

A. I. Nº - 272041.0107/09-3  
AUTUADO - DGL INFORMÁTICA LTDA.  
AUTUANTE - PAULO NOGUEIRA DA GAMA  
ORIGEM - INFRAZ EUNAPOLIS  
INTERNET 05.04.2010

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF N° 0061-05/10**

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS EFETUADAS SEM RECOLHIMENTO IMPOSTO. NULIDADE. Desconformidade da acusação fiscal com os demonstrativos em que se fundamenta o lançamento. Agrupamento no mesmo item de infrações de naturezas distintas. Infração nula. 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. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 31/03/2009, para exigir 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.

Consta nos autos que as omissões de receitas tributáveis, contidas na infração 2, foram apuradas pelo confronto entre o total de vendas mensais totalizadas nas DMAs e os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito/débito para os meses de janeiro, abril, junho, julho, agosto e setembro do exercício de 2008.

O contribuinte, através de seu sócio-administrador, ingressou com defesa (fls. 44/45). Afirma inexistir o débito apontado na infração 1. Aduz que as operações autuadas se referem a 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.

No tocante à infração 2, o sujeito passivo argumentou que os valores que serviram de base para a apuração do ICMS foram posteriormente alterados, através da apresentação de DMAs retificadoras. Frisou, ainda, que autuante não levou em consideração, no levantamento fiscal, as vendas constantes das reduções “Z” do ECF e as receitas lançadas nos talões de notas fiscais. Disse, em suma, que o resultado da auditoria fiscal está completamente equivocado, e que este fato que poderá ser verificado nos seus livros fiscais e correspondentes documentos. Apresentou na peça de defesa planilha com a totalização das receitas mensais auferidas pela empresa no exercício de 2008. Anexou cópias das DMAs e do livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 46 a 75).

O autuante ao prestar informação fiscal, revisou o lançamento no tocante à infração 1. Afirmou que as operações com mercadorias originárias das regiões Norte/ de 12%, devem ser excluídas da autuação, por inexistir diferença de benefício da redução da base de cálculo nas Manteve, neste item, a exigência de ICMS vinculada às operações

Regiões Sul/Sudeste, tributadas à alíquota de 7%. Apresentou novo demonstrativo mensal de débito.

Quanto à infração 2, manifestou discordância em relação às ponderações do autuado, alegando que os valores das DMA's estão divergentes dos registros existentes na escrita fiscal e que no banco de dados da SEFAZ não constam quaisquer registros de operações informadas via DMA, visto que se encontram "zerados" no sistema. Destacou ainda que o livro RAICMS foi apresentado em cópias não autenticadas. Pediu a manutenção desta infração.

Intimado via "AR" acerca da revisão operada no item 1 do Auto de Infração não houve manifestação por parte do impugnante.

## VOTO

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 subsequentes 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, tendo ainda o agravante agrupar, na mesma peça, fatos geradores relacionados a acusações completamente diferentes.

Diante dos vícios acima apontados, declaro de ofício a nulidade do item 1, com espeque do no art. 18, inc. IV, letra "a", do RPAF/99, visto a acusação fiscal não guarda relação de pertinência com os fatos apontados nos 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 DMA's 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 modalidadé título de exemplo, cito os meses de fevereiro, março, maio, outubro 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, sanando 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 impunível 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.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 272041.0107/09-3, lavrado contra **DGL INFORMÁTICA LTDA**. Representa-se à autoridade fazendária competente para que determine a renovação da ação fiscal a salvo das falhas apontadas, visando verificar se efetivamente o contribuinte incorreu no cometimento de infrações que resultaram em falta de pagamento de tributo.

Esta Junta recorre de ofício, desta 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de março de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR

TERESA CRISTINA D

Created with



download the free trial online at [nitropdf.com/professional](http://nitropdf.com/professional)