

A. I. N° - 298950.0001/11-1
AUTUADO - P.K.K. CALÇADOS LTDA.
AUTUANTE - DENNIS ALVIM ALVES SANTOS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 01.03.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 006-02/12

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. a) CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO TEF. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Comprovada parcialmente a emissão de cupom fiscal. Reduzido o valor da exigência. Infração mantida em parte. b) FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração não contestada. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. FALTA DE ENTREGA DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS COM O REGISTRO TIPO 60-R. Não se trata de inconsistências, o que ocorreu foi falta entrega de registro (60R), que caracteriza a não entrega de arquivo, conforme dispõe o art. 708-B, § 6, vez que a falta do registro resulta na entrega do arquivo fora das especificações, configurando o não fornecimento do arquivo magnético, com prazo de 05 dias e não 30 dias para a entrega do arquivo não fornecido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/03/2011 para exigir o ICMS além da aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor total de R\$252.031,43, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. ICMS no valor de R\$46.235,84. Multa de 70%;

Infração 02 - forneceu 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 multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas. Multa no valor de R\$205.727,46;

Infração 03 – deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributável sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$ 68,13.

O autuado, às fls. 223 a 234 apresenta defesa afirmando que reconhece a infração 03, e quanto a Infração 01 – 07.15.01, afirma que o autuante não considerou diversas Reduções Z dos meses de março/2007; agosto e dezembro/2008, apresentando planilha às fls. 225 a 228 dos autos.

Quanto ao exercício 2009, informa que a empresa sucessória Irineu e Sueli Comércio De Calçados Ltda., IE 82.695.875, por ter assumido todos os estabelecimentos da sucedida, inclusive suas maquinetas de cartão de crédito/débito, apesar de ter solicitado a transferência de titularidade junto às administradoras dos cartões estas somente passaram a informar ao fisco estadual as operações em nome da empresa sucessora a partir do dia 11/05/2009.

Em relação à infração 02, 16.12.14, solicita a nulidade absoluta desta infração por ser desprovida de qualquer indicativo de quais operações/prestações foram supostamente omitidas. Informa, ainda, que constitui obrigação do preposto fiscal proceder à análise e verificação dos arquivos para, caso identifique nos mesmos quaisquer inconsistências, possibilitar ao contribuinte a correção das falhas, indicando o art. 18, II, IV, “a”, para fundamentar o seu pedido de nulidade, bem como os §§3º e 5º do art. 708-B do RICMS/BA, para indicar a obrigação descumprida.

Requer que seja deduzido o montante indicado em relação à infração 01, restando a exigência apenas do valor de R\$93,79, bem como a exclusão do montante apurado no exercício de 2009, relativo à quantia de R\$1.009,77 e, quanto a infração 02, pede a nulidade em face de ausência de requisitos legais, sob pena de cerceamento da defesa.

Requer ainda provar o alegado por todos os meios de prova, juntada dos documentos anexos, exibição, pelo fisco, dos registros de cadastro e transferências financeiras informados pelas administradoras dos cartões de crédito/débito da ora autuada e da empresa que lhe sucedeu, durante os exercícios objeto da presente autuação, a fim de demonstrar a veracidade de suas afirmações, além de apuração por meio de perícia dos registros constantes nas Reduções Z do período, caso seja necessário.

O autuante, às fls. 327 a 329 dos autos, apresenta a informação fiscal afirmando que no que se refere à Infração 01 – 07.15.01, as reduções Z não foram consideradas pela falta de apresentação das mesmas no curso da ação fiscal, impossibilitando assim a correta verificação dos valores pagos via cartão de crédito/débito. Aduz que após verificar as cópias das reduções Z anexadas e levou em consideração o ocorrido no exercício 2009, quando da transferência das maquinetas, além da verificação nos sistemas da SEFAZ, corrigiu os demonstrativos, restando um ICMS devido no valor de R\$1.102,57 (hum mil, cento e dois reais e cinquenta e sete centavos).

Quanto à infração 02, aduz que o contribuinte foi intimado para corrigir os arquivos magnéticos que apresentaram divergências conforme intimação e comunicações por meio de correio eletrônico (fls. 6-A a 10), além dos demonstrativos da Análise dos arquivos magnéticos SINTEGRA datado de 23/03/2011, que ora anexa ao PAF.

Aduz que a infração 03 – 16.01.02 foi reconhecida pela autuada.

Conclui que ficou provada a inexistência de erro ou engano proposital desta fiscalização, pedindo que seja julgado este PAF procedente em parte, no valor histórico de R\$206.898,15 (duzentos e seis mil, oitocentos e noventa e oito reais e quinze centavos), conforme novos demonstrativos em anexo.

O autuado, às fls. 350 a 352 dos autos, afirma que, em relação à infração 01, foram acatando os argumentos e as provas documentais apresentadas em sua Defesa, e que o preposto fiscal procedeu à correção nos seus demonstrativos, a partir da qual resultou o valor do ICMS devido de R\$ 1.102,57, reconhecendo como devido o valor exigido em relação à Infração 01.

Ao se manifestar acerca da Infração 02, afirma que o autuante se limitou a afirmar que o Contribuinte teria sido intimado por meio de correio eletrônico para corrigir os arquivos magnéticos que apresentaram divergências, afirma, contudo, que autoridade autuante deixou de observar o quanto disposto no § 6º do art. 127 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, ou seja,

não basta que a Informação Fiscal se contraponha genericamente aos fundamentos da irresignação do Contribuinte; é necessário que abranja *todos os aspectos da defesa com fundamentação*, vale dizer: que sejam enfrentados todos os fundamentos argüidos pelo Contribuinte em sua defesa, motivadamente.

Aduz que, no caso vertente, a Autuada suscitou em sua defesa formal dois fundamentos de igual relevância em face da Infração 02: (I) a *nulidade absoluta* da Infração 02 por se tratar de acusação lacônica, porquanto desprovida de indicação específica de quais as operações/prestações teriam sido supostamente omitidas, com lastro nos incisos II e IV do art. 18 do RPAF; e (II) ausência de intimação do Contribuinte para a correção dos arquivos magnéticos que contivessem inconsistências, mediante a apresentação de Listagem Diagnóstica, consoante previsto nos arts. 708-A, § 6º, e 708-B, §§ 3º e 5º do RICMS/BA.

Afirma que a Informação Fiscal ora guerreada apenas se contrapôs, de modo sucinto ao segundo argumento hasteado pela Autuada – que trata da nulidade da infração em razão da ausência de sua intimação para a correção dos arquivos magnéticos –, sob a alegação de que a mesma teria sido intimada através de correio eletrônico.

Entende que o Preposto Fiscal se omitiu de analisar o cerne da questão, qual seja, de ter descumprido disposições do RICMS/BA que determinam o fornecimento à Autuada, sempre que forem constatadas inconsistências em arquivos magnéticos, de Listagem Diagnóstica apontando as referidas inconsistências, com a concessão do prazo de 30 (trinta) dias para que o Contribuinte fizesse a devida correção.

Alude que o autuante, também, não se manifestou sobre o primeiro argumento desse capítulo da defesa, que dispunha acerca da nulidade da infração por *falta de indicação das operações/prestações supostamente omitidas pela Autuada*.

Entende que esses aspectos da defesa não foram devidamente examinados pela autoridade autuante, tampouco motivadamente, como impunha o art. 127, § 6º, do RPAF.

Pede a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, às fls. 358 a 359, apresenta nova informação fiscal aduzindo que após análise da manifestação, ratifica as informações e correções prestadas na primeira informação fiscal (fls. 350 a 356), além de informar que conforme intimação (fls. 6-A a 8), demonstrativos da multa aplicada e listagem contendo as inconsistências dos arquivos magnéticos (fls. 334 a 342), a defendente não tem como alegar a falta de fornecimento das inconsistências dos arquivos magnéticos e tampouco o prazo para a devida correção, ainda mais, a falta de indicação das operações/prestações supostamente omitidas pela autuada, já que no correio eletrônico (fls. 6-A) enviado com a intimação e com os demonstrativos das inconsistências em anexo, informa da obrigação do registro 60R (cupom fiscal).

Alinha que, para não haver mais dúvida sobre o recebimento da intimação para correção dos arquivos e/ou das listagens diagnósticas apontando as referidas inconsistências anexa relação dos arquivos recepcionados onde pode ser verificada a entrega de vários arquivos magnéticos recebidos dos exercícios de 2006 a 2009 (período fiscalizado), no período da realização da fiscalização janeiro a março de 2011.

Diante do exposto mantém a infração 02 – 05.08.01, solicitando assim que o auto seja julgado procedente em parte, num valor histórico de R\$206.898,15 (duzentos e seis mil, oitocentos e noventa e oito reais e quinze centavos).

O autuado, às fls. 384 a 388 dos autos, apresenta nova manifestação aduzindo que após a 1ª Informação Fiscal prestada (fls. 327/343) e a respectiva manifestação da Autuada (fls. 350/356), a autoridade autuante apresentou nova Informação Fiscal, além de juntar novos documentos, consistentes numa “*Relação dos Arquivos Recepcionados*”.

Entende que o preparo do processo não observou as providências previstas no art. 131 do RPAF, segundo o qual, após a prestação da Informação Fiscal (art. 126 do RPAF), o recebimento da

defesa, dentre outras diligências, deveria o processo ser encaminhado ao CONSEF para julgamento, *in verbis*:

“Art. 131 - O preparo do processo compreende as seguintes providências:

(...)

V - encaminhamento do processo ao autuante ou a outro funcionário fiscal designado pela repartição competente para:

a) prestar informação fiscal;

b) realizar diligência ou perícia requeridas e autorizadas;

(...)

VIII - recebimento das peças de defesa, informação fiscal, recurso e outras petições, bem como das provas documentais, laudos ou levantamentos, e sua anexação aos autos;

(...)

XII - encaminhamento do processo ao CONSEF para julgamento, à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113, ou ao Inspetor Fazendário, para homologação do pagamento ou qualquer outro procedimento, conforme o caso;” (grifo nosso)

Argumenta que não há no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal previsão para que, depois de prestadas a Informação Fiscal e a manifestação do contribuinte, fossem os autos devolvidos ao Autuante para que este apresentasse uma 2ª Informação Fiscal, muito menos que lhe fosse permitido anexar documentos novos.

Complementa que a 2ª Informação Fiscal, ora impugnada, bem como a juntada extemporânea de documentos, não tem cabimento no processo administrativo fiscal, razão pela qual não podem servir de fundamento para qualquer fim.

Consigna que, por essa razão, esta 2ª Informação Fiscal e os documentos novos que a acompanham devem ser desentranhados dos autos do presente processo, sob pena de, não o fazendo, restarem violados os arts. 126 e 131 do RPAF e o princípio constitucional do devido processo legal, sedimentado no art. 5º, inc. LIV, da CF.

Alinha que, em homenagem ao princípio da eventualidade, ainda que ultrapassada a preliminar acima suscitada – o que aqui se cogita por mero exercício de retórica –, é certo que o conteúdo desta 2ª Informação Fiscal e dos documentos que a acompanham não supre as deficiências contidas no auto de infração.

Afirma que, conforme anteriormente destacado o autuante não atendeu ao arts. 708-A, § 6º, e 708-B, §§ 3º e 5º do RICMS/BA.

Aduz que a interpretação dos §§ 3º e 5º do art. 708-B do RICMS deve ser feita sistematicamente. Obviamente, para que o contribuinte possa exercer o seu direito corrigir o arquivo magnético inconsistente, é imprescindível que a Listagem Diagnóstico a ser elaborada pela autoridade Autuante aponte, com clareza, quais as irregularidades devem ser sanadas. Do contrário, os dispositivos em comento não passarão de letra morta na norma regulamentar.

Argumenta que a Listagem Diagnóstico de que trata o § 3º do art. 208-B do RICMS não se confunde com a “*Relação dos Arquivos Recepcionados*”. Esta última relação apenas demonstra que a Autuada transmitiu os arquivos magnéticos informando os quantitativos ali mencionados, nada mais.

Assegura que em momento algum a “*Relação dos Arquivos Recepcionados*” faz referência a uma *Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas*, muito menos de modo analítico, como exigido pelo sentido do § 3º do art. 208-B do RICMS, até porque este documento só pode ser produzido pela própria Fazenda Pública, e não pelo contribuinte.

Diante disso, indaga: “*Como poderia a Autuada, sem ter conhecimento de quais as irregularidades identificadas pelo Autuante, exercer o seu direito de corrigir os arquivos*

magnéticos no prazo regulamentar, já que não lhe foi enviada a Listagem Diagnóstico nos moldes do § 3º do art. 208-B do RICMS?”

Conclui que não há como sanar o insanável, desprezando-se um documento reputado essencial para o desenvolvimento do procedimento fiscal, cujo conteúdo não foi devidamente atendido segundo as exigências normativas, substituindo-o por outro documento que não se lhe assemelha.

Pede, preliminarmente, o desentranhamento da 2ª Informação Fiscal ora impugnada e dos documentos que a acompanham, seja porque absolutamente extemporânea, seja porque não há previsão normativa de seu cabimento.

No mérito propriamente dito, pede a Autuada seja julgado totalmente improcedente o Auto de Infração em apreço, pelas razões já delineadas na defesa (fls. 222/319) e na manifestação à 1ª Informação Fiscal (fls. 350/356).

O autuante, à fl. 393, volta a apresenta nova informação fiscal, ratificando a infração fiscal já prestada, que, conforme intimação às fls. 6-A e e-mail enviado ao contribuinte com a listagem diagnóstica indicativa das irregularidades no dia 23 de fevereiro de 2011, à fl. 8, mesma listagem anexadas às fls. 334 a 342.

Assim diante do exposto, entende que não se pode alegar que não foi fornecida a listagem diagnóstica indicativa das irregularidades encontradas.

Pede que a infração 02 seja julgada procedente.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, traz 03 infrações, a primeira por descumprimento de obrigação principal e as demais por descumprimento de obrigação acessória já devidamente relatadas.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais, conforme, em relação à infração 02, intimação (fls. 6-A a 8), pois a intimação à fl. 6 indica a entrega faltando registro e o e-mail constante à fl. 08 esclarece o tipo de registro faltando que o 60R, dessa forma a defendente não tem como alegar o desconhecimento de tais informações e tampouco o prazo para a devida correção ou a falta de indicação das operações/prestações que o sujeito passivo afirma que são supostamente omitidas, já que no correio eletrônico (fls. 6-A) enviado com a intimação e com os demonstrativos, informa a falta da entrega do registro 60R (cupom fiscal), registro indispensável para o trabalho de fiscalização, que, como veremos na análise do mérito, caracteriza a não entrega do arquivo eletrônico e não a ocorrência de inconsistência, portanto, não cabendo, inclusive, o prazo concedido de 30 dias e sim de 05 dias.

Em relação à infração 01 foi comprovada pelo sujeito passivo a improcedência de parte da exigência, na medida em que o autuado apresentou reduções Z anexadas, bem como o ocorrido no exercício 2009, quando da transferência das maquinetas para o sucessor da autuada, além da verificação nos sistemas da SEFAZ, resultando na correção pelo autuante dos demonstrativos, restando um ICMS devido no valor de R\$1.102,57.

A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Assim, após as correções, conforme demonstrativo mês a mês indicado nas planilhas às fls. 331 e 332, totalizou os exercícios de 2007 o valor de

R\$804,08, para 2008 o valor de R\$129,73 e para 2009 o valor de R\$168,76, tantalizando, portanto, a exigência da infração 01 em R\$1.102,57, que foi acolhida pelo autuado em sua manifestação.

A infração 02, que trata da falta de apresentação de arquivos magnéticos, se caracteriza pela não entrega do registro 60R de 2006 a 2009, como já alinhado, indispensável à fiscalização. Esse fato está registrado nas intimações à fl. 6-A e 08 dos autos, onde a primeira indica a falta de entrega de registro a segunda indica a falta da entrega do registro 60R, de 2006 a 2009. Considerando que não foi entregue o aludido registro, não há o que se falar em inconsistência e sim em falta de entrega do arquivo eletrônico que, faltando tal registro, é considerado como não entregue, já que inconsistência se trata de dados diferentes entre o que está indicado nos documentos ou livros fiscais e o que consta nos arquivos eletrônicos apresentados. No presente caso, conforme já alinhado, se trata de falta de apresentação de um dos registros do arquivo magnético, que é o registro 60R, que foi indicado no e-mail anexado à fl. 08, bem como consta a intimação ao autuado à fl. 06-A, indicando que foram entregues os arquivos faltando registros.

Assim, mais uma vez, não se trata de inconsistências, o que ocorreu foi falta entrega de registro (60R), que caracteriza a não entrega de arquivo, conforme dispõe o art. 708-B, §6, vez que a falta do registro caracteriza a entrega do arquivo fora das especificações, configurando o não fornecimento do arquivo magnético, com prazo da intimação de 05 dias e não 30 dias para a entrega do arquivo, devendo ser aplicada ao sujeito passivo à penalidade prevista na alínea "g" do inciso XIII-A do art. 915 do RICMS/BA.

“RICMS - Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos....§ 6º A entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o caput deste artigo, fora das especificações e requisitos previstos no convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea "g" do inciso XIII-A do art. 915 deste regulamento.”

Em outro dizer, a multa a ser aplicada é a prevista na alínea “j”, XIII-A, Art.42, Lei 7014. O autuante, contudo, apesar de ter indicado a alínea “i”, aplicou corretamente a multa de 1%, para os exercícios de 2007 e 2008, conforme planilhas às fls. 32 e 33 dos autos e para o exercício de 2009 aplicou a multa de 5%, visto que a multa de 1% era maior do que aquela, conforme planilha à fl. 34 dos autos.

Diante da questão posta, resta manter a exigência nos valores ora reclamados, relativo aos exercícios autuados, cabendo, com base no art. 156 do RPAF/BA, representar a autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, relativo à diferença do valor exigido a menos no exercício de 2009.

Considero, por conseguinte, a infração 02 procedente, no valor integralmente exigido.

A infração 03, por sua vez, foi reconhecida pelo autuado, cabendo a sua procedência visto que foi imputada com consonância com a legislação tributária desse estado, bem como obedecido o devido processo legal.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, visto que a infração 01 foi considerada parcialmente procedente com os ajustes efetuados na informação fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298950.0001/11-1**, lavrado contra **P.K.K. CALÇADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.102,57**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação

acessória no valor total de **R\$205.795,59**, previstas nos incisos XIII-A, “j” e XI do mesmo dispositivo legal e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de fevereiro de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR