

A. I. Nº - 299167.0008/14-3
AUTUADO - WEBFONE COMÉRCIO DE APARELHOS TELEFÔNICOS CELULARES LTDA.
AUTUANTE - MARIA DE FÁTIMA FERRAZ SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 15.07.2016

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0104-01/16

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. Alegações defensivas acatadas pela autuante na informação fiscal reduziu o valor do débito. O autuado ao tomar ciência da informação fiscal acatou o resultado apresentado pela autuante e efetuou o pagamento do valor do débito com o benefício da Lei nº 13.449/2015. Infração parcialmente subsistente. **2.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Alegações defensivas acatadas pela autuante na informação fiscal reduziu o valor do débito. O autuado ao tomar ciência da informação fiscal acatou o resultado apresentado pela autuante e efetuou o pagamento do valor do débito com o benefício da Lei nº 13.449/2015. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2014, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$23.282,91, 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 junho de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$22.313,89, acrescido da multa de 70%;
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\$969,02. Período de ocorrência: janeiro a junho de 2009.

O autuado apresentou defesa (fls. 100 a 114). Reporta-se sobre a infração 1. Consigna que exerce atividade comercial preponderante de comércio varejista de aparelhos telefônicos celulares, cartões inteligentes Smart Card e Sim Card e pilhas e baterias de pilha, elétricas, mercadorias estas que estão enquadradas no rol da Substituição Tributária e que correspondem em média a 63,60% das suas compras efetuadas no período de janeiro a junho de 2009.

Alega que, desse modo, 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 incidência de nenhuma tributação de ICMS.

Frisa que as mercadorias que tem tributação normal e com base de cálculo reduzida corresponderam a apenas 36,40% do total das compras no período de janeiro a junho de 2009.

Alega, ainda, que também comercializa mercadorias que tem redução da base de cálculo 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.

Afirma que a autuante cometeu enganos e em decorrência destes enganos, o cálculo dos percentuais aplicados no seu demonstrativo está incorreto, o que ensejou uma cobrança indevida e o descumprimento da maneira correta ao que determina a Portaria nº 56/2007 publicada no Diário Oficial do Estado da Bahia no dia 21/09/2007.

Assinala que demonstra no anexo 01 da defesa, mês por mês, os percentuais referentes às compras de mercadorias isentas e/ou que sofreram tributação antecipada e os percentuais referentes às compras de mercadorias tributadas, para que seja aplicado de maneira correta, o princípio da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007.

Assevera que o resultado apurado pela Fiscalização não retrata a realidade dos fatos, pelo que não é capaz de sustentar o lançamento do crédito tributário.

Sustenta que a autuante, durante os trabalhos de fiscalização, utilizou roteiro inadequado de fiscalização para apurar as supostas irregularidades.

Menciona que o CONSEF tem julgado nulos e improcedentes diversos Autos de Infração cujo roteiro de fiscalização para apurar irregularidades através de exames nas vendas por meio de Cartão de Crédito e/ou Débito são aplicados em empresas que negociam com produtos isentos, produtos que tiveram a sua fase de tributação encerrada seja com o recolhimento do ICMS por antecipação tributária ou por recolhimento por substituição tributária como é o seu caso.

Reitera que durante o período fiscalizado operou em média com 63,60% de suas vendas com mercadorias isentas ou que sofreram tributação pelo regime de substituição tributária e/ou antecipação tributária total. Neste sentido, invoca e reproduz diversas decisões do CONSEF.

Registra que o CONSEF vem aceitando durante os julgamentos realizados a aplicação do princípio da proporcionalidade. Neste sentido, reproduz o Acórdão CJF Nº 0291-12/06.

Consigna que, no caso deste item da autuação, requer que seja solicitado à autuante para efetuar demonstrativo analítico das entradas de mercadorias efetuadas 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 e sobre o valor da diferença apurada seja aplicado o princípio da proporcionalidade entre as mesmas e reduzido o valor do ICMS devido.

Assinala que aplicada a proporcionalidade, realizou o levantamento referente a todo o período fiscalizado, conforme anexos 01 a 04, tendo apurado o débito total do ICMS de apenas R\$ 15.348,00.

Observa que a Secretaria da Fazenda, considerando as reiteradas decisões do Conselho de Fazenda Estadual publicou a Instrução Normativa nº 56/2007 determinando que os prepostos fiscais quando apurassem infrações previstas no § 3º do art. 2º do RICMS com matriz no § 4º da Lei nº 7.014/96 aplicasse o princípio da proporcionalidade entre as saídas de mercadorias isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária.

Afirma que a autuante deixou de cumprir de maneira correta, o que determina a Instrução Normativa, que é norma legal, portanto passível de nulidade da infração 1.

No que tange à infração 2, afirma que a autuante está completamente equivocada, pois, acusa a falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária de mercadorias que estariam sujeitas ao regime de Substituição Tributária, porém, as notas fiscais relacionadas não se referem a mercadorias cujas aquisições estejam sujeitas ao regime de pagamento por Substituição Tributária. Assevera que as mercadorias constantes nas notas fiscais que relacionou estão sujeitas ao regime normal de apuração do ICMS.

Consigna que o equívoco da autuante resta comprovado pelo enunciado do demonstrativo elaborado pela autuante que diz: “Planilha de Multa pela Falta de Recolhimento de Antecipação Parcial”.

Conclui 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, para dirimir as dúvidas desta infração, elaborou o demonstrativo com as devidas correções às informações constantes da planilha elaborada pela autuante, conforme anexos 05 e 06, cujo valor da multa aplicada seria de apenas R\$474,45.

Finaliza a peça defensiva requerendo a nulidade da infração 1. Requer ainda que, caso não sendo acatado o pedido de nulidade total da infração, seja solicitado à autuante para efetuar demonstrativo analítico das entradas de mercadorias efetuadas 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, aplicados o princípio da proporcionalidade entre as mesmas, conforme demonstrativo que elaborou, anexos 01 a 04, consoante decisões anteriores deste CONSEF, com a devida aplicação correta da Instrução Normativa n. 56/2007 e reduzido o valor do ICMS devido.

Quanto à infração 2, diz que caso não seja acatado o pedido de nulidade total da infração, requer que seja solicitado à autuante a devida correção quanto à infração realmente cometida e o refazimento da planilha apresentada com as devidas correções e que seja cumprido o que determina o § 1º do art. 18 do RPAF.

A autuante prestou informação fiscal (fls. 228/229). Reporta-se sobre a argumentação defensiva atinente à infração 1, afirmando que o autuado não rebate os valores exigidos neste item da autuação. Diz que o impugnante apenas pleiteia uma proporcionalidade não prevista na Lei n. 7.014/96, assim como no RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto n. 6.284/97, vigente à época de ocorrência dos fatos geradores.

Conclui que, desse modo, o autuado não elide a acusação fiscal.

No que concerne à infração 2, diz que o autuado apenas nega o cometimento da infração, mas não comprova o recolhimento do ICMS exigido.

Finaliza mantendo o Auto de Infração.

A 1ª JF, após análise e discussão em pauta suplementar, converteu o feito em diligência à INFAZ/VAREJO (fls. 233/234), a fim de que a autuante ou outro Auditor Fiscal designado prestasse informação fiscal, na forma do art. 127, § 6º, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99 – aprovado pelo Decreto n. 7.629/99, abordando todos os aspectos aduzidos pelo impugnante, tanto na infração 01 quanto na infração 02, inclusive, se fosse o caso, elaborasse novos demonstrativos com as correções dos lançamentos.

A autuante se pronunciou (fls. 237 a 240 dos autos). Esclarece que ao analisar o demonstrativo de “APURAÇÃO MENSAL” (fl. 17 dos autos) em confronto com o demonstrativo apresentado pelo autuado (fl. 116) comprovou o equívoco cometido por não ter considerado a redução da base de cálculo de mercadorias amparadas pelo benefício.

Diz que, desse modo, viu-se prejudicada a proporcionalidade ao se somar as entradas de mercadorias com redução da base de cálculo às mercadorias tributadas.

Registra que retificou os valores exigidos na infração 1, com base nos percentuais considerando as mercadorias com redução da base de cálculo, conforme Demonstrativo de Débito que apresenta, totalizando o valor do ICMS devido R\$ 15.434,79.

Relativamente à infração 2, diz que confrontando o demonstrativo de fl. 21 com o apresentado pelo autuado, fl. 203, observou que no primeiro foram consideradas algumas notas fiscais de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária.

Assinala que, desse modo, após as devidas retificações e acolhimento do demonstrativo de fl. 203, o valor da multa imposta passa para R\$ 474,44, conforme Demonstrativo de Débito que apresenta.

O autuado cientificado da diligência, via postal, conforme aviso de recebimento – AR – (fl. 244) não se manifestou.

A 1ª JF, após análise e discussão em pauta suplementar, deliberou, por unanimidade, pela conversão do feito em diligência à INFAZ/VAREJO (fl. 246), a fim de que a autuante ou outro Auditor Fiscal designado adotasse as seguintes providências, com relação à infração 1:

1. Apesar de constar no Recibo de Arquivos Eletrônicos, acostado à fl. 92 dos autos, que o contribuinte abriu o CD e verificara a consistência dos dados contidos na mídia referente às informações TEF diários fornecidas pela administradora de cartão - fato ratificado pelo autuado, mediante aposição de assinatura no referido recibo – anexasse aos autos cópia dos Relatórios TEF diários contendo as operações individualizadas, atinente ao período objeto da autuação, já que não foram acostados;
2. Verificasse e analisasse no livro Registro de Saídas do autuado, referente ao período objeto da autuação, se é possível determinar a proporcionalidade entre as operações de saídas isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária e operações de saídas tributadas.
3. Caso afirmativa a resposta da solicitação contida no item 2, revisasse o lançamento efetuando os cálculos do ICMS devido com a utilização da proporcionalidade pelas saídas apuradas, elaborando novas planilhas e demonstrativo de débito. Considerasse no cálculo da proporcionalidade, exclusivamente, as operações de saídas de mercadorias isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária. Não considerasse as operações de saídas ocorridas com redução da base de cálculo.
4. Após a revisão referida no item 3, elaborasse novos demonstrativos com os ajustes e correções efetuados, inclusive novo demonstrativo de débito.

Consta à fl. 251 requerimento do autuado no sentido de pagamento a vista do valor de R\$15.909,23 para quitação do PAF, sendo R\$15.434,79, referente à infração 1 e R\$474,44, atinente à infração 2. À fl. 256 dos autos consta Termo de Transação na forma da Lei nº 13.449/2015.

À fl. 258 consta pronunciamento do supervisor da INFAZ/VAREJO, no qual este consigna que foi solicitada em 28/05/2015, diligência saneadora pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF, fls. 233 a 235, que foi cumprida pela autuante, conforme informação de fls. 238 a 241.

Diz o supervisor da INFAZ/VAREJO que, a autuante, após análise comparativa entre o seu demonstrativo e apuração mensal (fl. 17) e o apresentado pelo autuado (fl. 116), retificou as infrações 1 e 2, que tiveram seus valores alterados para R\$15.434,79 e R\$474,44, respectivamente.

Registra que o contribuinte no dia 29/12/2015 efetuou o pagamento dos respectivos valores, utilizando-se do benefício da Lei 13.449/2015, conforme juntada de requerimento às fls. 251 a 256 dos autos, apensado em 12/02/2016 conforme SIPRO 020215/2016-7.

Salienta que em 29/02/2016 foi solicitada nova diligência saneadora pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, fls. 246 a 248, na qual solicita da autuante ou Auditor Fiscal designado que proceda nova análise e adote algumas providências em relação a infração 1.

Conclusivamente, consignou que o contribuinte reconheceu o débito quando do pagamento das infrações 01 e 02, razão pela qual manifesta o entendimento de inexistência de motivação para

realização de nova diligencia. Em face disso, sugere o retorno do PAF a 1ª Junta de Julgamento Fiscal, para a conclusão do julgamento.

VOTO

O Auto de Infração em exame versa sobre o cometimento de duas infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado.

A infração 1 diz respeito à 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.

Esta infração foi objeto de duas diligências. A primeira diligência para que a autuante prestasse informação fiscal, na forma do art. 127, § 6º, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99 - aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, abordando todos os aspectos aduzidos pelo impugnante.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 238/239 dos autos, na qual consignou que, ao analisar o demonstrativo de apuração mensal de fl. 17 em confronto com o demonstrativo apresentado pelo autuado à fl. 116, comprovou o equívoco incorrido. Elaborou demonstrativo no qual apresenta os valores retificados, passando a infração 01 para o valor de ICMS exigido de R\$15.434,79 e a infração 2 com o valor da multa reduzido para R\$474,44.

Ocorreu que na segunda diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal, o Supervisor da INFAZ/VAREJO se pronunciou a fl. 258 consignando que fora solicitada em 28/05/2015, diligência saneadora pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF, que foi cumprida pela autuante, conforme informação de fls. 238 a 241.

Diz o Supervisor da INFAZ/VAREJO que a autuante, após análise comparativa entre o seu demonstrativo e apuração mensal (fl. 17) e o apresentado pelo autuado (fl. 116), retificou as infrações 1 e 2, que tiveram seus valores alterados para R\$15.434,79 e R\$474,44, respectivamente.

Registra que o contribuinte no dia 29/12/2015 efetuou o pagamento dos respectivos valores, utilizando-se do benefício da Lei 13.449/2015, conforme juntada de requerimento às fls. 251 a 256, apensado em 12/02/2016, Processo SIPRO 020215/2016-7.

Salienta que em 29/02/2016 foi solicitada nova diligencia saneadora pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, fls. 246 a 248, na qual solicita da autuante ou Auditor Fiscal designado que proceda nova análise e adote algumas providencias em relação a infração 1.

Conclusivamente, consignou que o contribuinte reconheceu o débito quando do pagamento das infrações 01 e 02, razão pela qual considera inexistir motivação para realização de nova diligencia, razão pela qual, encaminha o PAF para a 1ª Junta de Julgamento Fiscal, para a conclusão do julgamento.

Observe que foi acostado a fl. 251 dos autos requerimento do autuado no sentido de pagamento a vista do valor de R\$15.909,23 para quitação do PAF, sendo R\$15.434,79, referente à infração 1 e R\$474,44, atinente à infração 2, assim como, consta a fl. 256 Termo de Transação na forma da Lei nº 13.449/2015.

É fato que o autuado reconheceu e pagou o valor apontado pela autuante após a realização da primeira diligência para que atendessem as determinações do art. 127, § 6º do RPAF/99.

Também é fato que o Supervisor da INFAZ/VAREJO, ao se pronunciar sobre a segunda diligência solicitada por esta JJF, entendeu que o contribuinte reconheceu o débito quando do pagamento das infrações 01 e 02, razão pela qual considerou inexistir motivação para realização de nova diligencia e, em face disso, retornou o PAF ao CONSEF para conclusão do julgamento.

Diante disso, as infrações 1 e 2 são parcialmente subsistentes nos valores de R\$15.434,79 e R\$474,44, respectivamente, conforme demonstrativos elaborados pela autuante acostados aos autos.

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 **299167.0008/14-3**, lavrado contra **WEBFONE COMÉRCIO DE APARELHOS TELEFÔNICOS CELULARES**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.434,79**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, com os devidos acréscimos legais, além da multa de 60% no valor de **R\$474,44**, prevista no art. 42, II, “d”, do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios, devendo ser homologado o valor recolhido conforme os benefícios da Lei nº 13.449/15 do Programa Concilia Bahia.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de junho de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR