

PROCESSO - A. I. Nº 269283.0034/15-4
RECORRENTE - BIC COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (BOX BRANDÃO) - ME
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0057-04/16
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - PUBLICAÇÃO: 28/12/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO C/JF Nº 0452-12/17

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. **a)** FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. O autuado não apresentou os arquivos magnéticos solicitados, mesmo tendo sido regularmente intimado para tanto. Infração caracterizada. **b)** FALTA DE ENTREGA NOS PRAZOS REGULAMENTARES. Descumprimento de obrigação acessória. Infração subsistente. Afastadas as preliminares de nulidade. Indeferida a solicitação de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 4ª JJF Nº 0057-04/16, que julgou Procedente o Auto de Infração nº 269283.0034/15-4, lavrado em 30/06/2015, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$693.460,03, em razão de cinco infrações distintas, sendo objeto recursal apenas as infrações 3 e 5, abaixo:

Infração 03 - 16.12.15. Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Multa no valor de R\$ 14.903,84. Consta que se trata de falta de apresentação das leituras de memória fiscal de fatura detalhe (MFD) dos ECFs, apesar de regularmente intimado, impossibilitando, portanto, a análise das mercadorias vendidas, dos valores e da situação tributária das mesmas, uma vez que o autuado também não apresentou os livros e documentos fiscais.

Infração 05 - 05.08.01. Omissões de operações de saída de mercadoria tributada apurada, apuradas 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. Valor do débito: R\$ 676.256,19 mais multa de 100%. Consta que não houve nenhum valor registrado de venda, muito embora tenha havido valores informados por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 28/04/2016 (fls. 93 a 99) e decidiu pela Procedência, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

Preliminarmente, foi suscitada a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que foi lavrado por preposto fiscal sem competência para tanto. Diz o defendente que, para promover a exclusão de empresa do regime do Simples Nacional, devem ser obedecidos os passos que citou.

De acordo com o documento de fl. 13 (INC - Informações do Contribuinte), o autuado foi excluído do regime do Simples Nacional em 31/12/09. Dessa forma, o autuante, um Auditor Fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, possuía competência para efetuar o lançamento tributário de ofício, nos termos do art. 107, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB). Afasto, portanto, essa preliminar de nulidade.

A exclusão do autuado do regime do Simples Nacional não foi efetuada pelo autuante, haja vista que tal fato ocorreu antes mesmo do início da ação fiscal que originou o Auto de Infração em comento, conforme comprova o já citado documento de fl. 13. A regularidade do processo administrativo que redundou na referida exclusão é matéria que extrapola a presente lide, especialmente quando se observa que tal ato ocorreu em 31/12/09, portanto, há mais de seis anos. Ademais, o documento de fl. 89 prova que, no Portal do Simples Nacional, consta que o autuado foi excluído do citado regime por “Comunicação Obrigatória do Contribuinte”. Ressalto que esse documento de fl. 89 é de conhecimento público e está disponível para consulta no Portal do Simples

Nacional. O documento de fl. 89 corrobora o de fl. 13, este, sim, que embasou a autuação e que fundamenta este voto. Dessa forma, está comprovado que os argumentos defensivos atinentes à regularidade da exclusão do regime do Simples Nacional não são capazes de macular de nulidade o lançamento de ofício em análise.

Foi arguida a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de defesa, tendo em vista que o autuante não teria fornecido ao contribuinte todos os documentos que ensejaram as cobranças feitas na autuação, bem como o Termo de Exclusão do Simples Nacional.

No que tange ao Termo de Exclusão do Simples Nacional, esse fato já foi abordado na preliminar anterior, sendo que os documentos de fls. 13 e 89 comprovam a exclusão do autuado do regime do Simples Nacional antes do início da ação fiscal. Quanto aos demonstrativos que embasaram a autuação, o recibo de fl. 55 comprova que o autuado, quando foi notificado acerca da lavratura do Auto de Infração, recebeu um CD-ROM com todas as planilhas e demonstrativos elaborados pelo autuante, inclusive os demonstrativos TEFs diários por operação. Esses demonstrativos e planilhas possuem todos os dados necessários ao perfeito entendimento das infrações que compõem o lançamento, permitindo, assim, o pleno exercício do direito de defesa. Dessa forma, ultrapasso essa preliminar de nulidade.

Foi suscitada a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que nas infrações 3 e 5 o autuante determina para o mesmo período duas bases de cálculo distintas.

A base de cálculo da multa indicada na infração 3 foi originada dos valores constantes nos relatórios TEFs. Por seu turno, os valores exigidos na infração 5 também foram obtidos dos valores constantes nos mesmos relatórios TEFs, já que o autuado não apresentou nem livros e nem documentos fiscais, conforme as infrações 1 e 2 deste Auto. Porém, não existe nenhuma contradição nessas bases de cálculo, senão vejamos: a multa indicada na infração 3 corresponde ao total informado nos relatórios TEFs; ao apurar a base de cálculo da infração 5, foi deduzido o percentual referente às operações com o imposto pago por substituição tributária ou isentas, já que a exigência fiscal se refere a operações de saídas anteriores desacompanhadas de documentação fiscal. Dessa forma, em um mesmo período, corretamente as bases de cálculos da infração 5 são inferiores às da infração 3. Afasto, portanto, essa preliminar de nulidade.

Ainda em sede de preliminar, foi arguida a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa, sob a alegação que a descrição das infrações carecer de clareza. Também foi afirmado que o lançamento de ofício não atende aos requisitos previstos nos §§ do art. 28 do RPAF/99.

Essa preliminar não merece prosperar, uma vez que as infrações que compõem o lançamento tributário de ofício são claras e precisas, bem como estão acompanhadas de demonstrativos que deixam clara a metodologia empregada na apuração dos valores exigidos. Ao contrário do afirmado pelo autuado, os requisitos elencados nos §§ do art. 28 do RPAF/99 foram devidamente observados na lavratura do Auto de Infração em comento. Além disso, as descrições constantes no Auto de Infração são as rotineiramente utilizadas pela fiscalização, inclusive em outras autuações efetuadas contra o próprio autuado.

Com respaldo no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência, pois considero que os elementos existentes nos autos são suficientes para o deslinde das questões tratadas no presente processo. Ademais, a solicitação feita pelo defendente carece de fundamentação.

A alegação defensiva de que a multa de 100%, indicada na infração 5, possui caráter de confisco não se sustenta, uma vez que essa penalidade é a prevista, no inc. III do art. 42 da Lei nº 7.014/96, para a irregularidade apurada nesse item do lançamento, não cabendo a este órgão julgador administrativo apreciar a constitucionalidade da legislação tributária estadual, nos termos do art. 125, inc. II, do COTEB.

Adentrando ao mérito, inicialmente observo que o autuado não se defende quanto às acusações que lhe foram imputadas nas infrações 1 e 2. Dessa forma, em relação a esses dois itens do lançamento não há lide e, em consequência, as infrações 1 e 2 subsistem em sua totalidade.

Quanto à infração 3, a qual trata de falta de fornecimento de arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, o autuado alega que conforme o anexo denominado “RELATÓRIO RESUMO DE ARQUIVOS MDF/OIE”, juntado pelo autuante, não estava obrigado a apresentar os arquivos solicitados, pois estava enquadrado no regime do Simples Nacional. Afirma que esse fato repercute na infração 4.

Esse argumento defensivo não se sustenta por dois motivos: em primeiro lugar, no período abarcado pela ação fiscal, o autuado não estava enquadrado no regime do Simples Nacional, conforme já foi demonstrado deste voto na apreciação das preliminares de nulidade; em segundo lugar, o autuado possuía equipamentos emissores de cupons fiscais, como comprova o documento de fl. 14 e, portanto, estava obrigado a apresentar à fiscalização as fitas detalhes desses equipamentos. Assim, a infração 3 subsiste em sua totalidade e, conforme disse o autuado, esse posicionamento repercute na infração 4.

Relativamente à infração 4 - falta de entrega de arquivos eletrônicos nos prazos previstos na legislação -, o defendente não traz aos autos provas e argumentos específicos, limitando-se a afirmar que a improcedência da infração 3 repercutia na infração 4.

Considerando que a infração anterior é procedente e que o autuado não comprovou a entrega dos arquivos eletrônicos contendo a totalidade das operações de saídas dos equipamentos emissores de cupons fiscais no prazo previsto na legislação, a infração em comento subsiste em sua totalidade e, em consequência, é cabível a multa indicada na autuação. Desse modo, a infração 4 subsiste em sua totalidade.

Trata a infração 5 de omissão de operações de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento das vendas efetuadas por meio de cartão de crédito e/ou de débito. Sustenta o autuado que, na apuração do imposto lançado, não foram consideradas as operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, que foram objeto de antecipação parcial, destinadas ao ativo permanente e ao uso e consumo.

O argumento defensivo não merece prosperar, pois os demonstrativos de fls. 43 a 52 comprovam que ao apurar os valores exigidos o autuante teve o cuidado de excluir da base de cálculo as operações não tributáveis ou tributáveis por substituição tributária. Por sua vez os demonstrativos de fls. 22 a 37 evidenciam a apuração dos percentuais das mercadorias tributáveis e das não tributáveis. Os alegados pagamentos de antecipação parcial - caso efetivamente tenham ocorrido, destaque - não têm pertinência com a infração em tela, já que nesse item do lançamento se está cobrando imposto referente a operações desacombertadas de documentação fiscal.

Considerando que o autuado não apresentou livros ou documentos fiscais e como não houve recolhimento de imposto no período, o levantamento fiscal foi realizado apenas com base nos valores informados pelas administradoras de cartão. Como foi bem ressaltado na informação fiscal, esse procedimento foi favorável ao autuado, pois, no período em questão, sem dúvida ocorreram vendas por outros meios de pagamento, as quais não foram incluídas nesta auditoria.

A Lei nº 7.014/96, no § 4º do seu artigo 4º, dentre outras hipóteses, prevê que 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”.

Tendo em vista que o sujeito passivo não comprovou a improcedência da presunção legal, a infração 5 subsiste em sua totalidade.

Em face ao acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 111 a 118, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Após discorrer sobre a admissibilidade da interposição dos embargos declaratórios em processo administrativos, suscita a nulidade do presente lançamento ao fundamento de que o autuante não possui competência legal para a fiscalização da empresa Recorrente. Argumenta que é empresa optante pelo Simples Nacional, cuja fiscalização é de competência exclusiva dos Agentes De Tributos, e somente estes teriam o condão funcional para proceder a autuação. Reproduz o art. 1º da Lei nº 11.470/2009 em apoio ao seu ponto de vista.

Entende tratar-se de nulidade absoluta, o que não foi observado no julgamento, resultando numa omissão que repulta gravíssima, já que a sua observância torna o referido auto de infração nulo.

Defende ser inaceitável o indeferimento do pedido de diligência vez que totalmente fundamentado, como foi o caso da ora Embargante, pois é a forma hábil a comprovar as arguições de nulidade e de cobrança indevida, além de aplicações em duplicidade de multa distintas pela mesma base de cálculo.

Entende que esse pedido é que deveria ser apreciado e não o foi, e o que é pior, quando da denegação do pedido, apenas a citação do indeferimento, sem motivação ou fundamentação que procurasse sustentar sua decisão. Argumenta que todas as decisões públicas deverão ser motivadas, sob pena de nulidade. Transcreve jurisprudência em apoio ao seu ponto de vista.

Alega que não cabe, portanto, apenas indeferir, tem que motivar a decisão. Deve, pois, esta Colenda Turma julgadora, rever os pontos combatidos e não apreciados pela Egrégia Corte de Julgamento.

Diante de todo exposto, requer: 1) O recebimento do presente Embargo de Declaração, porque completamente devido e tempestivo; 2) A apreciação dos pontos aqui apresentados, em especial

da capacidade do Agente Autuador, uma vez que completamente incompetente para a lavratura do referido auto de infração ora combatido; 3) A apreciação do pedido de diligência, porque completamente necessário ao deslinde das imposições reclamadas no auto de infração; 4) A revisão das penalidades impostas para a mesma base de cálculo; 5) Após o acatamento da nulidade, que seja determinado o arquivamento do presente processo e que um fiscal competente, conforme a Lei 11.470/09 seja diligenciado para cumprir com suas prerrogativas legais em relação a Embargante que coloca, desde já, sua contabilidade à disposição para verificação do fisco estadual.

Nestes Termos, pede Deferimento.

Às folhas 132/133, foi exarado parecer pela PGE/Profis, da lavra do Dr. José Augusto Martins Júnior, opinando pelo improvimento do Recurso Voluntário pelas razões que seguem. Quanto à alegação de incompetência do auditor fiscal, entende que a JJF tratou corretamente a questão, tendo em vista que a empresa autuada foi excluída do Regime Tributário do Simples Nacional, antes do lançamento fiscal, conforme folha 13 do processo.

Quanto à alegação de cerceamento do direito de defesa por indeferimento do pedido de diligência, afirma que a produção de prova é um ato ínsito à atividade do julgador, sendo este soberano na definição da necessidade da produção ou não de ato diligencial, decisão esta devidamente escorada no princípio do livre convencimento motivado.

Identificou, ademais, a presença de todo lastro probatório necessário à formação da livre convicção dos julgadores, não havendo como se acolher a tese recursal neste ponto.

Quanto ao pedido de revisão das penalidades, entende que não merece sufrágio porquanto desamparado de qualquer substrato legal e probatório.

Opina pelo Conhecimento e Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Quanto à preliminar de nulidade suscitada, ao fundamento de incompetência do auditor fiscal, é importante destacar que os auditores fiscais detêm a competência fiscalizatória geral, somente tendo sido excluídos do seu alcance a fiscalização de trânsito e das empresas optantes pelo Simples Nacional, conforme se extrai da leitura do texto do Art. 107, § 2º do COTEB, abaixo reproduzido.

“Art. 107. Compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização e arrecadação dos tributos estaduais.

...

§ 2º Compete aos Auditores Fiscais a constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

...”

O extrato emitido pelo Sistema INC, cópia à folha 13, revela que o contribuinte autuado foi excluído do Simples Nacional, desde 31/12/2009, momento em que passou a se submeter ao Sistema do Conta-Corrente Fiscal e, por conseguinte, a se enquadrar entre as pessoas jurídicas passíveis de fiscalização pelo auditores fiscais, restando rejeitada a alegação de nulidade suscitada.

Quanto à alegação de cerceamento do seu direito de defesa em face do não acatamento, pela JJF, do pedido de diligência, é importante ressaltar que a perícia ou diligência não se constituem em direito subjetivo das partes, mas sim em instrumento a serviço do juízo, com vistas a esclarecer fatos, cujo conhecimento requeira exame de bens ou documentos. Não é, portanto, um meio de defesa, mas um instrumento, podendo o perito (diligente) ser definido como um auxiliar do juízo.

Nesse sentido, é que o legislador do RPAF previu que o pedido de diligência poderá ser indeferido, quando o julgador considerar que os elementos contidos no processo se lhe afigurem

como suficientes, nos termos do seu art. 147, inciso I, alínea “a”, conforme abaixo reproduzido.

“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;

...”

O disposto na alínea “b” do dispositivo citado reforça a idéia de que a diligência não pode ser tratada como meio de defesa, pois não substitui a ação probatória da parte, conforme se depreende do texto abaixo.

“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

...”

a) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;

...”

Ora, não há nulidade a ser reconhecida somente porque a decisão recorrida não atendeu ao pedido de diligência, em que pese tal indeferimento pudesse afetar a decisão recorrida, o que depende da demonstração da insuficiência dos elementos probatórios, o que não ficou provado pela recorrente.

Assim, entendo que a JJF fez uso de prerrogativa sua, indeferindo o pedido de diligência/perícia e julgando, posteriormente, com base nas provas que se encontravam no processo, sem que disso resultasse em cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Assim, rejeito as alegações de nulidades suscitadas.

Quanto ao mérito, o sujeito passivo limitou-se a requerer a revisão das penalidades impostas para a mesma base de cálculo, sem especificar a que infrações está se referindo. Consultando a sua impugnação (folhas 58/83), é possível notar que a empresa autuada alegara duplicidade de apuração das bases de cálculos relativas às infrações 03 e 05. É o que passo a analisar.

A Infração 03 descreve a seguinte conduta “*deixou de fornecer arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas*”. Já a Infração 05 traduz o ilícito assim: “*Omissões de operações de saída de mercadoria tributada, apuradas 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*”. Como se pode ver, trata-se de condutas distintas, sendo a primeira (Infração 03) relativa a descumprimento de uma obrigação acessória, qual seja, o desatendimento de intimação para entrega de arquivos magnéticos, com penalidade prevista no art. 42, inciso XIII-A, Alínea “j” da Lei nº 7.014/96.

Já a Infração 05 refere-se a descumprimento de obrigação principal, causada pela omissão de saída de mercadoria, constatada mediante presunção, em consequência de os documentos fiscais emitidos terem se revelado inferior às informações das administradoras de cartão de crédito/débito. A sanção prevista para tal ilícito se encontra prevista no art. 42, inciso III da lei estadual supracitada.

Ou seja, enquanto na Infração 03 está sendo cobrada apenas multa de 1% sobre o total das saídas, a Infração 05 cobra ICMS sobre valores que deixaram de ofertados à tributação, inexistindo qualquer relação entre as bases de cálculo, restando rejeitadas as alegações da Recorrente.

Assim, não vejo como acolher as razões recursais.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269283.0034/15-4**, lavrado contra **BIC COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (BOX BRANDÃO) - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$676.256,19**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$17.203,84**, previstas nos incisos XX e XIII-A, “J”, dos mesmos artigo e lei, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de dezembro de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS