

PROCESSO - A. I. Nº 020747.1009/04-0
RECORRENTE - PHYTOPÃO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (PANILHA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF Nº 0441-03/05
ORIGEM - INFAC BONOCÔ
INTERNET - 06/04/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0111-12/06

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. Mantida a decisão. 2. VENDAS COM PAGAMENTO MEDIANTE 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. Mantida a Decisão. 3. 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. Mantida a Decisão. **b)** FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. MULTA. Retificado o valor da multa exigida. Modificada a Decisão. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% sobre o valor das operações de saídas realizadas no período. Mantida a Decisão. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão por maioria quanto à infração 6, não unânime em relação à infração 9 e, unânime quanto às demais infrações.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 3ª JJF que julgou procedente em parte o Auto de Infração em lide, o qual foi lavrado para exigir ICMS, no valor total de R\$268.106,46, e impor multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor total de R\$57.035,40, sendo objetos do presente Recurso Voluntário as seguintes infrações:

1. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, tendo sido aplicada a multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias. Foi indicada multa no valor de R\$18.837,23.
2. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, tendo sido aplicada a multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias. Foi indicada multa no valor de R\$304,69.
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. Foi lançado imposto no valor de 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 dos GTs final e inicial dos ECFs e os valores anuais registrados nos livros Registros de Saídas, com a diferença do valor anual registrada no livro Registro de Saídas, nos meses de dezembro dos exercícios de 2000 a 2003. Foi lançado imposto no valor de 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 à multa de R\$4.600,00.

Na Decisão recorrida, a Primeira Instância afastou a preliminar de nulidade e, em seguida, julgou o Auto de Infração Procedente em Parte. As infrações 1 a 8 foram declaradas procedentes, ao passo que a infração 9 foi julgada procedente em parte.

Quanto à infração 1, argumentou que, por força do disposto no art. 322 do RICMS-BA, as aquisições de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento também devem ser registradas nos livros fiscais próprios.

Considerando que as infrações 2, 3, 4 e 5 não foram impugnadas, as exigências fiscais foram mantidas integralmente.

No que tange à infração 6, a autuação foi mantida e, em relação aos extratos e planilhas apresentadas na defesa, assim o ilustre relator da Decisão recorrida se pronunciou:

[...]

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 deficiente.

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”.

Explicou o relator que as infrações 6 e 7 não se confundem, *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 deficiente a alegação de que houve vendas com pagamento através de cartão de débito ou de crédito registradas como dinheiro.*

Relativamente à infração 7, a Primeira Instância decidiu a lide tomando por base o Parecer ASTEC 064/2005 (fls. 1712 a 1715). Entendeu a Junta de Julgamento Fiscal que o autuado não comprovou as alegadas intervenções nos ECFs e que os valores acumulados nos GTs não foram lançados corretamente nos livros fiscais, conforme constatado nos demonstrativos de fls. 603 a 606 que fundamentam a exigência fiscal.

No que concerne à infração 8, o relator fundamentou a Decisão, em síntese, da seguinte forma:

[...]

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.

Quanto à infração 9, a qual foi julgada procedente em parte, a Primeira Instância retificou a multa indicada no lançamento, de R\$4.600,00 para R\$1.010,00, por entender a infração que restou caracterizada foi a “falta de apresentação de documentos fiscais, após quatro intimações, e não por extravio de documento fiscal”.

Inconformado com a Decisão exarada pela 3^a JJF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, onde alega que o Acórdão JJF N° 0441-03/05 deve ser reformado, conforme relatado a seguir.

Quanto às infrações 1 e 2, o recorrente afirma que a exigência fiscal não procede, pois os itens discriminados nas notas fiscais não são mercadorias, mas sim produtos adquiridos para o seu ativo imobilizado, bem como materiais de uso e consumo do próprio estabelecimento. Explica que a multa tipificada na legislação do ICMS citada no Auto de Infração se refere a “não escrituração de mercadorias tributável ou não tributável”. Tece considerações sobre o que entende por “mercadorias”.

No que se refere à infração 6, o recorrente diz que as vendas efetuadas por ECF superaram as informadas pelas administradoras. Menciona que, conforme as planilhas apresentadas, as vendas nos ECFs, comparadas as declaradas pelas administradoras, só apresentaram diferenças nos meses de janeiro, março e junho de 2003. Destaca que o lançamento fiscal não pode ser feito com base em meras presunções e indícios, cabendo o ônus da prova à Administração Tributária. Sustenta que os valores exigidos nas infrações 6 e 7 se confundem, pois são da mesma natureza presuntiva e do mesmo período, ainda que apuradas de maneira diversa.

No que tange à infração 7, o recorrente alega que não são verdadeiras as informações constantes no item 3 do Parecer ASTEC 064/2005. Diz que as intervenções efetuadas nos ECFs foram realizadas por empresa credenciada e, caso tenha havido violação de lacre, é a empresa credenciada a responsável. Menciona que os cancelamentos realizados, conforme demonstrado no doc. 11 da defesa inicial, não são automaticamente deduzidos do GT. Assegura que a inobservância das intervenções técnicas, dos cancelamentos, dos descontos, das operações não sujeitas ao ICMS e das mercadorias tributadas por antecipação gerou distorções nos valores apurados pelo fisco, razão pela qual entende ser incabível o arbitramento.

Em relação ao ECF 1, afirma que os GTs indicados são verdadeiros. Diz estranhar a existência de GTs zerados sem constar intervenção registrada na SEFAZ, uma vez que somente um técnico especializado pode zerar um ECF. Diz que os livros fiscais apresentados registram valores lançados no GT, embora tenha sido considerado o GT inicial zero, a exemplo do ECF 4.

Reitera que, quando teve problemas com os ECFs, a assistência técnica foi prestada por firma credenciada pela SEFAZ e, portanto, a responsabilidade pela adulteração na proteção dos dispositivos de armazenagem de dados e na memória fiscal só pode ser atribuída à firma credenciada, nos termos do art. 750, § 2º, do RICMS-BA. Alega que o ordenamento jurídico não admite presunção de fraude com base em “indícios de adulteração”, devendo o fisco buscar a comprovação da “adulteração”.

O recorrente suscita a nulidade da exigência fiscal referente à infração 8, afirmando que a acusação é genérica, imprecisa e lacônica, pois não deixa evidente qual o motivo da aplicação da multa. Diz que a forma como foi feita a acusação fere as normas de processo administrativo fiscal, cerceando o seu direito de defesa, nos termos do art. 18, II e IV do RPAF/99.

No mérito, afirma que o dispositivo legal invocado para aplicar a multa (art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7014/96) não abrange a “entrega de Registro R – Resumo de item por mês”. Diz que essa obrigação foi instituída por meio de Portaria, e que, a despeito do disposto no art. 686 do RICMS-BA, não se refere ao resumo de item por mês. Frisa que provou ter entregado os documentos do SINTEGRA, conforme o doc. 6 da defesa.

No que tange à infração 9, diz que a Decisão recorrida chancelou o lançamento, onde a administração tributária inverteu o ônus da prova. Afirma que a multa pelo descumprimento de obrigação acessória foi absorvida pela multa decorrente do descumprimento da obrigação principal. Ao finalizar, solicita que a Decisão recorrida seja reformada.

Ao exarar o parecer de fls. 2137 e 2138, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que descabe a alegação recursal referente às infrações 1 e 2, pois a legislação do ICMS estabelece o dever de escriturar todas as entradas ocorridas na empresa, quer sejam de mercadorias, de bens de uso e consumo ou de bens destinados ao ativo fixo.

Quanto à infração 6, diz que foi dada ao contribuinte a oportunidade de comprovar, por meio de diligência efetuada pela ASTEC, as vendas efetuadas por meio de cartão de crédito, tendo sido entregues relatórios diários, porém o contribuinte não trouxe prova capaz de desconstituir as diferenças apuradas.

Relativamente à infração 7, afirma que a diligência da ASTEC esclareceu os fatos e constatou as diferenças entre os valores dos GTs e os lançados nos livros Registro de Saídas.

No que tange à infração 8, esclarece que a tipificação alternativa é comum e aceitável, cabendo ao autuante indicar e explicar com precisão os fatos ocorridos, o que diz ter sido feito de forma satisfatória. Diz que restou comprovado que o contribuinte apresentou arquivos magnéticos sem o registro 54-R e, por isso, foi aplicada a multa. Aduz que foram acostadas aos autos as intimações que deram prazo para o contribuinte entregar os arquivos magnéticos com o registro 54R, as quais não foram atendidas.

Quanto à infração 9, diz que entende ser cabível a multa no valor total de R\$740,00, uma vez que somente a partir da terceira intimação as multas são cumulativas. Aduz que essa multa não é absorvida pela multa decorrente do descumprimento de obrigação principal, já que as omissões apontadas não derivam da falta de entrega das fitas detalhes, nem houve arbitramento da base de cálculo por essa razão.

Ao finalizar, opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, para que seja reduzida a multa aplicada na infração [9] de R\$1.010,00 para R\$740,00.

Conforme despacho à fl. 2139, o parecer acima foi ratificado pelo Dr. Rogério Leal Pinto de carvalho, procurador do Estado.

Às fls. 2140 a 2147, foram acostados extratos do SIDAT, referentes ao pagamento da parte reconhecida do Auto de Infração.

VOTO

Nas infrações 1 e 2, o recorrente foi acusado de ter dado entrada a mercadorias tributáveis (infração 1) e não tributáveis (infração 2) no seu estabelecimento sem registro na escrita fiscal. O recorrente não nega o cometimento da irregularidade que lhe foi imputada, porém argumenta que parte dos itens relacionados nas notas fiscais não era mercadoria, mas sim bens destinados ao ativo imobilizado e ao uso e consumo do estabelecimento.

Em relação a essas duas infrações, comungo com o entendimento externado na Decisão recorrida e corroborado pela representante da PGE/PROFIS, segundo o qual as aquisições de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado e ao uso e consumo do próprio estabelecimento estão também,

por força do disposto no art. 322 do RICMS-BA, obrigadas a serem registradas no livro Registro de Entradas de Mercadorias e, portanto, são cabíveis as multas indicadas no lançamento tributário. Ademais, ressalto que o inciso IX do artigo 42 da Lei nº 7014/96 prevê expressamente que a multa de 10% incidirá sobre o valor comercial do “*bem*”, *mercadoria ou serviço* que tenha entrado ou transitado pelo estabelecimento sem registro na escrita fiscal. Dessa forma, mantenho a Decisão recorrida, relativamente a essas duas infrações.

No que tange à infração 6, a qual trata da omissão de saída apurada por meio de levantamento de vendas pagas com cartão de crédito, ressalto que, conforme já foi bem explicado na Decisão recorrida, os extratos e os demonstrativos apresentados pelo recorrente não se prestam para elidir a presunção legal que embasou a exigência fiscal (art. 4º, § 4º, da Lei nº 7014/96). Os extratos apresentados não provam a improcedência da presunção, haja vista que são referentes ao exercício de 2004, período distinto do arrolado na infração em tela (2003). Por seu turno, os demonstrativos de fls. 2083 a 2092 também não elidem a presunção legal, pois comparam todas as vendas efetuadas pelo estabelecimento com as vendas pagas mediante cartão de crédito. O recorrente deveria ter provado que as vendas informadas pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito eram iguais às vendas pagas apenas com cartão de crédito e/ou débito, o que não restou comprovado nos autos. Apenas para demonstrar a que ponto chegou a falta de recolhimento do ICMS, saliento que esses demonstrativos elaborados pelo recorrente comprovam que, nos meses de janeiro, março e junho de 2003, somente as vendas informadas pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito ultrapassaram todas as vendas registradas pelo estabelecimento (onde estão incluídas as vendas com dinheiro, cheque, tíquetes, vales, etc).

Não acolho a alegação recursal de que os valores exigidos nas infrações 6 e 7 se confundem, pois a infração 6 é referente a valores informados pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito que não foram registrados ou que foram registrados a menos nos ECFs, ao passo que a infração 7 trata de valores lançados nos ECFs e que não foram escriturados nos livros fiscais próprios. São, portanto, infrações distintas com fatos geradores distintos, não havendo a alegada sobreposição de exigência fiscal.

Quanto à infração 7, os demonstrativos de fls. 603 a 606 e os correspondentes documentos probantes acostados ao processo atestam que efetivamente valores acumulados nos GTs dos ECF não foram lançados em sua totalidade nos livros fiscais correspondentes, deixando, assim, diversas operações de serem submetidas à devida tributação pelo ICMS.

Alega o recorrente que havia operações não sujeitas à incidência do ICMS, operações referentes a mercadorias com o imposto pago por antecipação e operações canceladas. Todavia, essa alegação recursal não pode ser acolhida, pois não é sensato admitir que uma empresa venha a omitir operações que não são tributas ou com fase de tributação encerrada. Cabe ao recorrente comprovar que as operações omitidas foram referentes a mercadorias não tributadas ou às operações canceladas.

O fato de apenas a empresa credenciada estar habilitada a fazer intervenção em ECFs não exime o recorrente da responsabilidade pela existência de ECFs em situação irregular em funcionamento em seu estabelecimento, pois é ele o beneficiado por esse ilícito tributário.

Quanto à diligência efetuada pela ASTEC, considero válidas as informações trazidas aos autos, porém ressalto que o valor de R\$592.802,07, referente ao ECF 5, no exercício de 2002, foi devidamente considerado pela autuante, conforme se depreende do demonstrativo de fl. 656.

Em face do acima comentado, considero que a infração está caracterizada e que foi correta a Decisão da Junta de Julgamento.

No que tange à infração 8, afasto a alegação de nulidade suscitada, pois não houve cerceamento de defesa, já que a descrição da irregularidade fiscal imputada ao recorrente é satisfatória. O fato de a acusação ser do tipo alternativa não a invalida, pois, conforme bem explicado pela ilustre representante da PGE/PROFIS, essa tipificação é comum e aceitável.

Relativamente à infração 9, constato, com base na descrição dos fatos, que restou comprovada a falta de apresentação de documentos fiscais após quatro intimações. Dessa forma, é cabível a

multa prevista no art. 42, XX, “c”, da Lei nº 7014/96. Compartilho do entendimento externado pela douta PGE/PROFIS e, considero que a multa prevista nesse citado dispositivo legal são cumulativas apenas a partir da terceira intimação. Também entendo que não há o que se falar em absorção da multa aplicada nessa infração por multa decorrente de descumprimento de obrigação tributária principal, já que não tem correlação entre os fatos que ensejaram a aplicação das penas. Assim, a Decisão recorrida relativamente à infração em tela, deve ser modificada para que seja retificado valor da multa aplicada pela Junta de Julgamento Fiscal de R\$1.010,00 para R\$740,00.

Pelo acima exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida relativamente à infração 9, mantendo-se inalteradas as demais decisões e homologando-se os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade em relação aos itens 1, 2, 7 e 8, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, quanto à infração 6 e, em decisão não unânime, relativamente à infração 9, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 020747.1009/04-0, lavrado contra **PHYTOPÃO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (PANILHA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$268.106,46**, sendo R\$6.361,21 atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60%, prevista no art. 42, II, “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, II, “d” e “f” e III, da mesma lei, e dos acréscimos legais; além das multas no valor total de **R\$53.175,40**, previstas no art. 42, IX, XI, XIII-A, “g”, e XX, da referida lei, com os acréscimos moratórios correspondentes na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores já efetivamente recolhidos.

Infração 6

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, Helcônio de Souza Almeida e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiros Bento Luiz Freire Villa Nova, Fauze Midlej e Nelson Antonio Daiha Filho.

Infração 9

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, Bento Luiz Freire Villa Nova, Helcônio de Souza Almeida e Nelson Antonio Daiha Filho.

VOTO VENCIDO: Conselheiros Fauze Midlej e Tolstoi Seara Nolasco.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS