

A. I. Nº - 232151.0065/17-4
AUTUADO - WEBFONE - COMÉRCIO DE APARELHOS TELEFÔNICOS CELULARES EIRELI - ME
AUTUANTE - RUBEM FRANCELINO DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 08/04/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0020-04/21-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. O lançamento de crédito tributário é ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito, estipuladas nas leis e regulamentos, existem rotinas administrativas a serem observadas, visando à correção da atividade fiscalizadora. A autuação contém vício que afeta a sua eficácia, haja vista inexistir nos autos demonstrativo analítico da origem da apuração do débito. É nulo o procedimento que não contenha elementos suficientes para determinar, com precisão, a infração apontada. Recomendado o refazimento do feito, a salvo da falha apontada. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 05/12/2017, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$56.538,71, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

Infração 01 - 17.01.01 - Deixou de recolher o ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, nos meses de janeiro de 2015 a agosto de 2017, no valor de R\$23.300,12, acrescido da multa de 75%.

Infração 02 - 17.02.01 - Efetuiu recolhimento a menos do ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, no valor de R\$207,46, acrescido da multa de 75%.

Infração 03 - 17.03.16 - Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por Instituição Financeira e Administradora de Cartões - sem dolo - nos meses de janeiro de 2015 a agosto de 2017, no valor de R\$33.031,13, acrescido da multa de 75%.

O autuado apresentou defesa às fls. 71 a 90, e após transcrever a descrição dos fatos ressalta que a sua única intenção será a de demonstrar equívocos procedimentais existentes no trabalho fiscal levado a efeito pelo autuante.

Em seguida diz que a empresa tem como atividade preponderante o comércio varejista de aparelhos telefônicos celulares, cartões inteligentes SmartCard e SimCard, pilhas e baterias de pilhas, elétricas, mercadorias estas que estão enquadradas no rol da **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.

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 e aparelhos de modem, enquadrados no NCM85.17J2.13, 85.17.12.19, 85J7.12.31, cartões inteligentes (SmartCards e SimCard enquadrados no NCM85.23.52.00 e baterias enquadradas nos códigos NCM85.06.50.10 e 85.06.10.10.

Acrescenta que também negocia com compra e venda de aparelhos de telefonia celular usados,

produtos que tem base de cálculo reduzida nas **suas** operações, conforme prevê o convênio ICM15/81, assim como aparelhos de telefonia celular **usados**, adquiridos em empresas telefônicas, (VIVO, TIM, CLARO), que declaram nas notas **fiscais** de sua emissão que se trata de venda de bem do **ativo** imobilizado, produtos que tem base de cálculo reduzida nas suas operações, conforme prevê o convênio ICM15/81 clausula primeira.

Diz que comercializa ainda com:

- aparelhos de telefonia celular novos, adquiridos em empresas telefônicas, (VIVO, TIM, CLARO), produtos que tem base de cálculo reduzida nas suas operações, conforme prevê o artigo 266, XVII do RICMS/2012
- compra e venda de SIMCARD, destinados à utilização exclusiva em aparelhos celulares de tecnologia GSM, produtos que tem base de cálculo reduzida em 29,41% nas suas operações, conforme prevê o artigo 266, XVIII do RICMS
- compra e venda de aparelhos e equipamentos de processamento de dados, seus periféricos e suprimentos como partes e acessórios das máquinas da posição 84.71 do NCM, câmeras conectáveis a microcomputadores ("web cams") NCM85.25.80.29 e inúmeras outras mercadorias elencadas no inciso XIII do artigo 266 do RICMS, cujo teor transcreve.

Em seguida diz 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. Mais recentemente instituiu o pagamento de antecipação parcial do ICMS, sobre todas as compras que as empresas realizem fora do Estado.

Após passa a se reportar sobre o procedimento do autuante dizendo que o mesmo deixou de fornecer em formato de papel, os demonstrativos analíticos da forma como apurou o ICMS devido, como determina o art. 8º, §3º do RPAF/BA

No que tange a Infração de nº o autuante não apresentou o Relatório Diário com operações do TEF, em formato de papel, prejudicando o direito de defesa.

Não verificou as notas fiscais eletrônicas emitidas pela autuada no período fiscalizado e cujas operações foram liquidadas pelos clientes através de pagamento por meio de cartão de débito e crédito.

Não verificou as notas fiscais serie D-1 emitidas pela autuada no período fiscalizado e cujas operações foram liquidadas pelos clientes através de pagamento por meio de cartão de débito e crédito.

Também deixou de apresentar planilha em formato de papel, contendo a relação das notas fiscais de compras com detalhamento das compras de mercadorias tributadas, isentas e sujeitas à tributação antecipada para que autuada pudesse verificar como o mesmo achou o percentual aplicado para cumprimento de forma correta da Instrução Normativa nº 56/2007.

Arremata que foram cometidos inúmeros enganos e em consequência o cálculo dos percentuais aplicados no seu demonstrativo está incorreto, o que ensejou uma cobrança indevida e ao descumprimento do que determina a Instrução Normativa nº 56/2007 publicada no Diário Oficial do Estado da Bahia no dia 21/09/2007.

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.

Assevera que durante os trabalhos de fiscalização foi utilizado Roteiro inadequado de Fiscalização para apurar supostas irregularidades praticadas pela autuada, e 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 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 caso presente.

Informa que durante o período fiscalizado operou em média com 95% dos seus atos de vendas

com mercadorias isentas ou que sofreram tributação pelo sistema de Substituição Tributária e/ou Antecipação Tributária Total e transcreve diversas decisões deste Conselho, em casos semelhantes, concluindo pela nulidade ou improcedência.

Acrescenta também que o CONSEF vem aceitando recentemente durante os julgamentos realizados a aplicação do princípio da proporcionalidade, conforme Resoluções que transcreveu.

Requer que seja solicitado ao 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 (excluídas as notas fiscais referente a aquisições de mercadorias para consumo, ativo permanente, devoluções e entradas de mercadorias para conserto) e sobre o valor da diferença apurada seja aplicado o princípio da proporcionalidade entre as mesmas e reduzido o valor do ICMS devido.

Informa 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 apurasse infrações previstas no § 3º do art. 2º do RICMS/97 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. Entretanto, o autuante deixou de cumprir o que determina a Instrução Normativa, que é norma legal, portanto passível de nulidade do constante na Infração 03 deste Auto de Infração.

Quanto às infrações 01 e 02 diz que a autuante está completamente equivocada na sua acusação fiscal. Com o engano cometido quando da apuração da Infração de nº 03, o resultado na infração de nº 01 e 02 tem influência direta e não pode nem ser analisada no seu mérito. Portanto é de se considerar NULA de pleno direito.

Conclui ter restado comprovado quanto as Infrações 01, 02 e 03 que a autuante cometeu erros, enganos e equívocos, como caracterizar a infração de forma imprecisa e por presunção, presunção está sem procedência. Quanto à Infração de nº 03 houve o agravante do uso inadequado do roteiro de fiscalização por motivo da autuada negociar com mercadorias isentas ou já tributadas por antecipação e/ou substituição. Assim, requer que esta JJF julgue NULA a Infração.

Não sendo acatado o pedido de nulidade total das infrações, requer que seja solicitado ao 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, valor das compras de mercadorias cujo ICMS estão sujeitas ao pagamento do ICMS 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, consoante decisões anteriores deste Conselho, com a devida aplicação correta da Instrução Normativa 56/2007 e reduzido o valor do ICMS devido.

Requer ainda, que seja solicitada ao autuante a devida correção quanto à infração realmente cometida pela autuada e o refazimento da planilha apresentada com as devidas correções e que seja reaberto o prazo de defesa por 60(trinta) dias.

O autuante ao prestar a informação fiscal às fls. 136/138, transcreve o teor das infrações e discorre sobre as alegações da defesa apresentada, assim discriminadas:

Que a autuada informa que a sua atividade preponderante é de comercio varejista de aparelhos telefônicos celulares usados, cartões inteligentes SmartCard e SimCard, pilhas e baterias de pilhas elétricas, mercadorias enquadradas no rol da Substituição tributária, além da nulidade do Auto e Infração.

Em seguida assevera o autuante que os argumentos apresentados pelo autuado são meramente protelatórios, não têm nenhum fundamento, além de não apresentarem nenhum fato novo que justifiquem tamanhas irregularidades tributárias.

Quanto a preliminar de nulidade diz ser totalmente descabida pois, obedeceu as formalidades legais prevista no ordenamento jurídico, inclusive a Constituição Federal, CTN, RICMS e legislação do Simples Nacional.

Informa que na realidade o autuado mesmo conhecendo a legislação do RICMS/Ba e a Lei nº 123/06, que trata do Simples Nacional, principalmente em seu artigo 25 e parágrafo único, cometeu irregularidades tributárias, na esperança de que não fosse alcançado pelo Fisco.

Esclarece que a empresa informou à Receita Federal, Nacional, consoante extratos do Simples Nacional, fls. 36 a 67, valores a título de Isenção, o que não é admitido pela Lei do Simplificado nacional. Com tal conduta não foi gerado qualquer valor do ICMS sobre as vendas auferidas a título de Isenção, pois no referido regime utiliza-se como base de cálculo o valor total mensal da receita auferida, excluindo-se apenas as vendas com produtos da substituição tributária.

Por outro lado, no exercício de 2015 o autuado vendeu e recebeu através de cartão de débito/crédito o valor de R\$669.809,16 e declarou no PGDAS o valor de R\$340.410,17, gerando uma diferença a menor de R\$329.418,99. No exercício de 2016 vendeu e recebeu através de cartão de débito/crédito o valor de R\$675.838,44 e declarou no PGDAS o valor de R\$449.853,23, gerando uma diferença a menor de R\$225.985,16. Já no exercício de 2017 a empresa foi fiscalizada até o mês de agosto.

Quando na elaboração dos relatórios foi aplicada a proporcionalidade referente às mercadorias da substituição tributária. Reafirma que a autuada omitiu receita nas suas declarações, além de declarar como isentas todas as suas operações e mantém na sua integralidade o Auto de Infração.

Esta Junta de Julgamento Fiscal em sessão suplementar observou que na apresentação da defesa o sujeito passivo arguiu diversas preliminares de nulidade à ação fiscal, dentre elas a falta de entrega dos demonstrativos analíticos da apuração do ICMS, o Relatório Diário com operações do TEF, além da planilha contendo a relação das notas fiscais de compras, com detalhamento das compras de mercadorias tributadas, isentas e sujeitas à substituição tributária, cerceando o seu direito de defesa vez que ficou impossibilitado de verificar os cálculos do imposto exigido.

Considerando que não consta no PAF o comprovante da entrega de cópias do Relatório Diário de Operações TEF, os demonstrativos analíticos que apurou a proporcionalidade das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e a Base de Cálculo de Omissão de recolhimento (infração 01), está 4ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou pela conversão do processo em diligência à Inspeção de origem para que o autuante:

1. anexasse ao PAF o demonstrativo analítico que apurou: a) os valores da Base de Cálculo de Omissão de recolhimento (infração 01), assim como a memória de cálculo da proporcionalidade/ST:

Após, a Repartição Fazendária intimasse o autuado, mediante recibo, para entrega dos documentos indicados no item acima indicado, assim como cópias dos mencionados Relatórios Diários de Operações - TEF, concedendo-lhe o prazo de 60 dias, contados da ciência da intimação, para se manifestar, querendo.

O autuante ao cumprir a diligência fls. 144, informa que: “Segue em anexo CDR, com os relatórios solicitados.”

Considerando que o sujeito passivo não foi cientificado sobre o resultado da diligência, nem reaberto o prazo de defesa, esta Junta de Julgamento, na sessão suplementar do dia 26 de setembro de 2019 decidiu mais uma vez pela conversão do processo em diligência para que a Repartição Fazendária intimasse o autuado, mediante recibo, para entrega do pedido de diligência, a Informação Fiscal prestada pelo autuante e mídia eletrônica, fls. 141, 144 e 145, concedendo-lhe o prazo de 60 dias, contados da ciência da intimação, para se manifestar, querendo.

O autuado foi cientificado via DTE - Domicílio Tributário Eletrônico em 17 de fevereiro de 2020, com data de ciência em 24 de fevereiro de 2020, com a concessão de 60 dias para se manifestar, conforme se verifica no documento de fl. 157, uma vez que as intimações via correios foram

infrutíferas conforme informações constantes nos Avisos de Recebimentos anexados às fls. 153 e 156, porém, não houve qualquer pronunciamento.

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de, na condição de inscrito no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, não ter recolhido o ICMS (infração 01); ter recolhido a menos ICMS, devido à aplicação de alíquota a menor (infração 02), e omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas 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/débito (infração 03).

O defendente suscita a nulidade da presente autuação, alegando cerceamento de defesa, afirmando que não foram apresentados, em formato de papel, os demonstrativos analíticos de apuração do imposto devido. No que tange a infração 03 assevera que não foi apresentado o Relatório Diário com operações do TEF, não verificou as notas fiscais eletrônicas emitidas cujas operações foram pagas por meio de cartão de débito e crédito, assim como a relação das notas fiscais de compras que serviram de base para apuração da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007.

Acrescenta, que o engano cometido quando da apuração da Infração de nº 03, compromete o resultado das infrações 01 e 02, portanto, também devem ser consideradas nulas de pleno direito.

Inicialmente, destaco que a infração 03 se refere à presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apuradas 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/débito. Portanto, de fato a mesma tem influência direta nas infrações 01 e 02, tendo em vista que às omissões de receitas apuradas na infração 03 foram adicionadas às receitas declaradas pelo contribuinte nas DASN, resultando nas alterações nas faixas das alíquotas constantes no Anexo I da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, que foram aplicadas para a apuração do imposto exigido nas referidas infrações.

Dessa forma, me reportarei primeiramente em relação à infração 03, e como dito anteriormente, trata-se de presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apuradas 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/débito.

Neste tipo de auditoria, necessário se faz a existência de demonstrativos analíticos explicitando mensalmente o confronto entre as documentações fiscais emitidas para as vendas efetuadas por meio de cartão de crédito ou de débito, e as operações informadas pelas financeiras e administradoras de cartões, através de Relatório Diário de opções - TEF que resultaram nas omissões.

Porém, ao analisar os demonstrativos que embasam a acusação fiscal, anexados às fls. 09 a 35, e a mídia magnética de fl. 68, onde se encontra inserida cópia do Relatório Diário TEF, constato que de fato inexistem demonstrativos analíticos demonstrando as referidas omissões, assim como demonstrativos analíticos referentes à apuração da proporcionalidade das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e a Base de Cálculo de Omissão de recolhimento (infração 01), assim como o comprovante da entrega de cópias do Relatório Diário de Operações TEF.

No intuito de sanar tal falha, o processo foi convertido em diligência, a pedido deste órgão, julgador, para que fossem anexados ao PAF os demonstrativos faltantes, e intimasse o autuado para entrega dos mencionados documentos, reabrindo o prazo de defesa.

No cumprimento da diligência, o autuante anexou a mídia magnética de fl. 145, onde estão inseridas as planilhas, assim denominadas:

- 1 – Demonstrativo de omissões de Receitas;
- 2 – Proporcionalidade ST 2015; 2016 e 2017;
- 3 – Relatórios de Vendas Diárias 2015; 2016 e 2017.

Ocorre que, ao analisar o conteúdo dos mesmos, observo que apesar de ter sido anexado o Relatório de Vendas Diária (item 03), não se vislumbra o confronto entre as documentações fiscais emitidas para as vendas efetuadas por meio de cartão de crédito ou de débito e as operações informadas pelas financeiras e administradoras de cartões, através de Relatório Diário de opções - TEF que resultaram nas omissões, pois no item 1 (Demonstrativo de omissões de Receitas) foi copiado os valores integrais informados no Relatório TEF sem qualquer indicação de valores emitidos através de documentos fiscais na modalidade cartão de crédito ou de débito, permanecendo assim a incerteza em relação à constituição da base de cálculo, aliado ao fato de que no segundo demonstrativo estão informados os valores totais mensais das compras efetuadas, desacompanhado dos demonstrativos analíticos solicitados por este órgão julgador, permanecendo a dúvida em relação ao cálculo da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007.

Diante de tais ocorrências, entendo que o levantamento elaborado pelo agente fiscal não traduz a realidade dos fatos, mesmo após a realização de diligência requerida por este órgão julgador. Os equívocos cometidos no lançamento de ofício comprometem a materialidade da exigência, não sustentam validamente a infração apurada, e impossibilitam o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Ressalto, que a base de cálculo do imposto deve ser determinada a salvo de qualquer imperfeição, e indispensável que seja demonstrado, de forma compreensiva, o método adotado pelo fisco, a fonte e demais dados necessários ao seu entendimento, o que não ocorreu no presente caso.

Os defeitos retro alinhados são motivadores de nulidade do procedimento fiscal, de acordo com o art. 18, IV, "a" do RPAF/BA (aprovado pelo Decreto nº 7.629/99), determinando, em consequência, a nulidade da infração 03.

Como dito anteriormente, as infrações 01 e 02 são decorrentes da infração 03, consequentemente, ambas ficam comprometidas. Mas, existe ainda uma outra questão, igualmente relevante, que reforça a nulidade da infração 01, e diz respeito à ausência de demonstrativo analítico que apurou a Base de Cálculo de Omissão de recolhimento do imposto.

Tal providência também foi solicitada por esta Junta de julgamento, ao converter o processo em diligência para que o autuante anexasse ao PAF o documento faltante, porém, no cumprimento da diligência foi anexada mídia de fl. 145 e não se visualiza a existência de qualquer demonstrativo relacionado à referida infração.

Diante do exposto, são nulas as infrações 01 e 02.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo à autoridade competente, que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Assim, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232151.0065/17-4**, lavrado contra **WEBFONE - COMÉRCIO DE APARELHOS TELEFÔNICOS CELULARES EIRELI - ME**. Recomenda-se à autoridade competente, que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de fevereiro de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

ANTÔNIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA - JULGADOR