

N. F. Nº - 233048.0004/22-8
NOTIFICADO - GEMA MARIA CORRALES DE CARVALHO
NOTIFICANTE - KARIME MANSUR MACHADO
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/12/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0281-04/22NF-VD**

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE DETERMINAR A INFRAÇÃO. É nulo o procedimento fiscal que não indique de forma clara a descrição dos fatos, os dispositivos legais infringidos e a tipificação da multa correlata com a infração cometida. Há insegurança na determinação da infração, bem como cerceamento do direito de defesa. Notificação Fiscal **NULA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 14/02/2022, em que é exigido ICMS no valor de R\$ 3.525,58, acréscimo moratório de R\$ 699,43, multa de R\$ 2.115,35, perfazendo um total de R\$ 6.340,36, referente à falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior.

Na Descrição dos fatos consta a seguinte informação: *“Em data, hora e local acima indicados, encerramos a fiscalização da empresa supracitada, em cumprimento à O.S acima discriminada, tendo sido apurada (s) as seguintes irregularidade (s): “Falta de antecipação da substituição tributária e falta de pagamento de ICMS por omissão de saída apurada através de levantamento da venda dos cartões de crédito/débito 2017 e 2018”.*

A Notificada ingressa através de advogado legalmente habilitado, fls. 28 a 34, com impugnação asseverando tratar-se de empresa que se dedica a exploração do comércio de alimentos e bebidas, como bar e restaurante, de forma que a maioria das vendas de produtos é feita mediante pagamento com cartão de crédito.

Diz que injustificadamente foi autuada a pagar a importância histórica de **R\$ 6.340,36** (seis mil trezentos e quarenta reais e trinta e seis centavos), nos termos do artigo 8º, §4º inciso I, alínea “a” e art. 23 da Lei nº 7.014/96 C/C art. 289 do RICMS publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, ficando o contribuinte notificado do levantamento objeto da referida Notificação Fiscal, tendo sido apurada a seguinte irregularidade: *“Falta de antecipação da substituição tributária e falta de pagamento de ICMS por omissão de saída apurada através de levantamento da venda dos cartões de crédito/débito 2017 e 2018. Multa por falta de participação parcial e crédito indevido por erro na aplicação na alíquota em 2018”.*

Ocorre que a referida notificação é improcedente pelas razões que serão expostas a seguir.

A “DA NULIDADE DO LANÇAMENTO. ERRO NA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. FALTA DE INDICAÇÃO DO CRITÉRIO ADOTADO NO ARBITRAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. DISCREPÂNCIA ENTRE ARBITRAMENTO E REALIDADE FÁTICA. MULTA COM EFEITO CONFISCATÓRIO”.

A seguir afirma que, por apreço ao debate e com base no princípio da eventualidade, em caso de não acolhimento das alegações passa a impugnar a apuração de base de cálculo, dizendo que de fato, o lançamento impugnado considerou como base de cálculo do tributo os encargos financeiros nas vendas a prazo (correção monetária), os quais não integram a base de cálculo do tributo, conforme o Regulamento do ICMS (Decreto nº 6.284/97).

Assim, verifica-se que a notificação impugnada é nula, pois considerou a cobrança de encargos financeiros pelas Administradoras de Cartão de Crédito, fazendo integrar a base de cálculo. Esse entendimento possui arrimo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Acrescenta que não foi apresentada nenhuma justificativa, qualitativa ou quantitativa, para o percentual adotado no arbitramento, o que afronta o direito do contribuinte ao contraditório e à ampla defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Conforme o disposto no artigo 48, inciso IV, do Decreto nº 2473/79, a Notificação Fiscal é nula, visto que também não apresenta elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração cometida.

Ressalta que a presunção de que ocorreu saída de mercadorias, em virtude de informações de administradoras de cartão de crédito, não autoriza a consideração de base de cálculo arbitrada sem a mínima razoabilidade, em valores exorbitantes. A Notificação Fiscal também é nula porque não indica que a suposta omissão de saída de mercadorias foi constatada por presunção.

Ademais, o Fisco Estadual violou o art. 142 do CTN, tendo em vista o erro crasso no levantamento da base de cálculo do tributo, através de declaração de Administradora de Cartões de Crédito, com conteúdo totalmente errôneo, que não corresponde à realidade da circulação de mercadorias pelo contribuinte, mormente porque foram consideradas operações de crédito como fato gerador e encargos como base de cálculo. Confira-se a redação do dispositivo violado, cujo teor transcreveu.

Destaca que não existe regulamentação legal para apuração de fato gerador e crédito tributário por arbitramento da base de cálculo, o que também gera nulidade do lançamento, ora fustigado.

O referido lançamento é defeituoso e eivado de nulidade, por desrespeitar aos requisitos e pressupostos legais que ditam o critério de validade a ser observado. Entende que caberia a própria administração anular o cancelamento em decorrência de ilegitimidade, do vício, o que não foi realizado.

Argumenta que a Constituição Federal estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV), assim como o devido procedimento legal administrativo e judicial (art. 5º, LV). Assim, qualquer lesão de direito, praticada pela autoridade lançadora, poderá ser anulada por iniciativa do sujeito passivo, quer na esfera administrativa, quer na judicial, diante do preceito contido no art. 145 do CTN, cuja redação copiou.

Assim sendo, estão os autos atacados por violarem os arts. 97 e ss. do CTN - CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, que na verdade, é simplesmente a explicitação do princípio constitucional da legalidade tributária. O lançamento tributário atacado nesta exordial é lançamento defeituoso, ou seja, não contém, na sua essência, elementos que tornem procedente a referida notificação. Noutros termos: esse lançamento defeituoso foi produzido em desacordo com as alterações contempladas em normas que regulam a sua produção.

Acrescenta que os dias fixados como data da ocorrência do fato gerador e data do vencimento não guardam consonância com a realidade fática, e caracterizam a ausência de informações na Notificação Fiscal quanto à forma de apuração do fato gerador, da base de cálculo e do arbitramento da alíquota.

Por fim, impugna a multa aplicada em virtude de seu caráter confiscatório e abusivo, violando seriamente a Constituição Federal.

Por conseguinte, é totalmente nula a Notificação Fiscal mencionada e atacada nesta exordial, pela sua flagrante inadequação com o ordenamento jurídico vigente, e principalmente com os princípios constitucionais da legalidade e legitimidade.

Pede a improcedência da autuação pelas ilegalidades apontadas acima.

No tópico denominado “DA FALTA DE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DO ESTOQUE DO

CONTRIBUINTE PARA AFERIÇÃO DA PRESUNÇÃO DA TRIBUTAÇÃO SIMPLEMENTE PELAS VENDAS EM CARTÕES DE CRÉDITOS, INCERTEZA ABSOLUTA DA BASE DE CÁLCULO, E CONSEQUENTE FALTA DE EXATIDÃO DAS ENTRADAS E SAÍDAS CONTÁBEIS DO CONTRIBUINTE” volta a arguir a nulidade da Notificação Fiscal, por cerceamento do direito de defesa, eis que, no seu entender, se baseou em presunção com excessiva base de cálculo para apuração do tributo incluindo vendas brutas de seu cartão de crédito, sem especificar ao notificado quais os fatos ou motivos que ensejaram a presunção.

Finalmente requer produção de prova pericial contábil, desde já, acaso não seja de imediato admitida a ilegalidade do presente auto e da sua defeituosa formação onde penaliza absurdamente o contribuinte. E que sejam aplicadas as regras tributárias desde já do “IN DUBIO PRO CONTRIBUINTE”.

A informação fiscal foi prestada às fls. 45 a 46 onde a notificante inicialmente afirma que o notificado informa que o contribuinte alega que esta notificação fiscal trata-se de cobrança de cartão de crédito, sendo totalmente descabida, tendo em vista que a infração trata-se de falta de recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, e a descrição está contida corretamente.

Ocorre que o sistema SLCT desmembrou desta mesma autuação, referente ao mesmo contribuinte, mais dois AUTOS DE INFRAÇÃO, quais sejam:

- AUTO DE INFRAÇÃO – 233048.0001/22-9
- AUTO DE INFRAÇÃO – 233045.0002/22-5
- NOTIFICAÇÃO FISCAL – 233048.0003/22-1
- NOTIFICAÇÃO FISCAL – 233048.0004/22-8 esta defendida aqui neste processo pelo contribuinte.

Assevera que a descrição dos fatos, conforme página 1 cita todas as infrações cometidas pelo contribuinte da mesma INSCRIÇÃO ESTADUAL nº 019.217.064, porém, o SLCT desmembra a infração em várias partes o que não anula o auto por não ter havido elementos para nulidade, tais como, erro do sujeito passivo, ativo ou erro de INFRAÇÃO. Assim, não há que se arguir nulidade ou impugnação do lançamento neste ou em nenhum dos processos acima desmembrados do mesmo contribuinte.

No mérito, afirma que o defensor fala em ARBITRAMENTO, que afronta o direito do contribuinte. Observa que não houve nenhuma forma de arbitramento aplicada a esta autuação a qual foi realizada conforme a apuração que foi realizada confrontando-se as informações do contribuinte e revisadas em conformidade com os valores encontrados como ICMS a pagar, observando-se as folhas de 04 a 17 deste.

Às folhas 30 o contribuinte volta a falar em nulidade e diz que não há elementos para determinar a infração com segurança, o que não é correto, mais uma vez citando as folhas 4 a 17 deste processo.

Refere-se novamente às folhas 30 a uma cobrança de auditoria do cartão de crédito – TEF que absolutamente não ocorreu. Diz também ser defeituoso o lançamento, o que também contesta, tendo em vista que está clara a certeza do sujeito ativo, passivo e da infração.

Prossegue afirmando que às folhas 33 o contribuinte não discute o mérito, não apresenta argumentos *orais ou documentais* e volta a falar em NULIDADE, arguindo vício e ilegitimidade, o que, absolutamente, não ocorreu. Cita o artigo 145 do CTN, dizendo ser o lançamento, defeituoso, o que não é correto por não ter havido vícios insanáveis neste processo, quais sejam, erro de sujeito ativo, passivo ou de determinação da infração.

Às folhas 34 o contribuinte defende-se de FALTA DE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO do ESTOQUE, auditoria esta que não está contida na ORDEM DE SERVIÇO nº 504.139/21.

Conclui mantendo todos os valores cobrados nesta autuação, por ser legítima e baseada nos

levantamentos fiscais totalmente realizados dentro da boa prática fiscal, e reitera a multa aplicada conforme lei vigente, resultando a cobrança de R\$ 3.525,58 (três mil quinhentos e vinte e cinco reais e cinquenta e oito centavos), e pede a procedência do valor total desta Notificação Fiscal.

VOTO

O presente lançamento encontra-se assim descrito: *“Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ ou exterior”.*

Ocorre que na descrição dos fatos consta a seguinte informação: *“Em data, hora e local acima indicados, encerramos a fiscalização da empresa supracitada, em cumprimento à O.S acima discriminada, tendo sido apurada (s) as seguintes irregularidades (s): “Falta de antecipação da substituição tributária e falta de pagamento de ICMS por omissão de saída apurada através de levantamento da venda dos cartões de crédito/débito 2017 e 2018”.*

O notificado pleiteou a anulação integral da presente Notificação fincado nos seguintes argumentos:

- (i) Teria sido considerado como base de cálculo do tributo encargos financeiros nas vendas a prazo (correção monetária) os quais não integram a base de cálculo do tributo, conforme o Regulamento do ICMS (Decreto nº6.284/97);
- (ii) Não foi apresentada nenhuma justificativa, qualitativa ou quantitativa, para o percentual adotado no arbitramento, o que afronta o direito do contribuinte ao contraditório e à ampla defesa, previsto no artigo 50, inciso LV, da Constituição Federal. Conforme o disposto no artigo 48, inciso IV;
- (iii) A suposta omissão de saída de mercadorias foi constatada por presunção, pois as informações de administradora de cartão de crédito não autorizam a base de cálculo arbitrada.

A notificante ao prestar a Informação Fiscal, por sua vez assevera que as alegações trazidas na peça defensiva são totalmente descabidas, pois a infração trata da falta de recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição.

Informa que foi lavrado contra o mesmo contribuinte mais dois Autos de Infração de nºs 233048.0001/22-9, 233045.0002/22-5 e mais uma Notificação Fiscal nº 2330480003/22-1 e que na descrição dos fatos foram citadas todas as infrações cometidas pelo contribuinte da mesma inscrição estadual 019.217.064.

Diferentemente da conclusão da notificante entendo que o detalhamento feito no campo *“DESCRIÇÃO DOS FATOS”*, comprometeu o amplo exercício do direito de defesa pois o notificado desenvolveu o seu inconformismo com foco na acusação de : *falta de pagamento de ICMS por omissão de saída apurada através de levantamento da venda dos cartões de crédito/débito*, não se reportando à acusação de *falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a mercadorias provenientes de outras unidades da Federação* imputação sobre a qual versou o presente lançamento.

Logo, restou evidente que não compreendia a acusação fiscal, e ficou impedido de se defender da verdadeira acusação que lhe estava sendo imputada. Portanto, os equívocos constatados na exigência fiscal importam na insegurança do débito exigido e cerceamento do direito de defesa, caracterizando nulidade insanável, nos precisos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA.

Ante ao exposto voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal

RESOLUÇÃO

Acordam os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **NULA** a Notificação Fiscal nº **233048.0004/22-8**, lavrada contra **GEMA MARIA CORRALES DE CARVALHO**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR