

A. I. N° - 272041.0107/09-3  
AUTUADO - DGL INFORMÁTICA LTDA.  
AUTUANTE - PAULO NOGUEIRA DA GAMA  
ORIGEM - INFAZ EUNAPÓLIS  
INTERNET 01.10.2010

## 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACORDÃO JJF N° 0258-05/10

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS EFETUADAS SEM RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. NULIDADE. 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. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. 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\$15.820,20.

Esta Junta de Julgamento após apreciar a defesa e a informação fiscal prestada pelo autuante decidiu, através do Acórdão nº 0061/05-10, pela nulidade de todo o Auto de Infração, com base nos seguintes fundamentos:

*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,*

*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.*

Na mesma deliberação, a 5ª JJF também anulou a infração 2. Por conta do referido “*Decisum*”, foi interposto Recurso de Ofício a uma das Câmaras do Consef, em conformidade com as disposições do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99.

Distribuído o PAF para a 1ª CJF, foi prolatado o Acórdão nº 0204/11-2010, declarando a insubsistência da Decisão da JJF no tocante à infração 1, nos seguintes termos:

*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 JJF 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, porque se trata de 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 -, 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.*

A instância recursal considerou prejudicado o exame do item 2 do Auto de Infração, determinando, naquela oportunidade, o retorno do PAF à esta 5ª JJF para o reexame tão-somente da infração 1.

Devolvido o mérito da infração 1 a esta instância originária de julgamento, cabe-nos apreciar os termos da impugnação empresarial quanto à referida acusação fiscal.

A peça de defesa originária se encontra inserida às fls. 44/45 dos autos. O contribuinte afirma inexistir o débito apontado na infração 1, pois 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.

O autuante, ao prestar informação fiscal, revisou o lançamento no tocante à infração 1. Afirmou que as operações com mercadorias originárias das regiões Norte/Nordeste, tributadas à alíquota de 12%, devem ser excluídas da autuação, por inexistir diferença de imposto a ser recolhido em decorrência do benefício da redução da base de cálculo nas saídas internas subseqüentes. Manteve, neste item, a exigência de ICMS vinculada às operações procedentes de Estados das Regiões Sul/Sudeste, tributadas à alíquota de 7%. Apresentou novo demonstrativo mensal de débito.

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

## VOTO

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 JF, 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.**

No tocante à infração 2, fica mantida a Decisão originária, lavrada nos seguintes termos:

*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 mo título de exemplo, cito os meses de fevereiro, março, maio, outubro, nove*

*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, na infração 2, inúmeras fragilidades que impõem a sua nulificação, nos termos do art. 18, inc. IV, “a” do RPAF/99.*

Considerando o acima exposto nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **272041.0107/09-3**, lavrado contra **DGL INFORMÁTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.611,68**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “d”, da Lei nº 7.014/96, mais acréscimos moratórios.

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, 17 de setembro de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA