

**A. I. N °** - 206951.0007/14-5  
**AUTUADO** - SILVA & GUSMÃO LTDA.  
**AUTUANTE** - GERALDA INÊS TEIXEIRA COSTA  
**ORIGEM** - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**INTERNET** - 07/07/2015

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACORDÃO JJF Nº 0132-03/15

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. LEVANTAMENTO DE VENDAS VIA CARTÕES DE DÉBITO E/OU CRÉDITO. OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTADAS APURADA POR VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO. Comprovado nos autos que o autuado no período da ação fiscal é optante do SIMPLES NACIONAL, e os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura do Auto de Infração foram efetuados por servidor sem competência legal, contrariando o art. 156 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99. Vício formal insanável. Decretada de ofício a nulidade do lançamento, com espeque no art. 18, incisos I e IV, “a”, do RPAF/99. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo da falha apontada. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 15/12/2014 exige ICMS no valor histórico de R\$71.115,87, acrescido da multa de 100%, pela 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito (infração 05.08.01). O contribuinte escriturou vendas de refeição como não tributada deixando de recolher o ICMS sobre tais operações.

Em sua defesa fls. 802/804 (vol. III), o autuado diz ser contribuinte do SIMPLES NACIONAL desde a sua constituição, conforme documento que anexa expedido pelo órgão da SRFB – Secretaria da Receita Federal do Brasil, portanto, diz que a emissão do Auto de Infração é indevida e, por conseguinte, a cobrança do ICMS como contribuinte normal, também é indevida.

Afirma restar comprovado que o contribuinte é integrante do SIMPLES NACIONAL, não podendo ser atribuído a ele uma cobrança como contribuinte normal.

Explica que o recolhimento do ICMS é feito na guia do DASN – Documento de Arrecadação do Simples Nacional, e a distribuição dos valores recaem sob o Governo Federal, assim sendo, a cobrança referente aos períodos dos exercícios sociais de 2012 e 2013 são indevidos.

Requer a improcedência total do referido auto de infração, já que os documentos acostados provam ser o contribuinte optante pelo simples nacional e que foi solicitado o cancelamento das DMAS que foram exigidas pela fiscalização, sua transmissão com o faturamento apurado, já que o contribuinte enquadrado no Simples Nacional não está obrigado a informar DMA.

A fiscal autuante ao prestar a informação fiscal fls.816/817, diz que a Autuada apresenta, tempestivamente, a impugnação ao lançamento de ofício, levado a efeito quando da auditoria procedida nos livros e documentos da empresa, sob alegação de que o lançamento foi indevido, já que, segundo a impugnante, a empresa desde a sua constituição é contribuinte do Simples Nacional. Fato que diz ser surpreendente. Afirma que apenas cumpriu a O. S. de nº 506683/14

expedida para auditar uma empresa com Conta Corrente Fiscal segundo dados Cadastrais da SEFAZ fls. 45 do PAF.

Esclarece que tendo recebido a O.S nº 506683/14 emitida em 18/09/2014 para fiscalizar a empresa, procedeu conforme rotina, aplicando os roteiros sugeridos na referida O. S. tendo constatado que a empresa possuía ECF, porém, não para uso fiscal, sendo intimada a regularizar. Foi constatado também, que a autuada nunca tinha recolhido um centavo aos cofres públicos, bem como possuía vendas, apenas através do TEF (transferência eletrônica de fundos), sem computar as outras formas de venda, no valor de mais de um milhão de reais conforme documentos de fls.42/43 do PAF. Afirma que por esta irregularidade o autuado já deveria sofrer uma penalidade de caráter formal de 2% desse valor.

Prossegue afirmando que durante a ação fiscal, em nenhum momento, se teve informação que a empresa fosse do Simples Nacional, mesmo porque, os dados da SEFAZ informavam que a impugnante era, no período fiscalizado, inscrita com forma de apuração do imposto conta corrente fiscal, inclusive apresentando DMA zerada.

Menciona que tendo sido, durante a ação fiscal intimado para regularizar, não se sabe como, a impugnante conseguiu um registro retroativo no Simples Nacional.

Informa que nesse mesmo período, a empresa conseguiu fazer duas declarações espontâneas de débito, uma de nº 8500004769142A em 21/10/2014 e outra de nº 8500005103148A no código de infração 2.12.01. Afirma que o débito inclusive, já inscrito em dívida ativa sob o nº 107.267.190.014 e 108.393.190.014 respectivamente, o que demonstra a falta de interação entre os programas e procedimentos da SEFAZ. Já que, o "sistema" não deveria aceitar declaração espontânea de débito de empresa sob ação fiscal.

Ademais, afirma que quando a autuante já havia constituído o crédito fiscal, com a lavratura do AI em apreço em 15/12/2014, precisamente no dia 22/12/2014, a autuada efetuou dois recolhimentos no código 709, conforme informação anexa.

Explica que o que de fato ocorreu foi um desencontro entre as informações da SEFAZ e da Receita Federal, sobre o qual obviamente, a agente do fisco não pode ser responsabilizada. Diante do exposto, encaminha o presente processo para apreciação desse Conselho.

## VOTO

O auto de infração refere-se à falta de recolhimento do imposto, pela 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito ou débito.

Da análise dos elementos que compõem o PAF vejo que a empresa é optante do SIMPLES NACIONAL desde a sua constituição em 22.07.2011, conforme Extrato do Simples Nacional fl.809.

Observo que o Simples Nacional foi instituído pela Lei Complementar 123/2006, que estabelece um tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias.

Compulsando os autos, vejo que a ação fiscal que culminou na lavratura do auto de infração em análise gerando o ICMS exigido, foi desenvolvida por Auditora Fiscal, o que nos conduz a uma análise da nulidade do lançamento, sob o prisma do art. 18, inciso IV, "a" do RPAF, isso porque, restou demonstrado que o Auto de Infração padece de vício insanável que o inquina de nulidade, razão pela qual não adentrarei no mérito da imputação atribuída ao sujeito passivo.

Entendo no presente caso, a ocorrência da impossibilidade de saneamento através de diligência fiscal, considerando que a lavratura do auto de infração não se encontra em consonância com os termos do art. 42, inciso II do RPAF/99, *in verbis*:

*Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos auditores fiscais e pelos agentes de tributos estaduais, sendo que:*

*I - compete aos auditores fiscais a constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional;*

*II - compete aos agentes de tributos estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.*

Considerando a provável existência de crédito a favor da Fazenda Pública estadual, com fulcro no art. 156 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, a salvo das falhas aqui apontadas.

Ante ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **206951.0007/14-5**, lavrado contra a **SILVA & GUSMÃO LTDA**.

Esta Junta de julgamento 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 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de junho de 2015.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR