

A. I. Nº - 207160.0016/14-5
AUTUADO - ABRBA COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI.
AUTUANTE - FRANCISCO CARLOS DE SANTANA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 14/06/2017

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0106-03/17

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. O autuado não logra elidir a acusação fiscal. Infração caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. As alegações do Contribuinte são desprovidas de provas capazes de descaracterizar a irregularidade apurada. Infração subsistente. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. a) FALTA DE FORNECIMENTO. b) FORNECIMENTO FORA DO PRAZO REGULAMENTAR. Contribuinte não apresenta provas capazes de elidir qualquer das acusações fiscais relacionadas. Infrações mantidas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 29/12/2014, traz a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$66.150,83, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas:

Infração 1 - 02.01.02. - deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro, fevereiro, junho, outubro e dezembro de 2010, no valor de R\$562,27, acrescido das multas de 70% e 100%;

Infração 2 - 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 junho, agosto e setembro de 2010, no valor de R\$1.497,59, acrescido da multa de 100%;

Infração 3 - 16.12.15 - deixou de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, das operações e prestações realizadas, nos meses de fevereiro a dezembro de 2010, sendo aplicado multa de 1% sobre as operações de saídas totalizando R\$42.010,97;

Infração 4 - 16.12.19 - forneceu arquivos magnéticos fora dos prazos previstos pela legislação, enviados via internet através do validador Sintegra, nos meses de fevereiro a novembro de 2009, janeiro, março, junho, novembro e dezembro de 2010, sendo aplicada multa de R\$1.380,00 por cada mês em que ocorreu o atraso na entrega, totalizando R\$22.080,00.

O autuado através de advogado, procuração fl.60, contesta o PAF fls.48/59. Registra a tempestividade da defesa. Repete as infrações que lhe foram imputadas. Diz que o processo administrativo fiscal encontra-se materialmente viciado, motivo pelo qual sua revisão torna-se imperiosa, face à clara ilegalidade que apresenta.

Relativamente à infração 01, afirma que o Fiscal, apesar de apontar uma suposta ausência de recolhimento do ICMS referente à operações não escrituradas em livros fiscais próprios, sequer aponta quais foram estas operações, cerceando seu direito de defesa. Diz que o autuante não especificou quais foram as operações omitidas, muito menos as notas fiscais a ela relacionadas, de sorte a viabilizar o contraditório, ou mesmo a contra prova do contribuinte. Sustenta que ao contrário, lavrou o Auto, considerando apenas o cruzamento de informações, constantes dos Registros 60A, 60M e 60R, cujo demonstrativo em nada esclarecem ou mesmo provam o cometimento da infração.

Salienta que mesmo o Autuador tendo lhe intimado a apresentar os livros fiscais da empresa, sequer apontou, quando deveria fazê-lo, discriminando quais as operações não escrituradas e quais as respectivas notas, viabilizando a defesa e a contra prova do Autuado.

Aduz que este procedimento comprometeu seu direito de defesa e do contraditório, motivo pelo qual a infração 01 não pode prosperar.

Quando à infração 02, afirma que inexistiu qualquer omissão, vez que suas Declarações de Imposto de Renda sempre acusaram e comprovaram faturamento superior àquele indicado pela administradora do cartão.

Afirma que considerando o faturamento declarado da empresa, que em todos os meses foi superior àquele declarado pela Administradora do Cartão de Crédito, a conclusão que se chega é que inexiste a omissão apontada, vez que o ICMS sempre foi recolhido, em todos os meses e em todos os exercícios, em valores bem superiores àquela base de cálculo informada pela Administradora do Cartão.

No que tange à infração 03, diz que - à despeito do quanto alegado no Auto de Infração - sempre apresentou os arquivos magnéticos (ainda que alguns de forma extemporânea), sempre apresentando todos os registros, os quais se encontra obrigado por lei.

Argumenta que estranha a infração e a penalidade de 1% (um por cento) sobre o total de saídas do exercício de 2010, vez que, compulsando-se o próprio Relatório de Arquivos Recepionados emitido pela SEFAZ, vê-se que todos os arquivos magnéticos foram devidamente entregues ao Fisco Estadual (ainda que com possíveis atrasos), assim como, todos os Registros exigidos por Lei – máxime os registros 75, 60-R, 61 e 61-R – foram oportunamente informados ao Fisco, via Sintegra.

Conclui que não deve prosperar a infração 03, vez que inexistiu qualquer falta de entrega de arquivos magnéticos, assim como, qualquer falta de informações sobre operações ou prestações realizadas, conforme indicado no Auto.

Destaca que a Intimação realizada pelo Autuador, em 2014, para que a empresa apresentasse os arquivos magnéticos com os Registros 75, 60-R, 61 e 61-R, revelou-se inócuia e despropositada, vez que a empresa já havia apresentado tais arquivos contendo os registros solicitados em épocas próprias, o que pode ser comprovado no próprio relatório apresentado nos autos.

Observa ainda, que o registro 61-R refere-se à emissão de notas fiscais, modelo D1, as quais quase nunca eram emitidas, motivo pelo qual, a grande maioria dos meses indicados, ela era enviada “zerada”. Não houve, pois, omissão quanto à informação, mas ausência de emissão daquele modelo de nota fiscal.

Conclui que todos os arquivos Sintegra foram transmitidos ao Fisco Estadual, assim como sempre foram emitidos os arquivos retificadores do Sintegra, com todos os registros por lei exigidos, inclusive os arquivos 75, 60-R, 61 e o 61-R, motivo pelo qual, diz que a infração há de ser declarada insubstancial.

Acrescenta que apesar de o relatório anexado pelo auditor fiscal comprovar sua assertiva, por preciosismo, anexa à defesa os Recibos de Entrega do Sintegra, comprovando a efetiva entrega

dos registros solicitados, confirmando a inexistência da infração 03, refutando, de pronto, qualquer dúvida acerca da sua improcedência.

No tocante a infração 04, observa que o exercício financeiro de 2009 fora tolhido pela Decadência. Afirma que incorreu em erro do Agente Autuador, vez que cobrou multa fixa sobre todo o exercício de 2009, período este, que já se encontra caduco.

Esclarece que com a publicação da Lei baiana nº. 13.199/2014, que altera o Código Tributário do Estado da Bahia – Lei n. 3.956/81, dentre os quais os arts. 107-A e 107-B, que tratam da decadência. Diz que os referidos artigos revogados estipulavam contagem do prazo decadencial diferentemente do CTN, ou seja, somente a partir do primeiro dia útil do exercício financeiro subsequente, e não da ocorrência do fato gerador.

Observa que com a referida mudança, a contagem do prazo decadencial passa a ser o da ocorrência do fato gerador e não mais do primeiro dia útil do exercício financeiro subsequente. Aduz que com essa alteração legislativa, o prazo decadencial passa a ser contado mês à mês, a partir da ocorrência do fato gerador, vez que o ICMS é mensal, e a obrigatoriedade da entrega dos arquivos magnéticos, também determina que ela seja feita mensalmente. Conclui que todo exercício de 2009, mês à mês, fora abarcado pela decadência, vez que a constituição definitiva do crédito tributário - via cientificação do Auto de Infração – somente ocorreu em 30.12.2014, ou seja, quando passado 05 (cinco) anos, legalmente estipulados.

Salienta que somente a partir de 30.12.2014, data da intimação do contribuinte, restou finalizada o ato de lançamento tributário, oportunidade em que fora informado ao impugnante: o valor devido e o prazo para pagamento. Assim, resta perfeito e acabado que o exercício de 2009 fora tolhido pela decadência.

Explica que pelo § 7º, do art. 42 da Lei 7.014/96, o Órgão Julgador Administrativo poderá reduzir ou cancelar as multas por descumprimento de obrigação acessória, desde que fique comprovada a ausência de dolo, fraude ou simulação no cometimento das infrações e que não implique falta do recolhimento do imposto. Diz ser o que ocorre no presente caso, pois jamais deixou de apresentar os arquivos magnéticos ao menos 01 mês sequer, bem assim, sempre recolheu todo o ICMS devido aos cofres estaduais. Ademais, sempre apresentou todos os Registros exigidos em lei, de sorte que a SEFAZ detém todas as informações necessárias para eventuais fiscalizações.

Entende que o fato de ter entregue alguns arquivos magnéticos poucos dias após o prazo estipulado no art.708-A do RICMS/BA, não traz ao Fisco prejuízo algum, vez que todas as informações exigidas em lei foram encaminhadas para a SEFAZ muito antes da presente fiscalização.

Frisa ser um dos bares e restaurantes mais conhecidos da Cidade do Salvador, sendo um dos principais contribuintes do Estado da Bahia no seu segmento. Diz restar patente a ausência de dolo, fraude ou simulação, bem assim, o sempre correto e pontual recolhimento do ICMS, motivo pelo qual roga a este CONSEF pelo cancelamento das multas aplicadas, vez que eventuais atrasos jamais trouxeram qualquer prejuízo ao fisco estadual.

Observa ainda, que a imposição de uma penalidade como a aplicada na infração 04 pelo simples descumprimento de uma obrigação acessória, que nenhum prejuízo trouxe ao Fisco Estadual – vez que sempre apresentou os seus arquivos magnéticos, atrasando alguns meses, revela-se violadora dos princípios constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade e até mesmo do não confisco.

Ressalta ser desproporcional e desarrazoadamente impor 16 penalidades no elevado montante de R\$1.380,00 – cada, por ter o Contribuinte enviado o arquivo magnético poucos dias após a data prevista no Regulamento e muito antes da fiscalização, e que não trouxe nenhum prejuízo ao Estado, vez que sempre cumpriu com suas obrigações legais e sempre recolheu integralmente o ICMS devido aos cofres estaduais.

Por fim, revela que do demonstrativo anexado ao auto, infere-se que a multa fora atualizada monetariamente até os dias atuais, revelando nítida ilegalidade. Cita o dispositivo utilizado para enquadramento para afirmar que o Regulamento do ICMS, estipula multa fixa por entrega extemporânea, apontando como valor fixo: R\$ 1.380,00 por mês atrasado. Diz que se o valor é fixo, jamais poderia tal valor ser reajustado para fazer incidir acréscimos moratórios, o legislador estipulou um valor máximo.

Requer seja declarada a insubsistência da Infração 01, porque houve nítida violação ao contraditório e a ampla defesa; insubsistência da infração 02, vez que as Declarações de Imposto de Renda anexadas, comprovam que o faturamento da empresa é muito superior àquele informado pela Administradora do Cartão de Crédito, portanto, o ICMS recolhido aos Cofres estaduais sempre foi muito superior àquele apontado na diferença constante nos Demonstrativos da Infração 02; no que tange a infração 03, seja declarada sua insubsistência, vez que, reversamente do quanto alegado pelo Auditor, todos os arquivos Sintegra foram transmitidos ao Fisco Estadual, e “sempre” foram emitidos os arquivos retificadores do SINTEGRA, com todos os registros por lei exigidos, inclusive o 75, o 60-R, o 61 e o 61-R; sobre a infração 04, seja declarada a insubsistência parcial vez que o crédito tributário do exercício financeiro de 2009, já se encontra tolhido pela Decadência; seja também declarada a insubsistência da Infração 04, com base no art. 42, § 7º da Lei n. 7.014/96, vez que inexistiu dolo, fraude ou simulação por parte da Autuada, bem assim porque todo o ICMS do período fora oportunamente e integralmente, recolhido aos cofres baiano, e os atrasos, porventura ocorridos, jamais causaram prejuízo algum ao Fisco Estadual; seja também declarada a insubsistência da Infração 04, vez que a multa aplicada revelou-se desproporcional, desarrazoada e até mesmo confiscatória. Acaso, ainda assim, este Conselho entenda ser devido a multa, que seja afastada qualquer correção monetária incidente sobre o valor, vez que o Regulamento do ICMS é enfático ao estipular multa fixa.

Por fim, requer seja realizado o cadastramento do Patrono desta Defesa Administrativa no sistema do CONSEF/SEFAZ, bem como a inclusão do seu e-mail: daniel_leal@hotmail.com, para acompanhar o andamento do processo, recebendo intimações e publicações realizadas, sob pena de nulidade processual.

À fl.120, o procurador da autuada requer a desistência da defesa administrativa apresentada, pelo que requer seja dado ao feito seu regular prosseguimento, informando que com a renúncia expressa aos poderes conferidos no instrumento de mandato anexado ao processo, informando não mais possuir qualquer vinculação ao processo.

O preposto fiscal designado pela SEFAZ prestou informação fiscal fls.122/124. Transcreve as irregularidades apontadas no auto de infração. Chama atenção para o requerimento da fl. 120 de 24/03/2015, escrito pelo contribuinte e assinado por seu procurador (cuja procuração se encontra à fl. 60, deste PAF), em que o Sr. Daniel Leal, OAB/BA 20.893, requer “a desistência” da defesa administrativa apresentada, pelo que deve ser dado ao feito seu regular prosseguimento, bem como, informa a renúncia expressa aos poderes conferidos no instrumento de mandato anexado ao processo, noticiando, ainda, que o causídico não possua mais, qualquer vinculação com o processo.

Sobre a petição explica que: (i) a petição teve justo direito de ser protocolada, uma vez que o RPAF/99 prevê no seu artigo 3º, inciso II, que o advogado poderá peticionar em nome do sujeito passivo, que foi o caso; (ii) considera que a petição arrolou em seu corpo as demais condicionantes previstas no artigo 8º, do RPAF, como, dirigiu-se ao Presidente do CONSEF da SEFAZ; identificou-se através da razão social, endereço, inscrição estadual e federal; apresentou o seu pedido e seus fundamentos de forma clara e precisa; não houve necessidade de apresentar meios de prova, já que se trata de uma desistência de defesa do auto de infração à epígrafe; e assinou e colocou o seu nome no corpo da petição, além de ter indicado o número do documento de identidade e do órgão expedidor no citado documento; (iii) e a petição não poderá ser indeferida, uma vez que atende às formalidades previstas no artigo 10, do RPAF/99, como segue: não foi intempestiva (já que requereu dentro do prazo legal), não está viciada (já que foi assinada

por pessoa com competência), não está inepta (pois contém o pedido, o qual é compatível com os seus fundamentos e está contemplada na legislação tributária, bem como, contém os elementos essenciais à identificação do sujeito passivo, inclusive a assinatura do requerente) e não é ineficaz (posto que poderá surtir os efeitos legais requeridos).

Afirma que com base na petição caracterizada (e anexa a este PAF), observa que a defesa inicial do contribuinte foi abandonada, o que leva a deferir a petição do contribuinte (isto é, deferir a desistência da defesa administrativa). Diante disso, opina pela manutenção de todos os termos do auto de infração.

Na fase instrutória, foi verificado que não se encontrava apensado ao PAF, o "Relatório TEF Diário" sobre a infração 02, omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de venda com pagamento em cartão em valor inferior ao fornecido pelas administradoras. A 3^a JJF em pauta suplementar decidiu converter o PAF em diligência, a fim de que fosse saneado tal vício e reaberto prazo de defesa ao autuado.

Cumprida a diligência, o autuado foi devidamente intimado fls.838/839 e 843/844 e não se manifestou.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir crédito tributário consubstanciado na apuração de quatro infrações, devidamente relatadas na inicial.

Inicialmente vale registrar que o patrono da autuada regularmente constituído, procuração fl.60, após impugnação inicial, interveio no processo fl.120, para informar de sua desistência, como advogado da autuada.

Sobre este fato, observo que a impugnação inicial é válida, considerando que inexiste nos autos qualquer prova de que a procuração anexada ao processo esteja viciada. Portanto, o procurador está afastado de manifestações referentes ao processo a partir de 24/03/2015, data em que informou renúncia expressa aos poderes conferidos no instrumento de mandato anexado ao PAF.

O defendente afirmou que o processo administrativo fiscal encontra-se materialmente viciado, motivo pelo qual sua revisão seria imperiosa. Acrescentou também, que sofreu óbice ao seu direito de defesa, no que diz respeito a infração 01, visto que o auditor fiscal, apesar de acusar a ausência de recolhimento do ICMS referente à operações não escrituradas em livros fiscais próprios, deixou de apontar quais foram estas operações. Disse ainda, que o autuante não teria especificado quais as notas fiscais relacionadas a esta infração, de sorte a viabilizar o contraditório, ou mesmo a contra prova do contribuinte.

Analizando os elementos constantes do presente PAF, verifico que o defendente não aponta objetivamente quais os vícios teria identificado no PAF. Sobre a argüição a respeito da infração 01, ao contrário do alegado pelo autuado, observo constar demonstrativo fl.15, onde se encontra a descrição clara de que a irregularidade apurada refere-se a diferença constatada entre a redução "Z" arquivo 60 e os valores registrados no livro Registro de Saídas (valores da redução Z, maiores que o registrado no citado livro fiscal).

Observo que o presente auto de infração foi lavrado com base nas informações prestadas pelo próprio contribuinte através dos arquivos magnéticos e EFD – Escrituração Fiscal Digital, além dos livros e documentos fiscais (cupons e notas fiscais) apresentados.

Constatou, portanto, que a lavratura do auto de infração encontra-se dentro das formalidades exigidas pelo RPAF/99 e os enquadramentos tributários lastreados na Lei 7.014/96, RICMS/97, RICMS/12, constando do PAF os demonstrativos que sustentam as infrações e que foram devidamente entregues ao autuado, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos de nulidades elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

Nas razões defensivas, o impugnante suscitou a decadência parcial de valores da infração 04, requerendo seja declarada a insubsistência parcial, vez que o crédito tributário do exercício financeiro de 2009, se encontraria tolhido pela Decadência.

Esta infração trata do fornecimento de arquivos magnéticos fora dos prazos previstos pela legislação, enviados via internet através do validador Sintegra, nos meses de fevereiro a novembro de 2009, janeiro, março, junho novembro e dezembro de 2010, sendo aplicada multa de R\$1.380,00 por cada mês em que ocorreu o atraso na entrega.

Sobre o instituto de decadência, observo que assim determina o art. 150 do CTN, “*O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa*”.

O § 4º desse mesmo artigo estabelece que, “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”. Neste caso, a contagem do prazo de decadência é a partir do fato gerador do tributo.

Por outro lado, de acordo com o art. 173, I do CTN, “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

O entendimento que vem prevalecendo no CONSEF é no sentido de que “o lançamento por homologação seria aquele em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa. Neste caso, é aplicável a regra do art. 150, § 4º, do CTN, ou seja, o referido dispositivo aplica-se aos casos em que haja algum pagamento a ser homologado, de acordo com a apuração feita pelo contribuinte”.

A partir dessa análise, pode-se apurar a existência de débito declarado e não pago e tributo não declarado e não recolhido (situação de total omissão, nada havendo a homologar), ou ainda, casos em que, mesmo havendo algum pagamento, o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação.

No caso em exame, em ação fiscal, no que diz respeito à infração 04, trata-se de multa por descumprimento de obrigação acessória e a defesa argui decadência, no que diz respeito ao período de fevereiro a novembro de 2009. Importante lembrar, que nos termos do art.113, § 3º do CTN, a obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária. Logo, neste caso, se aplica a regra estabelecida no art. 173, I, do CTN, e a contagem se dá a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido efetuado.

Nesta seara, considerando que as ocorrências se deram de fevereiro a novembro de 2009, a contagem do prazo decadencial se inicia em 01.01.2010 findando-se em 31.12.2015. Como o presente lançamento fiscal foi efetivado em 2.12.2014, não há que se falar em decadência dos valores aqui exigidos. Dessa forma, afasto a decadência suscitada.

No mérito, a infração 01 acusa o sujeito passivo de ter deixado de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro, fevereiro, junho, outubro e dezembro de 2010.

O defendente afirmou que o autuante não especificou quais foram as operações omitidas, muito menos, as notas fiscais a ela relacionadas, de sorte a viabilizar o contraditório, ou mesmo a contra prova do contribuinte. Sustentou que o Auto de Infração foi lavrado, considerando apenas o cruzamento de informações, constantes dos Registros 60A, 60M e 60R, cujo demonstrativo em nada esclarecem ou mesmo provam o cometimento da infração.

Da análise dos elementos que compõem esta infração, especificamente, o lançamento fiscal e o levantamento que lhe dá suporte, verifico que a alegação do autuado não se sustenta. Conforme dito anteriormente, quando da apreciação das preliminares, consta dos autos, demonstrativo fl.15, que esta infração se refere a diferença entre a redução "z" arquivo 60 e os valores registrados no livro Registro de Saídas.(valores da redução Z maiores que o registrado no citado livro fiscal).

Ora, os documentos fiscais em que se baseiam tais operações e que estão sendo reclamados pela defesa, estão em poder do próprio defendant, visto que foram por ele emitidos. Neste caso, caberia ao autuado demonstrar que os valores de saídas registrados em seus arquivos magnéticos e encaminhados à SEFAZ, estariam inconsistentes com sua documentação fiscal, comprovando com a apresentação dos documentos fiscais correspondentes.

Nessa esteira, considero que o autuado não logrou elidir a acusação fiscal, pois não trouxe elementos que ensejassem a modificação ou exclusão da irregularidade que lhe foi imputada, motivo pelo qual a infração 01 é subsistente.

A infração 02 refere-se a 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 junho, agosto e setembro de 2010.

No curso da instrução processual, foi verificada que não constava do processo, o Relatório Diário TEF com a discriminação analítica de todas as operações de vendas realizadas com pagamento via cartão de crédito/débito, documento imprescindível para a defesa do autuado.

A 3ª JJF decidiu então, em pauta suplementar, converter o processo em diligência a fim de que fosse fornecido o citado Relatório Diário TEF ao autuado, com reabertura do prazo de defesa, a fim de que fosse sanado tal vício. A diligência foi cumprida conforme fls.838/839 e 843/844.

Em sua defesa, o defendant limitou-se a negar o cometimento da referida infração alegando que o faturamento declarado da empresa, em todos os meses foi superior àquele declarado pelas Administradoras de Cartão de Crédito.

No caso em comento, para apurar o valor devido, vejo que o autuante efetuou levantamento fiscal pelos valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, e por não ter sido apresentado qualquer documento fiscal por parte do contribuinte para serem comparados com tais valores, presumiu-se a omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, conforme previsão do art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96, *in verbis*:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

....

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em 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, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. (grifo nosso)

Estamos diante de uma presunção legal relativa, prevista pelo § 4º do art. 4º da Lei 7014/96, cabendo ao impugnante o ônus da prova, devendo trazer aos autos os elementos necessários que se oponham aos fatos presumidos. Ao contrário do que entendeu o defendant, não se compara o total do faturamento da empresa com os valores informados pelas administradoras de cartão, mesmo porque as empresas realizam vendas que recebem por outros meios de pagamento como: cheques, dinheiro etc.

Ao sujeito passivo caberia demonstrar a indicação das vendas diárias realizadas com cartão de crédito/débito no período fiscalizado, indicando os documentos comprobatórios coincidentes em data e valor com tais vendas.

Da análise de sua defesa observo que não constam os meios de prova com que o interessado pretenda demonstrar a verdade de suas alegações, consoante dispõe o Art. 8º, inciso IV do RPAF. Ademais, não traz aos autos os elementos necessários que se oponham aos fatos presumidos, portanto, a simples negativa de cometimento da infração não o desonera de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, nos termos do art. 143 do citado RPAF/BA.

Concluo, portanto, subsistir a infração consubstanciada nos autos, referente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis não elididas com elementos de objetiva prova pelo autuado conforme valores apurados pelo autuante. Mantida a infração 02.

As infrações 03 e 04 se referem respectivamente, a multa pelo descumprimento de obrigação acessória em decorrência da falta de fornecimento de arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, das operações e prestações realizadas, nos meses de fevereiro a dezembro de 2010, sendo aplicada multa de 1% sobre as operações de saídas e ao fornecimento de arquivos magnéticos fora dos prazos previstos pela legislação, enviados via internet através do validador Sintegra, conforme Demonstrativo fls. 17/18.

O defensor alegou, no que tange à infração 03, que sempre apresentou o arquivo magnético (ainda que alguns de forma extemporânea), com todos os registros, aos quais se encontra obrigado por lei. Afirmou que tanto fez a entrega dos documentos à SEFAZ, que o autuante aplicou a penalidade de 1% (um por cento) sobre o total de saídas do exercício de 2010, provando que todos os arquivos magnéticos foram devidamente entregues ao Fisco Estadual, ainda que com possíveis atrasos, portanto esta infração deveria ser cancelada.

Compulsando os autos, constato que o impugnante não contesta os cálculos realizados pelo auditor fiscal e inclusive reconhece ter encaminhado os arquivos do Sintegra com atraso.

O pleito do contribuinte não pode ser acatado, uma vez que a multa tem previsão em dispositivo legal, o qual não condiciona a aplicação da pena à intenção do agente. Ademais, a multa foi aplicada em decorrência do atraso no envio dos arquivos, caso houvesse omissão de entrega o enquadramento legal seria diferente. Portanto, concluo pela subsistência desta infração.

Sobre a infração 04, além da decadência arguida para o exercício financeiro de 2009, devidamente apreciada nas preliminares, o defensor solicitou seja declarada a insubsistência desta infração com base no art. 42, § 7º da Lei n. 7.014/96, alegando que não causou qualquer prejuízo ao Fisco Estadual, pois inexistiu dolo, fraude ou simulação e o ICMS do período fora oportuna e integralmente, recolhido aos cofres baiano, não causando qualquer prejuízo ao Fisco Estadual. Disse também, que deveria ser afastada qualquer correção monetária incidente sobre o valor, vez que o Regulamento do ICMS é enfático ao estipular multa fixa para a conduta ora apenada. Apelou em sua defesa, pela redução ou cancelamento da multa aplicada, sob o argumento de que esta se revela desproporcional e confiscatória.

Não acolho o pedido para redução ou cancelamento da multa aplicada sob a alegação de que a infração foi cometida sem a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, visto que o autuado não logrou comprovar esta justificativa, considerando que no próprio auto de infração em comento restou caracterizado descumprimento de obrigação principal nas infrações 01 e 02 que foram apuradas através de levantamento fiscal.

Ademais, não se pode olvidar que a inobservância dessas importantes obrigações acessórias acarreta prejuízos operacionais ao fisco, pois a indisponibilidade das informações contidas nos arquivos magnéticos dificulta e, em alguns casos, impede a aferição da regularidade fiscal do estabelecimento fiscalizado. Infrações mantidas.

O defendant contestou a aplicação de acréscimos moratórios sobre a multa aplicada na infração 04. Disse que se o valor é fixo, jamais poderia tal valor ser reajustado para fazer incidir acréscimos moratórios, pois o legislador teria estipulado um valor máximo.

Observo que o pagamento de débito tributário fora do prazo legal, mesmo espontâneo, está sujeito a acréscimos moratórios nos termos do art. 138 e 139 do RICMS/97.

Outrossim, afasto a alegação defensiva, ante ao que estabelece o parágrafo único do art. 138-B do retrocitado diploma legal, *in verbis*:

Parágrafo único. A partir de 1º de janeiro de 2006, também incidirão acréscimos moratórios sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício decorrentes do descumprimento de obrigação tributária acessória, na forma prevista no inciso II deste artigo.

Em relação a alegação da defesa, de constitucionalidade da multa aplicada, visto que a mesma foi fixada em patamares que tornam sua cobrança confiscatória, sendo vedado o confisco, sob pena de violação ao direito de propriedade, verifico que não pode ser acatada. Observo que a sua aplicação neste processo é prevista em dispositivo legal, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas, em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar PROCEDENTE o auto de infração nº 207160.0016/14-5, lavrado contra a **ABRBA COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.059,86**, acrescido das multas de 70% sobre 495,52, e de 100% sobre R\$1.564,34, previstas no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$64.090,97** previstas no art. 42 inciso XIII-A alínea "j" do citado diploma legal, alterada pela Lei 10.847/07, e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de junho de 2017.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR