

A. I. N° - 299430.0003/15-0
AUTUADO - LUCIVANIA MARIA DE JESUS DO NASCIMENTO - ME
AUTUANTE - JORGE TADEU COSTA DOS SANTOS e JORGE LUIZ SANTOS DA COSTA
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 20/06/2016

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0115-03/16

EMENTA: ICMS. 1. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. a) FALTA DE ENVIO DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITUAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD) COM AS INFORMAÇÕES EXIGIDAS. b) FALTA DE ATENDIMENTO A INTIMAÇÃO PARA ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITUAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD) A QUE ESTAVA OBRIGADO. Infrações 01 e 03 subsistentes. 2. ARQUIVO MAGNÉTICO. FALTA DE ATENDIMENTO INTIMAÇÃO BINÁRIO DA MEMÓRIA FISCAL DO ECF. Infrações caracterizadas 3. VENDAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. INOBSEVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ADOÇÃO DE ROTEIRO INADEQUADO. Os valores constantes na Redução “Z” não foram utilizados para a verificação de que as vendas por meio de cartões de crédito/débito teriam ocorrido com as correspondentes emissões de cupons fiscais. Infração nula Deverá a repartição fazendária competente providenciar o refazimento da ação fiscal, a salvo de falhas. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 23/11/2015, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$148.787,81, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - **16.14.04.** Falta de entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, ou entrega sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação tributária, nos meses de janeiro a agosto de 2015. Multa de R\$1.380,00 para cada mês, totalizando o valor de R\$11.040,00;

Infração 02 - **16.12.20.** Falta de entrega de arquivo eletrônico magnético nos prazos previstos na legislação, ou pela entrega sem o nível de detalhe exigido pela legislação. Exigida a multa de R\$1.380,00. Consta como complemento que “O Contribuinte foi intimado por duas vezes a apresentar os arquivos binários da memória fiscal e da fita detalhe de suas máquinas emissoras de cupom fiscal, relativos aos meses de janeiro e agosto de 2015, porém não os apresentou corretamente. Em anexo estão os CDs que o contribuinte apresentou tentando atender às intimações, mas não contém os arquivos solicitados”;

Infração 03 - **05.08.01.** Omissão de saída de mercadoria tributável, 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, no período de janeiro a

agosto de 2015. Exigido o valor de R\$108.704,47, acrescido da multa de 100%. Consta que “As DMAs apresentadas pelo Contribuinte (cópia anexa), para o período de janeiro a agosto de 2015, informam entradas e saídas de mercadorias sem base de cálculo do imposto, resultando em nenhum pagamento de ICMS no mencionado período. Estas informações não são verdadeira, pois as notas fiscais de entradas deste período aponta aquisição de mercadorias tributadas, conforme demonstrativo anexo com os produtos tributados e não tributados adquiridos e as respectivas NFEs em CD anexo. Assim sendo, foi apurada a falta de recolhimento do ICMS tomando como base os recebimentos do contribuinte através do TEF, calculando-se a proporcionalidade pelas entradas de mercadorias, já que o contribuinte não apresentou a EFD, nem as memórias de suas máquinas emissoras de cupom fiscal.”

Infração 04 - **16.14.03.** Falta de atendimento a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, na forma e prazos previstos na legislação tributária. Em decorrência da falta de apresentação da EFD e dos arquivos binários das máquinas emissoras de cupom fiscal foi aplicada a multa de 1% sobre o valor das entradas de mercadorias. Exigido o valor de R\$27.663,34.

O autuado apresentou impugnação às fls. 65 a 81, articulando as razões de defesa enunciadas a seguir.

Depois de destacar a tempestividade da defesa e reproduzir a acusação fiscal veiculada em quatro itens, assinala a existência de equívocos no trabalho fiscal que acarretaram cobranças indevidas de imposto no Auto de Infração, cuja redação mostra-se inteiramente incompreensível.

Frisa que o preposto do fisco apresentou planilhas em meio magnético, contendo um número exorbitante de dados referente às operações do autuado, que não coadunam com a descrição dos fatos narrados na peça acusatória, conforme amplamente demonstrado em suas preliminares de nulidade.

Revela que, além dos dados apresentados nas planilhas não representarem as condutas descritas nas infrações auto de infração, os mesmos encontram-se eivados de vício insanáveis, que prejudicam sua utilização como meio de prova para sustento de quaisquer irregularidades fiscais, sejam porque não refletem suas reais operações realizadas, por ferirem de morte a legislação e os princípios constitucionais tributários, além de não identificar com clareza a precisão a infração, a base de cálculo e o suposto valor devido, contrariando o art. 18, do RPAF-BA/99.

Assinala, reproduzindo o art. 179 da CF/88, que tem tratamento diferenciado por ser uma empresa de pequeno porte, conforme reconhecido pelo autuante no preâmbulo do seu feito que no Auto de Infração destacou “EMPRESA DE PEQUENO PORTE”,.

Afirma que as penalidades atribuídas pelo autuante não são aquelas específicas para uma empresa de pequeno porte, se tivesse usado corretamente o RICMS-BA podia verificar que existem penalidades para o porte da autuada.

Observa que as infrações estão em conflito, pois, além do preposto da SEFAZ-BA aplicar penalidades fixas na atribuição da falta de entrega das EFD cobrou cumulativamente 1% sobre as entradas de todos os períodos que conflita com as cobrança do ICMS de omissões de saídas efetuadas por cartão de crédito.

Contesta o feito do autuante, uma vez que já cobrou o ICMS sobre as omissões de saídas não podia cobrar outra vez o ICMS normal, ante a aplicação de 1% sobre as entradas, em conformidades com o RPAF-BA/99.

Em relação às infrações 01, 02 e 03 registra que foram geradas em função do autuante aplicar penalidades, inclusive dobradas para os mesmos períodos em face do mesmo arguir em seu Auto de Infração falta da entrega da EFD, sobretudo o autuante quando recebeu do contribuinte o CD contendo os arquivos magnéticos preferiu aplicar penalidades ao invés de apontar possíveis erros

nos arquivos da EFD gerados pela autuada. Revela que o próprio RICMS-BA estabelece prazo legal para correção de arquivo magnético entregue pelo contribuinte, quando o fisco verificar erros.

Diz que na infração 02 o autuante cobra em duplicidade, embora fundamentando diferentemente em seu auto de infração, como se o contribuinte estivesse enviado o arquivo com erro, mas que consiste na mesma penalidade para o período de referencia ocorrência 31/08/2015 - logo, a mesma infração encontra-se inserida na infração 01 para o mesmo período de referência e penalidade fixa.

Observa que, não obstantes as razões de méritos apresentadas para a infração 04, mais uma vez contesta de forma inominada esta infração, uma vez que o autuante apurou o débito do ICMS e provocados pela aplicação das alíquotas sobre os valores de vendas através de cartão de crédito e de débito, sem sequer compensar os créditos de ICMS oriundos das compras.

Diz ser notório que o autuante teve acesso as suas notas fiscais de compras, que inclusive acostou todas as aquisições em suas planilhas de apuração quando fez o cálculo das entradas tributadas, infelizmente teve apenas um olhar para tais notas de compra, quando foi para lhe penalizar.

Sustenta ter direito ao crédito do ICMS nas compras de mercadorias para revenda é um direito Constitucional, previsto no art. 155 da CF/88 que trata sobre o ICMS.

Menciona que o autuante ao glosar ao seu bel prazer o crédito do ICMS das notas de compras lhe traz sérios prejuízos financeiros. Observa que o autuante aplicou a regra como se a contribuinte fosse do Simples Nacional que não tem direito ao crédito para compensar o ICMS da venda, ou seja o regime da não cumulatividade.

Aponta outro erro provocado pelo autuante foi que não percebeu que nas alíquotas aplicadas à omissão de saídas existiam produtos com alíquota internas diferenciadas logo, a exemplo dos produtos com alíquotas específicas não conferidas pelo autuante: Leite fabricado na Bahia, 7%; charque e jerk bife, 12%; óleo de soja, 12%; e milho, 7%.

No tocante às multas aplicadas, diz que em momento algum na fundamentação do seu auto, o autuante destacou uma penalidade ou multa atribuindo de forma específica para uma EPP, em consonância com o disposto do art. 179, da CF/88, conforme apresentado em item anterior, o que perceber que as multas aplicadas não são específicas para o porte da autuada.

Observa que o autuante pretendeu atuar na estrita proteção dos interesses da Fazenda Estadual, uma vez que a multa aplicada por dolo de 100% do tributo exigido, atinge elevado percentual do seu faturamento interno e externo e afiguram-se inconstitucionais, por afrontar aos princípios Constitucionais da Razoabilidade, Proporcionalidade e de Proibição de Tributação com efeito de confisco.

Reproduz o inciso IV, do art. 150, da CF/88 para destacar que de sua atenta leitura dá conta de que as multas aplicadas encontram-se eivadas de grave vício de inconstitucionalidade, eis que contrariam o princípio constitucional que proíbe a tributação com fins confiscatórios.

Diz ser unânime a posição da mais abalizada doutrina e da jurisprudência consolidada dos Tribunais Pátrios, ao admitir esta interpretação, conforme se vê dos ensinamentos de Leonardo e Silva de Almendra Freitas, citando Heron Arzua, cujo trecho reproduz.

Assevera que diante do reconhecimento, tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina mais abalizada do princípio constitucional que proíbe a utilização de tributos com o intuito confiscatório às multas tributárias, afigura-se perfeitamente claro o caráter confiscatório das multas em tela, eis que fixadas em montantes exagerados e desproporcionais.

Observa que além da constatação de que multas nestes patamares ferem o princípio de vedação ao confisco, tal fixação vai ainda de encontro aos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade.

Menciona que o princípio da proibição do excesso (proporcionalidade), tem morada Constitucional entre nós, sendo pelo Supremo Tribunal Federal invocado como uma das formas de materialização do princípio do devido processo legal, insculpido no art. 5º, da CF/88.

Pontua que na seara tributária, a aplicação correta de tais princípios nas questões sancionatórias tem sido feita por meio da limitação aos abusos/excessos perpetrados pelos administradores, conforme se depreende das conclusões tiradas pelo Procurador do Município do Rio de Janeiro Rogério Leite Lobo a partir do estudo das obras dos Grandes Mestres que já se debruçaram sobre o tema, cujo trecho transcreve.

Registra que a aplicação de multas nestes patamares, tendo em vista o grande peso que a carga que os tributos lançados perfazem sobre o total da tributação dos empresários do seu ramo de atividade, além de ser confiscatória, inviabiliza plenamente suas atividades, ensejando a sua redução, sob pena de ferirem-se os princípios constitucionais da vedação ao confisco, proporcionalidade e razoabilidade.

Lembra que neste sentido e, com vistas a coibir as inconstitucionalidades acima delineadas materializadas na imposição de multas fixadas em patamares elevadíssimos, tais quais as ora aplicadas, o STF já no ano de 1975, no julgamento do RE nº 81.550/MG, Relator Ministro Xavier de Albuquerque, interveio para reduzi-la.

Cita decisões preferidas pelos TRF da 1ª e 5ª Regiões, em que as multas impostas são reduzidas ao patamar de 20% (vinte por cento), ante o reconhecimento do caráter confiscatório que permeiam multas em percentuais de 75% e 60%.

Assinala que se impõe a conclusão no sentido de que as multas no importe de 100%, do montante lançado, se afiguram confiscatórias, desproporcionais e sem qualquer razoabilidade, aviltando, por conseguinte, aliás destes, o princípio constitucional da capacidade contributiva, sendo medida de rigor, ante a inexistência de prejuízos à apuração dos tributos lançados, nem ao desenrolar da ação fiscal, bem assim a inexistência de dolo, pleiteia-se a sua relevância, excluindo-a integralmente e liberando o seu pagamento.

Revela que evidou máximos esforços a fim de ofertar condições mínimas de trabalho ao autuante, ofertando-lhe todos os livros, notas fiscais e arquivos magnéticos que continham diversas informações, planilhas com as movimentações, entre outras informações, dentre outros, para que os procedimentos tributários por ela adotados pudessem ser aferidos pelos fiscalizadores. Com base nesse raciocínio, diz entender ser desproporcional e, especialmente, desmedida a aplicação das multas nos patamares indicados, eis que não agiu com dolo, fraude ou simulação.

Pugna pelo re-enquadramento das multas aplicadas em todos os itens do Auto de Infração, eis que aplicadas de forma impessoal e sem qualquer prova de tais circunstâncias, com o correspondente cancelamento das multas infligidas e subsidiariamente, pleiteia a redução das multas a patamares aceitáveis, quais sejam mínimos estabelecidos pela lei.

Conclui requerendo, sem prejuízo de outros pedidos já feitos no bojo da presente impugnação, que seja reconhecida a nulidade e a improcedência das infrações ora defendidas, nos exatos termos presentes expedidos.

No tocante às infrações relativamente às quais esta JJF visualiza situação de nulidade, pede que, não obstante o reconhecimento desta, que seja decidido pela improcedência das mesmas, pelos diversos motivos ora trazidos à luz, em face ao disposto no art. 155, parágrafo único, do RPAF-BA/99.

Requer, por fim, direito de provar tudo quanto aqui alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive por meio das diligências/perícias fiscais e de posterior juntadas de novos documentos, inclusive na preliminar da informação fiscal, seja acatada todas as alegações de defesa.

Os autuante prestam informação fiscal, fls. 90 a 94, nos termos a seguir resumidos.

Inicialmente observam que o contribuinte em sua defesa contesta todas as infrações deste Auto.

Frisam que preliminarmente, o defendant informa que o fisco “apresentou planilhas em meio magnético, contendo um número exorbitante de dados referentes às operações do autuado, que não coadunam com as descrições dos fatos narrados”, fls. 67.

Esclarecem que na verdade, foram entregues ao contribuinte, fls. 59, um CD constando as seguintes planilhas:

- a) proporcionalidade pelas entradas (base de cálculo) - tal planilha diz respeito às infrações 03 e 04, na qual estão relacionadas as notas fiscais de entradas do contribuinte com os valores das mercadorias não tributadas e das tributadas e o cálculo da carga tributária das entradas das mercadorias, fls. 18 a 35, pois há aquisições de produtos com diferentes cargas, o que necessitou adequá-las à alíquota de 17%;
- b) cálculo da multa de 1% - esta planilha refere-se à infração de número 04, e demonstra o resumo dos valores dos itens adquiridos (tributados e não tributados), sobre os quais foram aplicados o percentual de 1%, conforme consta à fl. 53;
- c) cálculo do ICMS - representa o resumo apresentado às fls. 17, utilizado para o cálculo da infração 03;
- d) relatório diário das operações TEF - trata-se dos recebimentos do contribuinte dos valores de suas vendas remetidos, dia a dia, pelas operadoras de cartões de crédito e de débito, extraídos do INC-SEFAZ, conforme resumo às fls. 36 a 43. Tem como objetivo dar conhecimento ao contribuinte do cálculo da infração 03, conforme resumo às fls. 17.

Sustentam que, ao contrário do que afirma o autuado, cada demonstrativo que lhe fora entregue está intrinsecamente ligado a uma determinada infração deste auto, coadunando-se com as descrições dos fatos narrados.

Revelam que o impugnante, diz “ser uma empresa de pequeno porte”, o que exige “tratamento diferenciado”, e transcreve o art. 179 da CF/88, fl. 68.

Explicam que para obter o benefício da “simplificação de suas obrigações tributárias” o contribuinte tem que obedecer a dispositivos que constam do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional - Lei Complementar Federal nº 123/2006, às resoluções do Comitê Gestor de Tributação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e, no que couber, as normas da legislação do ICMS - art. 319 do RICMS/2012. Esclarecem que o autuado, embora empresa de pequeno porte, somente ficou no Simples Nacional entre janeiro de 2011 a dezembro de 2012, conforme pode-se observar em seus “Dados Cadastrais”, fls. 13 - verso. Aduz que certamente por não ter atendido a algum dispositivo legal que lhe possibilitaria a obtenção do benefício fiscal. Assinalam que, sendo assim, suas obrigações tributárias são as mesmas de uma empresa normal, inclusive apurando o ICMS via conta corrente fiscal, fls. 13, estando legalmente obrigado à apresentação da Escrituração Fiscal Digital - EFD do exercício de 2015.

Quanto à alegação da defesa de que existe conflito em infrações, por terem sido aplicadas “penalidades fixas na atribuição de entrega das EFD” e, cumulativamente, “1% sobre as entradas de todos os períodos”, o que conflita, segundo ele, “com as cobranças do ICMS de omissões de saídas efetuadas por cartão de crédito”, fls. 68, esclarecem que a infração 01 - multa fixa pela não entrega da EFD, e a infração 04 - 1% sobre o valor das entradas foram aplicadas pelo descumprimento dos artigos 247 a 250 do RICMS-BA/2012, que dizem respeito à EFD. Explicam que as multas aplicadas estão previstas no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “I”, cujo teor transcreve.

Ressaltam que o contribuinte não havia apresentado a EFD no prazo previsto, o que ensejou a multa fixa de R\$1.380,00. Prossegue destacando que intimado, conforme se verifica à fls. 09,

continuou sem apresentar a referida escrituração, resultando na aplicação da multa de 1% sobre as entradas de mercadorias.

No que diz respeito à infração 03, frisam que foi aplicada em razão do contribuinte ter omitido suas saídas de mercadorias tributadas, pois não apresentou sua escrituração fiscal digital, sua DMA informar erroneamente entradas e saídas de mercadorias não tributadas e, sequer, recolheu qualquer valor de ICMS no período fiscalizado. Informam que desde 2013, quando deixou de ter o benefício do Simples Nacional, não recolheu imposto algum relativo aos exercícios de 2013 a 2015.

Arrematam que se tratam de três infrações de diferentes fatos geradores.

Quanto à alegação da defesa de que os autuantes preferiram “aplicar penalidades ao invés de apontar erros nos arquivos da EFD gerados pela autuada” e que o “RICMS-BA estabelece prazo para correção de arquivo magnético entregue pelo fisco, quando o fisco verificar erros”, refutam indagando qual foi a EFD entregue pelo contribuinte. Asseguram que, conforme descrito no Auto de Infração, tal escrituração jamais foi entregue por ele, mesmo após ser devidamente intimado. Acrescentam que, sequer, seus arquivos binários dos equipamentos emissor de cupom fiscal foram disponibilizados para a fiscalização.

Em relação à alegação de que a infração 02 está “inserida na infração 01”, explicam que basta ler as infrações para perceber que a de número 01 refere-se a falta de entrega da EFD e a de número 02, dos arquivos binários dos equipamentos emissor de cupom fiscal. Arrematam revelando que tais argumentos são tentativas de induzir o leitor ao erro, pois são inverdades.

Destacam que relação à infração 04 o contribuinte questiona duas situações, fls. 69 e 70. A primeira invoca que não foram compensados “os créditos de ICMS oriundos das compras”. Informam que o art. 314 e seu inciso I do RICMS-BA/2012 estabelecem que a “escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte no próprio mês ou no mês subsequente em que se verificar a entrada da mercadoria”. Enfatiza que, como já foi dito repetidas vezes, o contribuinte não enviou à SEFAZ sua escrituração fiscal digital dos meses fiscalizados, logo deixou de usufruir do mencionado benefício. Afirma que não realizada tempestivamente a escrituração, a utilização de tais créditos depende de pedido de autorização formulado à SEFAZ pelo próprio contribuinte, conforme previsto no art. 315 do RICMS-BA/97 : “A escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida o art. 314 dependerá de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte”. Arrematam assinalando não caber aos autuantes substituírem o contribuinte na escrituração de seus créditos e reconhecê-los de ofício.

Pontuam que na segunda investida contra esta infração o contribuinte alega que não perceberam que “alíquotas aplicadas as omissões de saídas existiam produtos com alíquotas internas diferenciadas” e, em seguida, relaciona produtos com cargas tributárias de saídas menores que 17%. Assinalam que isto mostra que o defensor não teve a cuidado de, pelo menos, ler o que está descrito na infração nem nos seus demonstrativos. Revela que na descrição está dito que foram utilizadas as informações das transferências eletrônicas de fundos (TEF), mas calculando “a proporcionalidade pelas entradas de mercadorias”, tendo em vista a falta de informação de saídas tanto da EFD quanto das memórias de suas máquinas emissoras de cupom fiscal. Asseveram que para comprovar esta assertiva, pode-se verificar no demonstrativo da infração a coluna identificada por “BC PROPROC.”, conforme extrato às fls. 18 a 35, na qual estão ajustadas as bases de cálculo dos produtos cuja carga tributária é menor que 17%, para uniformizar a aplicação desta alíquota. Na tabela a seguir estão listadas todas as aquisições dos produtos mencionados pela autuada que tiveram, no nosso demonstrativo, CD às fls. 57, a base de cálculo reduzida, com a consequente redução da respectiva carga tributária.

Ressaltam também que os cálculos da omissão de saídas tiveram como base somente as TEF, mas certamente o contribuinte deve ter realizado, no período fiscalizado, vendas à vista e em espécie.

Em suma, dizem serem as alegações do contribuinte para esta infração absolutamente descabida.

Quanto ao último item de sua defesa, no qual o contribuinte invoca a “inconstitucionalidade das multas aplicadas”, fls. 70 a 80, explica que, por se tratar de matéria constante em Lei Estadual, não cabe manifestarem qualquer tipo de análise.

Conclui mantendo integralmente a autuação.

VOTO

Na impugnação apresentada, o defendant suscitou a nulidade do Auto de Infração sob a alegação de que os dados apresentados nas planilhas não representam as condutas descritas nas infrações, além de não identificar com clareza e precisão as infrações, a base de cálculo e valor devido. Como se depreende dos pontos indicados pelo impugnante, se constituem de meras alegações sem identificar objetivamente qualquer óbice à compreensão das irregularidades que compõem a acusação fiscal.

Em relação às infrações 01, 02 e 04, 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 comprehensível, 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.

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-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No que diz respeito à infração 03, é imputada ao sujeito passivo a omissão de saídas de mercadorias, detectada por meio de levantamento das vendas com pagamento em cartão de crédito/débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, conforme previsto no art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96.

Portanto, trata-se de exigência de imposto por presunção legal, cujo roteiro de auditoria aplicado para apuração do débito deve advir exclusivamente de divergências, pela não emissão do documento fiscal pelo estabelecimento autuado, obtidas, inequivocamente, do confronto entre as operações realizadas com pagamento por meio de cartão/crédito informadas pelas administradoras e financeiras com os correspondentes documentos fiscais emitidos pelo sujeito passivo.

Apesar de ter sido entregue ao impugnante cópia do Relatório Diário por Operação TEF, fl. 59, os autuantes tomaram como base na apuração da falta de recolhimento do ICMS, exclusivamente, os recebimento do contribuinte através do TEF, como se verifica no demonstrativo á fl. 17, e dos Relatórios de Informação TEF Mensal acostado às fls. 36 a 43, sob o fundamento de que as DMAs do período fiscalizado apresentadas informam entradas e saídas de mercadorias sem base de cálculo do imposto, resultando em nenhum pagamento de ICMS, bem como, pelo fato de não terem sido apresentadas pelo defendant, nem a EFD e nem as memórias dos ECFs.

Conforme já assinalado, a Auditoria de Cartões de Crédito visa verificar se as vendas por meio de cartões de crédito/débito foram fornecidas à tributação, e o contribuinte tem que discriminar na Redução “Z”, qual o meio de pagamento utilizado pelo cliente. Do cotejo entre os valores informados pela administradoras e os valores das Reduções “Z”, “cartão de crédito/débito”, é realizada a Auditoria Fiscal.

No presente caso, foi utilizado um roteiro não previsto, o que gerou inadequação, configurando lançamento de ofício que não contem elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração nos termos do inciso IV do art. 18, do RPAF-BA/99.

Assim, declaro nulo o item 03 da autuação.

Recomendo que em nova ação fiscal seja aplicado o roteiro de Auditoria de Cartões de Crédito, com a utilização dos cupons fiscais, valores lançados na Redução “Z”, pelo que fica representado à autoridade fiscal, consoante o art. 21 do RPAF-BA/99.

No mérito, a infração 01 cuida da falta de entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD referente aos meses de janeiro a agosto de 2015; a infração 02 da falta de entrega de arquivo eletrônico magnético nos prazos previstos na legislação, ou pela entrega sem o nível de detalhe exigido pela legislação e a infração 04 da falta de atendimento a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, na forma e prazos previstos na legislação tributária.

Estas três infrações se configuram irregularidades atinentes à obrigação acessória de entrega de arquivos magnéticos que são disciplinadas pelos dispositivos legais e regulamentares a seguir reproduzidos:

“Art. 248. A Escrituração Fiscal Digital - EFD é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, exceto para o microempreendedor individual e para os contribuintes optantes pelo Simples Nacional.”

“Art. 250. O arquivo da EFD deverá ser transmitido ao Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), instituído pelo Decreto Federal nº 6.022, de 22/01/2007, e administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, no endereço “<http://www.receita.fazenda.gov.br/sped/>”, e será considerado válido após a confirmação de recebimento pelo Programa Validador e Assinador (PVA).

[...]

§ 2º O contribuinte deverá transmitir arquivo de EFD, por estabelecimento, até o dia 25 do mês subsequente ao do período de apuração, ainda que não tenham sido realizadas operações ou prestações nesse período.”

“Art. 42 ...

[...]

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

[...]

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;

[...]

l) R\$1.380,00 (um mil, trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, da Escrituração Fiscal Digital - EFD, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das entradas de mercadorias e prestações de serviços tomadas, em cada período de apuração, pelo não atendimento de intimação para entrega da escrituração não enviada;”

Nas razões de defesa o autuado questionou a aplicação das multas aduzindo que, por ser empresa de pequeno porte de acordo com o art. 179 da CF/88 tem tratamento diferenciado. Ressalto que não há como prosperar a pretensão do autuado, haja vista que além de não ser o estabelecimento autuado optante do Simples Nacional está cadastrado no CAD-ICMS-BA com a forma de apuração do imposto por C/Corrente Fiscal, portanto, submetido ao regime normal de apuração.

Quanto à alegação de que a imputação atinente à infração 04 ocorreria em conflito com a infração 03 - omissão de saídas, pelo fato de ter sido cobrado cumulativamente 1% sobre as entradas de todos os períodos, também não procede o argumento, uma vez que se trata de fato geradores distintos. A infração 04 exige, cumulativamente, consoante previsão expressa na alínea “l”, do inciso XIII-A, do art. 42, da Lei 7.014/76, multa de um por cento do valor das entradas de mercadorias e prestações de serviços tomadas, em cada período de apuração, pelo não atendimento de intimação para entrega do arquivo eletrônico da EFD não enviada, consoante demonstrativo acostado à fl. 53.

No que diz respeito a alegação de que ocorreria duplicidade em relação a imputação das infrações 01 e 02, não tem fundamento, uma vez que a infração 01 cuida dos arquivos da EFD e a infração 02 trata da não entrega dos arquivos binários do ECF, portanto, se constituem de acusação fiscal distinta.

Depois de examinar os elementos que lastreiam as infrações 01 e 02 e 04, precipuamente as intimações acostadas aos autos às fls. 07, 09 e 11 e os arquivos constantes do CD fl. 57 e 58, cujas cópias foram entregues ao autuado, fl. 59, constato que as multas sugeridas na autuação estão de acordo a legislação de regência, uma vez que resta comprovado nos autos que o defendantee não efetuou a entrega do arquivo eletrônico da EFD nos prazos previstos na legislação tributária infração 01 e, mesmo devidamente intimado, não entregou os arquivos magnéticos binários da memória fiscal e da fita detalhe dos ECFs - infração 02, e os arquivos da EFD - infração 04.

Logo, afiguram-se caracterizadas as infrações 01, 02 e 04.

Concluo pela subsistência dos itens 01, 02 e 04 da autuação.

Em relação à multa aplicada, o defendantee alegou que as multas a aplicadas são confiscatórias e inconstitucionais.

Ressalto que a penalidade aplicada 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, inciso I, do RPAF-BA/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299430.0003/15-0, lavrado contra **LUCIVANIA MARIA DE JESUS DO NASCIMENTO - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$40.083,34**, previstas no art. 42, incisos XIII-A, “l” e “j”, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Esta 3^a 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-BA/99, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, alterado pelo Dec. nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de junho de 2016

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA