

**A. I. Nº** - 028924.0078/10-6  
**AUTUADO** - GIULLIANO NÓBREGA MALTA  
**AUTUANTE** - ANTÔNIO FERNANDO DA CUNHA VEIGA  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 30. 06. 2011

## **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACORDÃO JJF Nº 0183-01/11**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DE PROCEDIMENTO. FALTA DE LIQUIDEZ E CERTEZA. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO ECF. Os valores das operações de saídas pagas por meio de cartão de crédito e/ou débito, utilizados pelo autuante na apuração da infração, divergem dos informados pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito. Há insegurança na determinação da infração e do montante devido, o que acarreta a nulidade da infração, a teor do disposto no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99. Infração nula. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 18/10/2010, exige ICMS, no valor de R\$ 82.008,20, acrescido de multa de 70%, em decorrência de 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, nos meses de janeiro a dezembro de 2009.

O autuado apresenta defesa (fl. 32 a 42) e, inicialmente, faz uma descrição da infração que lhe foi imputada e frisa que a interposição de defesa administrativa suspende a exigibilidade do crédito tributário, conforme previsto no art. 151, III, do CTN, e jurisprudência que citou.

Discorre sobre o campo de incidência do ICMS, afirma que o principal fato gerador do referido imposto é a circulação de mercadorias e, em seguida, conclui que o ICMS jamais pode incidir no momento da venda da mercadoria, que no seu caso pode ser por meio de cartão de crédito, de débito, a vista ou a prazo, mas sim quando da saída da mercadoria vendida de seu estabelecimento.

Diz que, segundo a planilha elaborada pelo autuante, em alguns meses o seu faturamento foi zero (doc. 4); porém, de acordo com a sua apuração, nos mesmos meses houve faturamento (doc. 5). Sustenta que essa diferença decorre do fato de a nota fiscal só ser faturada no momento da saída da mercadoria, não se podendo traçar um paralelo entre as vendas com cartão de crédito e/ou débito e o faturamento da nota, visto que o cartão é “passado” na hora da venda e a nota só é emitida no ato da entrega da mercadoria. Destaca que efetua venda e, em média, emite a nota fiscal e faz a entrega ao comprador trinta dias após, haja vista que as suas mercadorias vêm de fora do Estado da Bahia. Diz que esse fato pode ser constatado pelos documentos que afirma ter anexado ao processo.

Salienta que o Auto de Infração não pode prosperar, pois o momento da venda da mercadoria não é fato gerador do ICMS, mas sim a saída da referida mercadoria do seu estabelecimento comercial. Afirma que, se o autuante tivesse verificado as notas fiscais do período abrangido pela fiscalização, teria observado que todas elas possuíam destaque do imposto e que os valores devidos foram recolhidos normalmente. Para embasar seus argumentos, transcreve resposta a consulta formulada à Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais sobre o momento da ocorrência do fato gerador do ICMS, bem como jurisprudência.

Enfatiza que a multa de 75% sobre os valores tidos como devidos tem o caráter de confisco, o que diz resultar na ilegalidade do procedimento fiscal. Afirma que essa pena é desproporcional e excessiva. Sustenta que a multa de 75% deve ser excluída. Para embasar seu argumento, cita doutrina, reproduz o disposto no art. 150, IV, da Constituição Federal e transcreve jurisprudência.

Ao finalizar a sua peça defensiva, o autuado solicita que o Auto de Infração seja anulado, tendo em vista que não houve omissão de saída de mercadorias e que a multa aplicada é confiscatória.

Às fls. 57 a 59, foram acostados ao processo cópias da DMA Consolidada, do Relatório TEF Anual e de Relatório de Arrecadação do autuado, obtidos do INC- Informações do Contribuinte, todos referentes ao exercício de 2009.

Na informação fiscal, fl. 60, o autuante afirma que, quando da ação fiscal, apesar de regularmente intimada, a empresa deixou de apresentar os DAEs referentes ao exercício de 2009, bem como demonstrativo com os percentuais das entradas e saídas tributadas, isentas e com o imposto pago por substituição tributária. Frisa que, na DMA Consolidada do exercício de 2009, as operações de saídas totalizam R\$ 323.008,57, ao passo que as vendas por meio de cartão de crédito no mesmo período perfazem R\$ 542.413,01, o que diz comprometer a defesa apresentada. Salienta que a multa indicada na autuação é de 70%, e não de 75%. Explica que a multa em tela está prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, podendo sofrer redução, conforme a data do pagamento do débito tributário. Ao finalizar a informação fiscal, o autuante mantém a ação fiscal em sua totalidade.

O autuado foi regularmente notificado acerca do resultado da informação fiscal, fls. 63 a 70, porém não se pronunciou.

#### **VOTO**

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de ter deixado de recolher ICMS em razão de ter omitido operações de saídas de mercadorias tributáveis, tendo sido a irregularidade apurada mediante levantamento das vendas pagas com cartão de crédito e de débito informadas pelas administradoras de cartão.

Ao examinar as peças que compõem o processo, observo, inicialmente, que o valor total das operações de saídas informadas pelo autuado na DMA Consolidada de 2009 (R\$ 323.008,57) é inferior ao informado pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito no mesmo período (R\$ 542.413,01). Esse descompasso entre as informações da DMA e das administradoras de cartão constitui uma forte evidência da realização de operações de saídas de mercadorias sem a emissão da correspondente documentação fiscal e, portanto, sem o pagamento do imposto devido. Todavia, ao aprofundar a análise das peças processuais, verifico que todos os valores das operações de saídas pagas com cartão de crédito e/ou débito indicados pelo autuante nos demonstrativos de fl. 7 divergem dos informados pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito (fl. 9), o que traz insegurança na determinação do montante do valor devido.

As vendas totais informadas pelas administradoras de cartão totalizam R\$ 524.413,01, conforme o Relatório TEF à fl. 9, ao passo que o valor total das vendas pagas com cartão apurado pelo autuante importou em R\$ 492.029,65. Essa divergência também se verifica em cada um dos valores mensais indicados pelo autuante, trazendo, assim, insegurança na determinação do montante devido e, até mesmo, na certeza do cometimento da infração. Essa falta de segurança na determinação do montante devido e da ocorrência da infração acarreta a nulidade do lançamento, a teor do disposto no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99.

Ressalto que não há como se sanear o lançamento tributário de ofício mediante a conversão do processo em diligência, pois as referidas divergências ocorreram em todos os meses do exercício fiscalizado, o que implicaria o refazimento de toda ação fiscal, com reabertura do prazo de defesa. Além disso, de acordo com as peças acostadas ao processo, o valor apurado nessa diligência seria superior ao que foi originalmente lançado no presente Auto de Infração, o que acarretaria a

necessidade da lavratura de um Auto de Infração complementar. Dessa forma, considero que, no caso em análise, não é razoável a realização da diligência.

Nos termos do artigo 21 do RPAF/99, represento à autoridade competente para que providencie o refazimento da ação fiscal, a salvo de falhas.

Pelo acima exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **028924.0078/10-6**, lavrado contra **GIULLIANO NÓBREGA DE MALTA**, devendo a repartição fazendária competente providenciar o refazimento da ação 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”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR