

A. I. Nº - 206826.0014/13-3
AUTUADO - DELI & CIA DELICATESSEM LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ VICENTE NETO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 22.08.2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0167-04/14

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DOS VALORES DEVIDOS E DA INFRAÇÃO. a) CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. b) DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. OPERAÇÕES DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. A existência de divergências entre os valores dos demonstrativos de débitos e dos demonstrativos de apuração do imposto, corroborada pela falta de entrega de relatórios TEFs diários por operações, acarretam a nulidade das infrações 1 e 2, por cerceamento de defesa e insegurança na determinação dos valores devidos e das infrações. 3. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. OMISSÃO DE OPERAÇÕES. MULTA. Não há nos autos comprovação do recebimento, pelo autuado, da intimação para apresentação dos arquivos magnéticos. O Auto de Infração foi lavrado antes de decorrido o prazo regulamentar para a retificação dos arquivos magnéticos. Infração nula por cerceamento de defesa e por inobservância do devido processo legal. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 12/03/2014, exige do autuado crédito tributário no valor de R\$267.740,26, em razão do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1. Falta de recolhimento de ICMS, constatada 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 2009 a dezembro de 2010. Foi lançado ICMS no valor de R\$142.556,24, acrescido de multas de 70% ou de 100%.

Complementando a acusação acima foi consignado: 1 - *omissão de faturamento por meio de levantamento de vendas – pagamento com cartão de crédito/débito, conforme REDUÇÃO Z, confrontado com o valor informado pela Administradora de Cartão nos Sistemas SEFAZ-INC-TEF, referente às ECFs 01; 02; 04; 05 e 06. Tendo sido apurado um débito de ICMS no valor de R\$ 39.072,13 referente a 2009 e R\$ 12.879,01 relativo a 2010 totalizando um débito de R\$ 51.951,14, conforme planilha 2 que faz parte do PAF que será disponibilizado para o contribuinte. Esclarecemos que o faturamento do período referente às ECFs coincide com as informações lançadas na DMA respectiva e livros fiscais próprios.*

2. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no período de janeiro de 2009 a março de 2010. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 51.951,14, mais multa de 60%.

Complementando a acusação consta: 2 - *Falta de recolhimento do ICMS incidente sobre mercadoria tributada e a produção e produtos do estabelecimento, escriturada como não*

tributada, no valor total de R\$ 61.971,65 (Janeiro a Dezembro de 2009) – ECFs 01; 02 e 04 e R\$ 80.584,59 (janeiro a dezembro de 2010 das ECFs 01; 02; 04; 05 e 06) perfazendo um débito total de R\$ 142.556,24 – conforme Registro 60, capturado através do Arquivo Magnético, transmitido pelo Contribuinte através do SINTEGRA, cujo montante das operações coincide com as informações lançadas na DMA respectiva e livros fiscais próprios.

3. Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do montante das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas. Foi indicada multa no valor de R\$ 73.232,88. Consta que se trata do exercício de 2010 do ECF nº 5.

O autuado apresenta defesa (fls. 367 a 384) e, após efetuar uma síntese dos fatos, argui a decadência do direito de constituição do crédito tributário referente ao período de janeiro a março de 2009, pois considera que a contagem do prazo decadencial se faz nos termos do art. 150, §4º, do CTN. Classifica como equivocado o posicionamento do CONSEF, no sentido de que o Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB firmou o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência da hipótese tributária como o momento a partir do qual se iniciaria a contagem do prazo decadencial para a constituição do referido crédito. Salaria que o COTEB é inconstitucional, pois em termo de decadência as normas do CTN devem prevalecer sobre as disposições constantes do COTEB. Transcreve jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Adentrando ao mérito, referindo-se à infração 1, afirma que não deve prosperar a omissão de saída apurada via informações de administradora de cartão de crédito, uma vez que o seu faturamento, de acordo com as listagens de receitas anexas, foi, em todos os meses, superior ao que foi informado pelas administradoras de cartão. Sustenta que, confrontando mês a mês os valores indicados pelas administradoras com os declarados pelo defendente ao Fisco Estadual, conclui-se que inexistente qualquer omissão e nem valor de ICMS a ser pago.

Sustenta que o autuante incorreu em erro quando tributou os valores relativos a todas as vendas realizadas no período, pois como apura o imposto a recolher em função da receita bruta, deveriam ser excluídos da base de cálculo os valores relativos a mercadorias não tributadas ou sujeitas ao regime de substituição tributária, nos termos do art. 504 do RICMS-BA/97. Diz que, conforme documento que anexa aos autos (fl. 391), a proporcionalidade das mercadorias comercializadas pela empresa gravita em torno de 27% de produtos tributados e 73% de não tributadas. Observa que essas mercadorias não tributadas estão sujeitas ao regime de substituição tributária (refrigerante, cerveja, vinho, etc.) e outras são isentas de tributação (pão e seus derivados, hortifrutigranjeiros e outros). Dessa forma, solicita que seja revisto o levantamento apresentado pelo autuante, fazendo incidir o ICMS apenas sobre os produtos tributáveis, excluindo-se os substituídos e isentos.

Quanto à infração 2, salienta que o ICMS que está sendo exigido já foi cobrado no Auto de Infração nº 206826.0013/13-7, acarretando dupla incidência do imposto sobre o mesmo fato gerador, incorrendo o Fisco Estadual em *bis in idem*.

Explica que o levantamento do autuante considerou apenas os valores referentes aos ECFs 1, 2 e 4, deixando de fora os valores atinentes ao ECF 3. Assevera que, dessa forma, a omissão apurada corresponde ao ECF 3, cujo ICMS já foi cobrando no Auto de Infração nº 206826.0013/13-7. Diz que esse fato fica claro quando se observa na planilha de fl. 393 que, quando se inclui uma coluna com os valores das reduções Z do ECF 3, inexistente qualquer diferença a pagar.

Após discorrer sobre *bis in idem*, afirma que existe precedente recente neste CONSEF, relativamente à mesma empresa ora autuada e ao mesmo autuante, atestando o equívoco cometido pelo Fiscal, reconhecendo a necessidade de se excluir da tributação os valores relativos às mercadorias isentas e sujeitas à substituição tributária. Explica que basta se verificar o

Acórdão referente aos Auto de Infração nº 206826.0008/13-3, cujo autuado é a própria Deli & Cia, relativamente ao exercício de 2008.

Assegura que consoante se verifica do Auto de Infração em comento, foram cobrados, além dos 4% do ICMS, multa na razão de 1% do valor total das saídas do período. Diz que a penalidade aplicável ao caso concreto é multa de R\$ 690,00, prevista no art. 42, XIV-A, da Lei nº 7.014/96. Após discorrer sobre os princípios do não confisco, da proporcionalidade e da razoabilidade, afirma que não há como prosperar a multa aplicada, devendo este órgão julgador reconhecer a sua ilegalidade, inclusive sob pena de ferir disposições contidas na Constituição Federal.

Ao finalizar, solicita que seja acolhida a arguição de decadência e que, no mérito, o Auto de Infração seja julgado improcedente. Diz que, caso assim não entenda este Conselho de Fazenda, seja excluída da infração 1 os valores referentes a operações não tributadas ou com o imposto pago pelo regime de substituição tributária. Quanto à infração 2, diz que o valor exigido não é devido, conforme já exposto alhures. Pede que seja a multa indicada na autuação substituída pela penalidade prevista no art. 42, XIV-A, da Lei nº 7.014/96, no valor de R\$ 690,00.

Na informação fiscal, fls. 397 a 402, o autuante afirma que não é este colegiado o órgão adequado para apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação e, portanto, fica prejudicada a análise da decadência suscitada na defesa.

Quanto às saídas não tributadas, diz que o contribuinte não deveria ser beneficiado com a proporcionalidade, tendo em vista que a não entrega dos documentos referentes ao ECF 3 trouxe prejuízo ao Estado. Diz que o ECF 3 está sendo utilizado para a efetuar operações não convencionais do autuado, com o intuito de sonegar informações e, em consequência, diminuir o imposto a recolher, senão já teria o autuado prestado queixa do extravio do equipamento. Às fls. 403 e 404, refaz a apuração do imposto, passando o valor devido para R\$ 20.535,22.

No que tange à multa indicada na autuação, ressalta que a pena está prevista na lei, não havendo retificação a fazer.

Ao finalizar, diz que os argumentos defensivos só se mostraram capazes de alterar o valor devido na infração 1, conforme os novos demonstrativos elaborados.

Notificado acerca do resultado da informação fiscal, o autuado afirma, às fls. 441 a 450, que o autuante aplicou a proporcionalidade, porém em vez de auxiliar o julgamento do Auto de Infração, inviabilizou a sua compreensão, pois trouxe valores que chocam com aqueles constantes no Auto de Infração original.

Afirma que o autuante aplicou a proporcionalidade sobre a infração 2 (mercadorias tributadas como não tributadas) quando, em verdade, deveria ter aplicado a proporcionalidade sobre a infração 1 (levantamento de venda paga com cartão de crédito).

Frisa que, no novo demonstrativo elaborado pelo autuante (fl. 403), os valores constantes na “coluna H” não coincidem com os da infração 2. Diz que, para o novo demonstrativo ser elaborado de forma correta, a “coluna H” deveria manter perfeita correlação com os valores constantes na infração 2 do Auto de Infração original.

Aduz que outro equívoco do autuante fica claro quando se observa que a proporcionalidade foi aplicada até o mês de março de 2010, quando deveria ter abrangido todo aquele exercício.

Salienta que a planilha de fl. 405 também deixa claro o equívoco do autuante, pois: “na coluna onde ele discrimina Infração 01, refere-se à coluna onde deveria ser aplicada a proporcionalidade da forma correta, relativamente aos exercícios de 2009 e 2010 – todos os meses; e na coluna que ele discrimina Infração 02, refere-se aos valores constantes da Infração 01 do Auto de Infração”.

Faz alusão ao disposto nos arts. 18 e 39 do RPAF/99 e, em seguida, sustenta que a análise do Auto de Infração e do resultado da diligência deixa evidente que o lançamento de ofício em comento não contém alguns requisitos legais, quais sejam, clareza, precisão e correção do demonstrativo contendo a base de cálculo do imposto.

Prosseguindo, o autuado reitera o pedido de decadência referente aos fatos ocorridos no período de janeiro a março de 2009, repete que não houve a omissão de que trata a infração 1 e repisa que a exigência fiscal referente à infração 2 incide em *bis in idem*. Repete que a penalidade indicada na autuação está equivocada.

Ao finalizar, solicita que seja declarada a nulidade do Auto de Infração por ausência de requisitos essenciais, o que acarreta cerceamento de defesa. No mérito, pugna pela improcedência do lançamento. Quanto à multa, pede que seja aplicada a menos gravosa.

Ao se pronunciar às fls. 456 a 461, o autuante explica que a “coluna H” do demonstrativo de fl. 403 trata das mercadorias tributadas que tiveram saída sem tributação. Diz que não houve a intenção de inviabilizar a compreensão do julgamento, mas sim falta de atenção do representante do autuado quando da análise do referido demonstrativo. Sustenta que o defendente mistura valores das infrações 1 e 2.

Quanto ao fato de a proporcionalidade só ter sido aplicada até o mês de março de 2010, diz que a ação fiscal abrangeu todo o exercício, porém só apresentou valores a recolher até março de 2010.

Explica que a planilha de fl. 405 trata de um resumo geral dos valores apurados nas infrações 1 e 2, não havendo, assim, o equívoco apontado pelo autuado.

Frisa que não houve cerceamento de defesa, uma vez que os demonstrativos trazem, de forma clara e precisa, a apuração da base de cálculo e do ICMS devido.

Prosseguindo, o autuante repete os argumentos trazidos na informação fiscal e, ao final, sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Após apreciação em pauta suplementar, decidiu a 4ª JJF, por unanimidade, que o processo estava em condições de julgamento.

VOTO

Preliminarmente, o autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que a ausência de elementos essenciais à validade do lançamento de ofício cerceou o seu direito de defesa. Referindo-se às infrações 1 e 2, diz que não há clareza, precisão e correção na apuração da base de cálculo do imposto.

Examinado as descrições, os valores e os demonstrativos das infrações 1 e 2, verifico que efetivamente há divergência entre os fatos apurados e os valores lançados, trazendo insegurança na determinação das infrações e cerceamento do direito de defesa.

Na infração 1, o autuado foi acusado de: *“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.”*

Complementando a acusação acima, foi consignado: *“omissão de faturamento por meio de levantamento de vendas – pagamento com cartão de crédito/débito, conforme REDUÇÃO Z, confrontado com o valor informado pela Administradora de Cartão nos Sistemas SEFAZ-INC-TEF, referente às ECFs 01; 02; 04; 05 e 06. Tendo sido apurado um débito de ICMS no valor de R\$ 39.072,13, referente a 2009 e R\$ 12.879,01 relativo a 2010 totalizando um débito de R\$ 51.951,14, conforme planilha 2 que faz parte do PAF que será disponibilizado para o contribuinte”.*

Na infração 2, a acusação imputada ao autuado foi: *“Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regulamente escrituradas”.*

Complementando a acusação consta: *Falta de recolhimento do ICMS incidente sobre mercadoria tributada e a produção e produtos do estabelecimento, escriturada como não tributada, no valor total de R\$ 61.971,65 (Janeiro a Dezembro de 2009) – ECFs 01; 02 e 04 e R\$ 80.584,59 (janeiro a dezembro de 2010 das ECFs 01; 02; 04; 05 e 06) perfazendo um débito total de R\$ 142.556,24 – conforme Registro 60, capturado através do Arquivo Magnético, transmitido pelo Contribuinte*

através do SINTEGRA, cujo montante das operações coincide com as informações lançadas na DMA respectiva e livros fiscais próprios.

Nessas duas primeiras infrações, os valores constantes na descrição dos fatos (R\$ 51.951,14 e R\$ 142.556,24) divergem dos consignados no demonstrativo de débito (R\$ 142.556,24 e R\$ 51.951,14). O demonstrativo que embasa a infração 1 (fl. 33) apura débitos que foram lançados na infração 2, ao passo que os débitos apurados no demonstrativo da infração 2 (fls. 104 e 105) foram lançados na infração 1.

Considerando que se trata de uma inversão dos débitos lançados nas infrações 1 e 2, poder-se-ia corrigir esse equívoco mediante uma diligência saneadora, com a reabertura do prazo de defesa. Todavia, há que se observar que, na informação fiscal, quanto à infração 1, o autuante aplicou o procedimento previsto na Instrução Normativa 56/07 (proporcionalidade) tomando por base os valores que ele tinha equivocadamente indicado como sendo da infração 1, conforme se depreende do confronto dos demonstrativos de fl. 403 com 33 e 104.

A inversão dos valores feita pelo autuante ao lavrar o Auto de Infração foi de tal monta que ele próprio se confundiu ao, na informação fiscal, aplicar o previsto na Instrução Normativa 56/07. Se o próprio autuante se confunde com os demonstrativos elaborados por ele próprio, imagino a dificuldade que deve ter tido o autuado ao exercer o seu direito de defesa. Dessa forma, considero que está evidente a nulidade das infrações 1 e 2, por cerceamento de defesa, em razão de vício formal que acarretou falta de clareza e precisão na apuração dos valores lançados e na descrição das efetivas infrações imputadas ao contribuinte.

Além da nulidade acima, há que observar que a exclusão das operações constantes no ECF 3, cujos valores foram exigidos por meio do Auto de Infração nº 206826.0013/13-7 (fls. 433 a 435) traz insegurança na determinação dos valores devidos nas infrações 1 e 2, já que os valores que foram lançados naquele Auto de Infração não foram considerados na apuração dessas infrações em tela. Efetivamente, a manutenção das infrações 1 e 2, sem considerar os valores pagos no Auto de Infração nº 206826.0013/13-7, implicaria em cobrança em duplicidade de parte do imposto exigido.

Corroborando as nulidades acima, observo que o autuante, quanto à infração 1, juntou ao processo apenas os Relatórios de Informações TEFs “mensais”, quando deveriam ter sido juntados aos autos e entregues cópia ao autuado de relatórios “diários e por operações”. Apesar de ser um vício sanável mediante diligência com posterior reabertura do prazo de defesa, essa falha serve para robustecer a necessidade de acolhimento das preliminares suscitadas na defesa.

Dessa forma, acolho a preliminar de nulidade arguida na defesa e julgo as infrações 1 e 2 nulas por cerceamento de defesa, em razão de vícios que acarretaram falta de clareza e precisão na apuração dos valores lançados e na descrição das efetivas infrações imputadas ao contribuinte.

Quanto à infração 3, de ofício, observo que esse item do lançamento também padece de vício material que o torna nulo.

Conforme consta na descrição dos fatos, o autuado *“Fornecer informações através de arquivo(s) magnético(s) exigido(s) na legislação tributária, requerido(s) mediante intimação, com omissão de operações ou prestações[...] multa indicada na autuação é decorrente da não apresentação, quando intimado, da movimentação no exercício de 2010 da ECF 05”*.

A intimação a que se refere a acusação acima transcrita é a de fls. 268 e 269, a qual é específica para os dados referentes ao ECF 5. Ressalto que a intimação de fl. 18 não serve para embasar a infração em comento, uma vez que é referente ao ECF 3.

Essa intimação de fls. 268 e 269 apresenta vício insanável, uma vez que não atende às determinações contidas no art. 708-B, §5º, do RICMS-BA/97, já que não concedeu ao contribuinte o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência. Além disso, não há prova nos autos de que o autuado tenha efetivamente recebido a intimação, uma vez que foi enviada via *e-mail* e não há confirmação do

recebimento por parte do contribuinte, já que nesse documento há apenas uma assinatura do autuante.

Mesmo supondo que o autuado tenha recebido a intimação e estivesse ciente do prazo regulamentar de trinta dias para apresentar os arquivos retificados, não se pode olvidar que o Auto de Infração foi lavrado antes de decorrido esse citado prazo, já que a intimação de fl. 268 data de 21 de fevereiro de 2014, ao passo que o Auto de Infração foi lavrado em 12 de março.

Dessa forma, o procedimento do autuante não observou o devido processo legal e cerceou o direito de defesa do autuado. Assim, a infração 3 é nula, nos termos do art. 18, II, do RPAF/99.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, represento à autoridade competente para que verifique a possibilidade de refazimento da ação fiscal a salvo de falhas.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **206826.0014/13-3**, lavrado contra **DELI & CIA DELICATESSEM LTDA**.

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, 20 de agosto de 2014.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR