

A. I. Nº - 299167.0001/12-2
AUTUADO - WEBFONE COMÉRCIO DE APARELHOS TELEFÔNICOS CELULARES LTDA.
AUTUANTE - MARIA DE FÁTIMA FERRAZ SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 19/12/2013

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0230-05/13

EMENTA: ICMS. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Considerando a inadequação do roteiro de vendas com cartões de débito/crédito em metade do período fiscalizado; que o índice global de proporcionalidade aplicado em todos os meses distorce para menos os valores do primeiro semestre de 2009 e para mais os valores do segundo semestre fiscalizado; que os valores encontrados na diligência em diversas ocasiões apontam para quantias superiores aos encontrados pela fiscalização, sem condição jurídica de serem aproveitados neste mesmo processo. Impossibilidade da manutenção de qualquer dos valores lançados neste auto de infração, visto que eivado de vícios materiais, o que seguramente macula a clareza do procedimento e do lançamento, assim como a necessária segurança jurídica para garantir liquidez e certeza ao crédito tributário, infringindo o art. 18, incisos II e IV, “a” do RPAF. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No auto de infração lavrado em 28/09/2012, foi efetuado lançamento de ICMS no valor total de R\$35.285,82, em razão da omissão de saída de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira ou administradora de cartão de crédito.

A empresa fiscalizada tem como atividade preponderante a comercialização de telefones celulares, dentre outras mercadorias enquadradas no rol da Substituição Tributária e, portanto, no resultado final do roteiro de cartão de crédito foi considerada a proporcionalidade entre as mercadorias tributadas e substituídas para efeito do cálculo do imposto devido nas diferenças apuradas no levantamento comparativo entre as Reduções Z/ notas fiscais D1 e as informações das administradoras de cartão, sendo lançado o valor de R\$35.285,82 acrescido da multa de 70%.

A impugnante apresenta defesa à fls. 40/53 onde aduz que na infração 1, o estabelecimento comercial da empresa tem como principal atividade o comércio varejista de aparelhos telefônicos celulares cartões inteligentes Smart Card e Sim Card que correspondem a 85,48% das suas compras efetuadas no exercício de 2009 e que as mercadorias que tem tributação normal e com base de cálculo reduzida corresponderam a apenas 14,52% do total das compras no exercício de 2009.

Assim, diz que em decorrência do previsto na legislação fiscal, a maioria dos produtos comercializados não sofre tributação quando da sua saída em virtude de ter a sua fase de

tributação encerrada por motivo do ICMS ter sido pago pelo regime de substituição tributária ou pelo regime de antecipação tributária tais como: aparelhos de telefonia celular enquadrados no NCM 85.17.12.13, 85.17.12.19, 85.17.12.31, cartões inteligentes (Smart Cards e Sim Card enquadrados no NCM 85.23.52.00 e baterias enquadradas no NCM 85.06. 50.10.

Que também negocia com produtos que tem sua base de cálculo reduzida nas saídas como Joypad Max Fire Pt e C.T. 02 Ama PS3110WL HP (base de cálculo reduzida em 58,825 %) e que a Secretaria da Fazenda, com o passar dos anos, vem alterando a legislação, e incluindo cada dia mais, produtos para o regime de substituição e/ou antecipação tributária. Mais recentemente instituiu o pagamento de antecipação parcial do ICMS, sobre todas as compras que as empresas realizem fora do Estado.

Diz que a autuante deixou de cumprir de maneira correta, o que determina a portaria 56/2007 publicada no Diário Oficial do Estado da Bahia no dia 21/09/2007 pois a autuada está demonstrando no anexo 01 desta defesa, mês por mês, os percentuais referentes às compras de mercadorias isentas e/ou que sofreram tributação antecipada e referente às compras de mercadorias tributadas, para que seja aplicado de maneira correta, o princípio da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa citada anteriormente.

Que a partir do mês de agosto de 2009, adquiriu para comercialização exclusivamente, produtos cuja tributação é feita pelo regime de substituição tributária, portanto, não havia tributação quando das saídas das mesmas. Logo não cabia a execução do roteiro de Auditoria executada pela autuante, no período de agosto a dezembro de 2009, conforme decisões do Conselho de Fazenda adiante transcritas nesta defesa.

Diz que não existe na legislação do ICMS, a obrigatoriedade da empresa que utiliza ECF-MR de demonstrar quanto vendeu em Cartão de Débito e/ou Crédito à Secretaria da Fazenda. Desta forma, o resultado apurado pela fiscalização, simplesmente, não retrata a realidade dos fatos, pelo que não é capaz de sustentar o lançamento do crédito tributário da impugnada.

Que a autuada durante o período que se refere à fiscalização operou com 85,48% dos seus atos de vendas com mercadorias isentas ou que sofreram tributação pelo sistema de Substituição Tributária e/ou Antecipação Tributária, tendo inclusive deixado de adquirir produtos com tributação normal a partir do mês de agosto de 2009.

Diante de todo o exposto, fica comprovado que a autuante cometeu erros, enganos e equívocos, como caracterizar a infração de forma imprecisa e por presunção, sem procedência, e que houve o uso inadequado do roteiro de fiscalização por motivo da autuada negociar com mercadorias isentas ou já tributadas por antecipação e/ou substituição, por isso requeremos que esta JJF julgue NULA a Infração.

Que no caso desta infração, não sendo acatado pela JJF o pedido de nulidade total da infração, requeremos que seja solicitado à autuante para efetuar demonstrativo analítico das entradas de mercadorias efetuadas pela autuada através das notas fiscais de compras, constando o valor das compras de mercadorias isentas, mercadorias cujo ICMS foi recolhido pelo regime de Substituição Tributária e/ou Antecipação Tributária e o valor das compras de mercadorias tributadas, para que sejam calculados os percentuais referentes às entradas de cada tipo de mercadoria, aplicado o princípio da proporcionalidade entre as mesmas, conforme demonstrativo elaborado pela autuada (vide anexos 01 e 02) consoante decisões anteriores deste Conselho de Fazenda, com a devida aplicação correta da Instrução Normativa nº 56/2007 e reduzido o valor do ICMS devido.

O autuante apresentou informação fiscal às fls. 76/78, onde diz que não procede a alegação do contribuinte, de que não foi observado os critérios da Portaria nº 56/2007, pois o trabalho foi embasado nos roteiros de auditoria e também observando o recomendado na citada portaria. O que se evidencia é que o contribuinte prestou informações inexatas, considerando que apresenta em sua defesa, nova planilha (conforme Fls. 55 do PAF) na qual constam valores totalmente divergentes de suas DMA's.

Ressalta que o contribuinte já havia apresentado (Conforme Fls.06 do PAF) Declaração assinada por Sr. James Alfredo Macedo Leal, CPF 033.356.075-20, contador cadastrado da empresa, dos valores das entradas do contribuinte no exercício de 2009, que coincidem com os valores informados em suas DMA, na proporção de 44,3% de Base de Cálculo e 55,7 de outras. Tais informações serviram de embasamento, para calculo do valor do ICMS devido e cobrado na infração 01.

Finalmente, constata-se que as informações inexatas do contribuinte acarretam a certeza de irregularidade na escrituração fiscal do mesmo e devem ser apurados em nova ação fiscal, ficando mantida em sua totalidade a infração de nº 01 no valor total histórico de R\$35.285,82.

Em pauta suplementar da sessão do dia 23/05/2011, o processo foi convertido em diligência à ASTEC, para que intimasse o contribuinte a apresentar as notas fiscais que respaldam os lançamentos do livro registro de entradas cujas cópias estão às fls. 58/70. Uma vez comprovados os lançamentos, refazer o índice de proporcionalidade, com base na Instrução Normativa nº 56/2007, recalculando os valores do lançamento mensalmente.

Em parecer às fls. 85/87 após diligencia efetuada pela ASTEC, os valores foram corrigidos conforme consta tabela à fl. 87, reduzindo o total da infração para R\$19.257,81, no período de janeiro a junho de 2008, sendo excluídos os valores subseqüentes, visto que entre julho e dezembro o total de operações com ST alcançou 100%. O impugnante tomou ciência da diligência, mas não se pronunciou.

VOTO

O auto de infração foi lavrado cumprindo-se todas as formalidades inerentes ao procedimento fiscalizatório, com ordem de serviço à fl. 08, intimação para apresentação de livros e documentos fiscais à fl. 07, Relatório TEF à fl. 09, e demonstrativo de débito à fl. 05, sendo identificado o autuado, e descrita a infração à fl. 1 do processo administrativo fiscal.

Embora a autuante não tenha anexado ao PAF, o relatório de transmissão eletrônica de fundos – TEF, em modo analítico, mas apenas o sintético, constituindo em princípio um vício de formalidade, dado que poderia criar embaraços à ampla defesa do autuado, é certo que na impugnação, além de não ter sido alegado qualquer dificuldade para apuração dos valores informados pelas administradoras de cartões de débito/crédito, o próprio impugnante tacitamente aceita os valores sintéticos informados, refazendo o demonstrativo à fl. 17, onde discorda apenas da questão relativa ao cálculo da proporcionalidade, propugnando que o valor do lançamento fique reduzido à quantia de R\$11.705,08. Assim, descartando a existência de vícios formais, passo ao julgamento do mérito.

O auto de infração decorre da presunção da omissão de saída de mercadorias tributadas, apurada mediante levantamento das diferenças de venda com pagamento em cartão de débito/crédito. A impugnante em sua peça defensiva alegou que a partir de agosto de só operou com mercadorias totalmente submetidas ao regime de substituição tributária, tendo inclusive apresentado declaração à fiscalização dos percentuais tributados normalmente, conforme planilha à fl. 06 do PAF, havendo então, descumprimento da instrução normativa Instrução Normativa nº 56/2007, pedindo por conseguinte, nulidade do auto de infração, por vício material e inadequação do roteiro de fiscalização aplicado, anexando em seu favor, diversos julgamentos administrativos.

A autuante em sua informação fiscal à fl. 78 argui que os valores informados em suas DMA apontam o percentual de 44,3% de mercadorias tributadas normalmente e que serviu de embasamento para o cálculo do ICMS lançado e pede pela procedência da autuação.

De fato à fl. 05, o demonstrativo aponta o índice de proporcionalidade de 44,3%, considerando-se a média obtida em todo o exercício fiscalizado, e aplicado linearmente a todos os meses em que se constatou divergência dos valores informados pelas administradoras de cartões, em comparação com as informações fiscais do impugnante.

No entanto, a própria declaração que a autuante anexou ao PAF à fl. 06, indicando uma proporcionalidade de 44,3%, mostra que este índice foi adotado de forma global em relação aos valores de todo o exercício, desprezando o fato de que entre os meses de agosto e setembro, há informação aceita pelo próprio autuante em seus papéis de trabalho, de que todo o movimento estava alocado na coluna OUTRAS do livro de entradas, sem tributação normal de ICMS, e assim, a aplicação do índice de 44,3% revela-se distorcido, já que visivelmente afronta o basilar princípio do processo administrativo fiscal, o da verdade material, visto que efetivamente não há caracterização de operações tributáveis nos meses de julho a dezembro de 2009, razão pela qual deve se aplicar o índice pelos seus valores mensais, e não o índice anual.

A própria instrução normativa em seu item 2, estabelece o seguinte: *No curso da ação fiscal, caso o preposto fiscal verifique que as operações habituais do contribuinte sejam integralmente isentas, não tributáveis e/ou sujeitas à substituição tributária, deverá abster-se de aplicar os roteiros fiscais relativos às presunções referidas no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 e aplicar outros roteiros de fiscalização.*

Assim, embora esteja configurado que a partir do segundo semestre o impugnante só operou com mercadorias submetidas à substituição tributária, entre janeiro e junho, comprovadamente operou com regime normal de tributação em valores significativos, razão pela qual foi convertido o processo em diligência, após deliberação em pauta suplementar do dia 23/05/2013.

Após regular intimação para apresentação das notas fiscais que dão lastro aos lançamentos no livro registro de entradas, e com base também nas informações que constam nos relatórios das DMA, a Auditora Fiscal da ASTEC refez o índice mensal, com apuração de novos valores, considerando-se inclusive a totalidade das mercadorias adquiridas com substituição tributária a partir de julho/2009.

No entanto, por conta da aplicação do índice linear de 44,3% de mercadorias tributadas, os meses de janeiro, maio e junho tiveram índices maiores, respectivamente de 75,21%, 71,52% e 78,10%, e com isso obtendo-se valores cobrados maiores do que aqueles que foram efetivamente lançados no auto de infração, inviáveis de serem cobrados neste auto, pela obediência do princípio que veda a *reformatio in pejus*, no qual o julgamento não pode agravar o valor do tributo lançado no auto de infração.

Conforme se verifica abaixo, os valores lançados a partir de julho de 2009 são reduzidos a ZERO, mas no primeiro semestre, notadamente nos meses de janeiro, maio e junho, os valores encontrados pela diligência são significativamente superiores aos da autuante, requerendo assim, refazimento da ação fiscal, para a devida cobrança dos valores que não foram lançados neste auto.

MÊS	AUTO DE INFRAÇÃO	DILIGÊNCIA
jan/09	2.916,78	4.957,15
fev/09	2.006,77	892,23
mar/09	1.664,74	1.567,31
abr/09	3.022,20	1.987,07
mai/09	3.794,27	6.131,97
jun/09	2.109,23	3.722,07
jul/09	3.926,90	0
ago/09	3.982,72	0
set/09	1.325,35	0
out/09	3.683,91	0
nov/09	2.622,55	0
dez/09	4.230,40	0
TOTAL	35.285,82	19.257,80

A Auditora Fiscal que executou a diligência, fez ainda a ressalva de que apenas nos meses de maio, junho e agosto aparecem alguns valores recolhidos por antecipação parcial das notas fiscais de entrada, conforme recolhimentos apontados no sistema INC da SEFAZ, à fl. 90, enfatizando a ausência da aplicação do roteiro de antecipação parcial durante a execução do procedimento de fiscalização.

Constatado que de fato, nas cópias dos livros registro de entradas às fls. 23/34 há aquisições interestaduais em todos os meses, demonstrando que não foi observado o roteiro de auditoria de antecipação parcial, visto o demonstrativo de fls. 90, emitido em 05/09/2013 pela diligência, apontar os raros recolhimentos por antecipação.

Segundo dispõe o art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, são nulos:

I – (...);

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;

III – (...);

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

Assim, pelo exposto, considerando a inadequação do roteiro de vendas com cartões de débito/crédito em metade do período fiscalizado; que o índice global de proporcionalidade aplicado em todos os meses distorce para menos os valores do primeiro semestre de 2009 e para mais os valores do segundo semestre; que os valores encontrados na diligência em diversos meses apontam para quantias superiores aos encontrados pela fiscalização, sem condição jurídica de serem aproveitados neste mesmo processo; e por fim, que há visível e inegável necessidade da aplicação do roteiro de antecipação parcial, com vistas à aplicação da multa do art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96 sobre mercadorias com tributação normal adquiridas em outras unidades da Federação, o que reforça a necessidade de nova fiscalização, entendendo que torna-se difícil a manutenção de qualquer dos valores lançados neste auto de infração, visto que eivado de vícios materiais, o que seguramente macula a clareza do procedimento e do lançamento, assim como a necessária segurança jurídica para garantir liquidez e certeza ao crédito tributário, infringindo o art. 18, incisos II e IV, “a” do RPAF.

Entendo, portanto, que é indispensável o refazimento da ação fiscal, afim de apurar os valores efetivamente devidos nos meses de janeiro a junho de 2009, tanto pela presunção da omissão de saída, constatada nas diferenças apontadas pelas informações das administradoras de cartões de débito/crédito, e concomitantemente a aplicação da multa pela falta de antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias com tributação normal oriunda de outros estados da Federação.

Face ao exposto, considero voto pela NULIDADE do auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **299167.0001/12-2** lavrado contra **WEBFONE COMERCIO DE APARELHOS TELEFONICOS CELULARES LTDA**. Recomenda-se a renovação da ação fiscal a salvo dos vícios apontados.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de dezembro de 2013.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR