

A. I. Nº - 110120.0001/11-6
AUTUADO - ACMA COMÉRCIO E MANUTENÇÃO DE EQUIPAMENTOS LTDA.
AUTUANTE - VERA MARIA PIRES PURIFICAÇÃO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 20/12/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0325-03/13

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 apurada entre o valor das vendas registradas em cartão de crédito e o valor informado pela administradora do cartão indica que o sujeito passivo efetuou vendas sem emissão do documento fiscal correspondente. Refeitos os cálculos, mediante revisão efetuada pela autuante, o débito originalmente apurado ficou reduzido. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Ficou demonstrado nos autos que o contribuinte foi intimado para apresentar os arquivos magnéticos no prazo de 48 horas. Retificado o valor da multa exigida, tendo em vista que ficou caracterizado que houve falta de atendimento a uma intimação. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2011, refere-se à exigência de R\$34.813,74 de ICMS, acrescido da multa de 70%, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Omissão de saída de mercadoria tributada apurada 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, no período de janeiro de 2007 a dezembro de 2008. Valor do débito: R\$34.813,74. Multa de 70%.

Infração 02: Deixou de fornecer arquivo magnético exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Exigida multa de 1% sobre o valor das saídas, totalizando R\$65.571,86.

O autuado apresentou impugnação à fl. 29, informando que anexa aos autos listagem de Notas Fiscais referentes ao período fiscalizado (2007/2008), que representam as saídas de mercadorias pagas por meio de cartão de crédito/débito, totalizando R\$95.344,47 referentes às saídas do exercício de 2007 e R\$108.206,35 correspondentes a 2008. Diz que os documentos se encontram à disposição da SEFAZ

A autuante prestou informação fiscal às fls. 63 a 69 dos autos, dizendo que o autuado apresentou às fls. 31 a 54, relação das notas fiscais não registradas no Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), cujo pagamento foi efetuado com cartão de débito ou de crédito, e os valores não foram considerados quando da apuração da omissão de saídas referente à infração 01. Informa que em relação às mencionadas notas fiscais apresentadas pelo defendente, constam saídas de mercadorias tributadas normalmente e sujeitas à substituição tributária. Também informa que na

apuração das deduções pertinentes na base de cálculo, considerou o valor da omissão encontrada nos demonstrativos de fls. 12 a 19 do PAF, tendo em vista que os valores apurados englobam as mercadorias tributadas normalmente e sujeitas à substituição tributária. Sobre as omissões encontradas foram aplicados os percentuais mensais relativos às saídas tributadas, constantes das fls. 10 e 17 do presente processo, encontrando o valor correto da base de cálculo, conforme os demonstrativos que acostou às fls. 64 a 74 dos autos. Finaliza, dizendo que o débito relativo à infração 01 fica reduzido para R\$5.770,44 e a infração 02 permanece inalterada. O valor total do Auto de Infração fica reduzido para R\$71.342,30. Elaborou novo demonstrativo de débito da infração 01, após as deduções pertinentes, conforme fl. 68 do PAF.

À fl. 77 do PAF, o autuado foi intimado da informação fiscal e dos novos demonstrativos acostados aos autos pela autuante, constando Aviso de Recebimento à fl. 78, comprovando a entrega da mencionada intimação acompanhada de cópia da informação fiscal e dos demonstrativos. Decorrido o prazo concedido, o defendente não se manifestou.

À fl. 81 esta 3ª JJF converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem solicitando que a autuante juntasse o Relatório Diário de Operações TEF, com os valores de vendas realizadas por meio de cartões de crédito ou de débito, no período fiscalizado.

Também foi solicitado que a repartição fiscal intimasse o autuado e lhe fornecesse, mediante recibo, o mencionado Relatório Diário de Informações TEF, com a indicação do prazo de trinta dias para o defendente se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa.

Em atendimento ao solicitado, a autuante informou à fl. 283, que anexou aos autos o Relatório Diário de Operações TEF, referente aos exercícios de 2007 e 2008 (fls. 84 a 282).

O autuado foi intimado à fl. 285 e apresentou nova defesa às fls. 287 a 300. Alega que a dificuldade enfrentada pela defesa teve início na tentativa de obtenção de informações quanto aos critérios utilizados na elaboração do demonstrativo que compõe o presente lançamento. Entende que estas dificuldades caracterizam cerceamento ao direito de defesa, que por si só já são capazes de gerar anulação do Auto de Infração. Diz que esta 3ª JJF, reconhecendo os vícios, resolveu converter o presente processo em diligência para o necessário saneamento e reabertura do prazo de defesa. Alega que a autuação é um equívoco, estando patente a violação aos direitos do autuado. Houve violação aos princípios do contraditório, ampla defesa e tipicidade cerrada. O defendente assegura que os seus registros contábeis e recolhimentos foram corretamente realizados, não apenas no período objeto da autuação, mas em qualquer outro, inexistindo indício da prática da infração que lhe foi imputada. Sobre a multa aplicada, o defendente entende que é absolutamente indevida e tem caráter confiscatório e, por isso, deve ser minorada. Quanto a esta matéria transcreve parte de decisão do STF e ensinamento de Sacha Calmon Navarro Coelho. Conclui pedindo a nulidade do lançamento por cerceamento ao direito de defesa e, não sendo este o entendimento desta JJF, requer seja o Auto de Infração julgado improcedente. Na remotíssima possibilidade de não acolhimento dos pedidos anteriores, pede que seja reconhecido o caráter confiscatório da multa aplicada, e que se determine a sua exclusão, ou, na pior das hipóteses, que seja reduzida para 20% do valor do tributo supostamente devido. Também requer a realização de perícia contábil por auditor fiscal independente ao presente PAF, formula os quesitos e indica o Perito Assistente. Por fim, pede que seja concedido o prazo de quinze dias para posterior juntada das cópias das bobinas de cupons fiscais, afirmando que os originais não foram aceitos pelos servidores da SEFAZ no momento em que foi protocolada a defesa. Indicou os números dos respectivos documentos fiscais no Relatório TEF e juntou aos autos cópias de notas fiscais.

À fl. 2012 o autuado requer a juntada aos autos de CD com as informações da memória fiscal da impressora no período fiscalizado e reitera a informação de que a documentação em referência e todos os demais documentos fiscais permanecem à disposição no endereço da empresa.

A autuante presta nova informação fiscal à fl. 2025, dizendo que o autuado juntou ao presente PAF (fls. 319 a 2009), cópias de notas fiscais e demonstrativos para comprovar que efetuou vendas através de cartão de débito/crédito, que não foram registradas no ECF, mas tiveram a nota fiscal emitida e escriturada no livro Registro de Saídas. Informa que as referidas notas fiscais foram consideradas no novo demonstrativo da infração 01, conforme fls. 2026 a 2030. Salienta que nas notas fiscais apresentadas pelo autuado constam mercadorias com tributação normal e mercadorias da substituição tributária e, por isso, na apuração da base de cálculo foram efetuados os abatimentos pertinentes, conforme demonstrativos às fls. 2026 e 2028.

Quanto à infração 02, a autuante informa que o autuado deixou de fornecer os arquivos magnéticos e a multa de 1% é devida. Conclui informando que o débito relativo à infração 01 fica reduzido para R\$5.770,44, conforme demonstrativo de débito à fl. 2030, permanecendo inalterada a infração 02.

Intimado da informação fiscal e dos novos demonstrativos, o defendente se manifestou às fls. 2034/2035, dizendo que anexa aos autos cópias de notas fiscais e planilha que confirmam a improcedência do Auto de Infração. Reitera todos os termos da impugnação e manifestações já apresentadas, pedindo que seja julgado nulo o presente lançamento e, sucessivamente, seja julgado improcedente com a conseqüente anulação, em razão dos esclarecimentos apresentados.

A autuante prestou nova informação fiscal à fl. 2070, dizendo que o defendente, em sua manifestação às fls. 2034/2035, apenas reiterou os termos da impugnação anteriormente apresentada, por isso, mantém a informação fiscal de fls. 2025 a 2030.

À fl. 2073 esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em nova diligência à Infaz de origem, solicitando que a autuante intimasse o contribuinte a apresentar os documentos fiscais originais comprobatórios das alegações defensivas, e fizesse o confronto com os demonstrativos apresentados na última manifestação do defendente, excluindo do levantamento fiscal os valores efetivamente comprovados, após o cotejo com o Relatório TEF, aplicando também, a determinação contida na Instrução Normativa 56/2007.

Em atendimento ao solicitado, a autuante informou à fl. 2076 que juntou ao presente PAF demonstrativos que comprovam a apuração do ICMS devido, após o confronto das Notas Fiscais acostadas pelo defendente ao presente processo. Diz que o levantamento efetuado encontra-se às fls. 2077/2133 e o demonstrativo de débito da infração 01 à fl. 2134, ficando reduzido o imposto exigido para R\$1.379,78. Quanto à infração 02, informa que permanece o mesmo valor originalmente exigido.

Intimado da informação fiscal e demonstrativos acostados aos autos pela autuante, o defendente se manifestou às fls. 2138/2139, informando que reitera todos os termos da impugnação e manifestações já apresentadas, que inclui pedido de realização de perícia contábil por Auditor Fiscal independente ao feito, com oferecimento de resposta aos quesitos formulados no bojo da impugnação. Pede que seja julgado nulo o presente lançamento, alegando cerceamento de defesa e violação aos princípios da tipicidade cerrada e da segurança jurídica. Sucessivamente, que seja o lançamento julgado improcedente, com a conseqüente anulação, em razão dos esclarecimentos apresentados. Por fim, reitera o registro de que se encontram na sede da empresa, à disposição do Fisco, todos os seus livros e documentos fiscais.

Em nova informação fiscal à fl. 2166, a autuante diz que o defendente, em seu pronunciamento de fls. 2138/2139, apenas reiterou os termos das impugnações anteriormente apresentadas. Mantém o despacho constante das fls. 2076/2134.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades

apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O defendente destacou dificuldade enfrentada na tentativa de obter informações quanto aos critérios utilizados na elaboração do demonstrativo que compõe o presente lançamento. Entende que estas dificuldades caracterizam cerceamento ao direito de defesa, que por si só já são capazes de gerar anulação do Auto de Infração. O autuado alega cerceamento de defesa e violação aos princípios da tipicidade cerrada e da segurança jurídica.

Em relação às dificuldades alegadas, por determinação desta Junta de Julgamento Fiscal foram realizadas diligências fiscais no sentido de esclarecer e entregar ao defendente os demonstrativos elaborados pela autuante, inclusive Relatório Diário de Informações TEF, com reabertura do prazo de defesa. Os cálculos foram refeitos pela autuante acatando as alegações e comprovações apresentadas pela defesa, resultando na redução do débito originalmente apurado na infração, e fornecido ao defendente cópia dos novos demonstrativos com a concessão do prazo para a manifestação.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso II, do RPAF/99, tendo em vista que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos. Ademais, por determinação deste órgão julgador, foi realizada diligência fiscal com refazimento dos cálculos pela autuante, foi dado conhecimento ao contribuinte quanto ao resultado da mencionada diligência e não foram apresentados elementos capazes de modificar o resultado da referida apuração. Portanto, os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide.

No mérito, o primeiro item do presente Auto de Infração trata de exigência de ICMS pela omissão de saída de mercadoria tributada, apurada 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, no período de janeiro de 2007 a dezembro de 2008.

Foi apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, e tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96.

O autuado alegou que foram emitidas notas fiscais correspondentes aos boletos emitidos pelas vendas realizadas com pagamento em cartão de crédito ou de débito, tendo anexado aos autos cópias de diversas notas fiscais e planilhas para comprovar as alegações defensivas.

Esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência para a autuante solicitar ao contribuinte a apresentação dos documentos fiscais originais, e excluir do levantamento fiscal os valores efetivamente comprovados, aplicando também, a determinação contida na Instrução Normativa 56/2007.

Os cálculos foram refeitos pela autuante que informou à fl. 2076 que juntou ao presente PAF demonstrativos que comprovam a apuração do ICMS devido, após o confronto das Notas Fiscais acostadas pelo defendente ao presente processo. O levantamento efetuado pela autuante encontra-se às fls. 2077/2133 e o demonstrativo de débito desta infração, à fl. 2134, ficando reduzido o imposto exigido para R\$1.379,78.

Vale salientar, que à fl. 2136 do PAF, o autuado foi intimado da informação fiscal e dos novos demonstrativos elaborados pela autuante. Embora o defendente não tenha acatado expressamente os novos valores apurados, não apresentou qualquer elemento novo para contrapor o

levantamento fiscal, tendo informado que reitera todos os termos da impugnação e manifestações já apresentadas, que inclui pedido de realização de perícia contábil por Auditor Fiscal independente ao feito, com oferecimento de resposta aos quesitos formulados no bojo da impugnação.

Foi rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de perícia, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e as incorreções alegadas foram corrigidas com reabertura do prazo de defesa para a manifestação do autuado.

O defendente pede que seja reconhecido o caráter confiscatório da multa aplicada, e que se determine a sua exclusão, ou, na pior das hipóteses, que seja reduzida para 20% do valor do tributo supostamente devido.

Também não acato a alegação defensiva, tendo em vista que a penalidade aplicada neste item do presente Auto de Infração é legalmente prevista para a irregularidade apurada, e não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Vale ressaltar que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal, haja vista que esta competência é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159, do RPAF/99.

Acato o resultado da revisão efetuada pelo autuante, e concluo que ficou parcialmente comprovada a infração apurada, conforme demonstrativo de débito à fl. 2134 dos autos, em que foi calculado o débito no valor total de R\$1.379,78.

Infração 02: Deixou de fornecer arquivo magnético exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Exigida multa de 1% sobre o valor das saídas, totalizando R\$65.571,86.

Observo que a obrigatoriedade de entrega dos arquivos magnéticos ao Fisco, quando o contribuinte é intimado, está prevista no art. 708-B do RICMS/97:

*Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo quando 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, quando for o caso), salvo ressalva contida na intimação. (redação vigente à época dos fatos)*

Encontra-se à fl. 26 dos autos a intimação solicitando a entrega livros e documentos fiscais e contábeis, além de arquivos magnéticos relativos aos exercícios de 2007 e 2008, tendo sido concedido o prazo de quarenta e oito horas, inexistindo nos autos qualquer outra intimação para retificação de arquivo magnético apresentado com omissão de dados. Portanto, em relação ao arquivo magnético, não foi estabelecido na intimação o prazo previsto no caput do art. 708-B do RICMS/BA.

Não houve qualquer atendimento à intimação, fato não contestado pelo defendente. Entretanto, apesar de o autuado não ter atendido ao pedido de entrega do arquivo magnético, também não foi observado o prazo estabelecido no art. 708-B do RICMS/BA, acima reproduzido.

No presente caso, a intimação acostada aos autos, comprova que o contribuinte foi intimado pela autuante para apresentar livros e documentos fiscais, inclusive os arquivos magnéticos, no prazo

de quarenta e oito horas, inexistindo no PAF qualquer outra intimação concedendo o prazo de cinco dias em relação aos arquivos magnéticos, conforme previsto no art. 708-B, do RICMS/97.

Entendo que não ficou caracterizada a falta de atendimento de intimação na forma prevista no citado art. 708-B, por isso, deve ser aplicada a multa de R\$460,00, indicada no art. 42, inciso XX, alínea “a”, da Lei 7.014/96, relativamente à falta de apresentação dos arquivos magnéticos solicitados.

“Art. 42

(...)

XX - àquele que, dentro do prazo de 48 (quarenta e oito) horas, deixar de prestar esclarecimento ou informação, de exhibir livro ou documento, arquivo magnético ou similar (exceto os arquivos contendo o valor das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas), ou de mostrar bem móvel ou imóvel, inclusive mercadoria, ou seu estabelecimento a funcionário fiscal, quando por este regularmente solicitado:

a) R\$ 460,00 pelo não atendimento do primeiro pedido;

Assim, concluo que é devida a multa estabelecida no art. 42, inciso XX, alínea “a”, da Lei 7.014/96, e não aquela indicada no presente lançamento. Por isso, deve ser alterado o valor exigido para R\$460,00.

Face ao exposto, voto 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 110120.0001/11-6, lavrado contra **ACMA COMÉRCIO E MANUTENÇÃO DE EQUIPAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.379,78**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, prevista no art. 42, inciso XX, alínea “a”, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de dezembro de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA