

A. I. N° - 232948.0610/09-4
AUTUADO - COMERCIAL GOOD SUPERMARKET LTDA.
AUTUANTE - AVELINO PEREIRA DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET 10.03.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0028-05/10

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELAS OPERADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO / DÉBITO E OS VALORES DE VENDAS ATRAVÉS DE NOTAS FISCAIS. As vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e /ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras, autorizam a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Infração caracterizada. **2.** ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE SISTEMA ELETRÔNICO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS AO FISCO MEDIANTE INTIMAÇÃO. ARQUIVOS ENTREGUES COM INCONSISTÊNCIAS. MULTA. Ficou relativizado o prejuízo sofrido pelo Erário Estadual, posto que, a despeito de a conduta do autuado ter gerado dificuldades para o exercício da fiscalização, o objeto de sua pretensão, qual seja, a cobrança do imposto, foi alcançada, através de outro roteiro que redundou na lavratura do presente Auto de Infração. Multa reduzida para 10% do valor originalmente lançado. Infração caracterizada. Preliminar de nulidade rejeitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/2009, traz a exigência de ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor histórico de R\$ 90.642,94, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas.

1. Omissão de saídas de mercadorias tributadas, apurada através de levantamento de vendas com pagamento em cartão de débito ou crédito, em valor inferior ao fornecido por instituições financeiras ou administradoras. Valor exigido de R\$ 9.252,48. Multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/96;
2. Fornecimento de informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a mesma sobre o montante das operações ou prestações omitidas. Multa de 1% (R\$ 81.390,46), prevista no art. 42, XIII-A da Lei 7.014/96.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 251 a 261, através de advogados regularmente constituídos, nos termos do instrumento de mandato de fl. 262.

De início, defende a improcedência da infração 1, pois alega ter encerrado suas atividades no mês de setembro de 2007, tanto que solicitou a cessação de uso de cupom fiscal para suas máquinas – 001 a 006 – no referido mês, tendo sido deferida a Intervenção de Cessação, razão pela qual desconhece, inclusive, os valores indicados pela fiscalização nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2007.

2008. Pondera, ainda, que a inscrição está em procedimento de baixa, situação documentada no “*Termo de Intimação Para Apresentação de Livros e Documentos*”.

No que tange ao ICMS devido no mês de setembro, assim como nos meses anteriores, houve o recolhimento do tributo pelo DAE 1644, no valor de R\$ 9.192,48, já acrescido de multa de mora e juros, pagamento que foi efetuado em 12/12/2008, antes da autuação, o que leva à inadequação da multa aplicada, juntamente com a improcedência do lançamento do imposto.

Com relação à infração 2, alega que houve apenas uma intimação, antes da lavratura do Auto de Infração ora combatido, especificamente na data de 11/05/2009, para apresentar o arquivo magnético com a apontada omissão no registro 74, concernente aos meses de outubro, novembro e dezembro de 2007.

Consoante se infere dos art. 708-B, §5º, do RICMS/97 e art. 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, o sujeito passivo terá o prazo de 30 (trinta) dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir o arquivo magnético apresentado com inconsistência, devendo ser-lhe aplicada a multa de R\$ 1.380,00 (um mil, trezentos e oitenta reais), salvo diante da existência de intimações subseqüentes, quando prevalecerá a multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração e /ou do valor dos estornos de débitos.

Ocorre que somente houve uma intimação para retificar os arquivos magnéticos referentes a outubro, novembro e dezembro de 2007. Assim, a multa prevista na alínea “i” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96 teria sido aplicada de forma completamente inadequada, tendo em vista a inexistência de intimações subseqüentes.

Destaca a subsunção do caso presente ao §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que autoriza a relevação ou a redução da multa por infração à legislação tributária, uma vez que a omissão do envio dos arquivos magnéticos não decorreu de má-fé do contribuinte, destacando que tampouco ensejou prejuízo ao Erário, eis que não ocorreu falta de recolhimento de tributo.

Registra que a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal vem aplicando, em diversos julgados, uma solução salomônica para a questão, entendendo que a falta ou omissão de arquivo magnético, ao não trazer prejuízo ao Erário, merece multa em patamares reduzidos, no caso, de 10% (dez por cento) do valor originalmente lançado no Auto de Infração. Neste contexto, cita o Acórdão nº 0542-12/06.

Requer seja julgado nulo ou improcedente o Auto de Infração.

Às fls. 414 a 422, junta documentos para comprovar o encerramento de suas atividades, conforme mencionou na peça de defesa.

O autuante apresenta informação fiscal às fls. 425 a 430.

Quanto à infração 1, esclarece que, conforme relatórios da SEFAZ, a Autuada fez o seu pedido de cessação de uso fiscal das TEFs de números 01 a 06 em 01/10/2007 e efetuou o pagamento do imposto do estoque remanescente em 25/09/2007, no valor de R\$ 9.192,48. Ocorre, contudo, que, apesar dos pedidos de cessação das TEFs, o autuado, no período de 01/10/2007 a 09/01/2008, efetuou transações através de cartões de crédito /débito das administradoras Bandeirantes, VISANET, AMEX e REDECARD, conforme fls. 98 a 225 e 231. Em virtude de a responsabilidade pela guarda do equipamento continuar a ser do contribuinte, cabe-lhe explicar as origens dos registros encontrados nos Relatórios Diários de Operações TEF.

Relativamente à infração 2, afirma que a alegação de defesa não procede, na medida em que, atendendo à legislação, enviou intimação, fl. 08, solicitando a correção das divergências encontradas nos arquivos magnéticos, anexando, para isso, uma relação de 07 folhas que demonstram todas as diferenças a serem corrigidas. Assim, o termo de intimação entregue solicita a correção de dados e inclusão de registros nos arc regularização do envio dos arquivos. O valor de R\$ 1.380,00 só deve o autuado não tivesse transmitido os devidos arquivos nos prazos conforme texto do art. 915, XIII-A “i” e “j” do Regulamento do ICMS

Requer a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Fica rejeitado o pedido de nulidade, uma vez que foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório. O PAF está revestido de todas as formalidades necessárias, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o Direito Administrativo ou o Direito Tributário, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal. Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento, uma vez que desenvolvido em atividade de dever-poder vinculado da autoridade administrativa, sem que tenha sido observada qualquer ofensa a normas legais ou regulamentares.

Assiste razão ao autuante quando afirma que a alegação de defesa não procede, na medida em que enviou a intimação de fl. 08, que constato estar devidamente assinada por preposto do sujeito passivo, solicitando a correção das divergências encontradas nos arquivos magnéticos. Anexada, para tanto, uma relação de 07 folhas que demonstram todas as diferenças a serem corrigidas.

Atendidas, por conseguinte, as exigências de forma contidas no parágrafo 3º do art. 708-B do RICMS/97, relativas à intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivos magnéticos: fornecimento ao contribuinte de Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas.

Rejeitada e ultrapassada a preliminar de nulidade, passo ao julgamento do mérito da lide.

No que tange à primeira infração, entendo que, nos termos do art. 2º, parágrafo 1º, IV da Lei 7.014/96, são irrelevantes para a caracterização do fato gerador do tributo em baila o cumprimento de exigências legais, regulamentares ou administrativas. Portanto, estando ou não o contribuinte com sua inscrição em baixa, existentes ou não pedidos de cessação de uso de equipamentos, tendo ou não o sujeito passivo formalmente encerrado as suas atividades, o que importa e releva é determinar a subsunção dos fatos à hipótese de incidência prevista na legislação.

Ora, o fato de terem sido constatadas operações de vendas por meio de cartões, nos períodos consignados no presente Auto de Infração, em valor inferior ao fornecido por instituições financeiras ou administradoras, demonstra que a alegada cessação e encerramento de atividades foram meramente formais.

O sujeito passivo aduz que pagou o ICMS relativo a setembro de 2007 através do DAE 1644, no valor de R\$ 9.192,48. Tal fato não guarda nenhuma relação com os valores levantados no demonstrativo de fl. 14, posto que estes são referentes a quantias não informadas ao Fisco, enquanto o mencionado ICMS pago é resultante da apuração do imposto, através do cotejo débito x crédito, que considera as operações devidamente informadas e contabilizadas em livros próprios.

As vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e /ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras, autorizam a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Infração 01 caracterizada.

A segunda infração resulta do descumprimento de intimação para correção das divergências encontradas nos arquivos magnéticos. Foi anexada à mesma uma relação de 07 folhas, que demonstram todas as diferenças a serem corrigidas (vide relação de anexos do documento de fl. 08). Assim, conforme dito pelo autuante, o termo de intimação entregue solicita a correção de dados e inclusão de registros nos arquivos magnéticos, e não a regularização do envio dos arquivos. Desta forma, é pertinente a aplicação dos comandos do art. 42, XIII-A, “i” da Lei 7.014/96, que estabelece multa de 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas eletronicamente exigidos na legislação tributária, ou neles informadas constantes dos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser inferior a 5% (cinco por cento) do valor das operações de saídas e das prestações

estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso.

A multa de R\$ 1.380,00 teria cabimento no caso de falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo.

Consoante o art. 158 do RPAF/BA, as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações foram praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado em falta de recolhimento de tributo.

Acompanho as reiteradas Decisões das Câmaras deste Conselho de Fazenda, inclusive aquela tomada no Acórdão nº 0542-12/06, da 2ª CJF, abaixo transcrita, já que não restou comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação, para que a multa sob julgamento seja reduzida para 10% (dez por cento) do valor originalmente lançado no Auto de Infração.

“Entendo que ficou "relativizado" o prejuízo sofrido pelo Erário Estadual, posto que, a despeito de a conduta do autuado ter gerado dificuldades para o exercício da fiscalização, o objeto de sua pretensão, qual seja, a cobrança do imposto, foi alcançada, através de outros roteiros que redundaram na lavratura do presente Auto de Infração. Assim, com amparo nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e equidade, que devem reger o processo administrativo fiscal, bem como no permissivo normativo constante do art. 158, do RPAF, voto no sentido de (...) reduzir, com fulcro no § 7º, art. 42 da Lei nº 7.014/96, o valor da multa inicialmente aplicada na infração 2, para R\$ 2.420,51, correspondente a 10% (dez por cento) do quanto exigido originariamente”. (Acórdão CJF nº 0542-12/06, de 03/01/2007).

Assim, concluo que a infração 2 restou caracterizada e voto pela redução da multa para 10% do valor originalmente lançado no Auto de Infração, ou seja: R\$ 8.139,04.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com a redução da multa da infração 2 para 10% do valor originalmente lançado no Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232948.0610/09-4**, lavrado contra **COMERCIAL GOOD SUPERMARKET LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.252,48**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$8.139,04**, com a redução da multa da infração 02 para 10% do valor originalmente lançado, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre, de ofício desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

PAULO D