

,A. I. Nº - 299167.0009/14-0
AUTUADO - WEBFONE COMÉRCIO DE APARELHOS TELEFÔNICOS CELULARES LTDA.
AUTUANTE - MARIA DE FÁTIMA FERRAZ SILVA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 23. 07. 2015

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0109-01/15

EMENTA: ICMS. 1. 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. Infração reconhecida. 2. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. Acatada a preliminar de nulidade. Alegação defensiva procede, haja vista que, segundo a acusação fiscal, a exigência diz respeito a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, enquanto, segundo a planilha elaborada pela Fiscalização se trata de mercadorias sujeitas a antecipação parcial, cuja tributação se dá pelo regime normal, conforme previsto no art. 352-A do RICMS/BA/97. Impossibilidade de dar prosseguimento à lide com a conversão do feito em diligência, haja vista que uma possível segregação dos valores atinentes às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária das mercadorias sujeitas à antecipação parcial implicaria em mudança do fulcro da autuação, resultando em ofensa aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa. A descrição do fato infracional e sua capitulação legal não estão em conformidade com o levantamento levado a efeito pela Fiscalização, restando claro que a autuação foi feita de modo equivocado, sendo, portanto, nulo este item da autuação. Infração nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/14, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$30.959,92, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Falta de recolhimento do ICMS constatada através de 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro a março de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$4.341,91, acrescido da multa de 100%;
2. Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de

Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, no valor de R\$26.618,01. Multa 60%. Período de ocorrência: janeiro a dezembro de 2011.

O autuado apresentou defesa (fls. 88 a 101) arguindo, preliminarmente, cerceamento ao direito de ampla defesa. Alega que a autuante no encerramento da fiscalização lhe entregou uma cópia do demonstrativo de débito, discriminando, mês a mês as parcelas de ICMS e das multas que entende como devedor, entretanto, afirma que com base nestes elementos materiais, não é possível elaborar uma defesa, ideal, onde pudesse apresentar todos os argumentos defensivos aplicáveis à questão. Diz que os demonstrativos entregues pela autuante não são, em si próprios, autoexplicativos, nem são claros.

Assevera que, no tocante à infração 02, a autuante não lhe forneceu cópia das notas fiscais relacionadas no demonstrativo intitulado “Planilha de Cálculo da Multa de Antecipação Parcial Não Recolhida” que deram origem aos valores constantes nos demonstrativos de apuração do débito referente ao exercício de 2011, o que caracteriza falta de prova material e cerceamento do direito de defesa, portanto passível de julgamento de nulidade desta infração.

Observa que este Conselho de Fazenda tem reiteradamente declarado que as acusações fiscais de origem baseada em notas fiscais escrituradas ou não pelo contribuinte, devem ser acompanhadas das respectivas 2^a vias das notas fiscais ou cópia das mesmas, como prova material da irregularidade praticada pelo contribuinte.

Sustenta que a não anexação das vias das notas fiscais em formato de papel extraídas nos sistemas eletrônicos da Secretaria da Fazenda pela autuante é caracterizada como falta de prova material da acusação fiscal e cerceamento do direito de defesa. Acrescenta que o CONSEF vem julgando nulos todos os processos fiscais que carecem de prova material das possíveis irregularidades cometidas pelos contribuintes.

Ressalta que, diante do explanado, ficou prejudicado no exercício do direito de defesa, pois cerceado, por, não lhe ter sido permitido de forma clara e suficiente, o perfeito entendimento do teor da autuação impossibilitando, assim, o exercício do contraditório.

Diz que ao agredir a garantia do contraditório pleno, a autuante impossibilitou o exercício do direito de defesa, violentando a possibilidade de questionamento aprimorado quanto ao mérito da infração, o que, por consequência, implica na caracterização da nulidade da autuação.

Nesse sentido, assinala que existem inúmeras decisões, inclusive a nível federal, que amparam a sua pretensão de nulidade, especialmente quando o cerceamento é oriundo de descumprimento de formalidade impeditiva do exercício da ampla defesa. Menciona como exemplos os Acórdãos 303-25. 277 e 104-6. 427, inclusive reproduzindo parte do teor do voto. Também invoca os Acórdãos deste CONSEF sobre o tema, mencionando expressamente os Acórdãos CJF Nº.0033-12-5; JJF Nº 0159-04/05; CJF Nº 0270-11/05; CJF Nº 0034-12/05; JJF Nº 0492-01/04 e JJF Nº 0505-04/04.

Alega, ainda, a ausência de descrição clara e precisa da acusação para postular a nulidade da autuação. Diz que o Auto de Infração, para ser aceito como documento regular de cobrança de obrigação tributária, precisa obedecer a diversos requisitos previstos na legislação, dentre os quais os previstos no art. 39, III, do RPAF/99, cuja redação transcreve.

Salienta que a autuante ao que tudo indica entendeu que a sua redação, no Auto de Infração, era suficiente para possibilitar uma descrição clara e precisa do fato gerador, todavia, diz que a situação descrita pela autoridade fazendária não caracteriza fato gerador deste imposto.

Reitera que a autuante não lhe forneceu cópia das notas fiscais para que pudesse verificar a autenticidade destas e se realmente consta como destinatário e verificar se são mercadorias sujeitas ao Regime de Substituição Tributária ou sujeitas ao Regime de Pagamento de Antecipação Parcial.

Sustenta que a infração não está caracterizada e não existe nos autos qualquer elemento, que possa determiná-la com segurança. Invoca e reproduz o art. 18, IV, do RPAF/99, para afirmar que há razão suficiente para se decretar a nulidade do Auto de Infração.

Assinala que este CONSEF, nas suas decisões, tem deixado claro que não é aceitável que uma acusação, contida em um Auto de Infração, seja obscura e, consequentemente, não retrate com clareza qual o seu verdadeiro teor. Cita e transcreve texto dos Acórdãos JJF N° 0045/99; JJF N° 1079/99; JJF n° 0062-05/05; JJF n° 0062-05/05; CJF n° 0071-11/05.

Prosseguindo, esclarece que exerce como atividade preponderante o comércio varejista de aparelhos telefônicos celulares, cartões inteligentes Smart Card e Sim Card e baterias, mercadorias estas que estão enquadradas no rol da Substituição Tributária. Acrescenta que, dessa forma, praticamente todas as mercadorias comercializadas estão enquadradas no regime de substituição tributária, de modo que as operações de saídas se encontram com a fase de tributação encerrada, ou seja, as operações de saídas não sofrem tributação de ICMS.

Alega que, em decorrência do previsto na legislação do ICMS, a maioria das mercadorias comercializadas 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 na 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 nos códigos NCM 85.06. 50.10. e 85.06.10.10.

Esclarece que também negocia com produtos que tem sua base de cálculo reduzida nas saídas como Joypad Playstation I e II 6166 Clone, C. I. 22 DJ3920 COL C9352AL HP e C.I. 02 ps3110 NCM 84439922 e 84439923 (base de cálculo reduzida em 29,41% conforme artigo 87, inciso V, do RICMS/BA e P Report 75G 210 x 297 BR A4 e Tel E3005 s/chave Darkblue Siemens (base de cálculo reduzida em 41,176 conforme Decreto 7902 de 07/02/2001 Nacional), e alterado o percentual de redução para 58,825% conforme Decreto 11470/2009, art. 87, inciso V, do RICMS/BA.

Assinala que a Secretaria da Fazenda, com o passar dos anos, vem alterando a legislação, e incluindo cada dia mais, produtos para ser cobrado o ICMS, pelo regime de substituição e/ou antecipação tributária, sendo que, mais recentemente instituiu o pagamento de antecipação parcial do ICMS, sobre todas as compras que os contribuintes realizem fora do Estado da Bahia.

Reporta-se sobre a infração 01, registrando que reconhece a irregularidade imputada.

No que concerne à infração 02, afirma que a autuante está completamente equivocada, haja vista que lhe acusa de ter deixado de recolher imposto que deveria ter sido recolhido por antecipação tributária de mercadorias que estariam sujeitas ao regime de Substituição Tributária, entretanto, as mercadorias constantes nas notas fiscais relacionadas na autuação podem ou não ser sujeitas ao regime de substituição tributária ou ao regime de pagamento de antecipação parcial.

Salienta que o equívoco da autuante está comprovado quando se verifica que o cabeçalho do demonstrativo apresentado diz “Planilha de Multa pela Falta de Recolhimento de Antecipação Parcial”.

Aduz que a conclusão a que se chega é que a autuante apurou uma possível irregularidade e lavrou o Auto de Infração com outra possível irregularidade e que, com este procedimento, a acusação é nula de pleno direito.

Ressalta que, como a autuante não anexou ao processo as cópias das notas fiscais nas quais se baseou para elaborar o demonstrativo, resta caracterizado o cerceamento do direito de defesa, por isso possível de nulidade da autuação.

Finaliza a peça defensiva consignando que reconhece a infração 01. Quanto à infração 02, consigna que, caso não seja acatado o pedido de nulidade, requer que seja solicitado à autuante que anexe ao Auto de Infração as cópias das notas fiscais constantes da planilha que elaborou,

com as devidas correções quanto à infração realmente cometida, e o refazimento da planilha apresentada com as devidas correções e que seja concedido a reabertura do prazo de defesa por 30(trinta) dias.

A autuante prestou informação fiscal (fls. 105 a 106) registrando que o autuado reconheceu expressamente a exigência fiscal atinente à infração 01.

Quanto à infração 02, diz que se pode concluir que o autuado “falou e não disse”, parecendo-lhe desconhecer a Legislação Tributária que regula a matéria.

Aduz que, a bem da verdade, tão-somente protela sem contestar os valores ou apresentar qual prova em contrário da acusação, quiçá recolhimento do ICMS Antecipação Parcial e/ou Antecipação Tributária.

Finaliza mantendo o Auto de Infração.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de duas infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo que o autuado reconheceu a infração 01, inclusive efetuando o pagamento parcelado do valor do débito reconhecido e impugnou a infração 02.

Dessa forma, no que tange a infração 01, o reconhecimento da ilicitude pelo contribuinte confirma o acerto da autuação, sendo, desse modo, subsistente esta infração.

No que concerne à infração 02, inicialmente, cabe-me apreciar a nulidade arguida pelo autuado sob o fundamento de que a autuante não lhe forneceu cópia das notas fiscais relacionadas no demonstrativo “Planilha de Cálculo da Multa de Antecipação Parcial Não Recolhida” que deram origem aos valores constantes nos demonstrativos de apuração do débito referente ao exercício de 2011, o que caracteriza falta de prova material e cerceamento do direito de defesa.

Observo que não pode prosperar a pretensão defensiva, haja vista que, por se tratar de notas fiscais eletrônicas, o entendimento prevalecente neste CONSEF é de que não há necessidade de entrega de cópia dos referidos documentos fiscais, considerando que o contribuinte pode verificar mediante a “chave de acesso” cada nota fiscal descrita na planilha, inclusive, caso queira, imprimi-la.

Dessa forma, não acolho a nulidade arguida por cerceamento de defesa, em decorrência da não entrega de cópia das notas fiscais arroladas neste item da autuação.

Quanto à nulidade arguida por ausência de descrição clara e precisa da acusação, verifico que o autuado alega que a autuante está completamente equivocada, haja vista que lhe acusa de ter deixado de recolher imposto que deveria ter sido recolhido por antecipação tributária de mercadorias que estariam sujeitas ao regime de Substituição Tributária, entretanto, as mercadorias constantes nas notas fiscais relacionadas na autuação podem ou não ser sujeitas ao regime de substituição tributária ou ao regime de pagamento de antecipação parcial.

Salienta que o equívoco da autuante está comprovado quando se verifica que o cabeçalho do demonstrativo que elaborou e apresentou traz o enunciado “Planilha de Multa pela Falta de Recolhimento de Antecipação Parcial”.

Diz que a conclusão a que se chega é que a autuante apurou uma possível irregularidade e lavrou o Auto de Infração com outra possível irregularidade e que, com este procedimento, a acusação é nula de pleno direito.

De fato, no que tange a esse fundamento, constato que assiste razão ao autuado.

Isso porque a descrição da infração no Auto de Infração apresenta o seguinte enunciado: *Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior*

tributada normalmente (grifei). Já a planilha elaborada pela Fiscalização, acostada aos autos e cuja cópia foi entregue ao contribuinte, traz no seu cabeçalho o seguinte título: “Planilha de Multa pela Falta de Recolhimento de Antecipação Parcial”.

Verifica-se, portanto, que a alegação defensiva procede, haja vista que, segundo a acusação fiscal, a exigência diz respeito a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, enquanto, segundo a planilha elaborada pela autuante se trata de mercadorias sujeitas a antecipação parcial, cuja tributação se dá pelo regime normal, conforme previsto no art. 352-A do RICMS/BA/97.

Vale consignar que, apesar de o autuado na defesa apresentada ter alegado que exerce como atividade preponderante o comércio varejista de aparelhos telefônicos celulares, cartões inteligentes Smart Card e Sim Card e baterias, mercadorias estas enquadradas no regime de substituição tributária e que, praticamente, todas as mercadorias comercializadas estão enquadradas no referido regime, na informação o preposto fiscal apenas disse que *o autuado “falou e não disse”, parecendo-lhe desconhecer a Legislação Tributária que regula a matéria*.

Ora, se o autuado, efetivamente, comercializa preponderantemente mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e, em escala menor, mercadorias sujeitas ao regime normal de tributação, certamente que as duas situações deverão ser consideradas no levantamento fiscal, haja vista que a metodologia de apuração da base de cálculo e, consequentemente, do imposto devido aplicável à antecipação tributária “total” é totalmente distinta da antecipação parcial.

Cabe registrar a impossibilidade de dar prosseguimento à lide, com a conversão do feito em diligência, pois uma possível segregação dos valores atinentes às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária das mercadorias sujeitas à antecipação parcial implicaria em mudança do fulcro da autuação, resultado em ofensa aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa.

Diante disso, acato a preliminar de nulidade sob o fundamento acima esposado, haja vista que a descrição do fato infracional e sua capitulação legal não estão em conformidade com o levantamento levado a efeito pela Fiscalização, restando claro que a autuação foi feita de modo equivocado, portanto, nulo este item da autuação.

Nos termos do art. 21 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99 - aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas.

Diante do exposto, a infração 01 é subsistente e a infração 02 nula.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento efetuado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299167.0009/14-0**, lavrado contra **WEBFONE COMÉRCIO DE APARELHOS TELEFÔNICOS CELULARES LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.341,91**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, com os devidos acréscimos legais, cabendo homologação do pagamento efetuado.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de julho de 2015.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR