

A. I. Nº - 217445.0603/16-5  
AUTUADO - HC PNEUS S.A.  
AUTUANTE - JOAQUIM NETO DE OLIVEIRA  
INFAZ - DAT SUL / INFAZ COSTA DO CACAU  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 06/04/2023

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF Nº 0061-04/23-VD**

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Acatadas as alegações defensivas de equívocos no cálculo do imposto devido. Refeitos os demonstrativos por fiscal estranho ao feito, não apurando diferenças a serem exigidas. Infração insubsistente. 2. OMISSÃO DE SAÍDAS. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Informação Fiscal prestada por auditor estranho ao feito comprovou as argumentações defensivas, especialmente no que se refere a não consideração no levantamento inicial, das notas fiscais de prestação de serviços. Infração insubsistente. A arguição de decadência acatada em parte. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/06/2016 e refere-se à cobrança de ICMS no valor total de R\$ 99.192,31, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 - 07.01.02: *“Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior, no valor de R\$ 80.533,13.”*. Aplicada multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96.

Infração 02 - 05.08.01: *“Omissão de saídas de mercadorias tributáveis presumidas por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito”*, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 18.659,18, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.

O autuado, apresenta impugnação, fls. 47 a 57, em 06/09/2016, e após transcrever o teor das acusações, enquadramentos legais e multas aplicadas informa tratar-se de empresa inscrita no CF/CE, tendo como atividade principal a comercialização de pneus, câmaras de ar e protetores. Para consecução de seus objetivos adquire produto pronto e acabado de fornecedores e promove a comercialização, em atacado e varejo, a outros comerciantes e/ou pessoas físicas, conforme configurado em sua inscrição cadastral nesse Estado, tudo mediante a emissão das respectivas notas fiscais, e/ou Cupom Fiscal. Como resultado de sua atividade empresarial promove o

recolhimento do tributo devido, na forma disciplinada.

Diz que, conforme Termo de Início de Fiscalização, a mesma foi iniciada em 01/03/2016. Nesse Termo, o Agente do Fisco se propõe fiscalizar fatos geradores do ICMS a partir de 01/01/2011. Todavia, a autuação não cabe qualquer exame ou exigência de tributos relativos aos fatos geradores do ICMS ocorridos até 28/02/2011, tendo em vistas que tais fatos foram atingidos pela decadência, uma vez que são considerados homologados e definitivamente extinto qualquer crédito tributário correspondente, conforme previsto no artigo 173 do CTN (Lei 5.172 de 25/10/1966).

Em seguida afirma que a legislação dita infringida conforme descrita em item do campo de lançamento do crédito tributário do Auto de Infração, referente as Infrações 01 e 02, não são aplicáveis à ora Impugnante, vez que os fatos ditos infringidos não se adequam com a norma determinada no mesmo auto de infração, em razão de incorreções na forma e conteúdo tudo conforme se demonstrará e provará.

Aduz que o agente autuante no afã de apurar possíveis incorreções, ao descrever o fato, praticou incorreções de ordem material que acabaram por desnaturalizar a exigência tributária e, por consequência, causando vício insanável à imposição e exigência tributária, pois na elaboração do Auto de Infração citou no item Descrição dos Fatos, a ocorrência de que a empresa efetuou recolhimento a menor do ICMS, por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, que passou a chamar de Infração 01, e omissão de saída de mercadoria tributada, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, que batizou como Infração 02.

Para concluir pela Infração 01, o Agente fiscalizador, examinou as notas fiscais de compras de mercadorias da autuada. Esse exame incluiu a verificação de cada item constante de cada nota fiscal de entrada. Ao examinar cada item de mercadoria, o agente do fisco atribuiu como código das mercadorias, a chave de acesso da nota fiscal eletrônica, incorrendo nos seguintes equívocos:

- *Confundiu pneus de passeio com pneus de carga, fato que leva a erro de cálculo da substituição tributária, tendo em vista que os MVAs aplicados são diferentes;*
- *Em várias notas fiscais, o agente do fisco considerou a alíquota de ICMS de origem como sendo 6,38% quando o correto é 7%;*
- *Deixou de considerar o Convênio ICMS 6 de 03/04/2009, e Convênio ICMS 21 de 05/04/2013, que reduzem a base de cálculo do ICMS, nas saídas de pneumáticos para as regiões que especifica, fato que provoca erro no cálculo da substituição tributária arguida em seu levantamento.*
- *Informou notas fiscais com numeração errada, citando-se como exemplo ocorrido em 04/02/2011 onde o fisco cita a nota fiscal 141019 quando o correto é nota fiscal número 106192.*
- *Considerou notas fiscais emitidas para corrigir o ICMS de outras notas fiscais, como notas fiscais referentes às mercadorias, exigindo o ICMS-ST. Observar que em referidas notas fiscais, constam em, “Informações Complementares”, a citação da Resolução 13, citando ainda o número da nota fiscal de origem (Resolução do Senado nº 13 de 25/04/2012). Como se não bastasse, no campo destinado à descrição dos produtos, também consta a mesma citação à referida Resolução. O valor do ICMS complementado nessas notas fiscais, representam o ICMS próprio do fornecedor, que no cálculo do ICMS- ST é considerado como crédito do adquirente. Esse fato demonstra que o valor do ICMS - ST retido da postulante e recolhido pelo fornecedor, foi maior que o devido, e não menor, como quer o agente do fisco.*

Informa que esses erros acham-se demonstrados na planilha “*Documentos Fiscais e Respectivas GNRE s correspondente ao Demonstrativo 01 - Antecipação Tributária Entradas Elaborada pelo Agente do Fisco*”.

Na Infração 02, o Agente do Fisco, utilizou de informações das administradoras de Cartão de Crédito, e através de “tentativa e erro”, procurou conciliar os valores levados aos cartões de crédito/debito, por autorização fornecida pelas administradoras, com os valores dos documentos fiscais emitidos.

Agindo dessa forma, fatalmente ocorreriam erros demasiados no levantamento fiscal, pois a autorização fornecida pelas administradoras, refletem pagamentos que, na maioria dos casos, não

se referem a um único documento fiscal ou a uma única forma de pagamento, pois uma mesma autorização pode se referir a:

- a) *Pagamento parcial de mercadorias;*
- b) *Pagamento concomitante de serviços e mercadorias, e nesses casos são emitidos dois documentos fiscais;*
- c) *Pagamento total somente de mercadorias;*
- d) *Pagamento total somente de serviços;*
- e) *Pagamento de uma ou mais parcelas que se referem ao documento fiscal emitido;*
- f) *Utilizar mais de um cartão de crédito/debito para efetuar pagamento de uma mesma nota fiscal.*

Assevera que as possibilidades de formas de pagamento são diversas, podendo ocorrer no atendimento a um cliente, que parte do pagamento seja efetuado em dinheiro ou cheque, utilizar um determinado cartão de crédito para efetuar o pagamento de uma parcela da compra, e utilizar outro cartão de crédito para pagar o restante da compra da mercadoria ou serviço que solicitou. Observar que pode ter existido apenas um documento fiscal para a ocorrência desses pagamentos, que, somadas as autorizações de cada cartão, que efetuam os pagamentos das parcelas, certamente coincidem com o valor do documento fiscal.

Assim, entende que procurar documento fiscal cujo valor seja igual ao valor da autorização informada pela administradora de cartões, seria optar por loteria. Em muitos dos casos considerados pelo agente do fisco como correto, na realidade estão errados, pois se referem a mais de um documento fiscal, conforme se apresenta na planilha apresentada, que demonstra, por autorização de cartão de crédito, quais os documentos e valores a que se referem.

Para os casos em que foram emitidos cupom fiscal, nesse documento está registrado o número da autorização da administradora de cartões, lembrando que o fisco tem pleno acesso a essas informações (PAF-ECF), que não utilizou em seu levantamento, e que fatalmente não apresentaria os valores que exige.

Lembra que o PAF-ECF existe no estabelecimento examinado desde novembro de 2011 e que sempre esteve integrado com TEF, que aciona a Administradora de Cartões correspondente ao cartão de crédito/debito inserido no equipamento, para se obter a autorização.

Aduz que outro fato relevante a considerar, é que o montante das vendas de mercadorias e serviços efetuadas pelo estabelecimento, em muito supera os valores para os quais foi utilizado cartão de crédito/debito. Mesmo desprezando os serviços, optando apenas para as vendas de mercadorias, examinando-se a DMA e confrontando-a com os valores informados pelas Administradoras de Cartões, os valores das vendas efetuadas constantes da DMA são superiores às vendas efetuadas por Cartão de Crédito/Debito.

Na realidade, o fisco buscou, por caminhos tortuosos, levantar omissão de vendas que na prática não ocorreu, como demonstramos em planilhas e documentos anexados às mesmas.

Afirma que em nenhum momento se justifica a utilização da Presunção de Omissão de vendas prevista no Artigo 4º § 4º Inciso VI alínea “B” e inciso VII da Lei 7.014/96, pois ausente está a comprovação de que os valores recebidos das administradoras de cartões de crédito superaram os valores das vendas efetuadas, fato que, por si só, torna nula a Infração 2.

Informa estar anexando a planilha “*Confronto das Vendas do Estabelecimento com as vendas efetuadas através de Cartão de Crédito/Débito*” que demonstra mês a mês, os valores das vendas efetuadas e os valores para os quais foram utilizados cartões de crédito/debito, e explica que nessa planilha fica patente que as vendas efetuadas pelo estabelecimento são superiores as vendas, para as quais foram utilizados cartões de crédito/debito, destruindo a pretensão fiscal de se presumir Omissão de Vendas.

Entende que esse confronto poderia ter sido efetuado pelo agente do fisco, pois o mesmo tem as informações mensais de vendas do nosso estabelecimento (DMA), bem como a informação das Administradoras de Cartões de Crédito/Débito. O motivo de não ter efetuado esse confronto, denota claramente, puro açodamento do agente em levantar débito, pois a própria legislação que

cita para justificar seu procedimento, o impede de fazê-lo.

Isto posto, há que se considerar uma assertiva que macula de vício insanável o referido Auto de Infração, tornando-o nulo de pleno direito, visto que a Presunção de Omissão de Vendas se baseia numa premissa falsa.

Passa a se reportar as VENDAS EFETUADAS ATRAVÉS DO BNDES, dizendo que são centralizadas em um único estabelecimento, CNPJ 00.000.802/0001-00 que é o estabelecimento matriz da empresa. Isto significa que as informações fornecidas pelas Administradoras de cartões MasterCard, Visa ou Elo, que se referiram às vendas financiadas pelo BNDES, correspondem a todas as vendas efetuadas pela empresa em todas suas filiais, e não apenas pela filial autuada. Comprova-se esse fato através do Cadastro anexado à impugnação, bem como notas fiscais juntadas a cada autorização correspondente ao financiamento concedido.

Ressalta que embora o seu entendimento em relação a infração 02 seja pela nulidade, pelo confronto efetuado entre DMA e informações fornecidas pelas Administradoras de Cartões, elaborou para cada mês onde o fisco entende existir Omissão de Vendas, “Planilha de Documentos Fiscais não Considerados no Demonstrativo da Presunção de Omissão de Operações elaborada pelo Agente do Fisco”.

Nessa planilha é efetuado o confronto, por autorização informada pelas Administradoras de Cartões, com os documentos fiscais emitidos, demonstrando que para cada autorização de crédito/debito existe um ou mais documentos fiscais emitidos. Junto à planilha, são anexadas cópias dos referidos documentos fiscais emitidos, apresentando-se ao final, inexistência de valores a tributar. Frisa que todos os débitos levantados pelo agente do fisco, e que se referem ao período de 01/01/2011 até 28/02/2011 estão amparados pela Decadência, conforme já citado, não podendo ser exigido qualquer tributação cujos fatos tenham ocorrido nesse período. Os lançamentos desse período são considerados homologados e definitivamente extinto o crédito tributário correspondente. (Art.150 § 4º CTN).

Acrescenta que o fisco, além de inúmeros erros cometidos na Infração 01, que maculam o feito fiscal de forma insanável, desconsidera a Decadência em períodos que examina, encaminhando o Auto de Infração para a Nulidade.

Diante do exposto, por ter comprovado a ausência de vendas sem a devida emissão de documento fiscal, por ter apresentado os comprovantes dos pagamentos de ICMS incidentes sobre as compras de mercadorias sujeitas à substituição Tributária, e demonstrado que o agente do fisco tenta exigir tributos sobre valores alcançados pela Decadência, postula os seguintes pedidos:

Preliminarmente, seja considerado Nulo o Auto de Infração 217445.0603/16-5, pelos motivos expostos.

Ultrapassada a Preliminar, no mérito, seja considerado improcedente o Auto de Infração, em face das planilhas e documentos comprobatórios apresentados, que demonstram a inexistência, nos demonstrativos elaborados pelo agente do fisco, de fato gerador que possa provocar a exigência do ICMS.

O auditor que prestou a Informação Fiscal, fls. 78 as 82, inicialmente diz que em razão do processo encontrar-se parado por longo tem, por várias razões, passará a relembrar os fatos, afirmando que o Auto de Infração foi lavrado em 28/06/2019, é composto de 02 infrações, sendo resultantes da ação fiscal empreendida sobre os exercícios de 2011 a 2014, exigindo o “*quantum*” de R\$ 99.192,31

Além do Termo de Início da ação fiscal, consta no processo a intimação de EFDs de 2011, a intimação de requisição de livros e/ou documentos do período, tudo presente às fls. 10 a 14 do PAF. Em seguida, os demonstrativos das infrações e a mídia CD contendo os anexos do auto, na fl. 42 do PAF. O recibo de entrega dos demonstrativos de suporte das infrações, e da cópia da mídia CD que integrou o auto de infração estão corroborados pelo contribuinte em sua Defesa, à



fl. 69 do PAF.

Considerando a ciência do auto de infração ocorrida em 12.07.2016, a protocolização da Defesa em 06.09.2016 revelou-se tempestiva, na forma do RPAF baiano. Ressalta-se a anotação ao rodapé do protocolo, que declara: “05 caixas lacradas contendo documentos para defesa”, não encontradas na Repartição, para os fins deste trabalho.

Faz um resumo dos argumentos defensivos nos seguintes termos:

1. *Após a repetição das infrações e enquadramentos legais, a empresa afirma haver fragilidade na imputação do lançamento, tanto pela forma de apuração quanto pela base de cálculo utilizada;*
2. *Traz à lume o Art. 371 do RICMS/ Ba, relativo à obrigação da antecipação total, e o Art. 125, que prevê o próprio contribuinte como responsável, além do responsável solidário; Depois o Art. 61 sobre a base de cálculo, incompleto; Adiante, o Art. 8º e o Art. 23, ambos da Lei 7014/96; Em seguida o Art. 289 do RICMS/ Ba; dentre outros, todos sobre a substituição tributária;*
3. *Acredita que o enquadramento legal apresentado após o caput da Infração 1 embaraçou a Defendente, que afirma existir uma “generalização da imputação”;*
4. *Faz alusão ao cadastro fiscal do Estado do Ceará, onde a empresa seria inscrita; cremos ter havido equívoco do tipo “copiar/colar”, em aproveitamento de texto já editado;*
5. *Invoca a decadência prevista no Art. 173 do CTN – Lei 5.172/66, em consideração ao período da ação fiscal e, conseqüentemente, ao ato do lançamento, em 28.06.2016;*
6. *Acredita decaídos os fatos geradores até 28.02.2011, termo dos 5 anos completado antes do início da ação fiscal;*
7. *Afirma haver incorreções do autuante ao descrever os fatos, estranhando a citação “recolhimento a menor” aposta na infração 1;*
8. *Alega que o autuante atribuiu, como código das mercadorias, as “chaves de acesso” da nota fiscal eletrônica;*
9. *Que houve confusão de pneus de passeio com pneus de carga, com repercussão no MVA incidente, não indicando as nfe/datas de ocorrências disto;*
10. *Que houve consideração de alíquota de 6,38% quando devia ser 7%, não citando a circunstância do cabimento disto;*
11. *Que houve desconconsideração dos Convênios ICMS 06/2009 e 21/2013, que reduzem a base de cálculo nas saídas de pneumáticos para o nordeste, sem apontar as nfe relativas a isto;*
12. *Que houve citação de números de nfe erradas: 141019 por 106192;*
13. *Faz alegações aos valores de ICMS citados nos rodapés de cada nfe, considerado crédito do adquirente; que por isso, os valores recolhidos pela autuada seriam maiores que os devidos; Que estariam presentes no documento intitulado “Documentos Fiscais e Respectivas GNRE’s correspondentes ao Demonstrativo 01 – Antecipação Tributária Entradas”;*
14. *Relativamente à Infração 2, acredita que o trabalho fiscal foi conduzido pelo sistema empírico de “tentativa e erro”, ao se tentar conciliar os documentos fiscais com as autorizações para venda por cartões de débito/crédito;*
15. *Acredita que para cada valor autorizado pelas administradoras de cartões “não se referem a um único documento fiscal ou a uma única forma de pagamento”;*
16. *Elenca os tipos de procedimentos que podem referir-se a uma só autorização de venda por cartão de débito/crédito;*
17. *Afirma que tentar conciliar valor de venda com valor do cartão, é adotar um sistema de loteria;*
18. *Admite que alguns cupons fiscais registram a autorização correspondente da administradora, chamando à lume os dados que poderiam existir no PAF-ECF, que estaria disponível no estabelecimento desde novembro de 2011;*
19. *Alega que os montantes totais das vendas dos períodos são maiores que os totais das vendas informadas pelas administradoras de cartões; Sugere conferir pelos DMAs anuais;*
20. *Acredita que a omissão prevista na alínea “b” do Inc. 4º do § 4º do Art. 4º da Lei 7014/96 não seria cabível ao caso;*

21. Apresenta o documento “Confronto das Vendas do Estabelecimento com as Vendas Efetuadas Através de Cartões de Crédito/Débito”, como uma espécie de apuração mensal comparativa dos valores de vendas, em que os registros fiscais são sempre superiores;
22. Acredita nulo o procedimento realizado pelo autuante;
23. Cita que as vendas através do BNDES feitas por qualquer filial são redirecionadas para a unidade matriz da empresa, credenciada perante aquela instituição;
24. Apresenta outro demonstrativo mensal, intitulado Planilha de Documentos Fiscais não Considerados no Demonstrativo da Presunção de Omissão de Operações Elaboradas pelo Agente do Fisco, onde acredita expor melhor vinculação dos documentos fiscais com os informados pelas administradoras de cartões; por ele, afirma não existir diferenças a tributar;
25. Requer que o auto de infração seja julgado nulo ou improcedente;
26. Arrola os anexos da Infração 1: 48 planilhas mensais, 207 NFEs de compras; 123 DAEs ST;
27. Arrola os anexos da infração 2: 48 planilhas mensais, 71 cópias de DMAs, 48 planilhas de documentos fiscais não considerados; 3698 NFEs relativas a vendas pagas por cartões; 4773 NFPS, pagos por cartões; 6139 cupons fiscais de vendas pagas por cartões.
28. Acredita-se que todos estes documentos estarão na mídia cd da fl. 74 do PAF. Afora isso, não merecerão validade e consideração no processo.

Passa a se manifestar, na qualidade de fiscal estranho ao feito, após cuidadoso exame dos demonstrativos de suporte, da Defesa e seus anexos e dos dados recuperados a partir desta ordem de serviço, ora em cumprimento, conforme a seguir:

1. “Identificamos que, no processo os arquivos relativos aos demonstrativos de suporte das infrações estão apenas em formato pdf (vide mídia cd à fl. 42 do PAF), impedindo, a princípio, uma carga para edição, correção de valores, etc.
2. Toda a ação fiscal foi desenvolvida no software PRODIFE, à época em largo uso, mas atualmente fora do âmbito da Sefaz, que adotou oficialmente o SIAF;
3. Curiosamente, ao que soubemos, a Infaz não dispõe de software oficialmente disponível para a leitura e conversão de arquivos \*.pdf em \*.xlsx. Assim, utilizamos recursos disponíveis na internet, um tanto limitados, constringendo o rápido cumprimento do trabalho.
4. O trabalho fiscal, infelizmente, apresenta uma série de equívocos que irão afetar seriamente sua propositura e vida útil, senão vejamos, relativamente à Infração 1, de código 07.01.02:
  - a) Houve uma repetição quase infundável no nº da nfe 141019 por todos os 4 exercícios, estando errado em 99% das citações.
  - b) Houve a indicação do CNPJ dos fornecedores como sendo os códigos de itens. Embora irrelevante para o cerne da infração, acredito importante a menção, já que em relatórios extensos os códigos de itens aceleram a conferência.
  - c) Foram utilizados por inúmeras vezes percentuais de MVAs errados;
  - d) Foram considerados a menos cerca de R\$ 31.244,32 de recolhimentos por GNREs, todos também pertinentes ao período fiscalizado;
  - e) Foram incorporados ao levantamento entradas sob o CFOP 6949, inadequado para a infração;
  - f) Foram inseridos no lançamento entradas já decaídas, conforme o entendimento do RPAF baiano vigente.
5. Dados os motivos acima, tivemos de reconstruir, na íntegra, todo o demonstrativo, resumindo-o para conter apenas as colunas essenciais ao cálculo e à demonstração da incidência, resultando no seguinte:
  - a) Foram expurgados os lançamentos inadequados à infração (Cfop 6949 e outros);
  - b) Foram expurgados os lançamentos decaídos, até 28.08.2011, 60 (sessenta) dias após a lavratura do auto de infração;
  - c) Foram corrigidos os percentuais de MVA e os números das notas fiscais de entradas;
  - d) Foram identificados e inseridos os recolhimentos por GNRE não utilizados no trabalho original; Vide anexo.
  - e) A infração foi elidida por inexistência, após estas correções. Vide anexo.

6. *Concernente à Infração 2, de código 05.08.01, identificamos que o grande equívoco do trabalho fiscal foi a não consideração das notas fiscais de prestação de serviços e cupons fiscais, cotidianamente emitidas pela empresa durante todo o período fiscalizado, estes últimos presentes no LRS/EFD da empresa desde 2011. Ora, a característica comercial do estabelecimento evidencia a revenda de pneus com as pertinentes montagens, alinhamentos, balanceamentos, trocas de válvulas etc., ou seja, vendas de peças e serviços. Ademais:*
- a) O único suporte da infração 05.08.01 exposto em papel no PAF está nas fls. 35 a 37 – **Demonstrativo C**, com 03 páginas, e parte dos valores divergentes entre os montantes autorizados pelas administradoras e aqueles relativos aos documentos fiscais emitidos, avaliados mensalmente.*
  - b) Além deste, os demais demonstrativos da infração 05.08.01 estão apenas gravados na mídia cd da fl. 42 do PAF, que contém:*
    - Demonstrativo Y2 – Contém a listagem apenas das nfe emitidas pela empresa no período fiscalizado, em pdf, com 95 páginas;*
    - Demonstrativo Z – Contém analiticamente quase todo o demonstrativo da infração, confrontando cada data/autorização/valor com uma data/ documento fiscal/valor, encerrando com o valor divergente, presente na coluna intitulada “base de cálculo”.*
    - Cada somatório mensal dessa “base de cálculo” encontrada no Demonstrativo Z – Ex: jan/11 – R\$ 35.206,50 – foi trasladado para a 1ª coluna do Demonstrativo C, para apuração do real valor do Icms Devido, após a aplicação dos índices mensais de proporcionalidade das saídas tributadas, abrigado na IN 56/07; E assim sucessivamente.*
7. *Reconstrução da Infração 05.08.01 – Decidimos pela reconstrução da infração, após:*
- Saber que não mais dispomos do PRODIFE, para reprodução do mesmo modus operandi;*
  - Constatar que a empresa, ao oferecer os seus próprios demonstrativos em combate à infração, conforme a mídia cd da fl. 74, intitulados “Presunção Omissão Mensal 01 2011” – 48 (quarenta e oito arquivos mensais, seguindo-se os nomes dos arquivos conforme os meses da infração, até 12 2014), duplicou inúmeros lançamentos de CF e NFS-e, inclusive com datas e valores diferentes entre si, minando por completo a confiabilidade do trabalho, nos transmitindo a idéia de possíveis “fechamentos de brechas”, sempre que o documento fiscal não se aliava à data e valor com exatidão e facilidade.*
- Ante o dito, providenciamos:*
- a) Identificação das notas fiscais de serviço em documento oficial de caráter público – o mesmo oferecido à fiscalização do município; Vide anexos gravados na mídia cd que integra esta 1ª Informação Fiscal;*
  - b) Inserimos as NFS-e ao conjunto dos documentos fiscais presentes nos LRS/EFD (NFE e CF) dos exercícios de 2011 a 2014, por data;*
  - c) Expurgamos os lançamentos inadequados à tipicidade da auditoria: devoluções, remessas não vendas; Cfop 5929; etc.;*
  - d) Realizamos somatório por data, de toda e qualquer saída com documento fiscal de vendas (serviços e peças);*
  - e) Confrontamos com a Listagem TEF, também somada por data;*
  - f) Aplicamos os índices de proporcionalidade mensais, na forma da IN 56/07 aos respectivos montantes mensais;*
  - g) Calculamos o imposto devido sobre as bases de cálculo resultantes. Remanescente encontrado: R\$ 6,58, valor indiferente para cobrança. Infração inexistente.*
8. *Decadência de Lançamentos – Acatado. Entendemos que o momento do lançamento, datado de 28.06.2016 inibe os fatos geradores que naquela data já tinham 5 anos. Com efeito, as duas infrações serão alteradas para retirada destes casos e apresentação do remanescente. Vide os novos demonstrativos. Em que pese o resultado descrito na alínea “d” do item acima, a empresa detinha razão neste argumento.*
9. *Decadência até 28.02.2011 – Prejudicado, em face do disposto no item acima.*
10. *Demais Pontos Argumentados na Defesa – Diante da ELISÃO TOTAL, como resultado desta 1ª Informação Fiscal, reconhecido nos itens 5 e 7 acima, todos os demais pontos argumentados pela empresa ficam prejudicados, pois que foram açambarcados por ela.*

Conclui pelo reconhecimento de que o auto de infração acima indicado deva ser julgado totalmente IMPROCEDENTE, de pleno direito.

O Sujeito passivo foi cientificado via mensagem DT-e, com data de leitura em 29/11/2022, porém, não se manifestou.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr<sup>a</sup> Angélica Valentino Floriano, OAB/DF nº 36.102, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

## VOTO

Não acolho os argumentos defensivos relacionados ao pedido de nulidade visto que a acusação está posta de maneira clara e devidamente demonstrada de forma analítica, cujas planilhas elaboradas foram entregues ao autuado, mediante recibo, lhe possibilitando os mais amplos meios de defesa. Com isso, vejo que foram seguidas todas as normas estabelecidas pelo Art. 39 do RPAF/BA, razão pela qual ultrapasso as arguições de nulidade.

Quanto a alegação defensiva de que os levantamentos efetuados pela fiscalização contém erros que se acham demonstrados nas planilhas por ele elaboradas denominadas “*Documentos Fiscais e Respectivas GNRE s correspondente ao Demonstrativo 01 - Antecipação Tributária Entradas Elaborada pelo Agente do Fisco*”( infração 01 ) e “*Planilha de Documentos Fiscais não Considerados no Demonstrativo da Presunção de Omissão de Operações elaborada pelo Agente do Fisco*” (infração 02) esclareço que tais ocorrências não são ensejadora de nulidade do lançamento, pois se trata de questão de mérito, e nesse sentido passa a me pronunciar.

Antes, porém, observo que o sujeito passivo requereu a declaração de decadência dos fatos geradores ocorridos no período compreendido entre 01/01/2011 a 28/02/2011, com base /no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

Conforme estabelece o art. 150 do CTN, “*O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa*”.

O § 4º estabelece que, “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”. Neste caso, a contagem do prazo de decadência é a partir do fato gerador do tributo.

Por outro lado, de acordo com o art. 173, I do CTN, “*o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado*”.

No caso presente, vejo que as questões debatidas nestes autos se amoldam, em parte, à regra prevista pelo Art. 150, § 4º do CTN, vez que em relação a infração 01 o autuado declarou o imposto, o qual foi apurado mediante interpretação da norma tributária pelo próprio e o pagamento foi efetuado de acordo com o valor lançado.

O fato da fiscalização ter apurado *a posteriori* valor que entendeu ter contribuído para ocorrer o recolhimento a menos do imposto por erro na determinação do valor da base de cálculo, não autoriza o lançamento do imposto com base na regra do Art. 173, I do CTN, já que não houve débito declarado e não pago e não há qualquer indício nos autos, de que o Recorrente tenha agido com dolo, fraude ou simulação, quanto a débito declarado e pago, integral ou parcialmente.

Isto posto, no que diz respeito à infração 01, acolho a prejudicial de mérito suscitada pelo autuado em relação aos fatos geradores anteriores a 12/07/2011, vez que o mesmo tomou ciência da lavratura do Auto de Infração em 12/07/2016, conforme aposto no aviso de Recebimento -AR,



anexado à fl. 45, que é o marco inicial para a contagem do prazo decadencial, devendo, desta maneira, serem excluídos do lançamento os valores, referentes aos meses de janeiro a junho de 2011, nos valores de R\$ 32.837,40; R\$ 10.663,80; R\$ 161,34, R\$ 445,09 e R\$2.069,99, respectivamente, totalizando R\$ 46.177,62.

Com relação à infração 02 não coaduna com o mesmo entendimento, pois o lançamento de ofício em exame, trata de supostas omissões 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, inequívoco o fato de o contribuinte não ter antecipado qualquer pagamento de que nos fala o Art. 150, § 4º do CTN, sendo clara e inquestionável a não aplicação do mesmo ao caso em comento, devendo vigorar o entendimento de aplicação do prazo previsto no artigo 173, inciso I do CTN, contando-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, não se vislumbrando nos autos, qualquer presença do instituto da decadência.

No mérito, como dito anteriormente a infração 01 diz respeito a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, em aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

O defendente apresentou o seu inconformismo com a seguinte fundamentação: o Autuante teria: (i) atribuído como código das mercadorias, as chaves de acesso da nota fiscal eletrônica; (ii) considerou pneus de passeio como pneus de carga e consequentemente utilizou MVA equivocada para cálculo da substituição tributária; (iii) não aplicou a redução da base de cálculo do ICMS nas saídas de pneumáticos previstas no Convênio ICMS 6 de 03/04/2009 e Convênio ICMS 21, de 05/04/2013; (iv) informou notas fiscais com numeração incorreta; (v) incluiu notas fiscais emitidas para correção do ICMS, que não são alcançada pela substituição tributária.

O fiscal estranho ao feito responsável pela emissão da Informação Fiscal, em virtude da aposentadoria do autuante, após revisão do levantamento efetuado inicialmente acolheu em sua totalidade os argumentos defensivos afirmando que:

- a) Houve uma repetição quase infundável no número da nfe 141019 por todos os 4 exercícios, estando errado em 99% das citações.
- b) Houve a indicação do CNPJ dos fornecedores como sendo os códigos de itens. Embora irrelevante para o cerne da infração, acredito importante a menção, já que em relatórios extensos os códigos de itens aceleram a conferência.
- c) Foram utilizados por inúmeras vezes percentuais de MVA errados;
- d) Foram incorporados ao levantamento entradas sob o **CFOP 6949, inadequado** para a infração;

Além disso observou que foi considerado a menos cerca de R\$ 31.244,32 de recolhimentos por GNREs, referentes ao período fiscalizado.

Ante aos fatos relatados informou ter refeito todo o demonstrativo, com as devidas correções, inclusive considerando os recolhimentos através de GNREs, não computados inicialmente, sendo elidida totalmente a infração.

Concordo com as conclusões do fiscal estranho ao feito, que após refazer todo o levantamento fiscal, considerando as irregularidades apontadas pelo sujeito passivo conclui pela inexistência de diferenças a serem exigidas. Consequentemente a infração é totalmente insubsistente.

A infração 02 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.

O Impugnante contesta o valor exigido, alegando que as informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito/débito refletem pagamentos, que na maioria dos casos, não se referem a um único documento fiscal ou a uma única forma de pagamento.

Assim, uma mesma autorização pode se referir a:

- a) Pagamento parcial de mercadorias;
- b) Pagamento concomitante de serviços e mercadorias, e nesses casos são emitidos dois documentos fiscais;
- c) Pagamento total somente de mercadorias;
- d) Pagamento total somente de serviços;
- e) Pagamento de uma ou mais parcelas que se referem ao documento fiscal emitido;
- f) Utilizar mais de um cartão de crédito/débito para efetuar pagamento de uma mesma nota fiscal.

Acrescentou que opera com vendas efetuadas através do BNDES, e neste caso, diferentemente dos outros cartões, as mesmas são centralizadas em um único estabelecimento, CNPJ 00.000.802/0001-00 que é o estabelecimento matriz da empresa. Isto significa que as informações fornecidas pelas Administradoras de cartões MasterCard, Visa ou Elo, que se referiram às vendas financiadas pelo BNDES, correspondem a todas as vendas efetuadas pela empresa em todas suas filiais, e não apenas pela filial autuada. Comprova-se esse fato através do Cadastro anexado à impugnação, bem como notas fiscais juntadas a cada autorização correspondente ao financiamento concedido.

Para comprovar as suas assertivas anexou ao PAF planilha denominada “*Planilha de Documentos Fiscais não Considerados no Demonstrativo da Presunção de Omissão de Operações elaborada pelo Agente do Fisco*”, acompanhadas dos respectivos documentos comprobatórios.

Na Informação prestada por auditor estranho ao feito foi afirmado que a característica comercial do estabelecimento evidencia a revenda de pneus com as pertinentes montagens, alinhamentos, balanceamentos, trocas de válvulas etc., ou seja, vendas de peças e serviços. Assim, após análise das argumentações defensivas verificou que o grande equívoco do trabalho fiscal foi a não consideração das notas fiscais de prestação de serviços e cupons fiscais emitidas pela empresa durante todo o período fiscalizado, estes últimos presentes no LRS/EFD da empresa desde 2011.

Em seguida asseverou que ao analisar os demonstrativos apresentados pelo sujeito passivo para contrapor os elaborados pelo autuante conforme a mídia CD de fl. 74, intitulados: “*Presunção Omissão Mensal 01 2011*”, verificou diversos equívocos, a exemplo de: duplicação de inúmeros lançamentos de CF e NFS-e, inclusive com datas e valores diferentes entre si. Assim decidiu reconstruir todo o levantamento seguindo a seguinte metodologia:

- a) Identificação das notas fiscais de serviço em documento oficial de caráter público – o mesmo oferecido à fiscalização do município; Vide anexos gravados na mídia CD que integra esta 1ª Informação Fiscal;
- b) Inserimos as NFS-e ao conjunto dos documentos fiscais presentes nos LRS/EFD (NFE e CF) dos exercícios de 2011 a 2014, por data;
- c) Expurgamos os lançamentos inadequados à tipicidade da auditoria: devoluções, remessas não vendas; CFOP 5929; etc.;
- d) Realizamos somatório por data, de toda e qualquer saída com documento fiscal de vendas (serviços e peças);
- e) Confrontamos com a Listagem TEF, também somada por data;
- f) Aplicamos os índices de proporcionalidade mensais, na forma da IN 56/07 aos respectivos montantes mensais;
- g) Calculamos o imposto devido sobre as bases de cálculo resultantes. Remanescente encontrado: R\$ 6,58, valor indiferente para cobrança. Infração inexistente.

Como dito anteriormente o presente lançamento é decorrente do comparativo entre as documentações fiscais emitidas pelo contribuinte para as operações 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 operações – TEF.

De acordo com averiguações efetuadas pelo auditor estranho ao feito restou comprovado que o sujeito passivo, a época dos fatos geradores tinha como atividade a comercialização de mercadorias e prestação de serviços. Ocorre que no levantamento inicial, para efeito de comparativo com as informações contidas no Relatório TEF, somente foram considerados os documentos fiscais que acobertavam as vendas de mercadorias.

Esta irregularidade foi suprida na Informação Fiscal, que efetuou os devidos ajustes, observando a atividade mista exercida pelo defendente, ou seja, considerou todas as operações realizadas, na modalidade cartão de débito/crédito, incluindo além dos documentos fiscais que acobertavam vendas de mercadorias, devidamente lançados no Livro Registro de Saídas e informados na sua EFD, também às notas fiscais de prestação de serviços. Ainda mais, foram excluídas as operações

estranhas a auditoria em comento: devolução, remessas, etc.

Assim, foi feito o somatório dos valores diários acima comentados e aplicado o índice de proporcionalidade, relativo às vendas de mercadorias normais, previsto na Instrução Normativa 56/07, tendo em vista que a empresa comercializava com mercadorias tributadas e sujeitas à substituição tributária.

Ditos valores foram comparados com o informado no Relatório TED, apurando-se diferenças no valor total de R\$ 6,58, que, de acordo com o responsável pela emissão da Informação Fiscal, deve ser desprezado, tendo em vista tratar-se de somatório de pequenas diferenças ocorridas ao longo de todo o período auditado (janeiro de 2011 a dezembro de 2014), com o que concordo. Sendo assim, acolho as conclusões apresentadas pelo auditor estranho ao feito, pois os argumentos, livros e documentos fiscais trazidos ao processo pelo autuado elidiram a presunção de omissão de saídas de mercadorias constantes do § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96. Consequentemente a infração é totalmente insubsistente.

Ante ao exposto voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **217445.0603/16-5**, lavrado contra **HC PNEUS S.A.**

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de março de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR