ (Orientação para a fiscalização de contribuintes optantes do SimBahia), onde consta a carga tributária para as microempresas, pois entende que não perdeu a sua condição de microempresa com a legislação a respeito.

Por fim, destaca que não há nos autos nenhum documento que ratifique o desenquadramento da forma de tributação da empresa no SimBahia, nem sequer houve anterior à autuação nenhum procedimento de desenquadramento, “de ofício”, promovido pela INFAZ quanto ao contribuinte, como também não há despacho, ofício ou outro documento hábil, assinado pelo Inspetor, efetuando o desenquadramento ou a perda do direito do Regime SimBahia contra o contribuinte.

Assim, requer a anulação do Auto de Infração, baseado na legislação que versa sobre a matéria.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 53 a 56 dos autos, ressalta que o ICMS reclamado tem como objeto a “Omissão de saída de mercadoria tributada por meio de levantamento com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito”. Destaca que o autuado se confunde na interpretação do RICMS/BA, pois, em nenhum momento, agiu no sentido de alterar ou modificar o tratamento tributário do contribuinte que era o SimBahia e, assim, foi tratado, conforme previsto no art. 408-S § 1º, do RICMS/97. Contudo, em virtude de ocorrência de erro na elaboração do demonstrativo que serviu de base para a lavratura do Auto de Infração, onde utilizou o crédito presumido sobre o valor do ICMS, informa o autuante estar refazendo o valor reclamado, conforme demonstrativo anexado à fl. 57 dos autos, utilizando o crédito presumido sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, resultando no ICMS exigido de R\$ 6.195,19.

Quanto à DME, entende o autuante que a mesma contém informações fidedignas do contribuinte, previstas na legislação e, inclusive, servindo de base, entre outras, para o cálculo do Fundo de Participação do Estado e do Município. Ressalta que as informações prestadas pelo contribuinte em 2007 não foram alteradas até a data da lavratura do Auto de Infração e que a defesa não apresentou qualquer documento que prove que não houve a omissão de receita apurada.

Instado a tomar conhecimento da Informação Fiscal e do novo demonstrativo, inclusive com fornecimento de cópia, o autuado não se manifesta.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS decorrente da presunção legal de ocorrência de operações de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito/débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, conforme prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº. 7.014/96, alterada pela Lei nº. 8.542/02, ressalvado ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Inicialmente, da análise do pedido do autuado no sentido de que seja decretada a nulidade do lançamento de ofício, devemos consignar que cabe ao julgador, ao analisar um processo, em preliminar, debruçar-se sob o mesmo do ponto de vista formal, somente adentrando no mérito se verificado que não há nenhum óbice daquela natureza que fulmine de pronto o referido processo por nulidade.

Preliminarmente, ao verificar se o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas, ou seja, se enseja em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, constato que o processo apresenta vício insanável na consecução do levantamento fiscal, o qual foi realizado em desconformidade com a previsão legal insculpida no art. 4º, § 4º, da Lei nº. 7.014/96, de forma a ensejar insegurança no cometimento da infração apontada.

O aludido dispositivo legal dispõe como hipótese de incidência da ocorrência do fato gerador, decorrente da presunção legal, a comprovação de operações de vendas de mercadorias realizadas com pagamento na modalidade de cartão de crédito ou débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Tal condição faz-se necessária, pois, uma vez constatado que as vendas declaradas pelo contribuinte, ocorridas com pagamento através da modalidade de cartão de crédito, foram em montante inferior ao informado pelas financeiras e ;

crédito, é claro e evidente que, nessa modalidade de pagamento, ocorreu omissão de vendas na escrita fiscal do contribuinte. Evidentemente, uma vez constatado que o total das vendas escrituradas e decorrentes da modalidade de pagamento de cartão de crédito ou de débito foi em montante inferior ao valor fornecido pelas instituições financeiras, logicamente, se conclui que ocorreu omissão de vendas.

Contudo, tal previsão legal não deve ser aplicada de forma a prejudicar o contribuinte, sob pena de deixar de ser uma presunção legal e passar a ser apenas uma presunção. No caso concreto, verifica-se que o preposto fiscal não tomou como parâmetro as vendas de mercadorias realizadas com pagamento através de cartão de crédito ou débito. E o pior é que, baseado na DME (Declaração do Movimento Econômico de Microempresa), fornecida pelo próprio contribuinte, no qual consigna a inexistência de vendas no exercício de 2006, apurou todo o valor informado pelas instituições financeiras como vendas omissas, sem, entretanto, atentar que o contribuinte, optante do Regime SIMBAHIA, na mesma DME, informou o ICMS recolhido mensalmente de R\$ 190,00, no montante anual de R\$ 2.280,00, o que representava, à época, uma receita bruta na faixa de R\$ 252.000,00 a R\$ 306.000,00 (fls. 10 e 49).

Nesta condição específica, para a efetivação da acusação fiscal, faz-se necessário o cotejamento da modalidade das vendas com pagamento através de cartão de crédito ou débito, apurado no equipamento ECF (Emissor de Cupom Fiscal), com os valores fornecidos pelas instituições financeiras, sob pena do lançamento de ofício não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, o que gera a nulidade do Auto de Infração nos termos previstos no art. 18, IV, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99.

Logo, estou convencido da necessidade da renovação da ação fiscal, em obediência aos ditames legais, por estar convencido de que restou, *in casu*, comprovada a ocorrência de vício insanável, diante da ausência da formalidade essencial acima mencionada, disso resultando a nulidade do lançamento de ofício, em estrita consonância com os preceitos legais.

Do exposto, voto o Auto de Infração NULO e, nos termos do art. 21 do RPAF, recomendo a repetição da ação fiscal, a salvo da aludida falha.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 114155.0307/09-4, lavrado contra WMS CONFECÇÕES LTDA.. Recomenda-se à autoridade competente a repetição da ação fiscal, a salvo da aludida falha.

Sala de Sessões do CONSEF, 16 de novembro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/VOTO DIVERGENTE

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR