

PROCESSO - A. I. Nº 272041.0107/09-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DGL INFORMÁTICA LTDA. (EUNANET)
RECORRIDOS - DGL INFORMÁTICA LTDA. (EUNANET) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0258/05-10
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 27/12/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0449-11/10

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS EFETUADAS SEM RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração revisada para excluir os débitos estranhos à acusação estampada no Auto de Infração de falta de recolhimento do imposto por antecipação/substituição tributária. Item parcialmente subsistente. 2. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO CARTÃO DE CRÉDITO. NULIDADE. Insegurança da acusação. Equívocos na aplicação do roteiro de auditoria fiscal de cartão de crédito. Item nulo. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Recurso Voluntário, nos termos do artigo 169, inciso I, alíneas “a” e “b”, item 1, do RPAF/99, interpostos pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal e pelo sujeito passivo, respectivamente, contra a Decisão que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte – Acórdão JJF nº 258/05-10 - lavrado para imputar ao contribuinte o cometimento das seguintes infrações:

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\$15.820,20.

O autuado apresentou impugnação tempestiva (fls. 44/45), objeto da autuação, sustentando a inexistência do débito apontado na infração 1. Aduziu que as operações autuadas se referem à aquisição de telefones celulares e cartões “SimCard”, que são beneficiadas, nas saídas internas, com a redução da base de cálculo de 29,41%, não havendo, em decorrência dessa redução, diferença a ser recolhida para os cofres estaduais.

Quanto à infração 02 argumentou que o autuante efetuou o levantamento com base nos valores informados em DMA, porém, estes valores foram posteriormente alterados através da apresentação de DMAs retificadoras. Acrescentou que não foram levadas em consideração no levantamento fiscal, as vendas constantes das reduções “Z” do ECF e as receitas lançadas nos talões de notas fiscais. Anexou planilha com a totalização das receitas mensais auferidas pela empresa no exercício de 2008, assim como cópias das DMAs e do l ICMS (fls. 46 a 75).

O autuante concordou em parte com a argumentação do autuado referente à infração 1, tendo em vista inexistir diferença de imposto a ser recolhido em relação às operações com mercadorias originárias das regiões Norte/Nordeste, tributadas à alíquota de 12%, em decorrência do benefício da redução da base de cálculo nas saídas internas subsequentes. Manteve, neste item, a exigência de ICMS vinculada às operações procedentes de Estados das Regiões Sul/Sudeste, tributadas à alíquota de 7%.

A Junta de Julgamento Fiscal, proferiu Decisão pela Nulidade do Auto de Infração, 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 a Infração 1 e inúmeras fragilidades em relação à infração 2.

Em face da desoneração total do débito lançado, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF, consoante o artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99.

Esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, por meio do Acórdão nº 0204-11-10, deliberou pela declaração de NULIDADE da Decisão recorrida, julgando PREJUDICADO o exame da segunda infração e PROVIDO Recurso de Ofício, por ter entendido que, o demonstrativo de fl. 09, utilizado pelo autuante para exigir o imposto relativo à infração 1 estava coerente com a acusação fiscal, porque se tratava de substituição tributária, embora não houvesse previsão legal de percentual para a MVA -, e não de antecipação parcial e nem diferencial de alíquota, como foi equivocadamente entendido.

A Junta de Julgamento Fiscal, em novo julgamento (Acórdão JJF nº 0258-05/10), assim decidiu em relação à infração 1:

Inicialmente, cabe frisar que no demonstrativo de débito da infração 1, consta que a apuração do imposto se encontra discriminado no “RELATÓRIO DE CÁLCULO DA ANTECIPAÇÃO PARCIAL/SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA/USO-CONSUMO”. Portanto, o próprio demonstrativo elaborado pelo autuante revela que o mesmo agrupou em um mesmo item infrações de natureza diversa.

O que a instância recursal entende, diversamente desta 5ª JJF, é a possibilidade de sanear o PAF, para excluir da exigência fiscal em exame o ICMS atinente aos lançamentos que não correspondem à acusação originária de: falta recolhimento de imposto 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.

Seguindo essa linha de entendimento, a 1ª CJF detectou que a acusação fiscal não padece de incoerência, porque os fatos objeto do lançamento se referem à substituição tributária, embora não haja previsão legal de percentual para o MVA, e não de antecipação parcial e nem diferencial de alíquota, como foi equivocadamente entendido – com exceção das duas notas fiscais destinadas a consumo (Nota Fiscal nº 79712, do mês de ago/08; e Nota Fiscal nº 6464, do mês de abr/08).

O autuante, por sua vez, revisou, na informação fiscal, a planilha que compõe a infração em exame, conforme demonstrativos acostados às fls. 79/80, para excluir da autuação as operações originárias da região Norte/Nordeste, por serem estas operações sujeitas à alíquota de 12%, não havendo, no caso, diferença a ser lançada, pois o ICMS - antecipação tributária, nas operações internas, também tem a carga tributária de 12% .

Adoto, na solução de mérito da infração 1, a planilha elaborada pelo autuante, por ocasião da informação fiscal, com a exclusão, todavia, da Nota Fiscal nº 79712, do mês de ago/08 – valor do ICMS exigido: R\$ 132,30 e: Nota Fiscal nº 6464, do mês de abr/08 - valor do ICMS exigido: R\$ 85,86. As referidas notas fiscais acobertaram operações de aquisição de bens para uso ou consumo.

Com isso o demonstrativo de débito da infração 1 passa a ter a seguinte configuração:

Jan/08: R\$ 1.165,66;
Fev/08: R\$ 1.537,31;
Mar/08: R\$ 1.234,12;
Abr/08: R\$ 2.258,70;
Mai/08: R\$ 373,86;
Jun/08: R\$ 1.933,31;
Ago/08: R\$ 1.050,44;

Set/08:.. R\$ 729,89;
Out/08: R\$ 108,39;
Nov/08: R\$ 1.220,00;
Total = R\$ 11.611,68.

Quanto à infração 02, a JJF manteve o entendimento da Decisão anterior que julgou nula esta infração, nos termos do art. 18, inc. IV, “a” do RPAF/99.

O Sujeito passivo, de seu turno, interpôs o Recurso Voluntário de fls.129/140, alegando que: *“tendo em vista que a partir de julho 2007 a empresa, por ter Regime de tributação de microempresas, Tratamento diferenciado de acordo com a Constituição Federal, passou a ser regida pelo Simples Nacional, portanto, não sendo, deste modo mais permitido a cobrança do ICMS pelo SIMBAHIA”*.

Assevera, ainda, que, além de comercializar mercadorias também é prestadora de serviços de conserto de aparelho de celulares. Por isso, parte das mercadorias adquiridas, objeto da acusação fiscal, é utilizada como peça de reposição, portanto, não são destinadas à comercialização, e sim, ao uso e consumo no desenvolvimento das atividades de prestação de serviços.

Remetidos os autos à PGE/PROFIS, para emissão de Parecer, a Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, tendo em vista que “as alegações recursais não se referiam *in casu*, já que não se trata de bem para ser aplicado na prestação de serviço, e sim, de mercadorias para revenda”.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício relativo às infrações 1 e 2 e Recurso Voluntário referente à infração 1.

Inicialmente, quanto ao Recurso Voluntário, relativo à infração 1, a empresa argumenta que é prestadora de serviços de conserto de celulares e nem toda mercadoria adquirida é utilizada na comercialização.

Este argumento não merece qualquer guarida, pois de acordo com os documentos anexados pelo próprio recorrente, a empresa era sim contribuinte do ICMS, conforme se observa nas cópias do livro Registro de Apuração do ICMS, fls. 55 a 75. Neste caso, caberia ao recorrente comprovar que as mercadorias adquiridas foram utilizadas exclusivamente na prestação de serviços ou consumo, o que não o fez.

Quanto à alegação de que não seria permitida a exigência do ICMS em razão da vigência do Simples Nacional, observo, primeiramente, que o sujeito passivo, à época dos fatos geradores encontrava-se inscrito no regime Normal de Apuração do ICMS. Ainda que fosse inscrita com Simples Nacional, também, assim, não teria razão, pois a exigência não se enquadra nas regras previstas na Resolução CGSN (Comitê Gestor do Simples Nacional) nº 30, de 07 de fevereiro de 2008,

Quanto ao Recurso de Ofício, entendemos não merecer reparos o Julgado de Primeira Instância, quando concluiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Exige-se do sujeito passivo, na infração 1, o 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.

Da análise dos papéis de trabalho elaborado pelo fiscal autuante, fls. 07 e 08, observo que se trata de aquisição de aparelhos de telefonia celular e cartões de telefonia “SimCard”, com exceção da Nota Fiscal nº 6464, que diz respeito à aquisição de material de uso e consumo. Tais produtos se encontravam, à época dos fatos geradores, enquadrados no regime de previsão de aplicação de MVA, e nas operações internas, beneficia

cálculo de 29,41%, conforme estabelecido no art. 61, inc XII e art. 87 inc. XXIV e XXV, do RAICMS/BA.

A JJF corretamente excluiu da exigência fiscal as Notas Fiscais oriundas da região Norte/Nordeste, por acorbetarem operações sujeitas à alíquota de 12%, não havendo diferença a ser exigida, pois o ICMS, antecipação tributária, nas operações internas, também tem a carga tributária de 12%. Também excluiu corretamente as notas fiscais de aquisições de bens para uso e consumo.

No que se reporta à infração descrita no item 2 que imputa ao contribuinte a 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, verifico que o levantamento realizado pelo autuante, fl. 09, comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito e de débito, com as saídas declaradas pelo contribuinte na DMA. Entretanto, observo que na DMA são informadas saídas globais pelos diversos meios de pagamento. A auditoria fiscal deveria ter sido efetuada mediante o confronto das vendas informadas pelas administradoras de cartão com as vendas, através de documentos fiscais, efetuadas exclusivamente com cartão de débito/crédito. Desse modo, da forma como foi realizada a auditoria fiscal, não há como se ter certeza da ocorrência da infração e do montante devido, o que acarreta a nulidade da Infração 02, ao teor do disposto no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 272041.0107/09-3, lavrado contra **DGL INFORMÁTICA LTDA. (EUNANET)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.611,68**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de dezembro de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS