

PROCESSO -A. I. N - 272041.0107/09-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - DGL INFORMÁTICA LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0061-05/10
ORIGEM - INFAZ EUNAPOLIS
INTERNET - 13/07/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0204-11/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS EFETUADAS SEM RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. Não acolhida a Decisão de Primeira Instância que julgou nula a infração. Devolvam-se os autos à JJF para proferir nova decisão **PREJUDICADA** a análise da segunda infração. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado pela 5ª JJF, nos termos do art. 16, inciso I, alínea “a”, item I, 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, contra a Decisão que julgou o Auto de Infração Nulo – Acórdão JJF nº 0061-05/10 -, lavrado em 31/03/2009 para exigir o ICMS no montante de R\$ 42.880,26, em razão das seguintes imputações:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de efetuar o recolhimento de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior relacionadas nos anexos 88 e 89 do RICMS/Ba. Valor do débito: R\$ 27.060,06.

INFRAÇÃO 2 – 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 fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Valor do ICMS: R\$15.821,20.

A Primeira Instância julgadora, assim deliberou nos termos do respectivo voto que ora reproduzo:

“No tocante a infração 1, verifica-se, de plano que há um evidente desconformidade entre a acusação estampada no Auto de Infração e nos demonstrativos de apuração de imposto que lhe serviram de suporte.

Na imputação fiscal faz-se referência à falta de recolhimento do imposto por substituição tributária, em relação a mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação, relacionadas nos Anexos 88 e 89 do RICMS/97. Já os demonstrativos acostados às fls. 7 e 8 do PAF, apontam três situações distintas, a seguir elencadas: a) antecipação parcial; b) substituição tributária e; c) diferença de alíquota de materiais e bens adquiridos para uso e consumo.

Nos cálculos elaborados pelo autuante houve a aplicação de MVA de 1,00 para todas as mercadorias, mas as planilhas indicam que a exigência fiscal diz respeito tão somente a duas situações distintas: cobrança de antecipação parcial e exigência de ICMS devido por diferença de alíquotas.

Por outro lado, os produtos objeto da ação fiscal, compreendendo aparelhos de telefonia celular e cartões de telefonia “SimCard”, se encontravam, à época da ocorrência dos fatos geradores, enquadrados no regime de substituição tributária nas operações internas, com encerramento da fase de tributação nas etapas subseqüentes de circulação, conforme disposições constantes do art. 353, inc. II, item 35, do RICMS/Ba.

Vê-se, portanto, que o item 1 do Auto de Infração contém imputação fiscal e enquadramento legal divergentes dos demonstrativos que serviram de lastro para fundamentar o lançamento na mesma peça, fatos geradores relacionados a acusações completamente di

Diante dos vícios acima apontados, declaro de ofício a nulidade do item 1, letra “a”, do RPAF/99, visto a acusação fiscal não guarda relação de pert

demonstrativos de apuração do imposto, estando também configurado, neste caso, o cerceamento ao direito de defesa do contribuinte.

Em relação à infração 2, pertinente à cobrança de ICMS com base em levantamento das receitas de vendas informadas pelas administradoras de cartão de crédito débito, verifico que o autuante confrontou essas informações com as receitas informadas pelo sujeito passivo nas respectivas DMAs mensais.

A partir da análise detida dos autos, verifico que a metodologia de apuração do tributo empreendida pelo autuante se encontra totalmente distorcida, conforme se verá adiante.

Primeiramente, chamou-nos a atenção os dados constantes do Demonstrativo acostado à fl. 9, onde foram tomados como base de comparação todas as receitas da empresa e não exclusivamente as operações pagas em cartão de crédito ou débito. Evidencia-se fragilidade de apuração adotada, quando se verifica que há períodos mensais onde valores das vendas declaradas pelo contribuinte são superiores ao montante de receitas constantes informações administradoras de cartão, demonstrando assim que o autuante desenvolveu a atividade de fiscalização fazendo confrontos de valores atinentes a modalidades distintas de pagamento. A título de exemplo, cito os meses de fevereiro, março, maio, outubro, novembro e dezembro de 2008.

Há um segundo aspecto de suma importância que evidencia também a insegurança do lançamento tributário em exame. A escrita fiscal do contribuinte e as DMAs apresentados na peça defensiva, apontam valores divergentes dos que foram considerados na ação fiscal. O autuante, ao contestar a defesa, limitou-se a dizer que o contribuinte não apresentou cópias autenticadas de seus livros ou que as DMAs acostadas ao PAF não foram recepcionadas no sistema da SEFAZ-Ba.

Não assiste razão ao autuante. Em consulta às DMAs existentes nos bancos de dados da SEFAZ-Ba se verifica, por exemplo, que no mês de agosto de 2008, o sujeito passivo promoveu saídas no valor total R\$44.988,57, com base de cálculo de R\$ 6.872,00. Esses valores que são coincidentes com a cópia da DMA acostada à fl. 48 dos autos. O preposto do fisco, no entanto, em seu demonstrativo, informa que no período em referência não houve saídas com notas fiscais, pois o mês de agosto se encontra “zerado”. Se os valores informados pelo contribuinte estão corretos não é possível certificar. Somente nova auditoria fiscal a poderá traz luz à questão, sanado as divergências acima apontadas.

Tudo nos leva a deduzir que o autuante não pautou seu trabalho nos dados extraídos diretamente da escrita do sujeito passivo. Limitou-se a comparar receitas extraídas das DMAs, constantes do sistema informatizados da SEFAZ, com as informações prestadas pelas administradoras de cartão e sequer revisou esses dados, visto existirem divergências gritantes. O contribuinte, por sua vez, trouxe ao PAF elementos que indicam que suas receitas são bem superiores às computadas pelo autuante. Essa é uma fragilidade que fere de morte o lançamento, revelando assim a sua insegurança.

Terceiro aspecto a ser considerado envolve a apuração da base de cálculo. A partir da infração 1, verifica-se que o contribuinte desenvolve atividade de revenda de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária. Não houve da parte do autuante qualquer justificativa que viesse a fundamentar a impossibilidade de adequação da base impositiva às determinações da Instrução Normativa nº 56/07, atinente à proporcionalidade.

Diante do que se apresenta nos autos, identifico também, na infração 2, inúmeras fragilidades que impõem a sua nulificação, nos termos do art. 18, inc. IV, “a” do RPAF/99.

Ante o exposto, voto pela nulidade do Auto de Infração, recomendado à autoridade fazendária competente que determine a renovação da ação fiscal a salvo das falhas aqui apontadas, visando verificar se efetivamente o contribuinte incorreu no cometimento de infrações que resultaram em falta de pagamento de tributo. “

VOTO

O presente auto foi lavrado em decorrência de duas infrações acima relatadas, tendo a Decisão recorrida constatado vícios de legalidade, no tocante à primeira, sob o fundamento de que não foi preservado o princípio da segurança jurídica, eis que houve equívocos cometidos quando do lançamento, isto porque o enquadramento legal diverge dos demonstrativos que serviram de lastro para fundamentar o Auto de Infração por agrupar, na mesma peça, fatos geradores relacionados a acusações completamente diferentes, e por assim entender, a JF julgou de ofício pela nulidade, com esteio no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Devemos, contudo, discordar desse posicionamento, pois observamos que o demonstrativo de fl. 09 utilizado pelo autuante está coerente com a acusação fiscal, p

tributária, embora não haja previsão legal de percentual para o l

parcial e nem diferencial de alíquota, como foi equivocadamente

duas notas fiscais destinadas a consumo -, razão pela qual deve ser julgada nula a decisão no que tange ao julgamento da infração 1, cumprindo retornar os autos à JJF para nova decisão.

Fica, assim, prejudicado o exame da infração 2, e, conseqüentemente, do Recurso de Ofício, sem se adentrar no mérito.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício para declarar a NULIDADE da Decisão recorrida, para que seja proferido novo julgamento, salvo de falhas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o exame da segunda infração e **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado para declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **272041.0107/09-3**, lavrado contra **DGL INFORMÁTICA LTDA.**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para que seja proferido novo julgamento, salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de junho de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

JOÃO SAMPAIO REGO NETO – REPR. DA PGE/PROFIS