

A. I. Nº - 207668.3014/16-2
AUTUADO - PRONTO DISTRIBUIDORA LTDA.
AUTUANTES - EUGÊNIA MARIA BRITO REIS NABUCO e REJANE MARIA RAMOS BARBOZA
FERRUZZI
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 05/05/2017

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0083-03/17

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS. Contribuinte não comprova a escrituração de algumas notas fiscais, resta configurada a presunção de omissão de saídas tributáveis, prevista no art. 4º, §4º, inciso IV, da Lei 7.014/96. Excluídos valores exigidos em duplicidade na Infração 02. Infração parcialmente subsistente. 2. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Nos termos do art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, o fato de a declaração de vendas do contribuinte apresentar valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto. O sujeito passivo não elide a acusação fiscal. Excluídos valores exigidos em duplicidade na Infração 01. Infração parcialmente subsistente. 3. INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. a) FALTA DE APRESENTAÇÃO. b) DECLARAÇÃO INCORRETA. MULTAS. Descumprimento de obrigação acessória sendo cabível a multa indicada na autuação. Infração caracterizada. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. EFD. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FALTA DE ENTREGA PELA INTERNET. MULTA. Infração subsistente. Rejeitada preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Não acolhido o pleito de afastamento ou redução das multas aplicadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 08/08/2016, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$45.357,35 em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 - **05.05.01**. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas, nos meses de março a setembro de 2014. Exigido o valor de R\$14.605,46, acrescido da multa de 100%.

Consta como complemento: “Relativamente às entradas promovidas sem registro algum (EFDs, falta de apresentação de livros fiscais, contábeis e dos documentos fiscais) constantes nas notas

fiscais eletrônicas do exercício de 2014, sem comprovação das saídas e consequente recolhimento do imposto”;

Infração 02 - **05.08.01**. 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 fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de abril a dezembro de 2014 e janeiro a abril de 2015. Exigido o valor de R\$14.291,89, acrescido da multa de 100%;

Infração 03 - **16.05.04**. Falta de apresentação da Declaração e Apuração Mensal do ICMS - DMA, nos meses de agosto a outubro de 2015. Exigida a multa fixa por período no valor R\$460,00, totalizando o montante de R\$1.380,00;

Infração 04 - **16.05.18**. Declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da Declaração e Apuração Mensal do ICMS - DMA, nos meses de janeiro de 2014 a julho de 2015. Exigida a multa fixa por período no valor R\$140,00, totalizando o montante de R\$2.660,00;

Infração 05 - **16.14.02**. Falta de entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Digital - EFD nos prazos previstos na Legislação Tributária, nos meses de janeiro a junho de 2014 e de setembro a novembro de 2015. Exigida a multa fixa por período no valor R\$1.380,00, totalizando o montante de R\$12.420,00.

O autuado apresenta impugnação, fls. 65 a 92, articulando suas razões de defesa da seguinte forma.

Revela a existência de equívocos nos trabalhos fiscais, equívocos estes, que acarretaram a cobrança indevida de parte do imposto apontado na autuação, bem como uma inteira incompreensão relativamente da acusação fiscal colocada na Auto de Infração.

Destaca os Princípios da maior importância para o desfecho da presente lide, o da Verdade Material e o da Inquisitorialidade.

Lembra que o princípio da Verdade Material encontra o devido albergue na redação do art. 2º, *in fine*, do Regimento Interno deste CONSEF, aprovado pelo Dec. nº 7.592/99, bem como no art. 2º do RPAF-BA/99.

Observa que no processo administrativo fiscal PAF, predomina o Princípio da Verdade Material, no sentido de que, nele, busca-se descobrir se realmente ocorreu, ou não, o fato gerador do tributo. Frisa que para formar sua convicção, pode o julgador mandar realizar diligências ou perícias, conforme for o caso, a fim de conhecer os verdadeiros fatos envolvidos no processo. Continua revelando que o CONSEF tem mostrado o bom hábito de converter processos em diligência ou perícia fiscal, quando não há condições seguras de pronunciamento sobre o feito.

Ressalta que na busca da verdade material se tem como regra basilar, o aspecto de que o ônus da prova deve ser atribuído ao Fisco, cabendo provar a ocorrência do fato gerador ou da infração que se quer imputar ao sujeito passivo. Declara que somente deve haver inversão do ônus da prova, para transferi-lo ao contribuinte, na hipótese de haver disposição expressas de norma legal neste sentido.

Explica que de acordo com o princípio da inquisitorialidade, o fato gerador deve ser apurado *ex officio*, devendo a autoridade julgadora administrativa presidir a determinação do modo e da extensão dessa apuração, não estando adstrita, apenas, às alegações e provas produzidas pelas partes (autuante e autuado). Acrescenta que, por conseguinte, reconhecendo-se a inquisitorialidade como ínsita à atividade administrativo-tributária, as autoridades devem, sempre, atentar-se para as normas que regulamentam o processo administrativo fiscal, no tocante a ir em busca de novas provas, determinando, a pedido do sujeito passivo ou de ofício, a realização de perícias ou diligências necessárias.

Revela que a existência de diversos vícios insanáveis neste processo, vícios estes que, conforme se constata, implicam nulidade do presente Auto de Infração, nos termos do art. 18 do RPAF-BA/99.

Menciona que, de acordo com o art. 18, inciso I, do RPAF-BA/99, um Auto de Infração que apresente “eventuais” incorreções ou missões”, ou que esteja viciado pela “não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação”, não deve, de logo, ser julgado nulo. Prossegue revelando que, nestas condições, o Auto de Infração deve ser objeto de revisão fiscal, a fim de que seja consertado, e possa, assim ser levado adiante. Diz ser este dispositivo legal, portanto, que sustenta os pedidos de revisão fiscal (diligência ou perícia fiscal).

Sustenta ser condição *sine qua non* para que um Auto de Infração seja objeto de revisão fiscal, que incorreções ou omissões existentes nele sejam eventuais, e que a não-observância de certas exigências digam respeito àquelas de natureza meramente formais.

Destaca que, não sendo apenas eventuais as omissões ou incorreções, e não sendo as exigências inobservadas de caráter meramente formal, não cabe qualquer tipo de revisão fiscal. Sustenta ser caso de nulidade do Auto de Infração, por ser regra imposta pelo Inciso I, do art. 18, do RPAF-BA/99.

Assevera que, após a leitura completa da presente Impugnação, ficará claro que o Auto de Infração, possui omissões e incorreções de natureza grave (e não apenas “eventuais”), e as exigências não observadas pelas autuantes, nos seus trabalhos, não são meramente formais, aproximando-se sim, sem qualquer dúvida, de exigências de natureza substancial. Arremata frisando, restar clara a necessidade de se decretar a Nulidade da autuação.

Relata que para uma acusação ser levada adiante, é imprescindível não só que o Fisco a descreva de forma clara, precisa e sucinta, mas que, acima de tudo, sejam trazidas à luz as provas necessárias à demonstração dos fatos argüidos pelas autuantes, que dariam suporte fático à mesma.

Frisa que as autuantes não atenderam ao que determina o art. 28, inciso 4º, inciso II, do RPAF-BA/99, e nem ao mandamento do disposto no art. 46, do RPAF-BA/99, já que os fatos argüidos precisariam estar acobertados por provas matérias trazidos aos autos, o que não aconteceu.

Assinala que, neste sentido, á vista do previsto no art. 18, incisos II, e IV, alínea “a”, do RPAF-BA/99, não há outro caminho, senão o de julgar nulo o Auto de Infração.

Apona o cerceamento do direito de defesa, pelo fato de não ter sido apontada com clareza nem precisão a irregularidade fiscal, em relação à Infração 01 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas, questiona relativamente às entradas promovidas sem registro algum (EFDs, falta de apresentação de livros fiscais, contábeis e dos documentos fiscais) constantes nas notas fiscais eletrônicas do exercício de 2014, sem comprovação das saídas e conseqüente recolhimento do imposto. Indaga se é omissão de saídas de mercadorias ou falta de registro de entradas de mercadorias

Revela que o Auto de Infração, para ser aceito como documento regular de cobrança de obrigação tributária precisa obedecer a diversos requisitos previstos na legislação. Frisa que dentre estes, destaca-se, pela sua essencialidade, o previsto no art. 39, inciso III, do RPAF-BA/99, cujo teor reproduz.

Diz não haver dúvida de que um dos requisitos essenciais do Auto de Infração é a descrição clara, precisa e sucinta do que a autoridade fiscal entender como fato gerador do tributo. Portanto, deve estar indicado na peça de acusação, de forma transparente e precisa, o fato gerador visualizado pelo agente fiscal, o que lhe daria respaldo para levar a efeito a exigência tributária, por meio da autuação. Acrescenta ser certo que a redação acusatória do presente Auto de Infração em nada se aproxima de uma descrição clara, precisa e sucinta dos fatos, o que vem a contrariar, frontalmente, o disposto no art. 39, inciso III, do RPAF-BA/99.

Afirma que as Autuantes imaginaram que a redação da Auto de Infração era suficiente para possibilitar uma descrição clara e precisa dos supostos fatos geradores - Infração 01, e até mesmo para possibilitar o exercício do direito constitucional á ampla defesa. Assevera não ser bem esta a realidade.

Neste contexto, trás a colação ensinamentos dos juristas, Alberto Xavier e Hugo de Brito Machado para ilustrar como a doutrina trata a questão, no caso de fato gerador descrito de forma equivocada, obscura ou incompreensível.

Revela que entre os requisitos enumerados, deve ser destacada, por sua grande importância, a descrição do fato que, no entender das autuantes, configura infração da legislação tributária. Destaca que essa descrição há de ser objetiva clara e tão completa quanto necessária a que o autuado possa saber de que realmente está sendo acusado, pois a não ser assim, não terá condições para o exercício da plena defesa que lhe assegura a Constituição Federal.”

Assevera que, sem dúvida, há razão suficiente para se decretar a nulidade do Auto de Infração, no tocante à Infração 01.

Cita que o próprio CONSEF, nas suas decisões, tem deixado claro não ser aceitável que uma acusação contida em um Auto de Infração seja obscura e, conseqüentemente, não retrate com clareza qual o seu verdadeiro teor. Diz ser neste sentido, portanto, que seguem as decisões prolatadas por este Conselho, a exemplo do Acórdão nº 0520/99 e do Acórdão nº 0787/99.

Ao cuidar do mérito da Infração 01, diz ser certo já haver motivo para decretação da nulidade desse item da autuação, por ser de direito. Destaca a existência da disposição contida no art. 155, parágrafo único, do RPAF-BA/99, a qual determina o julgamento pela improcedência do Auto de Infração, mesmo merecendo o ato de lançamento ser objeto de nulidade.

Menciona que, não obstante a reconhecida capacidade técnica de seus prepostos fiscais e, em particular, das Autuantes, equivocaram-se ao exigir o imposto apontado no Auto de Infração em epígrafe, no tocante á Infração 01.

Informa que solicitou cópias das notas fiscais, comprovante de recebimentos e pagamentos das mesmas, junto com os fornecedores para que possa saber o que ocorreu. Afirma que não comprou as mercadorias arroladas junto a estes fornecedores.

Solicita, também que o fisco lhe forneça as cópias destas notas fiscais arroladas no levantamento fiscal.

Quanto à Infração 02, não obstante as razões de méritos apresentadas para este item da autuação, diz contestar de forma inominada, uma vez que as autuantes encontraram o ICMS de débito 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.

Afirma que ser notório que as autuantes tiveram 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.

Lembra seu direito ao crédito do ICMS nas compras de mercadorias para revenda é um direito Constitucional, assim prevê o inciso I, do art. 155 da CF que trata sobre o ICMS. Continua ressaltando que ao glosar ao seu bel prazer por parte do preposto fiscal da SEFAZ-BA o crédito do ICMS das notas de compras lhe traz sérios prejuízos financeiros. Afirma que o autuante aplicou a regra como se seu estabelecimento fosse optante do Simples Nacional que não tem direito ao crédito para compensar o ICMS da venda, ou seja, o regime da não cumulatividade.

Registra que outro erro provocado pelas autuantes foi que não perceberam que alíquotas aplicadas às omissões de saídas existiam produtos com alíquota internas diferenciadas logo, apresenta produtos com alíquotas específicas não conferidas pelas autuantes, conforme planilha,

fl. 76, indicando: Leite Fabricado na Bahia - 7%, Charque e Jerked Beef - 12%, Óleo de Soja - 12% e Milho - 7%.

No que diz respeito às Infrações 03, 04 e 05, frisa que estas Infrações foram geradas em função das Autuantes aplicarem penalidades, inclusive dobradas para os mesmos períodos face do mesmo argüir em seu Auto de Infração falta da entrega da EFD, sobretudo quando receberam o CD contendo os arquivos magnéticos e preferiram 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.

Observa que devido à forte crise financeira enfrentada atualmente o Brasil, com reflexo também nas empresas, passa por situação financeira difícil, por isso, requer a liberação da aplicação da multa. Revela que já se comprometeu com o pagamento do imposto através de parcelamento do debito do imposto principal.

Ao tratar das multas, destaca que as planilhas presentes no Auto de Infração evidenciam os percentuais aplicados fogem das margens de multas aplicadas no país, ainda mais no contexto atual de crise, o que prejudica de forma considerada a continuidade dos trabalhos por parte dos comerciantes e empresários.

Assinala que, tendo como base a multa de 100% do valor das duas primeiras infrações que giram em torno de R\$28.897,35, daria R\$28.897,35, só de multa que o contribuinte tem à pagar. Prossegue frisando que o valor da multa é relevante dentro do valor devido para o pagamento do tributo, o que evidencia que a multa se torna um obstáculo para o cumprimento integral da obrigação tributária.

Menciona que se faz necessário a observância do valor da multa aplicada, bem como, requer que está seja retirada de forma integral, visto que, sua aplicação foge com o percentual estabelecido pelos principais órgãos de fiscalização, como a Receita Federal e impede de forma direta o pagamento do tributo devido, objeto principal desta infração.

Revela que em momento algum na fundamentação do seu auto, o preposto da SEFAZ-BA 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 se percebe que as multas aplicadas não são específicas para o porte de seu estabelecimento.

Frisa que não obstante a plena comprovação de que as Autuantes pretenderam atuar na estrita proteção dos interesses da Fazenda Estadual, a multa aplicada por dolo de 100% do tributo exigido, atinge elevado percentual e 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.

Diz que da leitura da Carta Política 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. Afirma que, tal princípio está positivado no ordenamento jurídico na art. 150, inciso IV, da CF/88, cujo teor reproduz. Prossegue explicando que apesar de o texto não veicular literalmente a proibição de utilizar multas tributárias com efeito confiscatório, unânime é 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 fragmento transcreve. Arremata assinalando que, este mesmo doutrinado, agora citando entendimento do saudoso Ministro Amílcar Falcão, refuta os argumentos expendidos por ultrapassada corrente de pensamento acerca da não-extensão da vedação imposta pelo princípio do não confisco às multas tributárias.

Destaca que no mesmo sentido das lições acima delineadas se coloca a jurisprudência, em especial a construída pelo STF, que no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº

551-1/RJ(j. 24/10/2002), de relatoria Ministro Ilmar Galvão, reconheceu a proibição da utilização das multas tributárias com efeito confiscatório.

Ressalta 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, ferindo o princípio de vedação ao confisco e os aos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade.

Declara que, de fato, o princípio da proibição do excesso (proporcionabilidade), tem amparo 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. Continua destacando 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 teor transcreve.

Revela 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 de seu ramo, além de ser confiscatória, inviabiliza plenamente suas atividades, ensejando a sua redução, sob pena de se ferirem os princípios constitucionais da vedação ao confisco, proporcionalidade e razoabilidade.

Assinala que neste sentido e, com vistas a coibir as inconstitucionalidades acima delineadas materializadas na imposição de multas fixadas em patamares elevadíssimos, tais quais as verificadas no presente Auto de Infração, o Supremo Tribunal Federal já no ano de 1975, no julgamento do RE nº 81.550/MG, Relator o Ministro Xavier de Albuquerque, interveio para reduzi-la, conforme ementa que transcreve.

Diz entender ser desproporcional e, especialmente, desmedida a aplicação das multas nos patamares indicados pelas autuantes, eis que não agiu com dolo, fraude ou simulação.

Pugna pelo reenquadramento 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.

Requer o 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.

Pugna, 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 desta defesa.

As autuantes prestam informação fiscal, às fls. 101 a 104, nos termos a seguir resumidos.

Salientam que o estabelecimento autuado, filial 04 do grupo Pronto Distribuidora Ltda., foi indicado para Fiscalização Sumária/CMO por ter recebido mercadorias em transferência da sua matriz e da filial 02 (IE nº 049.132.407 e nº 86.635.345) e registros de compras da matriz da empresa Descon Supermercados - IE nº 118.458.995 - inclusive utilizando o mesmo endereço da filial 03 da Descon - IE nº 118.565.897); ter promovido também saídas de mercadorias; possuir informações TEF e equipamentos ECF autorizados; ter apresentado DMAS zeradas; pela falta de apresentação/entrega dos arquivos eletrônicos EFD; sem ter efetuado recolhimento algum de imposto, desde o início das suas atividades comerciais janeiro/2014).

Informam que foi tornado Inapto em diligência posterior a esta fiscalização em novembro de 2015, assim como todas as empresas do seu grupo - Pronto Distribuidora e do grupo Descon Supermercados.

Registram que uma outra filial do grupo (a 02 - IE nº 86.635.345) e duas inscrições da citada Descon (IE nº 118.565.121 e nº 118.565.897) foram submetidas a esta fiscalização (mesma Ordem de Serviço 508.891/15), sendo autuadas pelas mesmas irregularidades fiscais (AI nº 2076683016/16-5; AI nº 2076683005/16-3; NF 2076683006/16-0, NF 2076683017/16-1 e NF 2076683018/16-8, respectivamente

Observam que o Autuado foi intimado via AR e mediante edital para apresentação dos arquivos magnéticos previstos no SPED-EFD, DAES, Notas Fiscais, livros Fiscais e Contábeis dos exercícios de 2014 e 2015, apenas se manifestando após a lavratura deste Auto de Infração, com a apresentação da peça defensiva.

Ao cuidar do mérito da autuação, observam sobre sua tentativa de demonstrar equívocos existentes nos trabalhos fiscais que, segundo seu representante legal, acarretaram a cobrança indevida de parte do imposto apontado na autuação, bem como sua inteira incompreensão da acusação fiscal, com alegação dos princípios da verdade material, da inquisitorialidade, das preliminares de nulidade e do cerceamento do direito de defesa, com a cessação do diferimento e por não ter sido apontada com clareza nem precisão a suposta irregularidade fiscal,

Em relação ao alegado “direito ao crédito”, explicam que os créditos, tratando-se de contribuinte com apuração de imposto pelo regime de conta corrente fiscal, são lançados a cada operação de entrada conforme notas fiscais, compensando-se com as operações de saída para efeito de pagamento do ICMS na operação regular. Prosseguem citando que nas situações em questão, que se trata de irregularidade por presunção de valores de saídas tributáveis, os créditos já foram lançados.

Reforçam que, para as infrações 01 e 02, que se referem à presunção de omissão de saída de mercadorias tributáveis, foram considerados os valores relativos às receitas efetivamente tributáveis, com a aplicação sobre a BC da alíquota preponderante das operações do contribuinte nas operações de saídas internas de 17%, conforme prevê o art. 483 do RICMS-BA.

Afirmam que a falta de comprovação da saída de mercadoria do território estadual pelo proprietário das mercadorias, transportador ou condutor do veículo, quando exigida, autoriza a presunção de que tenha ocorrido sua comercialização no território baiano. Além da aplicação da proporcionalidade.

Em relação às colocações da defesa acerca das infrações 03, 04 e 05, que tratam de descumprimento de obrigações acessórias diversas, e pedido da liberação das multas em função da situação financeira do país e da promessa de pagamento do imposto mediante parcelamento, asseveram discordar por serem justas e corretas, previstas na lei estadual; inclusive (e principalmente) perante aos outros contribuintes (empresários e comerciantes) que atendem e cumprem suas obrigações acessórias e principais, declarando e recolhendo imposto devido.

No tocante à arguição da defesa quanto ao caráter confiscatório das multas aplicadas, fls. 78 a 91, informam que as mesmas decorrem de expressa previsão legal, não sendo matéria de nossa competência de discussão, nem decisão.

Frisam que o Impugnante não anexa comprovante algum de pagamento, não apresenta e nem justifica qualquer entrada, nem valores.

Concluem assinalando que, por não ter sido apresentado/acrescentado pelo Autuado nada subsistente e conclusivo que pudesse alterar os cálculos, levantamentos das auditorias efetuadas, reafirmam na sua íntegra o Auto de Infração, pugnando pela procedência.

Esta 3ª JJF, em Pauta Suplementar, decide converter os autos em diligência, fl.107, para que as Autuantes apensassem aos autos demonstrativo analítico da Infração 02 e cópia do Relatório TEF diário por operações e em seguida intimasse o autuado para entrega de cópias e que fossem informado da reabertura do prazo de defesa de sessenta dias.

As Autuantes informam o resultado da diligência à fl. 111, observando o atendimento das solicitações, fl. 112. Verifico que - constam às fls. 114 e 115 que o Autuado foi intimado para entrega dos elementos acostados aos autos e não se manifestou no prazo regulamentar.

VOTO

O defendente suscitou a nulidade do presente Auto de Infração, alegando omissões de natureza grave e falta de comprovação por meio de documentações. Ao compulsar os autos, verifico que não assiste razão ao defendente, uma vez que os elementos constantes dos autos são suficientes para lastrear as acusações fiscais, uma vez que os demonstrativos que embasam as infrações cometidas discriminam as operações objeto da autuação, ou seja, as notas fiscais arroladas na apuração da Infração 01 tiveram indicadas seus códigos de acesso ao Portal da Nota Fiscal Eletrônica, bem como a cópia do Relatório TEF diário por operações, relativo à Infração 02, foi entregue ao Autuado mediante diligência, fl.107, determinada por esta 3ª JF. Portanto, não há como prosperar a pretensão do Autuado, já que não remanesce qualquer óbice ao pleno exercício de sua ampla defesa.

O defendente também arguiu a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa, sob o entendimento de que não houve descrição clara e precisa das irregularidades apontadas. Analisando essa preliminar de nulidade suscitada, observo que, ao contrário do alegado pelo autuado, a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi respaldado em descrição pormenorizada, acompanhada do respectivo enquadramento legal e tipificação das multas sugeridas, bem como, embasadas em planilhas, fls. 12 a 55, e no CD, fl. 56, que detalham de forma cronológica e individualizada por documento fiscal a origem do débito apurado. Logo, não há que se falar na existência de óbice à plena compreensão da acusação fiscal em todas as suas dimensões. Também não tem fundamento o questionamento da Defesa acerca da Infração 01 se a acusação fiscal é de “omissão de saída de mercadorias ou de falta de registro de mercadorias”. Ora, é indubitosa a clareza da imputação, inclusive pelo nítido enquadramento da presunção legal, por se tratar inequivocamente de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, cujas identificações das respectivas notas fiscais eletrônicas são indicadas as correspondentes chaves de acesso.

Registro que mesmo se houvesse erro na indicação de dispositivos regulamentares, o que no presente caso não ocorrera, não implicaria nulidade da autuação fiscal, conforme dispõe o art. 19 do RPAF-BA/99, visto que a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos e dos demonstrativos de apuração, fique evidente o enquadramento legal.

Assim, depois de constatar que o PAF está revestido das formalidades legais, e que 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, considero superadas as questões atinentes as preliminares de nulidade suscitadas.

Quanto ao pedido do autuado de diligência por estranho ao feito, fica indeferido com base no art. 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos constantes dos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores acerca das questões, ora em lide.

A Infração 01 trata de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas, nos meses de março a setembro de 2014, no valor de R\$14.605,46, presunção autorizada nos termos do art. 4º, § 4º, inciso IV, da Lei 7.014/96.

Em sua impugnação o Autuado apenas sustentou que não comprou as mercadorias arroladas no levantamento fiscal informou que solicitou aos emitentes cópias das notas fiscais, comprovante de recebimentos e de pagamentos. Solicitou também que o Fisco lhe fornecesse cópia das referidas notas fiscais.

Em relação às notas fiscais arroladas no levantamento fiscal de que cuida desta infração, reafirmo que constam nos respectivos demonstrativos os números das chaves de acesso, pois se tratam de notas fiscais eletrônicas, permitindo ao sujeito passivo identificar o conteúdo dos documentos fiscais.

Como se depreende dos argumentos articulados pelo defendente, fica patente a ausência de qualquer alicerce fático, eis que, objetivamente, somente nega o cometimento da irregularidade que lhe fora imputado. Não acolho as alegações do impugnante por não ter carreado aos autos comprovação inequívoca de qualquer elemento capaz de elidir a acusação fiscal.

Concluo pela subsistência da Infração 01.

A Infração 02 cuida da 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 fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de abril a dezembro de 2014 e janeiro a abril de 2015, no valor de R\$14.291,89.

Foi apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, e tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no inciso VII, do §4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96.

Logo, resta evidente tratar-se de exigência de imposto por presunção legal, tendo sido entregue ao sujeito passivo o Relatório Diário por Operação TEF, o que possibilitou fazer o confronto dos valores constantes dos documentos fiscais emitidos nas operações realizadas por meio de cartão de crédito/débito com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito e financeiras.

O defendente alegou em suas razões de defesa que essa infração foi apurada sem a compensação dos créditos fiscais oriundos das compras e não foi observado que diversos produtos possuem alíquotas internas diferenciadas.

Convém salientar que não procedem as alegações do impugnante, haja vista que a apuração das omissões de saída evidenciadas pelo confronto entre as operações de vendas informadas pelas administradoras de cartão de crédito e de débito e a documentação fiscal emitida no período fiscalizado pelo autuado nas operações realizadas com pagamento em cartão de crédito e de débito. A utilização do crédito fiscal decorrente das entradas, efetivamente, registradas pelo impugnante é garantida independentemente da omissão de entradas, ora apurada. Nestes termos, comungo com o entendimento das Autuantes que, se tratando de contribuinte com apuração de imposto pelo regime de conta corrente fiscal, são lançados a cada operação de entrada conforme notas fiscais, compensando-se com as operações de saída para efeito de pagamento do ICMS na operação regular.

Verifico que, também que não há como prosperar o argumento atinente à desconsideração das diversas alíquotas aplicadas nas operações de saída do estabelecimento autuado. Eis que, o levantamento fiscal foi realizado em total consonância com os procedimentos estatuídos pela IN nº 56/07 que, nos casos de presunção legal de omissão de saída somente cabe o cálculo da proporcionalidade relativa às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária. Logo, é descabida a pretensão do Autuado de proporcionalidade de mercadorias tributáveis em relação às alíquotas aplicadas nas saídas.

Logo, como o contribuinte não trouxe aos autos os elementos necessários que se oponham aos fatos presumidos, entendo que a Infração 02 encontra-se devidamente caracterizada.

Entretanto, constato que deve ser considerado, no presente Auto de Infração, o fato de que as Infrações 01 e 02 apuram presunção de omissão de saídas em períodos simultâneos, ou seja, de abril a setembro de 2014.

Logo, em relação ao período supra citado, para evitar exigência em duplicidade, entendo que deve ser excluído da exigência fiscal os valores exigidos no mês de setembro de 2004 da Infração 01 e nos meses de abril a agosto de 2014, da Infração 02.

Pelo exposto, concluo pela subsistência parcial das infrações 01 e 02, consoante demonstrativo a abaixo:

DEMONSTRATIVO COMPARATIVO - INFRAÇÃO 01				DEMONSTRATIVO COMPARATIVO - INFRAÇÃO 02			
Data de Ocor.	AUTO DE INFRAÇÃO	JULGAMENTO	MULTA	Data de Ocor.	AUTO DE INFRAÇÃO	JULGAMENTO	MULTA
31/03/2014	3.170,56	3.170,56	100%	30/04/2014	1.048,00	0,00	100%
30/04/2014	2.012,64	2.012,64	100%	31/05/2014	591,30	0,00	100%
31/05/2014	1900,94	1.900,94	100%	30/06/2008	1.265,48	0,00	100%
30/06/2008	2.948,44	2.948,44	100%	31/07/2014	657,28	0,00	100%
31/07/2014	1.899,76	1.899,76	100%	31/08/2014	633,97	0,00	100%
31/08/2014	2.228,59	2.228,59	100%	30/09/2014	1.456,50	1.456,50	100%
30/09/2014	444,53	0,00	100%	31/10/2014	3.291,84	3.291,84	100%
TOTAL	14.605,46	14.160,93		30/11/2014	1.130,22	1.130,22	100%
				31/12/2014	1.328,35	1.328,35	100%
				31/01/2015	872,60	872,60	100%
				29/02/2015	992,46	992,46	100%
				31/03/2015	697,32	697,32	100%
				30/04/2015	326,57	326,57	100%
				TOTAL	14.291,89	10.095,86	

As Infrações 03, 04 e 05, cuidam de multa fixa por descumprimento de obrigação acessória, respectivamente, falta de apresentação da DMA, entrega de DMAs com dados incorretos e falta de entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD.

A legislação de regência que fundamenta a autuação é preconizada pelo art. 42 da Lei 7.014/96, *in verbis*:

Infração 03:

XV - R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais):

[...]

h) pela falta de apresentação, no prazo regulamentar, da Guia de Informação e Apuração do ICMS, da Guia Nacional de Informação e Apuração ICMS Substituição Tributária (GIA ST), da Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) ou de sua Cédula Suplementar (CSDMA);

Infração 04:

XVIII - R\$ 140,00 (cento e quarenta reais):

[...]

c) em razão da omissão de dados ou da declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais exigidas através de formulários próprios;

Infração 05:

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:

[...]

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;

Em sede de defesa o Autuado alegou que foram aplicadas penalidades, inclusive dobradas para os mesmo períodos.

Depois de compulsar a acusação fiscal de cada uma das autuações constato que se afiguram devidamente lastreadas na previsão legal estatuída pela Lei nº 7.014/96.

Constato que cada uma das irregularidades apontadas tem fundamento em descumprimento de obrigação acessória distinta, portanto, não deve prosperar a alegação de que ocorrera superposição de períodos na aplicação das multas. Logo, ante a independência e especificidade das infrações sem repercussão alguma entre elas, não há que se falar em duplicidade de sanção.

Quanto à alegação de que fornecera às Autuantes os arquivos em CD, e que a fiscalização preferiu aplicar penalidades ao invés de apontar possíveis erros nos arquivos de sua EFD, não faz o menor sentido, uma vez que a acusação fiscal é clara e evidente, pois trata explicitamente da falta de entrega da EFD nos prazos previstos na legislação, ou seja, o suposto fornecimento ulterior, o qual não foi sequer, trazido aos autos qualquer comprovação, não desconstitui a irregularidade cometida.

Ademais, inexistente na legislação qualquer previsão para relevar ou atenuar o cometimento da infração objeto da autuação.

Dessa forma, concluo pela subsistência das Infrações 03, 04 e 05.

No que diz respeito à alegação de que a multa aplicada 100% às Infrações 01 e 02, afigura-se devidamente tipificada na forma expressamente prevista no inciso III, do art. 42 da Lei 7.014/96. Com relação à falta de proporcionalidade e o caráter confiscatório da multa argüidos pelo autuado, destaco que este órgão julgador administrativo não possui competência para a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

No que tange ao pedido de redução de multa, tal pleito não pode ser atendido, pois, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, tal matéria ultrapassa a competência das Juntas de Julgamento Fiscal, acorde preconiza o art. 176, inciso III, alínea “c”, do RPAF-BA/99.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207668.3014/16-2**, lavrado contra **PRONTO DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$24.256,79**, acrescido da multa de 100%, prevista no III, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor total de **R\$16.460,00**, previstas no art. 42, incisos XV, alínea “h”, XVIII, alínea “c”, e XIII-A alínea “i”, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de maio de 2017

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA