

A. I. N° - 222563.0004/13-6
AUTUADO - I R ELETROS ELETRÔNICOS E ACESSÓRIOS LTDA.
AUTUANTE - MARIA LÚCIA MELO SOUZA
ORIGEM - IFMT NORTE
INTERNET - 26.12.2013

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF N° 0304-01/13

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. Inexistência de elementos suficientes para caracterizar as infrações imputadas ao contribuinte. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/06/2013, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$5.320,97, em decorrência do cometimento seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Deixou de recolher o ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, nos meses de janeiro a dezembro de 2008, janeiro a dezembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$4.513,46, acrescido da multa de 75%;
2. Falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito e/ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, nos meses de janeiro a agosto, outubro a dezembro de 2008, janeiro, fevereiro, março, maio, junho, agosto a dezembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$807,51, acrescido da multa de 150%.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls.31 a 41) afirmando que, sendo o ICMS um tributo sujeito ao lançamento por homologação, tem o Fisco o prazo de 05 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador para constituir o crédito tributário, sob pena de ser definitivamente extinto, por força da decadência, nos termos do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional. Diz que nesse sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, conforme transcrição que apresenta do AgRg-AG-REsp. 48.565 – (2011/0128029-3) – 1^a T. – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – DJe 24.09.2012 – p. 370v100.

Sustenta que, no presente caso, encontram-se fulminados pela decadência os lançamentos da infração 01, referentes ao período de janeiro a julho de 2008, uma vez que somente foi notificado acerca da constituição do crédito tributário em 14/08/ 2013. Requer o acolhimento da preliminar, para seja reconhecida a decadência dos lançamentos acima aduzidos.

Diz que na remota hipótese de ser rejeitada a preliminar acima suscitada, faz jus à isenção do pagamento do ICMS referente ao período de apuração de janeiro a maio de 2008, uma vez que a sua receita bruta acumulada nos doze meses anteriores ao do período de apuração foi inferior a R\$144.000,00, conforme provam as cópias dos extratos do Simples Nacional anexadas.

Assinala que nesse sentido é o que determina o art. 4º da Lei Estadual nº 10.646, de 03 de julho de 2007, cuja redação transcreve.

Afirma que desse modo, devem ser excluídos desta infração os valores referentes aos meses de janeiro a maio de 2008, por força da isenção.

Alega também que as mercadorias que adquiriu estão sujeitas ao regime da substituição tributária, razão pela qual o ICMS já vem recolhido em relação a todas as fases subsequentes da circulação da

mercadoria, não havendo que se falar em novos recolhimentos, sob pena de configuração de bitributação, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

Consigna que os documentos anexados comprovam que cumpriu a determinação do art. 3º do Decreto Estadual 11089, de 30 de maio de 2008, realizando o ajuste de estoque às regras de antecipação, tendo sido recolhido o imposto em 30/06/2008, conforme cópia do Documento de Arrecadação Estadual anexando.

Afirma que, a partir de então, não há que se falar na incidência do ICMS, uma vez que as mercadorias adquiridas estão sujeitas ao regime da substituição tributária, no qual é o substituto quem absorve totalmente o débito, assumindo na plenitude os deveres de sujeito passivo, não havendo relação jurídico-tributária entre o substituído e o Estado. Reproduz nesse sentido a decisão do “TJMA – AC 037029/2009 – (109971/2011) – Rel. Des. Raimundo Freire Cutrim – DJe 28.12.2011 – p. 22)v93”.

Conclui requerendo a improcedência deste item da autuação.

No que concerne à infração 02, assevera que o lançamento é descabido, pois toda a venda efetuada é devidamente acompanhada da emissão de Nota Fiscal, bem como contabilizada no livro de Registro de Saídas.

Aduz que o cartão de crédito nada mais é do que uma *modalidade de pagamento* dentre inúmeras existentes no mercado. Desse modo, todas as vendas realizadas, seja de que modalidade for, são inteiramente contabilizadas, configurando a *receita bruta* da empresa.

Afirma que incorreu em equívoco o autuante, haja vista que desconsiderou a receita bruta mensal da empresa, consubstanciada nas Notas Fiscais de Saída devidamente lançadas e contabilizadas no livro de Registros de Saídas. Acrescenta que, do mesmo modo, o anexo I do Auto de Infração intitulado “apuração da divergência das vendas com cartão de crédito (TEF)” contém inúmeras inconsistências que comprometem a regularidade do lançamento.

Menciona, a título de exemplo, que no mês de fevereiro de 2008, o autuante aponta uma suposta omissão de saída no valor de R\$3.124,00, enquanto o total das saídas tributadas foi de R\$9.137,88, já estando incluídas as vendas mediante cartão de crédito. Acrescenta que a mesma situação repete-se nos demais meses do lançamento.

Aduz que é de se concluir que inexiste omissão de saída de mercadoria tributada, ao contrário do afirmado pelo autuante. Registra que no total do faturamento mensal da empresa, já estão englobadas as vendas mediante cartão de crédito, não havendo a ocorrência do *fato imponível* ensejador do presente lançamento.

Consigna que um dos pilares do sistema tributário nacional é o princípio constitucional da reserva legal tributária ou legalidade estrita, expresso no artigo 150, I da Constituição Federal de 1988, que proíbe a exigência do tributo sem lei que o estabeleça.

Diz que, de outro lado, a lei instituidora de um tributo deve, sob pena de invalidade, determinar todos os aspectos da regra matriz, dentre eles a hipótese de incidência tributária.

Aduz que é sabido que a hipótese de incidência do ICMS é a realização de um negócio jurídico que tenha como objeto a circulação de mercadorias, dessa forma, inexistindo operações relativas à circulação de mercadorias não há que se falar em cobrança de ICMS. Transcreve lição de Hensel, nesse sentido. Também ensinamentos de Roque Antonio Carrazza.

Tece comentário sobre a segurança jurídica que o princípio da tipicidade fechada confere aos contribuintes. Diz que o Fisco tem o dever da imparcialidade, limitando-se a sopesar o ato ou fato que vai oficialmente declarar subsumido, respectivamente, à hipótese de incidência do tributo ou ao tipo penal tributário.

Assevera que, no presente caso, inexiste qualquer prova, sequer indício, da ocorrência da hipótese de incidência. Acrescenta que, contrariamente, o que resta comprovado nos autos é que, sem exceção, a sua receita bruta englobou os valores informados pela administradora de cartões de crédito, razão pela qual não pode prevalecer uma tributação por presunção, sob pena de violação aos princípios da legalidade estrita, presunção de inocência e segurança jurídica.

Salienta que não se está diante de uma presunção legal, fazendo-se mister, para a procedência da presente autuação, a comprovação da prática da infração para elidir a presunção, *juris tantum*, de sua inocência, sendo o ônus da prova do Estado.

Alega que não se pode lhe exigir a produção de provas referentes a fatos negativos, no caso, inocorrência da hipótese de incidência tributária. Invoca e reproduz decisão do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido.

Salienta que a infração está enquadrada no art. 2º, § 3º, inciso VI, do RICMS, cujo teor reproduz, sendo inaplicável o referido dispositivo, tendo em vista que a escrituração indica valores de vendas superiores aos informados pelas administradoras de cartão de crédito, conforme comprova a documentação anexa.

Registra que a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual da Bahia, por meio do Acórdão CJF nº 0333-11/05, ao julgar caso idêntico ao presente, anulou o Auto de Infração, ante a aplicação equivocada da metodologia da fiscalização.

Conclui requerendo a improcedência desta infração.

Salienta que na remota hipótese de se entender legítimo o lançamento referente a esta infração, há que ser convertido o feito em diligência, a fim de ser realizada uma nova apuração, ante as inúmeras inconsistências do anexo I do Auto de Infração intitulado “apuração da divergência das vendas com cartão de crédito (TEF)”.

Menciona a título de exemplo, o mês de novembro de 2011, em que a autuante afirma ter havido um total de R\$7.831,01 no total da Redução Z, quando, na realidade, o valor total que consta na sua documentação é de R\$9.791,02. Acrescenta que a mesma situação se repete em diversos outros meses do período apurado, o que compromete a segurança e veracidade do lançamento fiscal.

Finaliza requerendo que seja acolhida a preliminar de decadência suscitada e, no mérito, que o Auto de Infração seja julgado totalmente improcedente. Requer, ainda, na hipótese de entendimento diverso, que o feito convertido em diligência, a fim de que seja efetuada uma nova apuração em relação à infração 02, considerando as inconsistências apontadas.

A autuante prestou informação fiscal (fl. 140) dizendo que a argumentação defensiva não descaracteriza os fatos geradores que deram origem ao crédito tributário, razão pela qual mantém o Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em exame exige ICMS em decorrência de falta de recolhimento de valores referentes ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, (infração 01) e falta de recolhimento do imposto constatada pela omissão de saídas 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 (infração 02).

Preliminarmente, constato a existência de vícios que inquinam de nulidade o presente Auto de Infração, conforme passo a analisar.

De início, observo que, apesar de os lançamentos atinentes às infrações 01 e 02 abrangerem os exercícios de 2008 e 2009 - conforme apontado no Auto de Infração - inexiste nos autos o demonstrativo de como foram apurados os valores nestas duas infrações com relação ao exercício de 2009. Ou seja, apenas no exercício de 2008 há o demonstrativo sobre a forma como foi apurado o ICMS devido em ambas infrações.

Ocorre que, mesmo no demonstrativo de 2008 se constata a existência de equívocos na apuração do imposto devido, haja vista que não foram consideradas as operações realizadas pelo contribuinte amparadas pelo regime de substituição tributária, a partir de mês de junho de 2008, conforme se vê no demonstrativo de fls. 22 a 28, o que repercute tanto na apuração da infração 01 quanto da infração 02. Ou seja, todas as receitas foram consideradas “sem substituição

tributária”, o que não condiz com a realidade dos fatos, aliás, registre-se, aduzido pelo autuado na impugnação e não apreciado pela autuante.

Convém também consignar, a título ilustrativo, que apesar de o impugnante haver rechaçado as infrações 01 e 02, inclusive apontando expressamente a existência de equívocos, a autuante na informação fiscal apenas disse que *a argumentação defensiva não descaracteriza os fatos geradores que deram origem ao crédito tributário, razão pela qual mantém o Auto de Infração.*

Certamente que não observou a determinação do §6º do art. 127 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, no sentido de que *a informação fiscal deverá ser prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação.*

É certo que tal falha não se apresenta como fator determinante de nulidade, haja vista que pode ser plenamente saneada com a realização de diligência nesse sentido, entretanto, em face dos vícios apontados acima, a realização de diligência se torna desnecessária.

Diante do exposto, considerando a falta de certeza e liquidez, pela inexistência de elementos suficientes para caracterizar as infrações, voto pela nulidade do Auto de Infração..

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetir os atos, 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 **222563.0004/13-6**, lavrado contra **I R ELETROS ELETRÔNICOS E ACESSÓRIOS LTDA**

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de novembro de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR