

A. I. Nº - 206903.1131/10-5
AUTUADO - S. BASTOS DELICATESSEN LTDA.
AUTUANTE - RITA DE CÁSSIA SILVA MORAES
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 24.05.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0095-02/11

EMENTA: ICMS. 1. MULTA PERCENTUAL APLICADA SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO ANTECIPADO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. Comprovada a tributação regular nas operações subseqüentes. Nesta condição é devida a aplicação da multa equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d”, c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96. Infração reconhecida. **2.** SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS NOS PRAZOS REGULAMENTARES. Infração caracterizada. **3.** CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas, pelo contribuinte, em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02). Embora o estabelecimento estivesse inscrito no SIMBAHIA, porém, por ter incorrido na situação prevista no inciso V do artigo 408-L do RICMS/97, o débito foi calculado pelo regime normal com a concessão do crédito presumido de 8% sobre a receita omitida. Presunção legal não elidida. **4.** DOCUMENTOS FISCAIS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. EXIBIÇÃO INCOMPLETA E EM PADRÃO DIFERENTE DO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. FALTA DE INFORMAÇÃO DOS REGISTROS TIPO 54, 60R, 74 e 75. MULTA. De acordo com o RICMS/97 sendo constatadas inconsistências no arquivo magnético do SINTEGRA, deve ser concedido o prazo de trinta dias para as devidas correções. Infração subsistente, tendo em vista que foi devidamente cumprido o devido processo legal com a intimação e apresentação das listagens diagnósticos para regularização no prazo de 30 (trinta)

dias, não sendo atendido tal pedido no prazo estipulado.
Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 18/06/2010, para exigência de ICMS e MULTA no valor de R\$199.295,82, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Multa percentual, no valor de R\$526,51, sobre o imposto que deveria ter sido recolhido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de julho, agosto e dezembro de 2007, conforme demonstrativo às fls.16 a 18.
2. Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$4.775,10, nos meses de fevereiro e março de 2005, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), conforme demonstrativo à fl. 19.
3. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$107.154,14, referente a omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e de débito em valores inferiores aos valores fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, no período de janeiro de 2005 a novembro de 2006, conforme demonstrativos às fls. 20 a 34.
4. Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das saídas do estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes, referente ao período de abril de 2005 a dezembro de 2007, conforme demonstrativos às fls.35 a 37. Multa no valor de R\$86.840,07, prevista no art.42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96.

O autuado, fls. 140 a 150, em sua peça defensiva, argüiu a nulidade da autuação com fulcro no artigo 18, I, do RPAF/99, com base nas seguintes preliminares.

1. Com espeque no artigo 28, inciso I, e § 1º, do RPAF/99, aduz que no item “Dados da Lavratura” a data de encerramento da fiscalização ocorreu em 18/06/2010 às 11h e 17min, e que o período fiscalizado fora de 01/01/2005 a 31/12/2007, porém, que o Auto de Infração não traz em seu conteúdo o dia de início do período de fiscalização. Por conta disso, suscita a nulidade da autuação, por entender que falta o Termo de Início de Fiscalização, e que este é imprescindível, pois é através dele e do Termo de Encerramento que o contribuinte pode extrair se o prazo legal de 90 dias, para a conclusão do Procedimento Administrativo Fiscal, foi cumprido pela Autoridade Fazendária.
2. Argui o cerceamento do direito de defesa, sob o fundamento de que ocorreu o desenquadramento do regime tributário (SIMBAHIA) para o NORMAL, sem o devido processo legal, apesar de previsto no RICMS, e que este procedimento não pode prosperar, pois, tem caráter de penalidade, e não foi demonstrado o excesso de receita bruta que causaria a perda da qualidade de EPP. Para fundamentar seu entendimento, transcreveu os artigos 406, incisos IV e VII, e 408-L, do RICMS/97, e o artigo 8º, § 2º, da Lei Federal nº 9841/99.
3. Invoca o princípio da legalidade para argui que a lavratura do auto de infração foi feita por autoridade incompetente, com base na alegação de que para o exercício de tarefas de auditoria ou perícia contábil, a lei reservou-as aos profissionais de contabilidade de nível superior legalmente inscritos junto ao C.R.C. – Conselho Regional de Contabilidade. Frisa que o agente de fiscalização inabilitado no C.R.C, na categoria de contador, não poderá lavrar autos de infração, notificações fiscais ou de lançamentos de tributos ou contribuições. Fundamenta seu

entendimento nos art. 10 c/c 59 do Dec. 70.235/72, arts. 25 e 26 do Dec.-Lei 9.295/46, art. 26 da lei 6.385/76, § 5º do art. 163 da Lei 6.404/76 c/c os arts. 1º, e 3º, item 36, § 1º da Resolução C.F.C. nº 560/83, e transcreve parte do voto do STF – Supremo Tribunal Federal no RE nº 79.149.

No mérito, impugnando a infração 04, aduz que é vedada a aplicação de duas cominações sobre um mesmo fato gerador, sob pena de ocorrer bis in idem ou bi-tributação. Salaria que a imputação da multa pelo não fornecimento dos arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, contendo as informações das operações ou prestações realizadas, foi absorvida pela multa da infração 03, pois as informações deste item foram levantadas através das instituições financeiras, que no seu entender é a infração fim. Alega que não lhe foi oportunizado o seu direito de defesa, ou até mesmo que fosse analisado as Reduções Z das máquinas, posto que o recibo de envio dos arquivos demonstra que a intimação fora atendida.

Por outro lado, argumenta que existem meios do fisco em buscar tais informações, como demonstra o próprio fisco a levantar valores. Deixando claro que não houve a devida fiscalização, aduz que ao mesmo tempo em que cobra multa pela não entrega dos arquivos, aplica multas pertinentes a valores que sequer foram devidamente apurados.

Indaga: *Como pode haver apuração de valores e ao mesmo tempo confessar que não fora entregue os arquivos? Baseado em que dados fora feita tal apuração? Fora analisado e realizado a perícia devida? Como se chegou a tais valores se alega que os arquivos não foram entregues?* São perguntas que precisam serem respondidas quando houver a perícia devida, não restando outra alternativa a não ser anular a referida multa.

Com relação a infração 03, observa que a autuação se deu em virtude da incompatibilidade dos dados fornecidos por Instituição Financeira e Administradora de Cartão de Crédito e as operações de venda com pagamento em cartão de crédito efetuadas no estabelecimento do Autuado.

Alega que nem sempre os valores fornecidos pelas administradoras correspondem a efetivas vendas de mercadorias, visto que, é comum as empresa se debitarem de valores no cartão para trocos, empréstimos, ou que parte de uma operação comercial seja paga no cartão de crédito, outra em dinheiro ou cheques, inclusive a pedido do próprio consumidor.

Entende que as informações fornecidas pelas Administradoras de Cartão de Crédito não são consideradas como documentos fiscais, e não se enquadram na qualidade de livros e escriturações obrigatórias, imprestáveis como fonte de prova para a Ação Fiscal.

Requer prova pericial, sob alegação que o AI não demonstra, discriminadamente, mês a mês, a quantia deixada de declarar pelo contribuinte; e se os valores fornecidos pela Administradora de Cartão de Crédito são relativos à integralidade das operações.

Salaria que a base de cálculo para a infração nunca poderá ser o valor integral das entradas, e sim a diferença entre o valor declarado pelo contribuinte e o disponibilizado pelas referidas Instituições.

Alega ainda que não foi observado o seu regime de enquadramento na qualidade de Empresa de Pequeno Porte, na forma prevista no artigo 387-A do RICMS/97, ou seja, o seu entendimento de inconstitucionalidade na desconsideração sem o correspondente direito à defesa.

Analisando a multa aplicada, aduz que com o advento da Lei nº 9.298/96, a multa por inadimplemento no Brasil, passou para o máximo de 2%, e no caso, que a aplicação da multa no percentual de 70% do valor da obrigação tributária, se configura em confisco. Citou lição de Sacha Calmon sobre esta questão.

Por entender improcedente a acusação de omissão de saída de mercadorias tributáveis por meio de levantamento de venda com pagamento de cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição administradora de cartões, requereu revisão fiscal/perícia, formulando os seguintes quesitos:

- 1 – O Procedimento Administrativo analisou todos os documentos fiscais de compra e venda cotejando-os com as operações de venda no cartão de crédito?*
- 2 – É possível precisar se uma venda mercantil foi paga parte em cartão de crédito/débito e parte de outro modo (dinheiro, cheque...)?*
- 3 – O contribuinte é obrigado por lei a corresponder cada venda em cartão de crédito a um documento fiscal, partindo-se da premissa de que uma mesma venda pode ser efetivada parcialmente no cartão de crédito/débito, dinheiro e outra forma?*
- 4 – As vendas totais do Estabelecimento Autuado, no período fiscalizado, são superiores ou inferiores às vendas no cartão de crédito?*
- 5 – A receita bruta do Autuado autoriza o seu enquadramento no SIMBAHIA?*
- 6 – É possível apurar imposto sem que haja a análise dos arquivos, tendo em vista que o fiscal autuante alega que os mesmos não foram entregues?*
- 7 – Foi feita a devida análise nos Z's das máquinas apurando as vendas reais?*

Conclui que independentemente do julgamento, seja considerada a multa no patamar de 2%, e face aos vícios insanáveis de que padecem o Auto de Infração, e seja julgada nula a autuação.

Na informação fiscal às fls.153 a 156, a autuante inicialmente observa que a defesa foi assinada provavelmente por um dos sócios do autuado, sem que tivesse sido anexada ao processo cópia da identidade ou algum documento que comprovasse vínculo com a empresa.

Em seguida, esclareceu a sua ação fiscal foi feita através dos levantamentos nos livros e documentos fiscais, além dos controles internos da SEFAZ (fls. 65 a 132), e resumidamente informou a origem da cada item da autuação, ponderando e apontando os levantamentos e respectivos documentos, quais sejam:

Item 01 – De acordo com os anexos da auditoria da antecipação parcial (fls. 09 a 18) e os recolhimentos encontrados nos controles internos (fls. 83 a 89), está demonstrada a ocorrência imputada.

Item 02 - Conforme Planilha de Cálculo para Recolhimento do ICMS de Empresas SIMBAHIA (fls. 19), os recolhimentos efetuados (fls. 83 a 89) e o Histórico de Atividade Econômica/Condição/Situação (fls. 72), está comprovada a falta de recolhimento referente aos meses de fevereiro e março/2005.

Item 03 – Sobre o questionamento que o AI não demonstra, discriminadamente, mês a mês, a quantia deixada de declarar pelo contribuinte, além de afirmar que não se pode extrair pela planilha explanada se os valores fornecidos pela Administradora de Cartão de Crédito são relativos à integralidade das operações, esclareceu que de acordo com os demonstrativos (fls. 20 a 34), relatórios TEF (fls. 94 a 96) e o “RECIBO DE ARQUIVOS ELETRÔNICOS” às fls. 08, está confirmado que o autuado recebeu uma mídia (CD-Rom), contendo os arquivos TEF por operações fornecidas pelas administradoras de cartão e arquivos das planilhas que deram embasamento à lavratura da Infração 04, além de cópias das planilhas impressas em papel, conforme assinatura do responsável, encontradas em diversas folhas, 03, 06, 08, etc. Informa, ainda, que foi aplicada a Instrução Normativa nº 56/2007, referente a proporcionalidade (fls. 23, 28, 33).

Item 04 – Não foram entregues os arquivos magnéticos, conforme Relação dos Arquivos Recepcionados (fls. 131 e 132), demonstrativos (fls. 35, 36 e 37), conforme intimações para apresentação dos arquivos magnéticos (fls. 58, 59 e 60).

Rebateu a alegação defensiva sobre o início do procedimento fiscal, dizendo que o Termo de Início da Fiscalização encontra-se no PAF (fls. 64), além da intimação fiscal (fls. 57) e Ordem de Serviço (fls. 61 e 62), e quanto o argumento defensivo de que o auto de infração foi lavrado por autoridade incompetente, diz que esta alegação não resiste ao mínimo de apreciação.

Finaliza pugnando pela integral procedência do Auto de Infração.

O processo foi encaminhado pela Secretaria do CONSEF à Infaz Varejo, para fosse identificada a assinatura da defesa constante à fl.150 do processo. Conforme intimação e AR dos Correios, fls.170 e 171, o sujeito passivo foi intimado a atender ao pedido supra, tendo, o mesmo informado (fl.173), que quem subscreveu a defesa foi o seu representante legal, como comprova o reconhecimento da firma do mesmo.

Considerando que não consta nos autos prova de que o sujeito passivo tivesse recebido os demonstrativos e documentos, fls.09 a 132, que fundamentam a autuação, na Pauta Suplementar do dia 16/06/2011, o processo foi baixado em diligência à INFAZ VAREJO, a fim de que fosse reaberto o prazo de defesa, e, no ato da intimação, fosse concedido o prazo de **30 (trinta)** dias, e fossem entregues, sob recibo, ao sujeito passivo, cópia dos documentos acima citados, inclusive o despacho de diligência à fl.177, para que o mesmo pudesse defender-se objetivamente das acusações fiscais de que cuidam os autos.

Foi recomendado pelo órgão julgador que se o sujeito passivo apresentasse novo arrazoadado defensivo, o processo fosse encaminhado à autuante para produzir a devida informação fiscal.

Conforme documentos às fls.180 a 183, foram expedidas intimações ao autuado, nos termos determinados pelo órgão julgador, porém, o mesmo não foi localizado no endereço constante no cadastro fazendário. Além disso, foram expedidas intimações aos sócios Aurelina Conceição Santos e Luiz Claudio Pereira dos Santos (docs.fls.186 a 191), também não localizados em seus endereços. Não sendo o autuado e os seus representantes legais localizados, a repartição fazendária publicou no Diário Oficial do Estado, fl.192, o Edital de Intimação nº 55/2011, porém não houve qualquer manifestação do autuado.

VOTO

Analisando acuradamente as peças que consubstanciam os autos, verifico que inexistente lide a ser julgada em relação às infrações 01 e 02, haja vista que o sujeito passivo em sua peça defensiva demonstrou o seu inconformismo apenas em relação à infração 03 e 04. Desta forma, subsistem integralmente os débitos nos valores de R\$526,51 e R\$4.775,10, relativos às citadas infrações.

As infrações impugnadas fazem referência a: omissão de saídas de mercadorias tributadas apuradas através de levantamento de vendas por meio de cartões de crédito/débito (infração 03); e fornecimento de arquivo magnético com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais (infração 04).

O lançamento das infrações 03 e 04 foi impugnado com base nas seguintes preliminares de nulidade: a) que não foi cumprido o devido processo legal, em razão do Auto de Infração não trazer em seu conteúdo o dia de início do período de fiscalização, ou seja, falta o Termo de Início de Fiscalização; b) cerceamento do direito de defesa, sob o fundamento de que ocorreu o desenquadramento do regime tributário (SIMBAHIA) para o NORMAL, sem o devido processo legal, apesar de previsto no RICMS, e que este procedimento não pode prosperar, pois, tem caráter de penalidade, e não foi demonstrado o excesso de receita bruta que causaria a perda da qualidade de EPP. c) que não foi obedecido o princípio da legalidade, por considerar incompetente o auditor fiscal que lavrou o auto de infração, por entender que o mesmo é inabilitado no C.R.C. – Conselho Regional de Contabilidade como Contador.

Analisando tais preliminares de nulidade, observo que não assiste razão ao sujeito passivo em sua alegação de cerceamento ao direito da ampla defesa e não atendimento ao devido processo legal, tendo em vista que:

1. O PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, cujas multas exigidas estão fundamentadas em diplomas legais vigentes, e nos demonstrativos e respectivos documentos que fundamentam cada item da autuação.

2. A acusação fiscal constante da peça inicial está de acordo com os fatos apurados pela fiscalização, cuja descrição dos fatos está posta de forma clara e precisa no corpo do auto de infração, cujos demonstrativos elaborados pela autuante identificam de forma bastante clara as infrações, tendo em vista que estão identificados todos os documentos fiscais e demais elementos objeto do levantamento que geraram a exigência tributária em questão, e permitiram o exercício da ampla defesa e do contraditório.

3. A ação fiscal desenvolvida estava amparada na Ordem de Serviço nº 503438/10 (fl.65/66), e à fl. 64, encontra-se o Termo de Inicio de Fiscalização lavrado em 05/04/2010, sem prova de que tivesse sido lavrado no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Ocorrências (RUDFTO), e sem ciência ao sujeito passivo, porém este vício foi suprido com o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, fl.57, datado de 06/04/2010, conforme previsto no artigo 28, inciso II, do RPAF/99.

4. O desenquadramento do regime tributário (SIMBAHIA) neste processo é legal na medida em que foi constatada omissão de saídas de mercadorias no item 03, e foi feito com base no artigo 408-S do RICMS/97, vigente à época dos fatos geradores, que reza *in verbis*: *Quando se constatar qualquer das situações previstas nos arts. 408-L, 408-M, 408-P e 408-R, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento.*

5. Quanto a preliminar de incompetência do auditor fiscal autuante por não ser Contador habilitado no CRC/BA, e que por isto não teria competência para realizar exames na escrita fiscal e contábil do contribuinte, o artigo 107, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.837/05 (COTEB), estabelece que a função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais, os quais possuem competência para lavrar Autos de Infração para exigência de tributos, acréscimos e multas, sendo tal dispositivo regulamentado pelo artigo 42 do RPAF/BA, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, que prevê que a lavratura do Auto de Infração em estabelecimentos é de competência privativa dos Auditores Fiscais. Portanto, inaplicável a legislação citada na defesa.

Portanto, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, sendo obedecido o princípio da legalidade, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito; falta de comprovação do cometimento da infração; e aplicação das respectivas multas serão apreciadas por ocasião do exame do mérito se subsistirem as acusações fiscais e forem cabíveis à luz da legislação tributária.

Assim, se encontram presentes no processo todos os seus pressupostos de validade, estando definido o sujeito passivo, a infração e o montante do débito exigido, tendo sido cumprido o devido processo legal e respeitado o direito de o contribuinte exercer o seu amplo direito de defesa, incorrendo as situações previstas nos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99 que ensejassem a nulidade da autuação.

No mérito, a infração 03 faz referência a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, relativamente a vendas realizadas com cartão de crédito/débito em valores menores do que as vendas informadas por instituição financeira e administradora de Cartões de Crédito/Débito.

O débito da infração encontra-se devidamente especificado na planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito” (doc. fls. 24 e 29), na qual, encontram-se especificados em cada coluna, o período mensal, o total das vendas com cartão de crédito e de débito informados pelas administradoras, os valores mensais das vendas líquidas extraídas da Redução Z; as vendas apuradas em notas fiscais, diferença apurada representativa da base de cálculo do imposto; o imposto devido calculado à alíquota de 17%; e finalmente, o ICMS devido. Observo, ainda, que foi aplicada a proporcionalidade sobre o débito apurado, na forma prevista na IN 56/2007, tomando por base as operações escrituradas (fls.23 e 28).

A autuação está fundamentada no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, que prevê *in verbis*: “O fato de a escrituração indicar saldo

credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Portanto, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, independente de ter ocorrido através de ECF ou através da emissão de notas fiscais, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Em processo desta natureza faz-se necessário o fornecimento ao contribuinte dos “Relatório de Informações TEF – Diário”, com especificação das vendas diárias, por operação, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administração de cartão, separadamente, de modo que possa ser efetuado o cotejo entre os valores registrados na escrita fiscal e no equipamento emissor de cupom fiscal com as operações informadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito.

Neste processo, observo que os citados TEF-Diários e por operações, relativos a cada administradora de cartão, foram entregues, em 21/04/2011, através de mídia eletrônica ao autuado, conforme Recibo de Arquivos Eletrônicos, fl.08, devidamente assinado pelo preposto do autuado.

Para elidir os valores apurados no levantamento fiscal, ou seja, para que fosse elidida de modo válido a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, o autuado deveria ter feito o cotejamento entre o que consta nos “Relatório de Informações TEF – Diário” recebidos, com os valores correspondentes às vendas constantes no ECF e/ou nas notas fiscais emitidas, de modo a comprovar que os valores informados pelas operadoras efetivamente foram submetidos à tributação, haja vista que nos citados TEF's diários estão especificadas as vendas diárias, por operações, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administradora de cartão, separadamente.

Considero não elidida a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributadas, visto que, conforme planilhas, fls.24 e 29, as operações informadas pelas administradoras, nos anos de 2005 e 2006, foram superiores aos valores declarados pelo autuado neste modo de pagamento (vendas com cartão de crédito).

Além do mais, ressalto que a pedido desta 2ª Junta de Julgamento Fiscal, na Pauta Suplementar do dia 16/06/2011, em obediência aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal e com fulcro no § 1º do artigo 18, do RPAF/99, o processo foi convertido em diligência à INFAZ VAREJO, a fim de que fosse reaberto o prazo de defesa e fosse, no ato da intimação, concedido o prazo de **30 (trinta)** dias, e entregues, sob recibo, ao sujeito passivo, cópia dos documentos relacionados no despacho de diligência à fl.177 e que instruem as autuações impugnadas, para que o mesmo pudesse defender-se objetivamente das acusações fiscais de que cuidam os autos.

A repartição fazendária de origem expediu intimações ao autuado e aos seus representantes, e diante da não localização dos mesmos em seus endereços cadastrados na SEFAZ, foi publicado no Diário Oficial do Estado, tudo conforme documentos às fls.180 a 183 e 192, porém, sem qualquer manifestação do autuado.

O Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, instituiu o cadastro de contribuintes, que tem como finalidade a habilitação dos contribuintes e o registro dos elementos de identificação, localização e classificação do sujeito passivo e respectivos titulares, sócios e responsáveis legais, inclusive contabilistas (art.149).

Também está previsto, que na hipótese de mudança de endereço do estabelecimento ou de qualquer de seus representantes, ou no caso de encerramento de atividades, deve ser previamente comunicado o fato a repartição fazendária (art. 161).

Assim, deve o autuado arcar com as consequências tributárias decorrentes da falta de comunicação de mudança de endereço ou de desativação de suas atividades.

Quanto à infração 04, o fulcro da autuação é de que o contribuinte deixou de fornecer informações através de arquivos em meio magnético, exigido mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ou seja, no formato e padrão estabelecido na legislação (Convênio ICMS 57/95), gerado através do Programa Sintegra, referente ao período de abril de 2005 a dezembro de 2007.

Portanto, o motivo determinante para a aplicação da multa foi o descumprimento de obrigação acessória relativa ao fato de que o contribuinte forneceu arquivos em meio magnético, porém, com falta dos Registros 54, 60R, 61, 70E e 74.

De acordo com a legislação do ICMS, a qual recepcionou o disposto no Convênio ICMS 57/95 e suas alterações posteriores, o contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados, é obrigado a apresentar, quando solicitado, a documentação minuciosa, completa e atualizada do sistema, contendo descrição, gabarito de registro (“*layout*”) dos arquivos, listagem dos programas e as alterações ocorridas no exercício de apuração, relativamente à totalidade das operações de entradas e de saídas de mercadorias ou das prestações realizadas, inclusive o inventário das mercadorias, produtos, matérias primas e embalagens (art. 685, combinado com os arts. 708-A e 708-B, do RICMS/97).

O art. 708-B estabelece que: “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”. O arquivo magnético deverá ser entregue devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte, inclusive os dados referentes a itens de mercadoria.

Já § 5º do art. 708-A, incorporado ao RICMS/97-BA, através da Alteração nº 63, em vigor a partir de 18/05/2005, estabeleceu um prazo de 30 dias úteis contados da data do recebimento da intimação para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência.

Assim, todos os contribuintes autorizados ao uso de SEPD, exceto os autorizados somente para escrituração do livro Registro de Inventário, estão obrigados a entregar o arquivo magnético contendo os dados referentes aos itens de mercadoria constantes dos documentos fiscais e registros de inventário nos meses em que este for realizado. O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético cancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa Validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Conv. ICMS 57/95.

Saliento que conforme disposto no art. 708-A, § 6º do RICMS/BA, a recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, ou seja, a apresentação dos arquivos magnéticos sem conter todos os registros caracteriza a falta de sua apresentação, tendo em vista a natureza condicional do seu recebimento, sujeitando o contribuinte à correção posterior das inconsistências acaso verificadas.

No presente caso, compulsando as peças processuais que instruem este item, verifico que o autuado foi intimado em 04/06/2010 para apresentar o arquivo magnético referente ao período de

janeiro de 2005 a dezembro de 2007, conforme intimação à fl.58, sendo concedido o prazo de 05 (cinco) dias estabelecido no art. 708-B do RICMS/97.

Posteriormente, ao ser recepcionado o arquivo magnético citado período, a fiscalização constatou divergências de informações em relação aos Registros 54, 60R, 61, 70E e 74, foi expedida em 14/04/2010 a intimação constante à fl.59, e em 15/05/2010 a intimação à fl.60, com a concessão do prazo de 30 (trinta) dias para regularização das citadas inconsistências.

Portanto, a autuação obedeceu ao devido processo legal, ou seja, a ação fiscal atendeu ao disposto no artigo 708-A do RICMS/97, pois a fiscalização ao recepcionar os arquivos magnéticos com inconsistências, intimou o contribuinte para no prazo de 30 dias úteis, apresentar o arquivo magnético corrigido, e como o contribuinte não cumpriu as determinações legais acima descritas, foi correta a aplicação da penalidade indicada no presente Auto de Infração, por está prevista no art. 42, XIII-A, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Quanto as preliminares de mérito, verifico o seguinte:

1. Não concordo com o entendimento do autuado de que nas infrações 03 e 04, foram aplicadas cominações sobre o mesmo fato gerador, pois conforme analisado acima, a infração 03, cobra imposto sobre o descumprimento da obrigação principal, enquanto que a infração 04, trata de aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória pela falta de apresentação de arquivos magnéticos. Logo, não há porque se falar que a multa pelo descumprimento da obrigação principal foi absorvida pelo descumprimento da obrigação acessória, visto que o fato de não ter sido apresentado o arquivo magnético não é fato impeditivo de ser feita a correlação das operações informadas pelas administradoras dos cartões com os respectivos documentos fiscais (cupom fiscal e/ou notas fiscais de saídas).
2. Sobre a alegação de que a fiscalização teria os meios em buscar as informações para comprovar as operações com cartões de crédito/débito, entendo que a partir do momento que foram entregues os TEF Diários, caberia ao próprio autuado apresentar levantamento contendo a correlação dos valores informados pelas administradoras com os valores constantes no ECF e/ou notas fiscais, de modo a comprovar que houve erro no levantamento fiscal. Vale observar que a fiscalização na planilha à fl.29, considerou as operações constantes na Redução Z.
3. Quanto às indagações formuladas na peça defensiva, para fosse feita uma perícia, rejeito tal pedido, porque já se encontram no processo todos os elementos de minha convicção e, além disso, tal providência é desnecessária em vista das outras provas produzidas, de acordo com o artigo 147, inciso I, alínea “a” e inciso II, alínea “b”, do RPAF/99, senão vejamos:

Questões: Como pode haver apuração de valores e ao mesmo tempo confessar que não fora entregue os arquivos? Baseado em que dados fora feita tal apuração? Fora analisado e realizado a perícia devida? Como se chegou a tais valores se alega que os arquivos não foram entregues?

Resposta: Como dito acima, a apuração dos valores da infração 03 está baseada nas informações das vendas com cartões de crédito/débito prestadas pelas administradoras, em comparação com os valores registrados na escrita fiscal como vendas em cartões, sendo analisada a escrita fiscal do autuado e considerados os valores constantes nas Reduções Z como vendas em cartões. Logo, estão presentes nos autos todos os elementos de prova de como se chegou aos valores lançados na infração 03, ficando claro que este levantamento fiscal não dependeu de informações constantes no arquivo magnético apresentado com inconsistência, pois este tipo de auditoria é feita de acordo com o que está demonstrado nas planilhas às fls.24 e 29 dos autos, explico: Na primeira coluna estão especificados os meses objeto do levantamento; na segunda coluna constam os valores constantes na Redução Z a título de vendas em cartões de crédito/débito; a terceira coluna foi destinada às vendas com cartões através de notas fiscais (não houve venda); na quarta coluna constam os valores das vendas com cartão informados pelas administradoras; na quinta coluna a diferença entre os

valores informados e os valores constantes nos documentos fiscais; na sexta coluna, foram considerados os percentuais das mercadorias tributadas, dada a natureza das operações comercializadas pelo estabelecimento; na sétima coluna, foi determinada a base de cálculo tributável e sobre esta aplicado o percentual de 17%, apurando o imposto devido que foi lançado no auto de infração.

4. No que tange ao argumento de que nem sempre os valores informados correspondem com os valores escriturados na escrita fiscal, a exemplo de venda com parte em cartão e parte em dinheiro, verifico que o autuado nada comprovou neste sentido, o que, poderia muito bem ter sido feito, pelo autuado, correlacionando tais valores com os TEF Diários informados pelas administradoras de cartões de crédito.
5. No que concerne a alegação de que não foi observado o seu regime de enquadramento na qualidade de Empresa de Pequeno Porte, na forma prevista no artigo 387-A do RICMS/97, e que foi inconstitucional a desconsideração sem o correspondente direito à defesa, verifico que não assiste razão ao autuado, visto que no período de 01/04/2005 até 30/06/2007, o estabelecimento se encontrava no regime “normal” de apuração, conforme Histórico de Atividade Econômica à fl.72. Quanto ao período de 01/01 a 31/03/2005 o estabelecimento se encontrava no SIMBAHIA, porém por ter incorrido na omissão de saídas de mercadorias tributáveis, foi correto a exigência fiscal pelo regime normal de apuração, na forma prevista no artigo 408-S do RICMS/97. Verifico que quanto a este período, a autuante, na apuração do débito, concedeu o crédito fiscal de 8% previsto no § 1º do citado dispositivo regulamentar, por se encontrar o estabelecimento enquadrado no SIMBAHIA, conforme consta na planilha à fl.24.
6. Finalmente, quanto a alegação de que as informações prestadas pelas administradoras são imprestáveis como fonte de prova para a ação fiscal, não há como prosperar tal argumento, visto que tais informações tem previsão legal no Convênio ECF 01/01 e no ar. 35 “a” da Lei nº 7.014/96.

Quanto ao pedido para redução ou cancelamento das multas aplicadas pelo descumprimento da obrigação principal, ou para aplicação do percentual máximo de 2%, ressalto a legalidade das mesmas, tendo em vista que estão previstas no artigo 42, III e XIII-A, “f”, e III, da Lei nº 7.014/96, não podendo ser acatado o pedido de sua exclusão ou redução, visto que a penalidade imposta está vinculada às infrações cometidas, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99. No caso das multas por descumprimento de obrigação acessória, o pleito do contribuinte para cancelamento ou redução não encontra amparo no § 7º do art.42, da lei citada.

Desta forma, com relação ao argumento defensivo de que as multas são confiscatórias, as mesmas estão previstas nos dispositivos acima citados, portanto são legais.

Por fim, quanto ao pedido do autuado quando da apresentação da peça impugnatória, para realização de prova pericial, formulando os quesitos às fls.149 e 150, constato que a realização da mesma, seja pelas indagações contidas nos quesitos apresentados, seja pelo que dos autos já se tem, desnecessária se faz a realização de tal prova pericial para o julgamento do presente feito, pelo se a rejeita na forma do art.147, inciso I, do RICMS/97.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206903.1131/10-5**, lavrado contra **S. BASTOS DELICATESSEN LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$112.455,75**, acrescido das multas de 50% sobre R\$4.775,10; 60% sobre R\$526,51 e 70% sobre R\$107.154,14, previstas no artigo 42, I, alínea “b”, Item 3, II, alínea “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação

acessória no valor de **R\$86.840,07**, prevista no inciso XIII-A, alínea “f”, do citado dispositivo legal e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR