

A. I. N° - 299167.0002/12-9
AUTUADO - D & W COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - MARIA DE FÁTIMA FERRAZ SILVA GUIMARÃES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 19.02.2014

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0007-02/14

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS POR FINANCEIRAS OU ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem o pagamento do imposto devido. Contudo, se impõe a decretação de nulidade do lançamento com base no art. 18, II, IV, “a”, do RPAF, por falta de entrega de cópia do Relatório TEF-Diário ao autuado, de igual modo não foi acostado aos autos. Infração nula. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTAS. a) FALTA DE ENTREGA NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. Infração reconhecida. b) EXIGIDO MEDIANTE INTIMAÇÃO. Arquivo entregue após a lavratura do auto de infração. Não acolhido o pedido de redução ou exclusão da multa. Infração mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/09/2012, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$10.380,42, em razão de:

Infração 01 – 05.08.01 - Omissão de saídas de mercadorias tributadas 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 de cartão de crédito. Valor autuado R\$3.004,64.

Infração 02 – 16.12.20 –pela falta de entrega de arquivos magnéticos, nos prazos previstos pela legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet mediante programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), omissão de entrega do arquivo. Valor autuado R\$1.380,00.

Infração 03 – 16.12.15 - Deixou de fornecer arquivo(s) magnético(s) exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Valor autuado R\$5.995,78

O autuado às folhas 21 a 23 impugnou o lançamento tributário, inicialmente transcreve as infrações e destaca a tempestividade da defesa, passando a tratar de cada infração.

Infração 01 – Alega que a empresa fechava seu caixa sempre ao final do movimento, o que ocorria quase sempre após a 0:00 h (zero hora), fazendo com que os valores referentes a Redução Z e Informação das Administradoras de Cartão ficassem divergentes. Diz que pode ser verificado facilmente pelos relatórios “Z” do ECF, que os valores apurados em vendas de cartão de

crédito/débito, são maiores que os informados pelas administradoras, restando inequívoca a conclusão de que não há nenhuma omissão de saída.

Infração 02 – Salaria que reconhece a procedência da autuação e imediatamente fará o pagamento.

Infração 03 – Aduz que acosta os recibos dos arquivos magnéticos contendo a totalidade das informações, solicitando que a multa seja convertida em penalidade fixa, pois não houve neste caso nenhum prejuízo para o Fisco e trata-se de uma obrigação acessória e não principal.

Ao final, requer pela improcedência da autuação.

O autuante ao prestar nova informação fiscal, fls. 36 e 37, aduz que de todas as considerações tecidas pelo contribuinte deduziu que somente a infração 01 merece revisão.

Esclarecendo que considerou nos levantamentos fiscais a data posterior ao dia, propriamente dito, que consta na redução Z, conforme alegação do contribuinte.

Frisa que a planilha foi recalculada com a data correta.

No tocante ao horário de fechamento diário do caixa, entende que tal alegação não procede pois o montante considerado, mensalmente, independe desta variável, uma vez que o cálculo se faz em dias consecutivos até perfazer o total mensal.

Ao final, elaborou novo demonstrativo do Auto Infração apontando nova redução o valor da infração 01 para R\$2.702,01, mantendo os valores originais das infrações 02 e 03, ficando o valor total autuado reduzido para R\$10.077,80.

O autuado recebeu cópia da informação fiscal, sendo intimado para se manifestar no prazo de 10 (dez) dias.

Em nova manifestação defensiva, fls. 47 a 50, alega inconsistência do lançamento da infração 01, pois se confirmou, após análise da escrita fiscal do Autuado - mais precisamente seu livro Registro de Saídas e RAICMS – que os valores contabilizados foram superiores aos informados pela administradoras de cartão de crédito. Assim, aduz que não existe “valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito”, tal qual consta da acusação formulada no auto de infração impugnado que teve seus valores retificados para menor através da Informação Fiscal.

Assevera que as vendas não são sempre registradas no ECF, mas também em notas fiscais manuais, nas hipóteses permitidas, fato que possivelmente originou a “presunção”, que agora resta afastada. E nem todas as vendas são realizadas com cartões de crédito, razão porque houve uma contabilização a maior.

Um outro ponto destacado pela defesa é a existência de um grande percentual de mercadorias não tributadas que formaram base de cálculo para o originário lançamento. Não fosse improcedente a autuação, pelo desfazimento da presunção até então existente, frisando que este também não pode se olvidar para o inadequado roteiro de fiscalização, que, mesmo dispondo de outros elementos para amparar seu procedimento, terminou por tributar duplamente.

Com relação à infração nº 03, argumenta que a mesma não deve ser mantida, tendo em vista que os arquivos magnéticos foram devidamente entregues, não resultando em qualquer prejuízo para o Estado. Daí porque o Impugnante requer a esse Egrégio CONSEF que pratique medida de justiça fiscal ao cancelar a infração apontada no Auto de Infração que não resultou em qualquer evasão fiscal, nos termos do §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Noutro giro, caso esse Conselho entenda ser prudente a redução da multa, vale como parâmetro o **Acórdão** CJF nº 0206-12/05, da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, ementado nos seguintes termos:

“EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. ESTABELECIMENTO USUÁRIO DE EMISSOR CUPOM FISCAL. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE VENDAS A ONSUMIDOR EM SUBSTITUIÇÃO

TRIBUTÁRIA. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. REDUÇÃO DA MULTA INICIALMENTE APLICADA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA O FISCO E DE DOLO POR PARTE DO AUTUADA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 158, DO RPAF, E 42, § 7º, DA LEI Nº 7.014/96. A legislação tributária estadual determina que os contribuintes do ICMS que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes desse imposto deverão utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações. Demonstrado nos autos, por outro lado, que o contribuinte recolheu o imposto devido, inocorrendo qualquer prejuízo ao Fisco Estadual. Princípios da Eventualidade e Equidade aplicáveis ao caso vertente, posto que o contribuinte agiu sem dolo e de boa-fé, o que autoriza o julgador a reduzir o valor da multa inicialmente aplicada para R\$ 50,00, à luz do quanto insculpido nos arts. 158, do RPAF e 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96. Infração subsistente. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.” Grifos da defesa.

Registra também o acórdão JJF nº 0186-01/02, da 1ª Junta de Julgamento Fiscal:

“EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE EMISSÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL CORRESPONDENTE. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Comprovado o cometimento da infração, porém reduzida a multa com base no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.”

Ao final, protesta pela improcedência das 02 infrações impugnadas, seja pela supressão da presunção existente (afinal, restou demonstrado que os valores contabilizados foram maiores do que aqueles informados pelas administradoras de cartão de crédito, além de que grande parte dos produtos por ela vendidos não se submetem ao ICMS, em razão da substituição tributária por antecipação), ou pela necessidade de redução da multa pela comprovada apresentação dos arquivos magnéticos exigidos.

Em nova informação fiscal a autuante, fls. 54 a 55, em relação a infração 01, aduz que na descrição da mesma, objeto da presunção, define que as informações fornecidas pelas Administradoras de Cartões, relativas às vendas efetuadas com pagamentos, através de débito e crédito, ultrapassam o valor das informações contidas nos cupons e notas fiscais, o que, efetivamente, ocorre conforme demonstrado nas planilhas, às fls. 38 a 40 do referido PAF. Desse modo, não há porque se comparar os valores contabilizados no livro Registro de Saídas aos respectivos valores informados pelas Administradoras de Cartões.

Ressalta que foram consideradas as notas fiscais emitidas pelo contribuinte, na sua totalidade, quando da lavratura do Auto de Infração, bem como por ocasião da revisão para a Informação Fiscal.

No tocante à base de cálculo do lançamento originário da Infração 01 entende que procede, em parte, as alegações do contribuinte, motivo pelo qual foi reduzida, obtendo-se um percentual de proporcionalidade derivado das informações contidas no Relatório da DMA Consolidada 2009, do contribuinte, conforme cópia em anexo.

Com relação a Infração 03, o contribuinte alega “que os arquivos magnéticos foram devidamente entregues, não resultando em qualquer prejuízo para o Estado”, motivo pelo qual o contribuinte solicita a exclusão da infração. No entanto, não procede as alegações nem o pleito do contribuinte desde que os arquivos magnéticos supracitados só foram entregues em 1º de outubro de 2012, após o encerramento da fiscalização, em 28 de setembro de 2012, que originou a infração e, conseqüente lavratura do Auto de Infração, conforme consta no relatório do sistema SCAM - Informações referentes aos arquivos recebidos, em anexo.

Ao final, elaborou novo demonstrativo do Auto Infração apontando nova redução o valor da infração 01 para R\$2.458,83, mantendo os valores originais das infrações 02 e 03, ficando o valor total autuado reduzido para R\$9.834,62.

O autuado recebeu cópia da informação fiscal, sendo intimado para se manifestar no prazo de 10 (dez) dias.

Em nova manifestação defensiva, fls. 62 a 65, o autuado repisa os argumentos apresentados na manifestação defensiva anterior, registrando não aceitar o índice de proporcionalidade de 91% em relação a proporcionalidade apresentada.

A autuante ao prestar nova informação fiscal, fls. 68 e 69, aduz que para chegar ao percentual de 91% utilizou os dados da DMA's do sujeito passivo, não havendo nenhuma inferência de ordem subjetiva.

No tocante a infração 02, frisa que houve prejuízo para o Estado, pois existem prova material às folhas 6 e 7. Quanto aos acórdãos citados pela defesa, diz que não lhe cabe qualquer tipo de juízo de valor.

O autuado recebeu cópia da informação fiscal, sendo intimado para se manifesta no prazo de 10 (dez) dias.

Em nova manifestação defensiva, fl. 76, informa que reitera os termos da manifestação anterior.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS e aplicar multa em decorrência de 03 (três) infrações.

Em sua defesa o sujeito passivo reconhece a procedência da infração 02, tendo informado que estaria efetuado o pagamento. Portanto, não existindo lide, entendo que a mesma restou caracterizada.

Assim, no caso em tela, a lide persiste em relação às infrações 01 e 03, as quais passo a analisar.

Preliminarmente, em relação a infração 01, que imputa ao sujeito passivo a falta de recolhimento da razão de omissão de saídas de mercadorias tributadas 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 de cartão de crédito, observo que a autuante não acostou aos autos o Relatório TEF-Diário.

Observei ainda, que não consta nos autos comprovação de que o mesmo fora entregue ao sujeito passivo.

Por sua vez, em suas diversas peças defensivas acostadas aos autos, o autuado assegura que a diferença apontada pela fiscalização não existe.

A acusação embasada em levantamento realizado pela autuante comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas como cartão de crédito e/ou débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão do art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96, com redação dada pela Lei nº 8.542, de 27/12/02, **efeitos de 28/12/02 a 30/03/10, in verbis:**

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

...

§ 4º 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.”

Em sua defesa o autuado alega, ainda, que os valores constantes da DME são superiores aos valores informados pelas administradoras de cartões de créditos e/ou débito, entendendo não ser possível aplicar a presunção acima.

Ocorre que essa alegação não é capaz de elidir a autuação, uma vez que a jurisprudência consolidada desse Conselho de Fazenda, em seus diversos acórdãos sobre o tema, a exemplo do ACÓRDÃO Nº 0207-11/08, firmou o entendimento de que a comparação somente pode ocorrer entre operações equivalentes, ou seja, as vendas declaradas pelo contribuinte como sendo pagas por cartões de crédito/débito são comparadas com as operações que foram pagas com cartão de débito/crédito informadas pelas administradoras de cartões. Nas vendas declaradas na DME são informadas as vendas totais do estabelecimento, sem nenhuma identificação de qual foi o meio de pagamento.

A autuação consignado no primeiro item da autuação foi embasada em uma presunção. Presunção legal, diga-se. Porém, trata-se de uma presunção “*juris tantum*”, ou seja, admite prova contrária, portanto, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência da presunção, indicando quais as operações foram pagas com cartão de crédito e/ou débito, sendo os cupons fiscais emitidos como se os pagamentos fossem em dinheiro, por erro de funcionários, os quais as notas fiscais série D-1 teriam sido pagas com cartão ou qualquer outro fato capaz de elidir a presunção.

Entretanto, para que o contribuinte possa exercer seu amplo direito de defesa, é essencial e indispensável que receba o Relatório Diário Operações TEF, o que não ocorreu na presente lide, uma vez que não existe prova nos autos. E mais ainda, o citado relatório não foi acostado aos autos. Tais fatos demonstram, em meu entendimento, o cerceamento do direito de defesa do autuado.

Tal entendimento já foi pacificado por este órgão julgador, apenas a título de exemplo, transcrevo a Ementa do ACÓRDÃO CJF Nº 0143-11/12:

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0143-11/12

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS POR FINANCEIRAS OU ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Acolhida a tese de decretação de nulidade do lançamento com base no art. 18, II, IV, “a”, do RPAF, por falta de entrega de cópia do Relatório TEF-Diário ao autuado e inadequação dos dados relativos às vendas de mercadorias no procedimento fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime. Grifo nosso.

Cabe registrar que o art. 142, Código Tributário Nacional - CTN dispõe que compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível e o seu parágrafo único dispõe que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

No mesmo sentido, prevê o art. 41 do RPAF, que o auto de infração far-se-á acompanhar de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará, obrigatoriamente, dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüido.

No caso em lide, repito, não há nos autos comprovação de que o contribuinte autuado recebeu cópia do Relatório TEF-Diário em que se funda a autuação. Não resta dúvida que o Relatório Diário TEF é elemento de fornecimento indispensável e essencial para que o autuado possa

exercer a contento o contraditório, situação que por si só já inspira a nulidade do procedimento fiscal, conforme a previsão do inciso II do art. 18 do RPAF.

Logo, considerando que no caso em lide não se subsume à disposição do §1º do art. 18 do RPAF, impossibilitando uma eventual diligência fiscal com objetivo de saneamento do PAF, pois a autuante não acostou aos autos o Relatório TEF-Diário, com fundamento no art. 18, II, IV, “a” e § 1º do RPAF/99, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com representação à autoridade competente para que determine a renovação da ação fiscal, a salvo dos equívocos ora citados.

Na infração 03 é imputado ao autuado ter deixado de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas.

Em sua defesa o autuado alega que entregou os arquivos solicitados.

Entendo que o argumento defensivo não é capaz de elidir a autuação, uma vez que o sujeito passivo somente enviou os arquivos solicitados após a lavratura do Auto de Infração, não o fazendo dentro do prazo previsto na intimação fiscal.

Quanto ao pedido de redução ou cancelamento da multa, o § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, concede ao órgão julgador administrativo a discricionariedade de, uma vez imputadas às multas por descumprimento de obrigações acessórias, conceder redução ou cancelamento das mesmas, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto, dispositivo legal que é regulamentado pelo art. 158 do RPAF/BA.

Esta discricionariedade, portanto, permite que, mesmo não havendo dolo, fraude ou simulação ou falta de imposto recolhido, relativo a infração por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não conceda a redução ou o cancelamento das multas aplicadas.

No presente caso, o autuado cometeu irregularidades, já relatadas no presente acórdão. Assim, diante das infrações claramente cometidas, devidamente apuradas e confirmadas nesse voto, não há como contemplar o pedido do impugnante de redução ou cancelamento das multas.

Também não acolho o pedido de redução ou cancelamento, haja vista que a não apresentação ao fisco de arquivos ou a sua entrega com inconsistentes impedem a realização do roteiro de auditoria em sua plenitude, bem assim, o exame para efeito de homologação do imposto recolhido pendente de verificação, e a apuração da existência ou não de débitos perante o fisco.

Sem os referidos arquivos, devido a complexidade das operações comerciais, agravado pela quantidade sempre crescente de contribuintes, fica impossível, nos dias atuais que o Poder Público possa realizar suas auditorias tributárias, visando verificar se o imposto foi corretamente recolhido, sem o uso dos meios disponibilizados pela tecnologia moderna.

De igual modo, ninguém de bom senso pode admitir que um contribuinte desenvolva suas atividades sem o uso da informática. Logo, da mesma forma não é razoável admitir que o sujeito ativo da relação tributária possa controlar e fiscalizar o correto recolhimento do ICMS sem tais recursos, ou seja, sem os arquivos com os dados corretamente informados pelos contribuintes do referido imposto.

Portanto, fica evidente o prejuízo causado ao tesouro estadual pelo descumprimento da referida obrigação por parte do contribuinte. O autuado deixou de entregar os arquivos do período de indicado. Logo, não existe nenhuma dúvida quanto a infração praticada e os prejuízos causados para o controle e fiscalização do ICMS, razão pela qual a multa aplicada deve ser mantida.

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, conforme abaixo:

| INFRAÇÕES | JULGAMENTO | V. HISTÓRICO DEVIDO |
|-----------|------------|---------------------|
| 1 | NULA | 0,00 |
| 2 | PROCEDENTE | 1.380,00 |
| 3 | PROCEDENTE | 5.995,78 |
| TOTAL | | 7.375,78 |

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 **299167.0002/12-9**, lavrado contra **D & W COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$7.375,78**, prevista no art. 42, XIII-A, “j” III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de fevereiro de 2014.

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR

LUIZ ALBERTO AMARAL OLIVEIRA – JULGADOR