

A. I. N° - 206896.0918/13-2
AUTUADO - PLANET BARRA SALVADOR COMÉRCIO DE CONFECCÕES LTDA.
AUTUANTE - OTHONIEL SANTOS FILHO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 27.10.2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0194-04/15

EMENTA: ICMS. 1. 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 declaração de vendas pagas por meio de cartão de crédito e/ou débito em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartão autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. O autuado não comprovou a improcedência da presunção legal, efetuada, porém, correção no cálculo do imposto. Infração parcialmente caracterizada. **2.** ARQUIVOS MAGNÉTICOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. **a)** FORNECIMENTO FORA DO PRAZO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO DO ICMS. **b)** FALTA DE ENTREGA NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. **c)** FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. Infrações caracterizadas. **3.** ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Justifica-se o arbitramento. Atendidos os requisitos legais. Infração caracterizada. **4.** LIVROS FISCAIS. FALTA DE LANÇAMENTO DO DOCUMENTO FISCAL DE SAÍDA. Infração caracterizada. Afastadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/12/13, exige ICMS no valor de R\$834.749,85 e multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de R\$86.349,15, em decorrência das seguintes infrações:

1 - Omissão de saída de mercadoria tributada 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, nos meses de novembro e dezembro de 2008, janeiro a abril de 2009, agosto a dezembro de 2011 e janeiro de 2012 a julho de 2013. ICMS:R\$256.077,51. Multas: 70% e 100%, conforme a data da ocorrência do fato gerador.

2 - Forneceu arquivos magnéticos fora dos prazos previstos pela legislação, enviados via Internet através de programa validador Sintegra, nos meses de novembro e dezembro de 2008 e janeiro de 2009 a dezembro de 2011. Multa: R\$1.380,00 por ocorrência, totalizando R\$52.440,00.

3 - Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via Internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), nos

meses de fevereiro a maio, setembro e dezembro de 2012. Multa: R\$1.380,00 por ocorrência, totalizando R\$8.280,00.

4 - Deixou de recolher ICMS apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil, nos exercícios 2008, 2010 e 2011. ICMS: R\$553.009,46. Multa: 100%.

5 - Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, no mês de janeiro de 2012. ICMS: R\$25.662,88. Multa: 100%. Trata-se de saída das mercadorias constantes em seu estoque final sem a emissão de documentos fiscais e sem o pagamento do tributo devido.

6 - Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Exercícios de 2008 a 2011. Multa: R\$25.629,15.

O autuado apresenta defesa (fls. 426 e 434) e inicialmente explica que tem por objeto a comercialização varejista de artigos de vestuário e acessórios.

Preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração por inobservância dos elementos essenciais para a determinação das infrações. Discorre sobre os requisitos de validade do processo administrativo fiscal e cita dispositivos legais e doutrina. Prosseguindo, sustenta que a autuação é desprovida de elementos comprobatórios, como exige o RPAF/99, nos seus artigos 2º, 39, III e IV, e 41, II. Diz que no caso em comento inexistia a segurança jurídica necessária para a acusação que lhe foi feita, visto que as transações efetuadas através de cartão de crédito ou débito nem sempre refletem o total constante no documento fiscal emitido. Afirma que as incorreções apontadas no Auto de Infração ofendem os preceitos norteadores do ordenamento jurídico, maculando de nulidade o lançamento tributário de ofício.

Argui a nulidade do Auto de Infração *“referente à medida de exceção utilizada para fundamentar autuação baseada em informações relatadas por operadoras de cartão de crédito e de débito.”* Frisa que a requisição de informações financeiras pelo Fisco é regra de exceção, que só pode ser posta em prática se obedecidos todos os condicionamentos previstos na própria lei autorizadora, no caso a Lei Complementar 105/01. Diz que o artigo 6º dessa citada Lei Complementar prevê a necessidade de procedimento ou processo administrativo fiscal já instaurado, antes da solicitação de informação ou dado financeiro relativo a contribuinte. Afirma que as informações unilaterais obtidas sem autorização ou prévio conhecimento cerceia o seu direito de defesa, garantido pelo art. 2º do RPAF/99. Para embasar seu argumento, transcreve jurisprudência acerca da quebra de sigilo de operações bancárias ou financeiras.

Afirma que caso as preliminares de nulidade acima sejam ultrapassadas, as multas devem ser, ao menos, minoradas. Após citar doutrina, diz que as multas devem ser afastadas ou canceladas, pois estão fixadas além do razoável, afrontando os princípios que devem nortear a administração. Sustenta que as multas aplicadas carregam efeitos confiscatórios, o que é vedado pelo art. 150, IV, da Constituição Federal.

Menciona que os critérios utilizados para a apuração do débito tributário objeto do Auto de Infração em comento são irregulares, inexatos e arbitrários. Destaca que, para o levantamento do *quantum* devido foram utilizados critérios ilegais e que não refletem o montante real a ser pago, uma vez que além dos fatores anteriormente referenciados, houve a consideração de alguns acréscimos descabidos, aumentando de forma substancial o débito exigido. Classifica o lançamento como arbitrário, irregular e diferente da realidade fática e jurídica.

Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja cancelado e, caso não seja esse o entendimento deste colegiado, pede que sejam afastadas as multas ou, ao menos, reduzidas.

Ao prestar a informação fiscal, fls. 443 a 445, o autuante afirma que a grande quantidade de intimações exaradas pela fiscalização é suficiente para afastar a preliminar de nulidade arguida, uma vez que o autuado deliberadamente se recusou a apresentar a documentação solicitada. Diz que o Auto de Infração descreve criteriosamente os elementos necessários à sua lavratura, trazendo à tona as infrações cometidas, as datas, valores, “modus operandi”, base de cálculo,

alíquota, débito e crédito de ICMS, tudo conforme os ditames legais, tendo sido fornecido ao autuado planilhas com todos os demonstrativos e um CD-ROM com a totalidade dos arquivos utilizados para a consecução do propósito da Fazenda Estadual.

Diz que o autuado não apresenta elementos que contrariem o fundamento da autuação, preferindo adotar a tática da generalização, sem declinar onde estaria a ilegalidade citada.

Explica que o instituto do arbitramento foi o recurso encontrado para que o Estado não sofresse lesão em seus direitos, haja vista que o autuado não forneceu os documentos fiscais solicitados, conforme ocorrera em outra loja de sua propriedade.

Aduz que o autuado abriu outra loja no mesmo endereço, com o mesmo ramo de atividade e nome de fantasia, utilizando os mesmos colaboradores e equipamentos, inclusive o ECF, que fora zerado sem que fossem apresentadas ao fisco as suas leituras.

Menciona que o defendente apresenta citações que não tem a menor pertinência com o lançamento de ofício e, ainda que tivesse, faleceria competência ao autuante para discuti-las na seara administrativa.

Ao finalizar, mantém a autuação em sua totalidade.

O processo foi convertido em diligência, à INFAZ Varejo, fl. 449, para que fosse acostada aos autos cópia do relatório TEF diário por operação relativamente ao período abrangido pela infração 1, fosse entregue ao autuado cópia de todos os demonstrativos que embasam a autuação e, em seguida, reaberto o prazo de defesa em trinta dias.

Em atendimento à diligência, o autuante se pronunciou às fls. 453 e 454, afirmando que a solicitação de fornecimento ao defendente de cópia do relatório TEF diário por operação encontra-se atendida, embora sem essa denominação, na planilha eletrônica intitulada “Planet 78792425 e Sintegra 2008 a 213.xlsx”, a qual encontra-se no CD-ROM acostado à fl. 441. Diz que para acessá-la basta acionar a alça “CC 2008 a 2013” e selecionar na parte superior esquerda um dos algoritmos existentes, quais sejam: 1, apresentará a totalização dos valores da planilha; 2, apresentará a totalização por mês e geral; 3, apresentará as operações diárias, totalizações mensais e geral. Informa que idêntico CD-ROM foi entregue à contadora da empresa.

Afirma que, visando evitar desperdício de material, optou por fornecer ao autuado a referida planilha gravada em CD-ROM, o qual foi testado e aprovado pelo contribuinte, conforme declaração e recibo anexo à fl. 455, tendo sido reaberto o prazo de defesa em trinta dias.

Decorrido o prazo de trinta dias para pronunciamento sem qualquer manifestação do autuado, conforme despacho à fl. 459, o processo foi encaminhado ao CONSEF.

Considerando que no cumprimento da diligência solicitada à fl. 449, só foi entregue ao autuado cópia dos relatórios TEFs diários (fl. 456), deixando, assim, de ser fornecido ao contribuinte cópia de todos os demonstrativos que embasaram a autuação, haja vista que o recibo de fl. 420 só está assinado pelo autuante, o processo foi convertido em nova diligência à INFAZ VAREJO para que fosse entregue ao autuado cópia do CD-ROM de fl. 419 e, em seguida, concedido ao contribuinte o prazo de trinta dias para apresentação de nova defesa.

A diligência foi cumprida, fls. 465 e 466, porém o autuado não se pronunciou.

Em 06 de abril de 2015, foram acostados aos autos os documentos de fls. 468 a 473, referentes a um pedido de parcelamento do débito atinente ao Auto de Infração em comento, sendo que tal solicitação foi indeferida.

VOTO

Preliminarmente, foi suscitada a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que não foram observados os elementos essenciais para a determinação das infrações. Diz que a autuação é desprovida de elementos probatórios, conforme exigem os artigos 2º, 39, II e IV, e 41, II, todos do RPAF/99. Alega que as transações efetuadas por meio de cartão nem sempre refletem o total

constante no documento fiscal emitido. Aduz que essas falhas existentes no Auto de Infração maculam de nulidade o lançamento.

O exame das peças processuais deixa claro que, ao contrário do afirmado na defesa, o Auto de Infração em análise contém elementos suficientes para determinar, com segurança, as infrações, os montantes devidos e o infrator. A descrição dos fatos foi feita de forma clara e precisa, seguindo o modelo rotineiramente adotado pela fiscalização. O Auto de Infração está acompanhado de demonstrativos que evidenciam a metodologia utilizada na apuração das irregularidades e, além disso, o correto enquadramento legal feito utilizado pelo autuante facilita o entendimento das infrações e a apuração dos valores lançados. Mediante diligências saneadoras, com reabertura do prazo de defesa, foram entregues ao sujeito passivo cópia dos Relatórios TEFs diários e de todos os demonstrativos que embasaram a autuação.

Quando as vendas pagas por meio de cartão, declaradas pelos contribuintes, são inferiores às informadas pelas administradoras de cartão, a lei autoriza que se presuma a ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, cabendo ao contribuinte o ônus de comprovar a improcedência dessa presunção. Assim, não se sustenta a tese defensiva de que as transações efetuadas por meio de cartão nem sempre refletem o total constante no documento fiscal emitido.

Em face ao acima exposto, afasto essa primeira preliminar de nulidade.

Também foi arguida a nulidade do Auto de Infração, por considerar que a requisição, pelo fisco, de informações financeiras é regra de exceção que só pode ser posta em prática se obedecidos os condicionamentos previstos na Lei Complementar 105/01. Diz que a utilização de informações unilaterais, obtidas sem autorização prévia, cerceia o seu direito de defesa.

Rejeito essa preliminar de nulidade, pois a Lei nº 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia, no seu artigo 35-A dispõe que *“As administradoras de cartão de crédito ou de débito deverão informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto através de seus sistemas de crédito, débito ou similares”*. Dessa forma, o fornecimento de informações pelas instituições financeiras e pelas administradoras de cartão tem respaldo legal, não cabendo a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual, ao teor do disposto no art. 125, inc. I, da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário Estadual - COTEB). Dessa forma, o procedimento adotado pela fiscalização possui amparo legal, bem como não houve cerceamento de defesa.

As multas indicadas na autuação estão corretas e são as previstas no artigo 42, da Lei nº 7.014/96, para as irregularidades apuradas, não cabendo a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual, nos termos do art. 125, inc. I, do COTEB.

Quanto ao pedido para redução ou dispensa das multas indicadas no Auto de Infração, saliento que em relação às penalidades decorrentes de descumprimento de obrigação principal (infrações 1, 4 e 5) a apreciação de tal pedido ultrapassa a competência das Juntas de Julgamento Fiscal deste Conselho de Fazenda. Já no que tange às multas por descumprimento de obrigações acessórias (infrações 2, 3 e 6), o pleito defensivo não merece acolhimento, pois não há como se afirmar que os procedimentos irregulares do autuado não tenham implicado falta de recolhimento de imposto, especialmente quando se observa que em relação aos exercícios de 2008, 2010 e 2011 o imposto foi apurado mediante arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de livros e documentos fiscais e contábeis.

O autuado, sem deixar claro a que infração se refere, diz que os critérios utilizados na apuração do débito tributário são irregulares, inexatos e arbitrários. Afirma que na determinação do *quantum* devido foram utilizados critérios ilegais e que não refletem o real montante a ser pago. Pontua que foram considerados acréscimos descabidos. Classifica o lançamento de ofício como arbitrário, irregular e diferente da realidade fática e jurídica.

Esses argumentos defensivos não merecem acolhimento, uma vez que os critérios utilizados na apuração dos valores lançados de ofício possuem respaldo na legislação citada no Auto de

Infração, sendo relevante salientar que o arbitramento da base de cálculo de que trata a infração 4 possui expressa previsão legal. Os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mas especificamente no art. 42 da Lei nº 7.014/96 e no art. 102, § 2º, II, do COTEB. Quanto à taxa SELIC, a legislação estadual prevê a sua aplicação no cálculo dos acréscimos moratórios, como citado acima, e sobre tal ato normativo não há inconstitucionalidade declarada pelo Poder Judiciário.

No mérito, quanto à infração 1 - falta de recolhimento de ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias detectada por meio de levantamento das vendas pagas com cartão - observo que o autuado não aponta erro ou equívoco na apuração dos valores exigidos, limitando-se a questionar aspectos relacionados à legalidade da exigência fiscal, matéria que já foi ultrapassada na apreciação das preliminares de nulidade.

De acordo com o disposto no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, 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”*.

A planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito está anexa às fls. 61 e 62, referente ao período de novembro de 2008 a agosto de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 256.077,51, referente aos meses de novembro e dezembro de 2008, janeiro a abril de 2009, agosto a dezembro de 2011, janeiro a dezembro de 2012 e janeiro a julho de 2013.

Com o intuito de sanear o processo, mediante diligência, foi fornecido ao autuado cópia do Relatório TEF diário e dos demonstrativos que embasaram a autuação. Em seguida, foi reaberto o prazo de defesa. Contudo, o contribuinte não se pronunciou, deixando, assim, de trazer fatos novos que pudessem elidir a autuação, o que leva à procedência dessa primeira infração, porém, de ofício, observo que o valor devido merece uma correção, conforme passo a me pronunciar.

A infração 1 trata de operações de saídas de mercadorias tributáveis ocorridas nos exercícios de 2008, 2009, 2011, 2012 e 2013, tendo sido a irregularidade apurada mediante levantamento das vendas pagas com cartão de crédito e/ou débito. Por sua vez, a infração 4 trata de falta de pagamento de ICMS apurado mediante arbitramento da base de cálculo nos exercícios de 2008, 2010 e 2011. De plano, verifica-se que em relação aos exercícios de 2008 e 2011 as exigências fiscais referentes às infrações 1 e 4 se sobrepõem.

Quando se arbitra a base de cálculo do ICMS devido em um determinado exercício, no valor a recolher que se apura estão contidas todas as inobservâncias de obrigações principais cometidas pelo contribuinte naquele exercício. No caso em análise, se em relação aos exercícios de 2008 e 2011 foi lançado ICMS apurado mediante arbitramento da base de cálculo, não se deveria exigir ICMS apurado mediante levantamento de vendas pagas através de cartão naqueles mesmos exercícios, uma vez que o ICMS apurado no levantamento de vendas com cartão já está contido no imposto que foi cobrado mediante arbitramento da base de cálculo.

Em face ao exposto acima, para evitar duplicidade de cobrança, excluo da infração 1 as parcelas referentes aos exercícios de 2008 (no montante de R\$1.422,26) e de 2011 (no total de R\$33.335,26). Após essas exclusões, a infração 1 subsiste parcialmente no valor de R\$221.319,99.

As infrações 2, 3 e 6 tratam de inobservâncias de obrigações tributárias acessórias atinentes a arquivos magnéticos. Em sua defesa, o autuado não apresenta argumento ou prova capazes de elidirem as acusações que lhe foram feitas. Dessa forma, aplico ao caso em análise o disposto no art. 140 do RPAF/99 - *“o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas”* - e, em consequência, julgo as infrações 2, 3 e 6 subsistentes.

Quanto ao pedido para dispensa ou redução de multa, tal questão já foi analisada no início deste voto, após a apreciação das preliminares.

Cuida a infração 4 da falta de recolhimento de ICMS apurado por meio de arbitramento da base de cálculo do imposto em razão da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil, referente aos exercícios de 2008, 2010 e 2011.

Prevê o disposto no art. 937, I, do RICMS-BA/97, vigente à época dos fatos, que a base de cálculo do imposto poderá ser arbitrada, quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação do imposto e não for possível apurar o montante real da base de cálculo, desde que se comprove, dentre outros casos, a falta de apresentação, ao fisco, de documentação fiscal ou contábil.

No caso concreto em análise, a falta de apresentação de documentação fiscal e contábil está comprovada pelas intimações acostadas às fls. 11 a 34 dos autos. A prática de sonegação fiscal está demonstrada pelas diversas infrações constante no próprio Auto de Infração em análise. Por seu turno, o autuado em sua defesa não traz elementos probantes ou argumento capazes de comprovar a entrega da documentação fiscal e contábil solicitada. Dessa forma, justifica-se o arbitramento da base de cálculo do imposto, conforme foi feito na infração em comento, portanto, a infração 4 subsiste em sua totalidade.

Trata a infração 5 de omissão de operações de saídas de mercadorias constante no estoque final, sem a emissão de documento fiscal e sem o pagamento do tributo.

Em sua defesa, o autuado não traz argumento ou prova capaz de demonstrar que as mercadorias existentes no estoque final em 31/12/11 (fl. 298), no valor de R\$150.958,09, tenham sido objeto de saída acobertada por nota fiscal durante o exercício ou exercícios subsequentes. Dessa forma, a infração 5 subsiste integralmente.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para julgar a infração 1 procedente em parte, no valor de R\$221.319,99, e as infrações 2 a 6 procedentes.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206896.0918/13-2**, lavrado contra **PLANET BARRA SALVADOR COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$799.992,33**, acrescido das multas de 70% sobre R\$22.618,71 e de 100% sobre R\$777.373,62, previstas no art. 42, III, e IV, “i”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações tributárias acessórias no valor total de **R\$86.349,15**, previstas no art. 42, XIII-A, “j”, da mesma Lei, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de outubro de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR