

A. I. Nº - 269131.0004/12-0
AUTUADO - H2I COMÉRCIO DE INFORMÁTICA E ELETRÔNICOS LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO FERREIRA DA SILVA
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO
INTERNET - 19/02/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0032-03/13

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Refeitos os cálculos mediante revisão efetuada pelo autuante, o débito originalmente apurado ficou reduzido. **2.** ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO NOS PRAZOS REGULAMENTARES. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Comprovado o descumprimento da obrigação tributária acessória em diversos períodos. Infração caracterizada. Rejeitada preliminar de nulidade. Não acatado o pedido de redução ou dispensa da multa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/06/2012, exige crédito tributário, no valor total de R\$22.617,39, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 1 - Omissão de saída de mercadoria 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, nos meses de agosto e outubro a novembro de 2010 e janeiro a março, maio a setembro e novembro de 2011. Foi lançado imposto no valor de R\$10.197,39, mais multa de 100%;

Infração 2 - Falta de entrega de arquivos magnéticos, nos prazos previstos na legislação, os quais deveriam ter sido enviados via Internet, através do Programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), nos meses de abril a dezembro de 2011. Indicada multa de R\$1.380,00, por período, totalizando R\$12.420,00.

O autuado apresenta defesa, fls. 72 a 79, aduzindo as seguintes ponderações.

Depois de asseverar a tempestividade da defesa e reproduzir o teor das infrações que compõem o Auto de Infração articula os seguintes argumentos.

Requer a nulidade da infração 02 pela ausência de intimação para apresentação dos arquivos magnéticos, aduzindo que, de acordo com o art. 261 do novo RICMS-BA/12(Dec. nº 13.780/12), o Fisco deve exigir do contribuinte os documentos e arquivo magnético no prazo de cinco dias. Diz que em momento algum a fiscalização lhe exigiu a entrega do arquivo magnético. Arremata destacando que além de não ter havido intimação prévia alguma, não lhe fora concedido o prazo de cinco dias úteis para que apresentasse os arquivos magnéticos exigidos. Com isto, diz transparecer que o Fisco prioriza o recebimento das multas pecuniárias do que a própria

fiscalização das informações constantes em seus arquivos magnéticos. Assinala que este procedimento não encontra guarida no RICMS-BA/97.

Diz que em situações semelhantes, o Fisco sempre prezou pela intimação prévia para a apresentação dos documentos exigidos, quando o contribuinte sempre cumpriu com os prazos determinados nessas intimações. Afirma que no presente caso foi surpreendida com a aplicação da multa sem, ao menos, ser intimada para cumprir a obrigação acessória no prazo estipulado no RICMS.

Esclarece que os documentos exigidos no presente Auto de Infração já foram apresentados ao Fisco, em anexo, o que demonstra que sempre cumpriu com suas obrigações tributárias e, nesse caso, só não foi apresentado o arquivo magnético por problemas no sistema.

Observa que o fiscal apurou omissão de saída de mercadoria tributada através da comparação das vendas, com cartões de crédito ou débito, informadas ao Fisco pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, e as informadas nas reduções Z do período auditado. Prossegue esclarecendo que esta diferença, tributada a alíquota de 17%, resultou na cobrança de ICMS no valor total de R\$10.197,39.

Explana que o fato gerador do ICMS é presumido quando os valores das vendas são inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito. Destaca que conforme planilhas anexas, esta diferença não ocorreu no período de agosto/2010 a janeiro/2011, pois, as diferenças encontradas foram referentes a notas fiscais não contabilizadas como vendas por meio de cartão pelo autuante, e por uma venda através de cupom fiscal, realizada em 30/08/2010, que foi informada, indevidamente pelo caixa, como se a forma de pagamento fora em espécie.

Em relação ao período de fevereiro a dezembro/2011, diz verificar que declarou valores superiores aos informados as vendas com forma de pagamento através de cartões de crédito ou débito, informadas nas reduções “Z”, totalizaram R\$323.761,56. As instituições financeiras e as administradoras de cartões de crédito informaram ao fisco o total de vendas em R\$ 318.963,99.

Afirma que não ocorreu qualquer omissão de saída de mercadoria tributada pela empresa no período fiscalizado pelo fato de que seu faturamento total com vendas internas no período de fevereiro a dezembro/2011 foi de R\$1.641.325,50, bem superior às vendas informadas por estas instituições financeiras e de administradoras de cartão de crédito.

Ressalta que o objeto social principal do seu estabelecimento é o comércio varejista especializado de equipamentos de informática - CNAE 47.51.2/01, logo a maioria das mercadorias comercializadas possui redução de base de cálculo para apuração do ICMS devido conforme artigo do Dec. nº 6.284/71 que reproduz. Por isso, aduz que a aplicação da alíquota de 17%, sem a respectiva redução de base de cálculo, é desproporcional à atividade da empresa. Anexa planilha, apresentando o cálculo da alíquota efetiva média da tributação do ICMS nas operações de vendas internas do ano de 2011, resultante no percentual de 9,45%.

Menciona que o Fisco aplica a multa no valor total de R\$12.420,00 pela ausência da entrega do arquivo magnético no período compreendido entre maio/2011 a dezembro/2011. Prossegue esclarecendo que os arquivos magnéticos já foram devidamente entregues ao Fisco, conforme constam os recibos enviados ao SINTEGRA, em anexo, e que não fora intimado para apresentação dos referidos arquivos, desobedecendo ao art. 261 do RICMS-BA/12.

Releva o fato de ser contribuinte reconhecidamente idôneo, que sempre cumpriu com suas obrigações tributárias, recolhendo pontualmente todos os tributos devidos, assim como ter sempre obedecido às intimações do Fisco.

Destaca que tendo em vista a sua situação fiscal, a multa constituída não observou os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e não-confisco, já que representa um valor exorbitante ante à condição financeira.

Pondera que o princípio da proporcionalidade decorre do Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição Federal) e visa a buscar que o fim pretendido pela norma seja atingido através de meios menos gravosos aos direitos dos cidadãos, devendo ser o meio mais adequado à necessidade de cada caso. Assevera que nesse ponto, o excesso da multa extrapola esse limite, tendo em vista que o contribuinte sempre cumpriu com suas obrigações acessórias, além de recolher devidamente o ICMS incidente nas operações de venda dos seus produtos.

Assinala que a razoabilidade refere-se ao grau de sensatez e ajustabilidade da conduta do contribuinte frente às sanções aplicadas. Frisa que os atrasos na entrega dos arquivos magnéticos não representaram prejuízo algum ao Erário, já que, além de haver o correto recolhimento do ICMS, os referidos documentos já foram apresentados, sanando o equívoco apontado.

Menciona que o montante da multa representa um alto valor que onera sua atividade injustificadamente.

Ressalta que em diversos julgados, o Superior Tribunal de Justiça afasta a exigência da multa com aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade que transcrevendo trecho da ementa do julgado (REsp 728999/PR; DJ 26.10.2006). Reproduz também a ementa da ADI 551, Rel.: Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ: 24/10/2002, para enfatizar que nessa mesma linha de entendimento, o Supremo Tribunal Federal entende que a desproporção entre o desrespeito da norma tributária e a multa aplicada atenta contra o patrimônio do contribuinte.

Arremata sopesando que o valor da multa tem que ter em vista que: a) a sua condição de contribuinte que sempre cumpriu com suas obrigações fiscais; b) os arquivos magnéticos já foram entregues ao Fisco; c) não fora previamente intimado para apresentação dos arquivos magnéticos, na forma do art. 261 do RICMS-BA/12.

Arremata salientando que a multa fere a razoabilidade e proporcionalidade, devido a desvirtuação das finalidades sancionatórias e inibitórias, configurando numa vantagem excessivamente abusiva frente à sua realidade contributiva e por isso deve ser afastada.

Conclui requerendo o provimento da defesa apresentada para que seja:

1. Declarada a nulidade do Auto de Infração por não haver intimação prévia do contribuinte para apresentar os arquivos magnéticos na forma e no prazo estabelecido no art. 261 do RICMS-BA/12, procedimento comumente adotado pelo Fisco;
2. Reconhecida a inexistência de omissão de saídas de mercadorias tributada apuradas por meio de levantamento das vendas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e débito, e;
3. Considerada abusiva a multa aplicada no importe de R\$12.420,00 e arquivado o processo administrativo fiscal.

Por fim, requerer ainda a produção de todos os meios de provas admitidos, especialmente a juntada de documentos em anexo e a posterior.

Na informação fiscal, fls. 101 a 110, a autuante, em relação à alegação de nulidade da infração 02 por ausência de intimação para apresentação dos arquivos magnéticos, informa que faltou por parte do autuado a leitura dos termos deste Auto de Infração e do teor da infração defendida, uma vez que a multa foi aplicada pela falta de entrega dos arquivos magnéticos nos prazos previstos em legislação, ou seja, a multa independe de intimação para apresentação dos referidos arquivos e foi cobrada em função do descumprimento da obrigação acessória referida, qual seja a entrega mensal dos arquivos.

Diz, ao tratar da ponderação apresentada pelo impugnante acerca da infração 01, que acolhe parcialmente a defesa apresentada e, para tanto, informa que está anexando novo demonstrativo de débito, fls. 123, o qual deverá ser dada ciência ao autuado. Esclarece que a aceitação se dá em função da apresentação das cópias das Notas Fiscais de saídas de nºs 39, 44, 46, 54, 80, 109, 165, e 196, fls. 83 a 93, que correspondem exatamente aos valores diários informados pelas

administradoras de cartão de crédito e que não foram consideradas no levantamento por não ter sido possível identificar o meio de pagamento pela simples leitura das mesmas. Acrescenta destacando que nem todas as notas fiscais apresentadas foram aceitas, pois algumas apresentam valores que não correspondem aos informados diariamente pelas administradoras. Frisa que também não aceitou a alegação de erro na informação do meio de pagamento pelo funcionário do caixa, uma vez que não foi apresentada prova alguma do referido erro.

No tocante à terceira alegação, assevera que não pode ser aceita, tendo em vista que o simples fato dos valores totais informados pelo contribuinte como pagamentos feitos através de cartão serem superiores aos valores totais informados pelas administradoras de cartão nada provam. Ressalta que se o autuado quisesse comprovar a insubsistência da infração o caminho correto seria a apresentação de notas fiscais ou cupons fiscais que correspondessem aos valores informados pelas administradoras, como o fez na segunda alegação.

Em relação ao benefício de redução da base de cálculo alcançada por algumas operações de venda do autuado, diz entender que ela somente é cabível nas operações devidamente registradas pelo contribuinte, o que não é o caso da omissão encontrada.

Conclui requerendo a procedência parcial da autuação.

Em manifestação acerca da informação fiscal, fls. 127 a 129, o impugnante informa que o novo demonstrativo apresentado pelo autuante considerou somente a redução dos valores da base de cálculo da infração de omissão de saída de mercadorias vendidas através de cartões de crédito e débito dos meses agosto, outubro e novembro/2010 e janeiro/2011.

Frisa que o autuante também não contemplou na informação fiscal a redução de base de cálculo citada no item 4 da defesa interposta anteriormente, e nem considerou o maior volume de faturamento fiscal deste período, conforme este mesmo item citado anteriormente.

Conclui reiterando todos seus argumentos e pleitos alinhados na defesa.

VOTO

A Infração 01 trata da omissão de saída de mercadoria 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.

Os demonstrativos elaborados pelo autuante, fls. 06 a 33, relacionam e discriminam todos os dados utilizados na apuração dos valores que estão sendo exigidos nesse item do lançamento. Os demonstrativos comprovam a ocorrência de operações de saídas de mercadorias em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito e/ou débito. A constatação dessa ocorrência, de acordo com o disposto no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, autoriza o fisco a presumir a realização de operações de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, ficando ressalvado ao contribuinte o ônus de provar da improcedência dessa presunção legal.

O impugnante alegou que não foram consideradas no levantamento fiscal as notas fiscais que colacionou aos autos, bem como uma venda através de cupom fiscal informada indevidamente pelo caixa como se a forma de pagamento fora em espécie.

Ao compulsar os autos constato que o autuante ao preceder à informação fiscal acolheu parcialmente a alegação defensiva, alterou o levantamento fiscal e elaborou no novo demonstrativo de débito, fl. 123, reduzindo o débito para R\$9.878,25. Verifico que foram acatadas pelo autuante as notas fiscais nº 39, 44, 46, 54, 109, 165 e 196, por corresponderem exatamente aos valores constantes no TEF diário por operação, informado pelas operadoras de cartão de crédito. As demais notas fiscais apresentadas pelo impugnante não foram consideradas por, além de não constar nelas a indicação da modalidade de pagamento, também não guardam correspondência alguma com valor, data e hora de emissão com os boletos informados pelas administradoras de

cartão e financeiras. Não acatou também o erro na emissão do cupom fiscal em relação ao meio de pagamento por falta de comprovação.

Depois de examinar e constatar a correção da intervenção efetuada pelo autuante considero que a exigência da infração 01 fica reduzida para R\$9.878,25 na forma discriminada no demonstrativo de débito colacionado à fl. 123 pelo autuante e de conhecimento do autuado consoante intimação para esse fim apensada à fl. 124.

Quanto à alegação do impugnante de que opera com mercadorias que possui redução de cálculo, e que por isso não deveria ser aplicada a alíquota de 17% sobre a base de cálculo apurada, e sim uma alíquota média, entendo que o autuante laborou corretamente. Observo que inexistente qualquer previsão legal nesse sentido. A única exceção prevista de tratamento específico é destinada a estabelecimento que opera com mercadorias isentas ou com a fase de tributação já encerrada, que não é o caso do impugnante, consoante regula expressamente a Instrução Normativa nº 056/07.

No que diz respeito à alegação da defesa de que não ocorrera omissão de saída no período fiscalizado pelo fato da receita total auferida ter sido bem superior às informadas pelas instituições financeiras e administradora de cartão de crédito, não tem a mínima chance de prosperar, haja vista que o comparativo tem que ser feito entre vendas realizadas pelo mesmo meio de pagamento, ou seja, através de cartão de crédito e de débito. Caso assim não se proceda, não se obtém o resultado esperado, já que o intuito do roteiro de auditoria aplicado visa apurar omissão de receita.

Logo, nos termos acima enunciados, resta parcialmente caracterizada a infração 01.

Na Infração 02, o autuado foi acusado de ter deixado de entregar arquivos magnéticos, no prazo previsto na legislação, enviados via Internet através do Programa de Transmissão Eletrônica de Dados, relativamente aos meses de abril a dezembro de 2011. Pelo descumprimento dessa obrigação tributária acessória, foi indicada multa, no valor de R\$1.380,00, para cada mês em que ocorreu a falta de entrega de arquivo magnético, perfazendo o total de R\$12.420,00.

Em sua defesa, o autuado sustentou que a infração 02 é nula por não ter sido intimado a apresentar os arquivos magnéticos. Esse argumento não se sustenta, pois os arquivos magnéticos objeto dessa infração deveriam ter sido entregues, via Internet, no prazo regulamentar, independentemente de qualquer intimação.

O art. 686, RICMS-BA/97 prevê a obrigação dos contribuintes usuários de sistema eletrônico de processamento de dados manterem os arquivos magnéticos, pelo prazo de cinco anos, já o art. 708-A do mesmo diploma legal estatui a obrigação de se fazer a entrega mensal dos arquivos magnéticos, nos prazos regulamentares, *in verbis*:

“Art. 708-A. O contribuinte do ICMS usuário de SEPD deverá entregar o arquivo de que trata este capítulo, referente ao movimento econômico de cada mês:”

Nesse sentido, a sanção correspondente ao descumprimento da entrega mensal dos arquivos magnéticos pelo contribuinte está albergada no Art. 42, XIII-A, que estabelece multa específica para o descumprimento da referido obrigação acessória, *in verbis*:

“Art. 42

[...]

XIII-A

[...]

j) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela 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;”

Como se depreende claramente do dispositivo legal acima, resta evidenciado o acerto da autuação e o equívoco do argumento do autuado, uma vez que descabe a necessidade de intimação para a falta de entrega nos prazos previstos na legislação, que é mensal. Como a infração versa sobre a falta de fornecimento dos arquivos magnéticos nos prazos previstos pela legislação, enviados via Internet através do programa Validador/SINTEGRA, a multa aplicada está capitulada na alínea “j” do inciso XIII-A, art. 42, da Lei nº 7.014/96.

A intimação somente é indispensável sempre que, sendo entregues os arquivos com divergências ou omissões de dados, propicie o contribuinte proceder aos ajustes cabíveis, depois de receber via intimação “Listagem diagnóstico”.

Apesar de o autuado afirmar em sua defesa que acostou aos autos os recibos de remessa dos arquivos magnéticos à SEFAZ, enviados posteriormente, constato que inexistem nos autos qualquer comprovação. Saliento que a entrega posterior não teria o condão de elidir a acusação fiscal, uma vez que não há previsão legal nesse sentido. Ademais, a acusação fiscal é de falta de entrega dos arquivos nos prazos previstos na legislação.

Não deve prosperar também a alegação defensiva de suposta ausência de prejuízo ao Estado, por não se configurar argumento capaz de elidir a infração apurada, uma vez que a multa tem previsão em dispositivo legal, o qual não condiciona a sua aplicação da pena à ocorrência de prejuízo. Portanto, não se pode olvidar que a inobservância dessa importante obrigação acessória acarreta prejuízos operacionais ao fisco, pois a indisponibilidade das informações contidas nos arquivos pelo fisco dificulta e, em alguns casos, impede a aferição da regularidade fiscal do estabelecimento fiscalizado.

No que tange aos argumentos defensivos atinentes à inobservância aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e do não-confisco da multa aplicada, ressalto que a multa está prevista no artigo 42 da Lei 7.014/96, não cabendo a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do disposto no art. 167, inc. I, do RPAF/99.

O defendente solicitou também que a multa seja afastada, ou seja, a sua dispensa. O §7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 autoriza este colegiado a dispensar ou reduzir multa por descumprimento de obrigação tributária acessória. Todavia, esse mesmo dispositivo legal condiciona a dispensa ou redução à comprovação de que a infração tenha sido praticada sem dolo, fraude ou simulação e não implique falta de recolhimento do imposto. Na verdade, examinando as peças processuais, não vislumbro que o autuado tenha agido com dolo, fraude ou simulação. Entretanto, não acato o pedido do impugnante, por inexistir nos autos comprovação inequívoca de que a falta de entrega dos arquivos não tenha propiciado a falta de pagamento de imposto. Considero, pelo exposto, não está presente nos autos essa condição legalmente exigida para que seja concedida, ao autuado, a redução ou dispensa de multa por descumprimento de obrigação tributária acessória.

Em face ao exposto, concluo que está correta a multa aplicada e a Infração 01 é subsistente.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269131.0004/12-0**, lavrado contra **H2I COMÉRCIO DE INFORMÁTICA E ELETRÔNICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.878,25**, acrescido da multa de 100% prevista no art. 42, inciso III, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação tributária acessória no valor de **R\$12.420,00**, prevista no inciso XIII-

A, “j”, do mesmo artigo e Lei, e dos acréscimos moratórios, conforme o disposto na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de fevereiro de 2013.

ARIVALDO DE SOUZA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA