

A. I. Nº - 110019.1111/10-6
AUTUADO - HELDER SÃO JOSÉ DE ALMEIDA
AUTUANTE - DEMOSTHENES SOARES DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 27.07.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0204-04/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS POR FINANCEIRAS OU ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem o pagamento do imposto devido. Contudo, se impõe a decretação de nulidade do lançamento com base no art. 18, II, IV, “a”, do RPAF, por falta de entrega de cópia do Relatório TEF-Diário ao autuado e inadequação dos dados relativos às vendas de mercadorias no procedimento fiscal. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 28/12/2010 para exigir ICMS no valor de R\$35.577,46, em decorrência omissão de saída de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de vendas pagas com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a dezembro de 2007. Multa de 70%.

O contribuinte apresentou impugnação, anexada às fls. 18/22 do PAF. Embora de modo oblíquo, transcrevendo os arts. 156, IV e IX, inclusive o parágrafo único, e o art. 149 da CF/88, pede nulidade do lançamento fiscal. Diz que o lançamento tributário é ilegal, por não atender ao disposto no art. 142 do CTN, pois os meses fiscalizados foram mal analisados, sendo que outubro a dezembro de 2007 foram sequer analisados pelo autuante. Transcreve doutrina de Geraldo Ataliba e pede, além da nulidade, a improcedência do auto de infração dizendo que pagou os tributos devidos conforme a época dentro do regime do SimBahia ou Simples Nacional.

O autuante presta informação fiscal (fls. 204 e 205). Diz que com relação ao primeiro semestre de 2007 o percentual do imposto, conforme planilha à fl. 05, vem acompanhado do crédito presumido em face da empresa estar à época enquadrada no regime de microempresa, razão pela qual não procede o argumento defensivo quanto à aplicação da alíquota de 17% e multa de 70%. Aduz que no segundo semestre de 2007, cfe planilha de fl. 06, não foi aplicado o crédito presumido, em virtude da exclusão da empresa do regime SimBahia, de acordo com o art. 383, do RICMS-BA.

Afirma a legalidade da multa percentual por ser a prevista na legislação do ICMS. Diz que, ao ser intimada, a empresa argumentou que só adquiriu ECF em agosto de 2007, sendo isso verdade porque é a informação que consta na SEFAZ (fl. 207), mas que até dezembro/2007 apenas emitiu nota fiscal para acobertar as saídas e, por isso, as apresentava para análise e não as reduções “Z”. Como os valores das notas fiscais apresentadas foram inferiores à média mensal constante na DME

de fl. 12, optou por lançar os valores da DME nas planilhas da autuação (fls. 05 e 06), o que, no seu entendimento, beneficiou o contribuinte, inclusive incluindo os meses de outubro a dezembro que o autuado argumenta não terem sido analisados.

Com relação às reduções “Z” referentes aos meses setembro a dezembro, anexadas ao PAF pela defesa, alega que, para sua surpresa, visto que não lhe foram apresentadas quando para tanto intimou o contribuinte, solicita que se determine ao autuado apresentar os originais para que outra planilha possa ser elaborada para apuração do imposto, se devido nesses meses, visto que nos demais meses entende inegavelmente devidos os valores apurados. Informa que a empresa já foi autuada pelo mesmo delito no exercício de 2006 e reconheceu o débito.

Conclui pedindo, caso não seja atendida a intimação por parte do contribuinte para apresentar os originais das reduções “Z” de novembro (?) a dezembro de 2007, que o auto seja julgado procedente.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS em decorrência de omissão de saída de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de vendas pagas com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Tendo em vista a disposição do art. 154, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, primeiramente devo analisar as questões preliminares no sentido de conferir se estão presentes no lançamento de ofício os pressupostos de validade do procedimento fiscal para ver se existem máculas indutoras de nulidade da autuação.

O art. 142, Código Tributário Nacional - CTN dispõe que compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível e o seu parágrafo único dispõe que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Portanto, daí se extrai que na atividade de lançamento tributário não há margens para discricionariedade administrativa, devendo a autoridade fiscal trabalhar dentro dos estritos limites estabelecidos na legislação de regência, assim praticando ato válido, ou não o fazendo, fulminando de nulidade o seu trabalho.

Nesse mesmo sentido e complementando a formalidade do ato administrativo do lançamento tributário de ofício, o RPAF prevê no art. 39, os requisitos que deve conter o auto de infração. Dentre estes estão “a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principais e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta (inciso III)” e “outras ocorrências ou informações consideradas úteis para esclarecimento da ação fiscal (inciso VI)”. Também prevê o art. 41 do RPAF, que o auto de infração far-se-á acompanhar de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará, obrigatoriamente, dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüido. Isto se faz indispensável porque o auto de infração aponta a prática de ilícito fiscal, ao qual a ordem jurídica comina sanção pecuniária.

Há que se considerar, portanto, que o auto de infração formaliza proposta de exigência de tributo e imposição de sanção tributária, o que leva ao reconhecimento da necessidade de expedição, a propósito, de um juízo por parte de outra autoridade, distinta da que praticou o lançamento, pois que ele aplica, de ofício, a norma legal supostamente infringida a um caso concreto.

Deve, pois, o auto de infração conter a descrição minuciosa da conduta ilícita, bem como indicar, detalhando, as circunstâncias em que ela ocorreu, de modo a demonstrar, de forma inequívoca, os fatos apontados como ocasionadores do ilícito tributário acompanhado de indispensáveis

provas de modo não só a subsidiar a formação do convencimento da autoridade administrativa judicante encarregada do controle da legalidade do auto de infração de que o fato imponível ocorreu na forma acusada, bem como para revestir o ato administrativo tributário de todos os requisitos necessários para que o crédito tributário que dele decorre seja eficaz e exigível, aqui se incluindo a clareza no que se refere ao aspecto material, em especial, quanto à base de cálculo e o montante do tributo.

Tudo isso também se faz necessário para que o contribuinte autuado tenha elementos aptos a que, quando for o caso, exercendo o direito de petição assegurado pelo art. 5º, XXXIV, “a” da Constituição Federal, produza sua defesa de forma ampla facultando o estabelecimento do contraditório no processo administrativo fiscal dentro de um devido processo legal constitucionalmente exigido (art. 5º, LIV, LV, CF) e seja facultado ao órgão judicante o convencimento da procedência ou não do lançamento, no exercício da função de autocontrole do ato administrativo.

No caso presente, observo que não há nos autos comprovação de que o contribuinte autuado recebeu cópia do Relatório TEF-Diário em que se funda a autuação. Considerando que o Relatório Diário TEF é elemento de fornecimento indispensável e essencial para que o autuado possa exercer a contento o contraditório, de pronto, vejo que o contribuinte foi cerceado no direito de ampla defesa, situação que por si só já inspira a nulidade do procedimento fiscal, conforme a previsão do inciso II do art. 18 do RPAF.

Ademais disso, analisando o demonstrativo em que o autuante apurou o crédito exigido (fls. 05 e 06) e o conteúdo de sua informação fiscal, constato que o procedimento fiscal foi desenvolvido de forma inadequada, uma vez que desprezando os valores constantes dos documentos fiscais apresentados pelo contribuinte – inclusive as Reduções Z - para o confronto com os valores informados pelas Administradoras de Cartões, o autuante aproveitou o valor das vendas informadas na DME do exercício fiscalizado (fl. 12), considerando subjetivamente que todas as operações foram pagas através de cartões, além de mediante um procedimento discricionário não previsto para o procedimento fiscal, rateou de modo uniforme o valor das vendas constante da DME para todos os meses, o que também implica em insegurança quanto ao valor do lançamento tributário com relação à infração constatada, reforçando a imperiosa nulidade do auto de infração.

Considerando que a situação em pauta não se subsume à disposição do §1º do art. 18 do RPAF, impossibilitando uma eventual diligência fiscal com objetivo de saneamento do PAF, pois isso implicaria em retrabalho de todo o procedimento fiscal e possível *reformatio in pejus* não permitido na legislação da matéria em lide, prestigiando os princípios da celeridade e economia processual, com fundamento no art. 18, II, IV, “a” e § 1º do RPAF/99, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com representação à autoridade competente para que determine a renovação da ação fiscal, a salvo dos equívocos ora citados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **110019.1111/10-6**, lavrado contra **HELDER SÃO JOSÉ DE ALMEIDA**.

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de julho de 2011.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/EM EXERCÍCIO

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR