

A. I. Nº - 020747.1009/04-0
AUTUADO - PHYTOPÃO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - MARIA HELENA DA SILVA RIBEIRO
ORIGEM - INFAC BONOCÔ
INTERNET - 07/12/05

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0441-03/05

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multas de 10% e 1%, respectivamente, do valor comercial das mercadorias não escrituradas. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE USO OU CONSUMO. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. 4. VENDAS COM PAGAMENTO ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO OU DE DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Diferença apurada mediante levantamento de venda com pagamento por meio de cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. **a)** USUÁRIO DE EMISSOR CUPOM FISCAL – ECF. OPERAÇÕES DE VENDAS SEM EMISSÃO DO DOCUMENTO FISCAL CORRESPONDENTE. DIFERENÇA ENTRE OS VALORES ACUMULADOS NO GT FINAL E O GT INICIAL DO ECF. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração comprovada. **b)** FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. MULTA. Retificado o valor da multa exigida. Rejeitada a preliminar de nulidade. 6. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor sobre o valor das operações

realizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**.
Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2004, refere-se à exigência de R\$268.106,46 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 70%, além de multa no valor de R\$57.035,40, por descumprimento de obrigações acessórias, em decorrência de:

1. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada a multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias. Valor do débito: R\$18.837,23.
2. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias. Valor do débito: R\$304,69.
3. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Valor do débito: R\$11.699,51.
4. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento. Valor do débito: R\$331,21.
5. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88 do RICMS-BA, nos meses de maio de 2001, março e novembro de 2002 e janeiro de 2003. Valor do débito: R\$698,85.
6. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada 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, no período de janeiro a outubro de 2003. Valor do débito: R\$73.103,50.
7. Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, apurada através do levantamento entre a diferença do GT final do funcionamento do ECF e o GT inicial, com a diferença do valor anual registrada no livro Registro de Saídas, nos meses de dezembro dos exercícios de 2000 a 2003. Valor do débito: R\$182.273,39.
8. Deixou de fornecer arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas, ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram a sua leitura. Consta na descrição dos fatos que, após quatro intimações, foram entregues os disquetes referentes ao período de 01/01/2001 a 31/12/2003 sem o Registro R, Resumo de itens por mês, que demonstra as mercadorias vendidas pelo estabelecimento, e tal omissão impossibilitou a realização de auditorias, a exemplo do levantamento de estoques. Aplicada a multa correspondente em cada exercício (2001 a 2003), totalizando R\$33.293,48.
9. Deixou de apresentar comprovantes das operações ou prestações contabilizadas, quando regularmente intimado. Consta, ainda, que após quatro intimações, o autuado deixou de fornecer as fitas detalhes referentes aos exercícios de 1999 a 2003, além das notas fiscais de entradas correspondentes aos exercícios de 1999 a 2002, sendo aplicada a multa de R\$4.600,00.

O autuado, por sua advogada legalmente constituída, apresentou tempestivamente impugnação às fls. 1160 a 1171, registrando inicialmente que o presente Auto de Infração contém acusações

lacônicas e exige imposto em duplicidade, além de constar fatos distorcidos, o que dificulta o exercício da defesa. Disse que inexiste dispositivo legal que autorize a exigência de multa superposta pela omissão de saídas (infrações 06 e 07) além da penalidade por falta de cumprimento de obrigação acessória (infrações 08 e 09). Assim, a defendant entende que se impõe a declaração de nulidade da autuação, conforme decisões anteriores deste CONSEF e de outros Conselhos de Contribuintes.

Quanto ao mérito, o autuado alega que é improcedente em parte o presente lançamento, pelos seguintes motivos:

Infração 01 – constatou que nem todas as notas fiscais objeto da autuação se referem a mercadorias ou produtos para comercialização, e sim, materiais adquiridos para uso e consumo do estabelecimento, conforme notas fiscais que relacionou às fls. 1161 a 1163. Assim, o autuado entende que devem ser excluídos da exigência fiscal os valores correspondentes aos documentos fiscais citados nas razões de defesa. Disse que foi incluído o valor remanescente em seu pedido de parcelamento apresentado na repartição fiscal.

Infração 06 – disse que os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito, considerados pela autuante, são inferiores aos valores constantes no Grande Total (GT) e no livro Registro de Apuração do ICMS, que também foi objeto de autuação fiscal (infração 07). Por isso, entende que não há omissão de vendas, como entendeu a fiscalização. Argumentou que foram lançadas as vendas como se fossem todas a dinheiro, havendo a opção para que “as informações fossem enviadas pelas Administradoras, ao invés de interligar o TEF ao ECF, situação esta prevista na legislação atual”.

Infração 07 – alegou que houve intervenções técnicas, cancelamentos, descontos e acréscimos, bem como, valores parciais referentes a operações não sujeitas ao ICMS, e outras operações em que as mercadorias foram tributadas antecipadamente. Tudo isso, gerou distorções dos valores. Disse que não houve recusa de entrega dos documentos fiscais e contábeis, apenas foi solicitado maior prazo para apresentação dos elementos solicitados, uma vez que a contabilidade existe e merece uma análise. E quanto às fitas detalhe, já não possuía todas elas, por isso, não foram aceitas sob a alegação de que estavam incompletas. Reconhece que a falta das fitas detalhes poderia dificultar o levantamento fiscal, mas não justifica o arbitramento. Disse que é mais uma vítima, por ter adquirido equipamentos como novos, mas foi detectado pelos técnicos da SEFAZ rasura nos lacres, constituindo uma evidência de que as máquinas que lhe foram vendidas pela firma Fernandes & Lima Ltda. eram usadas. Ressaltou que toda vez que os equipamentos apresentaram problema, foram submetidos a empresa credenciada com a qual mantinha contrato de prestação de serviço, e qualquer responsabilidade quanto à proteção dos dispositivos de armazenamento de dados da memória fiscal somente pode ser atribuída à empresa credenciada, e ainda que fosse admitida a diferença entre o GT final e o GT inicial, lembra que não foram considerados os cancelamentos, no total de R\$93.753,73, causando repercussão no valor arbitrado. Ressaltou que a autuante adotou medida extrema, desprezando completamente a contabilidade e a escrita fiscal, cujos lançamentos estão corroborados pelos documentos que lhes deram origem, e se o livro RAICMS foi apresentado com os valores lançados referentes ao GT, não há motivos para desconsiderar seus valores que foram transladados do livro Registro de Saídas, e estranhamente, foi considerado zero o final, por exemplo, o final da ECF (máquina 4). Argumenta que deve prevalecer o princípio da verdade material, por isso, deve-se buscar aquilo que realmente é verdade, e o ICMS apurado não poderá ser inscrito em dívida ativa por ausência de origem ou causa legítima e legal para a sua constituição, sendo nula a execução fiscal daí decorrente.

Infração 08 – disse que os arquivos foram apresentados, e que não há previsão de entrega do “Registro R”, ressaltando que a segurança das relações entre os particulares e o Estado deve ser

disciplinada por lei. Citou o art. 37 da Constituição Federal, argumentando que a peça acusatória é genérica e imprecisa e fere todas as normas do processo administrativo fiscal. Por isso, pede a nulidade desta infração. Disse que a autuante afirma que os arquivos foram entregues, embora sem o “Registro R”, o que não descaracteriza a entrega.

Infração 09 – alegou que da leitura do dispositivo indicado pela autuante (art. 42, XX, da Lei 7.014/96), constatou que houve equívoco no valor da multa aplicada, uma vez que está previsto valor variável a partir de R\$90,00 até R\$370,00. Por isso, entende que a autuação é inconsistente, e espera que seja declarada a sua improcedência, por ser mais abrangente que a nulidade.

A defendant apresentou o entendimento de que a imposição fiscal deve se ater à capacidade contributiva, e no presente lançamento, o montante da multa aplicada e o imposto exigido pelos mesmos fatos conduzem ao confisco tributário, o que é vedado pela Constituição Federal, e tal vedação não pode ser desconsiderada pela Administração Pública. Por fim, pede a improcedência dos itens impugnados, e homologação dos valores reconhecidos e parcelados

A autuante prestou informação fiscal às fls. 1697 a 1700 dos autos, dizendo que a primeira infração trata da aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, e o autuado se equivoca em sua defesa por entender que as notas fiscais de material de consumo e ativo fixo não devem fazer parte do levantamento fiscal. Disse que todas as notas fiscais correspondentes a mercadorias adquiridas pelo autuado devem ser lançadas em sua escrita fiscal.

Infração 02 – disse que a defesa não trouxe qualquer elemento para contrapor a exigência fiscal.

Infração 03 – ratifica a autuação, que se refere ao imposto não recolhido pela aquisição interestadual de mercadorias destinadas ao ativo fixo do estabelecimento.

Infrações 04 e 05 – informou que essas infrações foram reconhecidas pelo autuado.

Infração 06 – disse que o autuado não apresentou à fiscalização, nem em sua defesa, qualquer documento para elidir a exigência fiscal, ressaltando que não há que se falar em cancelamentos, descontos ou acréscimos, e sim, em omissão de saídas em decorrência da diferença entre os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito ou de débito e os valores dos ECFs. Informou, ainda, que os três equipamentos que o autuado estava utilizando foram adulterados, fato comprovado pela Gerência de Automação Fiscal, conforme cópia do termo lavrado na ocasião, fls. 24 a 34 dos autos, e as alegações da defesa sobre o desconhecimento da empresa fornecedora dos equipamentos “são inusitadas”.

Infração 07 – informou que o levantamento fiscal foi efetuado, conforme demonstrativo às fls. 603 a 606, e reduções Z (fls. 607 a 632), sendo apurada diferença do que foi lançado no Livro Registro de Saídas, o que resultou no presente lançamento. Ressaltou que o autuado comercializa com mais de 50% de mercadorias tributáveis, e nas reduções Z, 80% das vendas se referem a mercadorias sujeitas à substituição tributária ou isentas, fato também constatado na apuração da MVA (fls. 643, 644, 653, 654, 658, 659, 663 e 664), sendo apurados indícios de saídas de mercadorias tributáveis como não tributáveis, mas não foram apurados os valores omitidos por falta das fitas detalhe dos ECFs, que não foram entregues. Assim, entende que não procedem as justificativas da defesa à fl. 1164, uma vez que no prazo para entrega dos documentos solicitados o contador informou que os proprietários resolveram não entregar os documentos, e não foram apresentados os cancelamentos nas reduções Z, nem o autuado anexou à defesa. Mantém o lançamento integralmente.

Infração 08 – disse que às fl. 1082 a 1128 constam os recibos que comprovam a falta de entrega do Registro R, e com base no art. 915, XIII-A, alínea “f”, do RICMS/97, a multa foi exigida.

Infração 09 – o lançamento foi efetuado porque o contador do autuado informou que não podia entregar as fitas detalhe “porque o contribuinte havia jogado fora”. Esclareceu que a multa foi

exigida com base no art. 915, XIX, “a”, do RICMS/97, limitada a R\$4.600,00, embora tenha sido encontrado um valor superior, pela quantidade de documentos extraviados, referentes aos cinco exercícios. Por fim, a autuante ratifica todas as infrações e pede a procedência do Auto de Infração em lide.

Considerando a alegação defensiva referente à infração 07, de que a autuante não levou em consideração as intervenções nos equipamentos; os cupons cancelados e as saídas de mercadorias isentas e outras que já tiveram o ICMS pago por antecipação, além de ser observado o valor zero no GT de alguns equipamentos, esta JJF, converteu o presente processo em diligência à ASTEC/CONSEF para fiscal estranho ao feito apurar se os valores relativos aos Grandes Totais foram lançados corretamente nos livros fiscais do autuado e o respectivo imposto foi recolhido, indicando as diferenças existentes, e fazer as correções necessárias em relação às divergências apontadas pelo deficiente.

De acordo com o PARECER ASTEC Nº 064/2005 (fls. 1712 a 1715), o diligente recorreu aos arquivos da SEFAZ, consultando os dados constantes do INC (Informações do Contribuinte), tendo apurado o seguinte:

- O INC possui registro de pedidos de uso e cessação de uso de diversos equipamentos, conforme relacionou às fls. 1713 e 1714;
- consta no INC que ainda estão em uso no estabelecimento seis equipamentos (ECF), sendo quatro BEMATECH e dois YANCO, conforme relação à fl. 1714;
- existência de dois equipamentos SWEDA que não figuram no sistema como em uso e também sem registro de pedido de cessação de uso, além de um ECF YANCO 15157, que não consta do demonstrativo à fl. 606;
- não foi constatado no INC qualquer registro de intervenção referente a alteração do Grande Total dos equipamentos, encontrando-se, em 18/04/02 o registro de uma intervenção por falha de memória, o que pode ou não ter implicações no GT;

Em relação à diferença entre o GT final de 31/03/2000 e o inicial de 04/04/2000, o diligente informou:

1 – Que as leituras dos equipamentos ECF constantes do demonstrativo à fl. 603 se referem a um mesmo equipamento (IBM 82AA1HW), conforme identificado às fls. 607, 610, 615 e 1333 dos autos;

2 – Em 03/01/00 o citado equipamento tinha o GT no valor de R\$37.592,09; em 21/01/00 esse equipamento apresentou o GT de R\$49.773,95; em 29/01/00, GT de R\$54.449,62; em 31/01/00, GT de R\$55.240,80; e em 29/02/00, GT de R\$70.158,39.

3 – Conforme demonstrativo à fl. 603 este ECF apresentou, em 31/03/00, um GT de R\$48.934,01, valor inferior ao GT de 29/02, e em 04/04/00 este mesmo equipamento apresentou zero no GT, conforme documento à fl. 610.

4 – No controle INC, desta SEFAZ, consta que tal equipamento teve o pedido de uso em 16/03/99 e cessação de uso em 25/04/02, tendo sofrido neste período as seguintes intervenções: 14/06/99 (falha de memória); 26/11/99 (falha de memória); 27/08/01 (ajuste de relógio), sendo as duas primeiras intervenções anteriores à ação fiscal, e a última sem qualquer implicação no GT.

5 – Constatou que não há registro de intervenção entre 29/02/00 quando o GT acusou um acumulado de R\$70.158,00 e 04/04/00, quando o GT registra o acumulado zero.

6 – Observa que este equipamento “sofreu pelo menos duas intervenções indevidas: uma no período de 29/02/00, GT de R\$70.158,00 a 31/03/00 (GT de R\$48.934,01) que implicou em redução de

valor acumulado no GT e outra entre 31/03/00 (GT de R\$48.934,01) e 04/04/00 (GT R\$0,00) que implicou em zeramento do Grande Total”.

7 – Referente à alegação defensiva de que a autuante não considerou os cupons cancelados, informou que não há no PAF documentos que comprovem tal alegação, e mesmo que tenham ocorrido cancelamentos de cupons fiscais, tais cancelamentos são registrados no ECF e automaticamente deduzidos do GT.

8 – Concluiu que os valores acumulados nos Grandes Totais dos equipamentos não foram lançados corretamente nos livros fiscais, conforme demonstrativos de fls. 603 a 606, que fundamentaram a exigência fiscal.

Intimado a tomar conhecimento do PARECER ASTEC 064/2005, o autuado apresentou nova manifestação, alegando que:

1 – em relação ao ECF SWEDA, não é verdade que o equipamento estava em uso, e não consta no cadastro atualizado da SEFAZ;

2 – o acumulado no ECF IBM nº 5 foi lançado no livro Registro de Saídas de Mercadorias e não é verdade a afirmação de que o valor não teria sido lançado;

3 – não procede a afirmação do diligente de que o ECF foi alterado sem intervenção, haja vista que o equipamento tem memória fiscal, protegida pela inviolabilidade, e toda vez que necessita de intervenção técnica é efetuada por empresa credenciada ;

4 – o autuado é vítima, porque adquire as máquinas novas, mas os técnicos fazendários afirmam existir ruptura nos lacres;

5 – está equivocada a informação do diligente de que os cancelamentos são automaticamente deduzidos do GT. Na verdade, não foram considerados os cancelamentos, o que influiu diretamente no resultado da apuração do valor exigido;

6 – quanto ao ECF 01, disse que os GTs indicados são verdadeiros, e estranha que exista GT zerado e não conste a intervenção registrada na SEFAZ;

7 – Reitera todos os termos da defesa inicial, pedindo a improcedência do presente Auto de Infração.

Nova informação fiscal foi prestada pela autuante à fl. 2031, dizendo que o autuado não trouxe nenhum argumento ou documento que elidisse as infrações apuradas, e quanto ao documento acostado aos autos pelo contribuinte à fl. 1727, as informações nele contidas se referem à situação na data do documento, ou seja 07/06/2005, enquanto a fiscalização é referente ao período de 01/01/99 a 31/12/03. Disse que atualmente alguns equipamentos já tiveram a cessão de uso deferida e outros, ainda constam no sistema, embora não estejam em uso porque foram apreendidos, conforme Termo às fls. 24 a 34 do presente processo, ressaltando que foi constatada alteração do Grande Total dos equipamentos, justamente com cancelamentos irregulares. Finaliza ratificando os termos da autuação e pede a procedência do Auto de Infração em lide.

Considerando que nos autos constam somente as informações mensais fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito, as quais não permitiram ao autuado a visualização completa das operações realizadas por meio de pagamento com carão de crédito ou de débito, esta 3^a JJF, converteu o presente processo em nova diligência à Infaz de origem (fl. 2034) para a autuante anexar os Relatórios de Informações TEF - Diários, e por operação, com os valores de vendas realizadas por meio de cartões de crédito ou de débito, no período fiscalizado, e a repartição fiscal intimar o autuado e lhe fornecer, mediante recibo, os mencionados Relatórios de Informações TEF – Diários, com a indicação do prazo de 30 (trinta) dias para se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa.

Em atendimento, foi anexado ao presente processo (fl. 2037) um envelope contendo um CD referente às informações das operações diárias, dos exercícios de 1999 a 2004, e por meio da intimação à fl. 2038, a repartição fiscal enviou cópia do mencionado CD, dando conhecimento ao autuado, inclusive quanto à reabertura do prazo de defesa.

Nova manifestação foi apresentada pelo sujeito passivo (fls. 2041/2042), pedindo a juntada de extratos fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito, e de planilhas (fls. 2083 a 2092) para comprovar o movimento diário em comparação com as vendas realizadas. Diz que nas mencionadas planilhas as vendas efetuadas por ECF superam os valores declarados pelas administradoras, salientando que a contabilidade escriturou todas as vendas como se fossem em dinheiro, e que a empresa optou pela faculdade prevista na legislação no sentido de que as informações fossem enviadas pela administradora de cartão de crédito em vez de interligar o TEF ao ECF. Pede a procedência parcial da infração 06, considerando que houve diferenças apenas nos meses de janeiro, março e junho de 2003.

A autuante prestou nova informação fiscal à fl. 2094, argumentando que o contribuinte não trouxe nenhum elemento que elidisse a autuação, e continua anexando documentos contendo informações que não se referem ao período fiscalizado. Diz que a empresa se recusou a fornecer toda a documentação, não dando atenção às diversas intimações. Quanto aos demonstrativos de fls. 2083 a 2092, afirma que não comprovam os valores demonstrados. Ratifica a infração 06, ressaltando que foi constatada irregularidade nos ECF Yanco, utilizados pela empresa no período fiscalizado, com indícios de adulteração da memória dos equipamentos, conforme Termo às fls. 24 a 34, e que por isso, não podem ser aceitos os demonstrativos apresentados pelo autuado. Pede a procedência do Auto de Infração em lide.

VOTO

Inicialmente, rejeito o pedido de nulidade suscitado pelo autuado, haja vista que não foi constatado qualquer cerceamento do direito de defesa, o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

Quanto ao mérito, a primeira infração trata de exigência de multa por falta de registro na escrita fiscal do contribuinte, de notas fiscais referentes às aquisições de mercadorias sujeitas a tributação, conforme demonstrativos às fls. 48, 103, 183, 271, 272 e 432 dos autos.

Em sua impugnação, o autuado alegou que não é devido o imposto referente a uma parte dos documentos fiscais objeto da autuação, porque se referem a materiais adquiridos para uso e consumo do estabelecimento, conforme notas fiscais e respectivos valores que relacionou às fls. 1161 a 1163.

Entretanto, no caso de mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, não há dispensa de escrituração dos respectivos documentos fiscais, haja vista que a legislação prevê apenas a possibilidade de efetuar os lançamentos de forma englobada, conforme § 5º, do art. 322, a seguir transscrito:

“Art. 322

(...)

§ 5º Poderão ser lançados englobadamente, no último dia do mês, porém separados de acordo com os critérios a seguir estabelecidos, os documentos fiscais relativos a:

I - mercadorias:

a)

b) oriundas de outras unidades da Federação:

1 - para uso ou consumo;

2 - para integração ao ativo permanente, quando:

2.1 - destinadas à manutenção das atividades do estabelecimento;

2.2 - alheias à atividade do estabelecimento;”

Observo que a legislação prevê a aplicação de multa, calculada sobre o valor comercial da mercadoria que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, sendo 10% para mercadorias sujeitas a tributação (art. 42, inciso IX, da Lei 7.014/96), e 1% para as mercadorias não tributáveis (art. 42, inciso XI, da Lei 7.014/96). Assim, considerando que se trata de mercadorias tributáveis e que a legislação não dispensa a escrituração dos documentos fiscais relativos às aquisições de mercadorias para uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento, concluo pela subsistência da exigência fiscal.

De acordo com as alegações defensivas, não foi apresentada impugnação às infrações 02, 03, 04 e 05. Assim, considero procedentes os itens não contestados, tendo em vista que não existe controvérsia, sendo acatados tacitamente pelo autuado, ressaltando-se que parte do débito apurado no presente lançamento foi objeto de parcelamento, conforme extrato às fls. 1279 a 1283.

Infração 06 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada 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, no período de janeiro a outubro de 2003.

O autuado alegou que os totais informados pelas administradoras de cartão de crédito são inferiores aos valores constantes no Grande Total (GT) e no livro Registro de Apuração do ICMS, que também foi objeto de autuação fiscal (infração 07). Por isso, argumenta que não há omissão de vendas, como entendeu a fiscalização. Assegura que foram lançadas as vendas como se fossem todas a dinheiro, e que fez opção para que “as informações fossem enviadas pelas Administradoras, ao invés de interligar o TEF ao ECF, situação esta prevista na legislação atual”.

Pelas fotocópias das leituras “Redução Z” acostadas aos autos (fls. 548 a 602) constata-se a inexistência de valores correspondentes à forma de pagamento com cartão de crédito, encontrando-se apenas os pagamentos efetuados em dinheiro. Neste caso, se todas as vendas realizadas com pagamento por meio de cartão de crédito foram registradas como se fossem em dinheiro, o defendanteveria trazer aos autos tais comprovações, haja vista que a forma de se comprovar que essas operações de saídas foram acobertadas por cupons e notas fiscais, é por meio do confronto entre os boletos dos cartões e os respectivos documentos fiscais nos quais coincidam os valores, datas, inclusive o horário de cada operação realizada, e não foi feita qualquer comprovação nesse sentido pelo autuado.

O presente processo foi convertido em diligência à Infaz de origem (fl. 2034) para a autuante anexar os Relatórios de Informações TEF - Diários, e por operação, com os valores de vendas realizadas por meio de cartões de crédito ou de débito, no período fiscalizado, e a repartição fiscal intimar o autuado e lhe fornecer, mediante recibo, os mencionados Relatórios de Informações TEF – Diários, com a indicação do prazo de 30 (trinta) dias para se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa.

Foi anexado à fl. fl. 2037, um envelope contendo um CD referente às informações das operações diárias, dos exercícios de 1999 a 2004, e a repartição fiscal enviou cópia do mencionado CD, dando conhecimento ao autuado (fl. 2038), tendo o sujeito passivo apresentado extratos fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito (fls. 2043 a 2082), e planilhas (fls. 2083 a 2092) com o intuito de comprovar o movimento diário em comparação com as vendas realizadas, alegando que nas mencionadas planilhas as vendas efetuadas por ECF superam os valores

declarados pelas administradoras, reafirmando que a contabilidade escriturou todas as vendas como se fossem em dinheiro. Reconhece a procedência parcial desta infração 06, argumentando que houve diferenças apenas nos meses de janeiro, março e junho de 2003.

Quanto aos extratos fornecidos pelas administradoras (fls. 2043 a 2082), se referem aos exercícios de 2004 e 2005, o que diverge do levantamento fiscal, que foi efetuado no exercício de 2003. Portanto, não servem para comprovar as alegações apresentadas pelo defendant.

Em relação às planilhas (fls. 2083 a 2092), o autuado não apresentou qualquer documento que comprove que a coluna “VL. VENDA” corresponde aos cupons fiscais emitidos pelas vendas efetuadas por meio de cartões de débito ou de crédito, haja vista que as vendas do estabelecimento podem ter sido efetuadas em cartão, dinheiro, cheques, etc, e no presente lançamento foi efetuado o confronto entre os valores totais informados pelas administradoras e as reduções “Z”.

Ressalto que os documentos comprobatórios das alegações defensivas devem estar na posse do sujeito passivo, que poderia trazer aos autos as fotocópias completas dessa comprovação, mas não o fez, afirmando ainda, o defendant, que foram considerados pela autuante valores constantes no Grande Total (GT) e no livro Registro de Apuração do ICMS, que também foi objeto de autuação fiscal (infração 07). Entretanto, a sétima infração não se confunde com a sexta, haja vista que na infração 07 foi exigido o imposto apurado pela diferença entre o GT, e os valores lançados nos livros fiscais, enquanto a infração 06, se refere às vendas por meio de cartão de crédito/débito sem emissão do respectivo documento fiscal. Ademais, não foi comprovada pelo defendant a alegação de que houve vendas com pagamento através de cartão de débito ou de crédito registradas como dinheiro.

Entendo que está caracterizada a infração apontada no presente processo, haja vista que as operações de vendas com pagamento efetuado por meio de cartão de crédito ou de débito realizado por meio de transferência eletrônica de fundos deverá ocorrer com a emissão do respectivo documento fiscal.

Infração 07 - omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, apurada através do levantamento entre a diferença do GT final do funcionamento do ECF e o GT inicial, com a diferença do valor anual escriturada no livro Registro de Saídas, nos exercícios de 2000 a 2003, demonstrativos às fls. 603 a 606.

Conforme Parecer ASTEC 064/2005 (fls. 1712 a 1715), ficou apurado, quanto à divergência entre o GT de 31/03/2000 e o inicial de 04/04/2000:

1 - Que as leituras dos equipamentos ECF constantes do demonstrativo à fl. 603 se referem a um mesmo equipamento (IBM 82AA1HW), conforme identificado às fls. 607, 610, 615 e 1333 dos autos;

2 – Em 03/01/00 o citado equipamento tinha o GT no valor de R\$37.592,09; em 21/01/00 o GT de R\$49.773,95; em 29/01/00, GT de R\$54.449,62; em 31/01/00, GT de R\$55.240,80; e em 29/02/00, GT de R\$70.158,39.

3 – Conforme demonstrativo à fl. 603 este ECF apresentou, em 31/03/00, um GT de R\$48.934,01, valor inferior ao GT de 29/02, e em 04/04/00 este mesmo equipamento apresentou zero no GT, conforme documento à fl. 610.

4 – No controle INC, desta SEFAZ, consta que tal equipamento teve o pedido de uso em 16/03/99 e cessação de uso em 25/04/02, tendo sofrido neste período as seguintes intervenções: 14/06/99 (falha de memória); 26/11/99 (falha de memória); 27/08/01 (ajuste de relógio), sendo as duas primeiras intervenções anteriores à ação fiscal, e a última sem qualquer implicação no GT.

5 – Constatou que não há registro de intervenção entre 29/02/00 quando o GT acusou um acumulado de R\$70.158,00 e 04/04/00, quando o GT registra o acumulado zero.

6 – Observa que este equipamento “sofreu pelo menos duas intervenções indevidas: uma no período de 29/02/00, GT de R\$70.158,00 a 31/03/00 (GT de R\$48.934,01) que implicou em redução de valor acumulado no GT e outra entre 31/03/00 (GT de R\$48.934,01) e 04/04/00 (GT R\$0,00) que implicou em zeramento do Grande Total”.

O defensor alegou que houve intervenções técnicas, cancelamentos, descontos e acréscimos, bem como, valores parciais referentes a operações não sujeitas ao ICMS, e outras operações em que as mercadorias foram tributadas antecipadamente, e tudo isso gerou distorções nos valores.

Entretanto, não são acatados os argumentos defensivos, tendo em vista que o autuado não comprovou as alegadas intervenções, o que também não ficou comprovado na diligência efetuada por preposto da ASTEC.

Considerando que os valores acumulados nos equipamentos devem ser lançados na escrituração fiscal, e recolhido o imposto calculado sobre esses valores, o diligente concluiu que “os valores acumulados nos Grandes Totais não foram lançados corretamente nos livros fiscais, conforme constatado nos demonstrativos de fls. 603 a 606 que fundamentam a infração em tela”. Assim, fica mantida a exigência fiscal, tendo em vista que está comprovado o cometimento da irregularidade apurada, conforme demonstrativos elaborados pela autuante, fls. 603 a 606.

Infração 08 - Deixou de fornecer arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas, ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram a sua leitura.

Consta na descrição dos fatos que, após quatro intimações, foram entregues os disquetes referentes ao período de 01/01/2001 a 31/12/2003 sem o Registro tipo 54 (resumo por item), que demonstra as mercadorias vendidas pelo estabelecimento, e tal omissão impossibilitou a realização de Auditorias, a exemplo do levantamento de estoques.

Quanto à alegação apresentada pelo defensor de que a acusação é genérica, constato que na descrição dos fatos há o necessário esclarecimento de que após quatro intimações o autuado apresentou os arquivos magnéticos faltando os registros 54.

O art. 683 do RICMS/97 estabelece a possibilidade de o contribuinte utilizar sistema eletrônico de processamento de dados, sendo que, as condições específicas quanto à manutenção e ao fornecimento do arquivo magnético estão disciplinadas no art. 686 do citado RICMS/97.

O autuado não contestou a informação de que os arquivos apresentados não continham o “Registro R”, alegando que não há previsão de entrega do mencionado arquivo “Registro R”. Entretanto, a legislação estabelece que o contribuinte deve entregar os arquivos magnéticos atendendo às especificações técnicas vigentes na data de entrega (art. 686, § 5º, RICMS/97).

O art. 708-B, do RICMS/97, acrescentado pela Alteração nº 21 (Decreto nº 7886, de 29/12/00), com efeitos a partir de 30/12/00, estabeleceu a obrigatoriedade de o contribuinte fornecer ao fisco os documentos e o arquivo magnético, quando intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, com todos os registros correspondentes às operações realizadas.

O defensor alega ainda que, além de ter fornecido os arquivos magnéticos, não há previsão legal para entrega do “Registro R”, e sendo essa obrigação instituída através de Portaria, não obriga ao contribuinte ao seu cumprimento.

Entretanto, não assiste razão ao autuado, haja vista que os documentos acostados aos autos pelo defensor não comprovam a entrega do “Registro 54”, e está prevista no art. 686, inciso I, que o

contribuinte está obrigado a manter, no prazo decadencial, as informações por totais de documento fiscal e por item de mercadoria.

No presente lançamento, a multa está sendo aplicada porque o autuado apresentou seus arquivos magnéticos sem os Registros 54 (referente às entradas e saídas de mercadorias por item), e foram acostadas aos autos quatro intimações (fls. 16 a 23) concedendo o prazo estabelecido na legislação, solicitando a entrega do arquivo magnético com o Registro 54, e não sendo atendidas as intimações, fica caracterizado o cometimento da infração apontada pela autuante.

De acordo com o art. 42, inciso XIII-A, alínea “g”, da Lei 7.014/96, a falta de fornecimento de arquivo magnético com as informações das operações realizadas, ou sua entrega em padrão diferente do previsto na legislação, e ainda, em condições que impossibilitem a sua leitura, sujeita o contribuinte ao pagamento da multa de 1% do valor das saídas do estabelecimento em cada período de apuração. Portanto, é subsistente a exigência fiscal, haja vista que a multa aplicada está de acordo com a previsão regulamentar, inexistindo o confisco alegado pelo deficiente.

Infração 09 - Deixou de apresentar comprovantes das operações ou prestações contabilizadas, quando regularmente intimado. Consta, ainda, que após quatro intimações, o autuado deixou de fornecer as fitas detalhes referentes aos exercícios de 1999 a 2003, além das notas fiscais de entradas correspondentes aos exercícios de 1999 a 2002.

A autuante esclareceu na informação fiscal que o lançamento foi efetuado porque o contador do autuado informou que não podia entregar as fitas detalhe “porque o contribuinte havia jogado fora”. Não obstante essa informação, a autuação trata de exigência de multa por falta de apresentação de documentos fiscais, após quatro intimações, e não por extravio de documento fiscal, tendo sido indicado como enquadramento legal da exigência fiscal o art. 42, inciso XX, da Lei 7.014/96.

Foram anexadas aos autos as quatro intimações (fls. 12 a 15) nas quais foram solicitadas as notas fiscais de entradas e fitas detalhe, e a falta de atendimento às solicitações não foi contestada pelo autuado, haja vista que nas razões de defesa foi contestado somente o valor da penalidade aplicada.

Entendo que houve equívoco no valor da multa aplicada, haja vista que ficou caracterizado no presente processo que não houve atendimento às intimações, e a penalidade por descumprimento dessa obrigação acessória, está prevista no art. 42, XX, da Lei 7.014/96:

“Art. 42.

(...)

XX - àquele que, dentro do prazo de 48 (quarenta e oito) horas, deixar de prestar esclarecimento ou informação, de exibir livro ou documento, arquivo magnético ou similar (exceto os arquivos contendo o valor das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas), ou de mostrar bem móvel ou imóvel, inclusive mercadoria, ou seu estabelecimento a funcionário fiscal, quando por este regularmente solicitado:

- a) R\$ 90,00 (noventa reais), pelo não atendimento do primeiro pedido;
- b) R\$ 180,00 (cento e oitenta reais), pelo não atendimento da intimação que lhe for feita posteriormente;
- c) R\$ 370,00 (trezentos e setenta reais), pelo não atendimento de cada uma das intimações subsequentes;”

Considerando que ficou comprovada a falta de atendimento a quatro intimações (fls. 12 a 15) e a previsão legal acima reproduzida, concluo que é devida a multa no valor de R\$1.010,00. Portanto, fica alterada a multa exigida para o mencionado valor, e por isso, concluir que esta infração subsiste em parte.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO	MULTA	TOTAL
01	PROCEDENTE	-	18.837,23	
02	PROCEDENTE	-	304,69	
03	PROCEDENTE	11.699,51	-	
04	PROCEDENTE	331,21	-	
05	PROCEDENTE	698,85	-	
06	PROCEDENTE	73.103,50	-	
07	PROCEDENTE	182.273,39	-	
08	PROCEDENTE		33.293,48	
09	PROCEDENTE EM PARTE		1.010,00	
TOTAL	-	268.106,46	53.445,40	321.551,86

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 020747.1009/04-0, lavrado contra **PHYTIPÃO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$268.106,46**, sendo R\$6.361,21 atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$261.745,25, acrescido da multa de 60% sobre R\$6.368,36, e 70% sobre R\$255.376,89, previstas no art. 42, incisos II “d” e “f” e III, da mesma Lei, e dos acréscimos legais; além das multas no total de R\$53.445,40, previstas no art. 42, incisos IX, XI, XIII-A, “g”, e XX, da referida Lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de novembro de 2005.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR

MARIA DO SOCORRO FONSECA AGUIAR - JULGADORA