

A. I. Nº - 271351.1405/14-3
AUTUADO - ELETROSOM S/A
AUTUANTE - LAUDIONOR BRASIL PEDRAL SAMPAIO
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 04.09.2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0141-05/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Aquisição de mercadoria com pagamento por antecipação tributária. Demonstrado que houve apuração e recolhimento através do regime normal. Os créditos, portanto, foram devidos. Infração 1 improcedente. 2. ANTECIPAÇÃO COM SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MULTA. As mesmas razões constantes da infração 01 recaíram sobre a infração 02, ou seja, o sujeito passivo demonstra com o acolhimento do autuante, que efetuou as saídas normalmente tributadas e apurou o imposto devido. A infração exigia o imposto devido por antecipação tributária, porém foi transformada em multa por descumprimento de obrigação acessória, tendo em vista a comprovação das saídas tributadas, conforme dispõe o art. 42, II, "d" e §1º da Lei 7.014/96. Infração 2 parcialmente subsistente. 3. CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO. LEVANTAMENTO DE VENDA C/ CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO. LANÇAMENTO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO A ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA. Reduzida a infração após o acolhimento de parte das arguições defensivas. Infração 3 parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/05/2014, exige ICMS no valor histórico de R\$1.495.823,29 em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por antecipação tributária, conforme demonstrativo 2. Multa de 60% - Art. 42, VII, "a", da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$11.335,50;

INFRAÇÃO 2 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, conforme demonstrativos 1 e 1.1 (Resumo). Multa de 60% - Art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$16.191,46;

INFRAÇÃO 3 - 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, conforme demonstrativos Planilha de Apuração das Vendas em Cartões de Débito/Crédito e Apuração Mensal. Multa de 100% - Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$1.468.296,33.

O autuado apresenta defesa, às fls. 264/287 dos autos, inicialmente, relata quanto à tempestividade e descreve as infrações.

Em sua peça defensiva afirma que na infração 3, para apurar a base de cálculo das operações supostamente omitidas, a Fiscalização aplicou a regra de presunção prevista na Instrução Normativa Estadual nº 21/2007, ou seja, considerou todas as operações declaradas pelas

administradoras dos cartões de crédito como supostamente omitidas e reduziu o valor dessas operações mediante a aplicação do índice de proporcionalidade extraído a partir da razão entre as saídas tributadas e as não tributadas (isentas ou sujeitas à substituição tributária) em cada ano.

Sobre a base de cálculo encontrada após a aplicação dos índices, a Fiscalização calculou o imposto exigido, mediante a aplicação da alíquota interna de 17%. Entretanto, afirma que o imposto exigido pela Fiscalização foi integralmente recolhido pela Impugnante. Explica que, por um equívoco escusável e meramente formal no sistema emissor de cupons fiscais (ECF) da Impugnante, foi que todas as operações realizadas com cartões de crédito/débito foram registradas nos cupons fiscais sob a forma de pagamento “*outras/dinheiro/cheque*” ao invés de terem sido registradas sob a modalidade “*cartão de crédito/débito*”. Com isso, ao comparar o registro dos referidos cupons fiscais (relatório redução Z – doc. 3 anexo, por amostragem) com os relatórios emitidos pelas administradoras dos cartões, a Fiscalização considerou que a impugnante não teria tributado nenhuma venda sequer realizada com cartão de crédito e débito. Contudo, o que houve foi um mero equívoco no sistema emissor de cupons fiscais e, apesar de tal erro, todas as operações do período, dentre elas, as operações realizadas por meio de cartões de crédito/débito, foram oferecidas à tributação.

Em relação às infrações 2 e 3, afirma que não houve recolhimento a menos do imposto. Pontua que em relação aos fatos geradores ocorridos de janeiro a março de 2012, a legislação do Estado da Bahia não previa o recolhimento do ICMS antecipação tributária em relação ao produto autuado (som automotivo). Assim, em relação a esse período não se sustentam as exigências do ICMS antecipação tributária, bem como o estorno dos créditos aproveitados pela impugnante, uma vez que o aproveitamento dos créditos somente é vedado nos casos em que o ICMS é recolhido por antecipação tributária na entrada.

No que se refere ao período posterior a março/2012, salienta que o procedimento adotado pela Impugnante, qual seja, o recolhimento do ICMS antecipação parcial e o aproveitamento dos respectivos créditos de ICMS, associados à tributação das operações subsequentes de vendas internas dos produtos, conforme se demonstrará a seguir, também não implicou qualquer falta de recolhimento de imposto ao Estado ou qualquer prejuízo ao erário, motivo pelo qual também não se sustentam as exigências perpetradas em seu desfavor.

Em preliminar de nulidade, na infração 3, alega que a fiscalização desconsiderou documentação fiscal/contábil da impugnante para o lançamento desta imputação, pois por meio da Inspetoria Fazendária de Vitória da Conquista, lavrou o presente Auto de Infração para a cobrança de ICMS devido nos anos-calendários de 2012 e 2013, em razão de ter encontrado suposta diferença entre os valores de vendas, cujos pagamentos foram efetuados por meio de cartões de débito/crédito e declarados pelas administradoras desses cartões no Relatório TEF, e os cupons fiscais emitidos pela Impugnante via ECF (relatórios redução Z – doc. 3 anexo). Ou seja, entendeu a Fiscalização que a Impugnante teria omitido todas as vendas realizadas com cartão de crédito e débito e exigiu o imposto supostamente não recolhido sobre tais vendas.

Destaca que a Fiscalização considerou como diferença a totalidade dos valores constantes no Relatório TEF, pois nos cupons fiscais emitidos no período não havia a declaração de qualquer venda efetuada com pagamento sob a modalidade de cartão de crédito/débito.

Explica que, para realizar o arbitramento da base de cálculo do ICMS supostamente omitido, a Fiscalização desconsiderou por completo a documentação fiscal/contábil da Impugnante, que retrata, conforme se abordará mais detidamente no próximo tópico, que os valores indicados pelas administradoras de cartões de crédito no Relatório TEF compuseram a base de cálculo do ICMS apurado e recolhido no período. Ou seja, a Fiscalização baseou-se em apenas dois documentos (Relatório TEF e cupons fiscais – relatório redução Z) para presumir que os valores teriam sido omitidos pela Impugnante na apuração do imposto estadual.

De acordo com o art. 148 do CTN, declara que a administração fazendária poderá realizar o arbitramento da base de cálculo do tributo sempre que forem omitidas as declarações do sujeito

passivo ou em casos em que as mesmas não mereçam fé. Esta técnica se apresenta como a última providência a ser levada a efeito para o lançamento do crédito tributário, sendo utilizada somente quando esgotadas todas as formas de análise do caso com base na documentação pertinente a ser fornecida pelo sujeito passivo ou terceiros. Portanto, o art. 148 somente autoriza a utilização do arbitramento quando se tornem imprestáveis os dados registrados na escrita do contribuinte, em virtude de omissões ou falsidade.

Aduz que este não é o caso tratado no presente processo, pois conforme adiantado, por um equívoco no sistema emissor de cupons fiscais (ECF) da Impugnante todas as suas operações com cartões de crédito/débito foram registradas sob a forma de pagamento “*outras*” ou “*dinheiro*” ou “*cheque*”, motivo pelo qual foi verificada a diferença entre os valores constantes no Relatório TEF e nos cupons fiscais emitidos.

Defende que todos os valores constantes no referido relatório estão registrados nos livros de apuração do ICMS da Impugnante, de modo que por uma simples análise dessa documentação a Fiscalização teria identificado o pagamento do imposto em relação aos valores apontados pelas administradoras de cartão de crédito/débito e não teria lavrado o presente Auto de Infração.

Além disso, antes mesmo da lavratura do Auto de Infração, afirma que explicou toda a situação que gerou a diferença apontada ao fiscal autuante (mero erro em seu sistema ECF), bem como colocou à sua disposição toda a documentação necessária para a referida análise e constatação de ausência de prejuízo ao erário (efetivo recolhimento do tributo). Entretanto, ao que tudo indica, pareceu-lhe mais conveniente fazer o simples cotejo de dois documentos (Relatório TEF e cupons fiscais – relatório redução Z) e presumir a omissão de receita em razão da diferença matemática encontrada entre um e outro.

Diante desse contexto, registra que o presente Auto de Infração revela-se eivado de nulidade, pois a Fiscalização deixou de analisar a documentação fiscal/contábil da Impugnante antes de lhe imputar o ônus de desconstituir a presunção de omissão de receitas, impondo-lhe, nesse momento, um trabalho que deveria ter sido realizado pelo próprio fiscal autuante antes mesmo do lançamento do crédito tributário.

Afirma que tal medida vem a dificultar sensivelmente o seu direito de defesa, o que se revela pela necessidade patente de realização de perícia técnica, que será requerida no tópico a seguir, caso a nulidade ora apresentada deixe, em remota hipótese, de ser acolhida.

Requer, primeiramente, que seja acolhida a preliminar de nulidade da presente autuação fiscal, uma vez que, para o lançamento do crédito tributário foram desconsiderados os documentos fiscais da Impugnante, partindo-se apenas de documentos eivados de equívoco meramente formal para o arbitramento da base de cálculo do imposto supostamente devido nos anos-calendários de 2012 e 2013.

No mérito, reclama quanto à desconstituição do crédito tributário objeto da infração 3. Esclarece que por um problema técnico em seu sistema emissor de cupons fiscais (ECF), todas as vendas do período foram registradas com pagamento na modalidade “*outras*” ou “*dinheiro*” ou “*cheque*”, o que deu ensejo à diferença constatada pela Fiscalização.

Diante do expressivo volume dos cupons fiscais, diz que se absteve de juntar à presente defesa as suas cópias, as quais, todavia, estão à disposição da Fiscalização, caso julgado necessário, sobretudo para realização da perícia técnica requerida adiante. A partir disso, se apresenta de fácil constatação um erro de processamento no sistema ECF da Impugnante, pois se tratando de empresa varejista especializada no comércio de eletrodomésticos e móveis, entre outros produtos, seria faticamente impossível a ausência de quaisquer vendas com cartões de crédito/débito durante todos os anos-calendários de 2012 e 2013.

Assim, considerando que houve apenas um equívoco na classificação das informações indicadas nos cupons fiscais emitidos nos anos-calendários de 2012 e 2013, e não no valor da receita tributável, verifica presunção apresentada pela Fiscalização, de que todos os valores

apresentados no Relatório TEF teriam sido omitidos pela Impugnante, merece ser fatalmente desconstituída. Afirma que não há que se falar, é certo, que o referido Relatório teria sido emitido de forma errônea pelas administradoras de cartões de crédito/débito, posto que as informações ali prestadas são obtidas de forma automática com base nos dados apresentados no cupom fiscal emitido no ato da venda.

Considerando então que houve apenas um erro de classificação das informações inseridas nos cupons fiscais, ressalta que porque todas as vendas foram equivocadamente classificadas na modalidade de pagamento “outros” ou “dinheiro” ou “cheque”, a Impugnante esclarece que todos os valores decorrentes das vendas, com cartão de crédito e débito, foram oferecidos à tributação estadual. Ou seja, os valores das vendas com cartão de crédito e débito, indicados no Relatório TEF, compõem os valores das vendas realizadas e classificadas (equivocadamente) sob a modalidade de pagamento “outros” ou “dinheiro” ou “cheque”.

Para comprovar tal afirmativa, faz demonstrações por amostragem de alguns valores lançados pela Fiscalização (confronto entre os valores indicados no Relatório TEF e os documentos fiscais/contábeis da Impugnante – doc. 5), o que não excluirá a necessidade de perícia técnica para verificação fiscal de que todos os valores indicados no Auto de Infração que foram objeto de recolhimento do imposto estadual, o que se requer desde já com base no art. 123, §3º c/c 145 do Decreto nº 7.629/99 RPTA.

Em outras palavras, diz que demonstra que todas as operações informadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito no Relatório TEF estão incluídas na relação de vendas sob a forma “outros” ou “dinheiro” ou “cheque” e, por conseguinte, que todas as referidas operações foram devidamente tributadas pelo ICMS devido ao Estado da Bahia, tendo havido um mero equívoco na indicação da classificação de tais vendas, que não corresponde à falta de recolhimento do imposto incidente sobre a operação.

Assim, com relação ao mês de janeiro/2012, toma-se como exemplo os 6 (seis) cupons fiscais, objeto do Relatório Diário Operações TEF, que acompanha a autuação. Junta demonstrativo do Relatório Diário Operações TEF, fl. 275.

Chama atenção que os referidos valores estão incluídos no Relatório de Vendas da Impugnante do mês de janeiro/2012 que, por conseguinte, serviu de parâmetro para a composição da base de cálculo do ICMS devidamente recolhido ao Estado da Bahia (vide Relatórios de Vendas, Livros de Saídas e Apuração do ICMS). Reproduz parte do relatório de vendas juntado na íntegra à presente Impugnação, fl. 275.

Afirma que essa situação se repete durante todos os meses dos anos-calendário de 2012 e 2013. Nesse ponto, importante ressaltar a essencialidade da realização da perícia técnica que poderá confrontar cada um dos valores tidos pela Fiscalização como omitidos e a apuração do ICMS pela Impugnante, para se chegar à conclusão de que todos os valores indicados no Relatório TEF foram oferecidos à tributação. Por oportuno, apresenta os seguintes quesitos a serem respondidos na diligência técnica, nos termos do art. 145, parágrafo único do RPTA.

- 1) É possível afirmar que todos os cupons fiscais emitidos pela Impugnante nos anos-calendários de 2012 e 2013 indicaram a modalidade “outros” ou “dinheiro” ou “cheque” como a forma de pagamento das operações, inclusive vendas por cartão de crédito?
- 2) Os valores indicados no Relatório TEF pelas administradoras de cartão de crédito foram corretamente escriturados nos Livros Fiscais para a apuração mensal da Impugnante?
- 3) Tendo em vista a resposta acima, pode-se afirmar que não houve recolhimento a menor de ICMS sobre os montantes indicados no Relatório TEF objeto da presente autuação fiscal?

Indica como assistente técnico da perícia o Sr. Rodrigo da Silva Oliveira Alves, OAB/MG 105.896, CPF 053.985.236-86, com endereço comercial na Rua Tito Fulgêncio, nº 225, Bairro Centro, na cidade de Monte Carmelo/MG, CEP 38.500-000.

Em vista do exposto, considerando que todos os valores constantes no Relatório TEF já foram oferecidos à tributação, o que se comprovará pormenorizadamente em perícia, requer o

cancelamento integral do presente Auto de Infração.

Nas infrações 1 e 2, diz que as exigências são manifestamente improcedentes uma vez que, em relação aos fatos geradores ocorridos de janeiro a março de 2012, a legislação do Estado da Bahia não previa o recolhimento do ICMS antecipação tributária em relação ao produto autuado (som automotivo), não sendo devido também o estorno dos créditos, uma vez que o aproveitamento dos créditos correspondentes ao recolhimento de imposto na entrada somente é vedado nos casos em que o ICMS é recolhido por antecipação tributária (que encerra a cadeia de tributação), não sendo vedado nos casos de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, que é o caso dos autos.

Alude que como se verifica dos próprios dispositivos legais tidos como infringidos, a legislação estadual vigente até março de 2012 determinava o recolhimento do imposto por antecipação tributária (que encerra a cadeia de tributação) apenas nas hipóteses em que não houvesse Convênio ou Protocolo firmado entre o Estado da Bahia e a unidade da Federação de origem das mercadorias. É o que se verifica da previsão expressa contida no art. 371 do RICMS/97 - transcreve.

Esclarece que no caso das mercadorias autuadas (som automotivo – NCM 8527) o Estado da Bahia firmou os Protocolos ICMS 41/2008 e 97/2010 (reproduz) que previram a substituição tributária ao remetente da operação interestadual com os produtos previstos nos referidos Protocolos.

Assim, afirma que não estava sujeita ao ICMS por antecipação tributária (que encerra a tributação) no período até março/2012, em que vigorou o RICMS/97, em relação ao som automotivo classificado no NCM 8527. Por esse motivo, é manifestamente improcedente a exigência do ICMS antecipação tributária, bem como a exigência do estorno dos correspondentes créditos aproveitados pela Impugnante, já que somente é vedado o aproveitamento de créditos nas operações sujeitas à antecipação tributária definitiva (que encerra a cadeia de tributação).

Assevera que há de se considerar que o procedimento adotado pela Impugnante – relativo à tributação pelo regime da antecipação parcial – foi associado ao recolhimento normal do ICMS nas operações de revenda das mercadorias autuadas (conforme se verifica dos cupons fiscais de venda dessas mercadorias, tributados à alíquota de 17% - doc. 04, por amostragem), motivo pelo qual, ainda que não seja cancelada integralmente a exigência do ICMS antecipação tributária – o que apenas para argumentar se admite – devem ser descontados, dessa exigência, os valores que foram recolhidos a título de ICMS nas saídas subsequentes.

No que se refere ao período posterior a março/2012, disse que mesmo após a entrada em vigor do novo RICMS/12, o procedimento adotado pela Impugnante não ocasionou qualquer prejuízo aos cofres estaduais. Nesse período, registra que estava submetida ao recolhimento do ICMS antecipação tributária (na entrada das mercadorias), conforme a previsão expressa contida no art. 289 do RICMS/12. Explica que submeteu as operações à tributação do regime de antecipação parcial, o qual comporta o aproveitamento dos créditos glosados, sem qualquer prejuízo ao erário.

Salienta que o procedimento adotado pela Impugnante não causou qualquer prejuízo ao Fisco, pois a Impugnante tributou a saída de suas mercadorias em operações realizadas dentro do Estado da Bahia (doc 04, cupons por amostragem). O esquema abaixo elucida claramente o ocorrido e a ausência de prejuízo aos cofres estaduais.

– Regime de Antecipação Tributária (que encerra a tributação), exigido pela Fiscalização:

MINAS GERAIS

BC 100
DÉBITO 7
ICMS 7

A

BAHIA (DESTINO)

Antecipado por Entrada
BC 150
DÉBITO 25,50 (17%)
CRÉDITO 7
ICMS 18,50

B

ICMS Operação Própria
BC 150
DÉBITO 0
CRÉDITO 0
ICMS 0,00

B

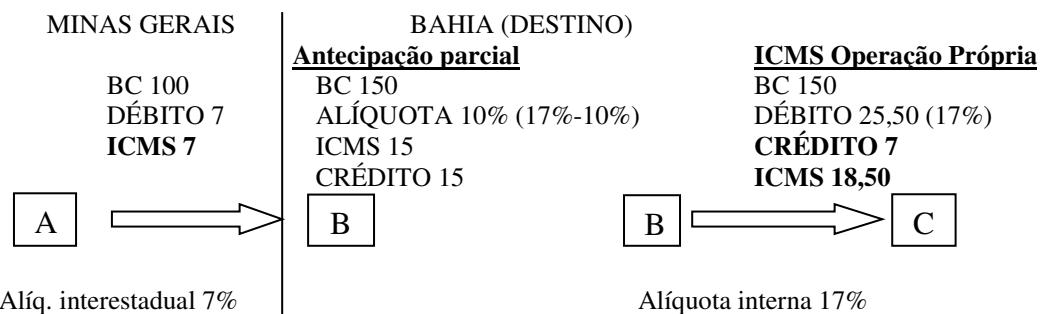
C

Alíq. interestadual 7%

Alíquota interna 17%

Recolhimento total do ICMS na cadeia: 25,50. ICMS EFETIVO PARA A BAHIA: 18,50

– Regime de Antecipação Parcial, adotado pela Impugnante:



Recolhimento total do ICMS na cadeia: 25,50. ICMS EFETIVO PARA A BAHIA: 18,50

Acrescenta que: "- *Procedimento exigido pela Fiscalização com base no artigo 371 do RICMS/97 (inaplicável aos produtos autuados, como visto) e no artigo 289 do RICMS/12: Paga-se o ICMS antecipado pelas entradas [ICMS-ST: BC ICMS-ST x ALÍQ. 17% (-) ICMS OPERAÇÃO ANTERIOR], não havendo tributação na saída (encerramento de fase); e - Procedimento adotado pela Impugnante em todo o período: Pagou o ICMS antecipação parcial na entrada [ICMS-ST: BC ICMS-ST x ALÍQ. 17% (-) ICMS OPERAÇÃO ANTERIOR], aproveitou o crédito, e tributou regularmente a saída".*

Ressalta que apesar de ter se creditado do ICMS que incidiu na entrada (antecipação parcial), o que foi feito apenas para anular a referida antecipação parcial (anular o pagamento do imposto no mês anterior com o crédito deste no mês seguinte), foi realizado o recolhimento do ICMS incidente na operação seguinte (saída), fazendo com que a mercadoria fosse tributada regularmente na cadeia. Tal fato deve ser considerado pela Fiscalização, sobre pena de enriquecimento ilícito do Estado.

Pontua que os documentos anexos à presente Impugnação comprovam a efetiva tributação das mercadorias vendidas dentro do território da Bahia. De todo modo, a Impugnante requer, neste já, a realização de perícia técnica para verificação de que o procedimento adotado não ocasionou qualquer prejuízo ou recolhimento a menor de imposto, o que se requer desde já com base no art. 123, §3º c/c 145 do Decreto nº 7.629/99 (RPTA).

Dessa forma, informa que a Fiscalização não pode simplesmente analisar de forma isolada o recolhimento do ICMS antecipação parcial e o correspondente aproveitamento de créditos, sem considerar que nas operações seguintes as mercadorias foram vendidas com o destaque do ICMS.

Apresenta os seguintes quesitos a serem respondidos na diligência técnica, nos termos do art. 145, parágrafo único do RPTA:

- 1) *Da análise dos cupons fiscais de saída das mercadorias autuadas (tributados), Livros de Saída e Apuração, e comprovante de recolhimento mensal do imposto, é possível afirmar que as operações de revenda dos produtos autuados foram oferecidas à tributação?*
- 2) *Caso positivo, é possível afirmar que o procedimento adotado pela Impugnante não ocasionou prejuízo ao erário/recolhimento a menor do imposto?*
- 3) *Queira o ilustre expert demonstrar os valores recolhidos nas saídas e compará-los com os valores exigidos para demonstrar a resposta ao item anterior.*

Desse modo, disse que considerando a ausência de prejuízo ao Erário, conforme demonstrado e pela documentação anexa a presente Impugnação, requer-se sejam canceladas as referidas glosas ou, quando menos, exigida somente eventual diferença a ser encontrada no recolhimento dos valores, após serem descontados dos valores exigidos o valor do ICMS recolhido nas operações de saídas subsequentes.

Reclama quanto à multa confiscatória aplicada. Aborda que a título de multa (100% sobre o valor do crédito apurado na infração 3 e 60% sobre o valor do crédito apurado nas infrações 1 e 2) não

estão em consonância com o ordenamento jurídico, tendo em vista que o montante exacerbado da penalidade aplicada implica em constitucional efeito confiscatório.

Disse que existe limite ao poder sancionador atribuído ao Estado, sendo que a Constituição Federal, em seu art. 150, IV, veda a utilização de tributos com efeitos confiscatórios - reproduz.

Cita lição de Leandro Paulsen, no qual ensina que os princípios da vedação ao confisco, assim como os da proporcionalidade e da razoabilidade, são aplicáveis também às multas tributárias, sendo confirmado esse entendimento no STF no mesmo sentido (*AI n.º 482.281 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, julgado em 30.06.2009 – sem destaque no original*).

Salienta que as multas que correspondem a 60% e a 100% do valor do crédito tributário ofendem os princípios constitucionais do não confisco, proporcionalidade e razoabilidade, devendo, portanto, serem reformuladas as penalidades aplicadas nesse caso. Nessa linha caminha nosso Judiciário, em especial o STF (*RE 523471 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 06/04/2010, DJe-071 DIVULG 22-04-2010 PUBLIC 23-04-2010 EMENT VOL-02398-05 PP-00915 LEXSTF v. 32, n. 377, 2010, p. 203-209; MC-ADI n.º 1.075/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 24.11.2006*).

Em decisão recentíssima, cita Recurso Extraordinário nº. 754.554, o Ministro Celso de Mello (RE 754.554/GO, em 21.08.2013), do STF, entendeu ser confiscatória multa fixada no patamar de 25% do valor do imposto.

Declara que considerando que no presente caso está sendo aplicada multa em valor equivalente a 60% e a 100% do montante constituído a título de principal, imperiosa se torna a revisão das punições aplicadas. Sendo assim, na improvável e injustificada hipótese de não ser determinado o cancelamento integral do lançamento, afirma que deve ser determinada subsidiariamente a exclusão dos valores exigidos a título de multa ou a sua redução, de modo que o lançamento possa se adequar a vedação do efeito confiscatório da exigência fiscal e aos parâmetros de respeito à boa-fé e segurança jurídica que condicionam a atividade fiscal.

Por fim, pede e requer:

- a) *Seja reconhecida a nulidade do presente Auto de Infração em relação ao item 3 da infração, tendo em vista a desconsideração dos documentos fiscais/contábeis da Impugnante para a verificação do valor supostamente devido (irregularidade do procedimento de arbitramento da base de cálculo);*
- b) *Caso ultrapassada essa questão, em relação à infração 3, que seja deferido o pedido de realização de perícia técnica, considerando sua necessidade/utilidade para a solução do caso, e que o pedido de realização de perícia técnica seja deferido também em relação às infrações 1 e 2, conforme exposto nos itens acima;*
- c) *Quanto à infração 3, após a realização da perícia, com a confirmação de que os valores constantes no Relatório TEF já foram submetidos à tributação, uma vez que a indicação de que todas as vendas dos anos-calendários de 2012 e 2013 foram realizadas sob a modalidade de pagamento “outros” ou “dinheiro” ou “cheque” não passou de um equívoco no sistema ECF, ou, ainda que a referida prova seja considerada desnecessária, tendo em vista a prova já produzida na presente defesa, que seja julgada improcedente o lançamento fiscal, com a desconstituição integral do Auto de Infração;*
- d) *Quanto às infrações 1 e 2, após a realização da perícia, com a confirmação de que o procedimento adotado pela Impugnante não ocasionou recolhimento a menor de imposto ou, quando menos, com a demonstração da redução do valor da exigência, que seja julgado improcedente ou parcialmente procedente o lançamento fiscal.*
- e) *Subsidiariamente, caso mantida qualquer parcela de imposto, que sejam canceladas as multas lançadas sob os percentuais de 60% e de 100% do valor do imposto, em virtude do nítido caráter confiscatório ou, quando menos, que sejam reduzidos aos patamares permitidos pela jurisprudência dominante do STF.*

Na informação fiscal, fls. 1513/1515, informa, na infração 1, que o que está se exigindo é o crédito fiscal indevido destacado em notas fiscais de aquisições de mercadorias elencadas na ST (som automotivo), utilizado pelo contribuinte e constante na planilha "Demonstrativo da Utilização Indevida de Crédito Fiscal em Operações de Aquisições de Mercadorias Elencadas na ST", fls. 11 a 19 dos autos.

Na alegação defensiva diz que deu tratamento de mercadoria tributada aos produtos autuados, confessando o contribuinte, a utilização indevida de tais créditos ao afirmar na fl. 279 que "tributou a saída de suas mercadorias em operações realizadas dentro do Estado da Bahia.

Em relação à infração 2, disse que as alegações do contribuinte são equivocadas, pois conforme o art. 353, II, item 30 do Decreto nº 6.284/97 do RICMS, em vigor até 31/03/2012 - reproduz o dispositivo, o produto som automotivo já estava incluso na ST. E, declara que conforme a regra do art. 6º, XV da Lei nº 7.014/96 (transcreve), em vigor desde 31/03/2010, o adquirente de mercadorias enquadradas no regime da ST em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outras unidades da Federação, é solidariamente responsável pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito quando o remetente não possua inscrição ativa de substituto tributário.

Para a infração 3, informa que foi detectada mediante aplicação de roteiro TEF, que consiste no cotejo das informações obtidas nos "Relatórios Diários Operações TEF", fornecidas pelas Administradoras de Cartão de Crédito/Débito, autorizada pelo contribuinte, cuja base legal é o Convênio ECF 01/01 e o art. 3º-A do Decreto nº 7.636/99, com as informações constantes na redução Z, diárias, especificamente as informações referentes a "Meios de Pagamento", que discriminam por espécie (dinheiro, cheque, cartão de débito/crédito, etc.) as formas de recebimento realizadas pelo contribuinte.

Assim, discorre que esses dados alimentam a "Planilha de Apuração das vendas em Cartões de Débito/Crédito", cuja base de cálculo encontrada será reduzida mediante a aplicação do índice de proporcionalidade, obtido através do quociente entre as saídas tributadas (base de cálculo) e as saídas totais (valor contábil), informadas pelo próprio contribuinte na sua DMA, conforme documentos anexos às fls. 29 a 31 e 141 a 143 dos autos.

As alegações feitas na defesa, fls. 267 e 274, de que o imposto foi integralmente recolhido, sendo que explica que ocorreu equívoco pelo sistema na emissão dos cupons fiscais (ECF), e requereu perícia técnica para verificação que todos os valores indicados no Auto de Infração foram objeto de recolhimento do imposto estadual, assim, concluirá o cancelamento integral da autuação. No entanto, o fiscal disse que o contribuinte não consegue em nenhum momento em sua peça defensiva elidir a acusação fiscal, o que manteve o débito nesta infração.

Requer a Procedência total do Auto de Infração.

Na fl. 1519, o relator converte os autos em diligência à INFRAZ de origem para que o autuante informa se procedem os argumentos defensivos em relação às infrações 1 e 2, pois em sua informação fiscal, não faz nenhuma alusão quanto aos fatos. Após dados esses fundamentos e confirmados as alegações do autuado, elaborar novo demonstrativo de débito, oferecendo alternativas para o julgamento. Absorvidas as providências solicitadas, cientificar o autuado com abertura de defesa de 30 (trinta) dias para nova manifestação e, depois, elaborar nova informação fiscal, conforme os novos resultados, abrangendo todos os aspectos defensivos, com fundamentação, conforme o disposto no art. 127, §6º do RPAF/99.

No cumprimento da solicitada diligência, fl. 1521, o autuante informa que o contribuinte tributou normalmente as operações de saídas posteriores das mercadorias "som e auto falante automotivo", elencadas no regime de ST, conforme planilha "Demonstrativo da Tributação nas Saídas de Mercadorias Elencadas na ST", possibilitando, assim, a aplicação do §1º, do art. 42, da Lei nº 7.014/97 - reproduz.

Assim, em cumprimento ao pedido de diligência, anexa, a planilha "Demonstrativo de Multa Devida por Falta de Pagamento do ICMS por Antecipação Tributária em Operações de Aquisição Interestadual de Mercadorias Elencadas na ST", referente à infração 2. Junta demonstrativos, fls. 1522/1568.

Em manifestação do contribuinte, fls. 1575/1585, verifica-se que após a solicitação de diligência feita pela 5ª JJF, o autuante confirmou as alegações do contribuinte, concluindo pela aplicação do

dispositivo §1º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, que dar respaldo legal à exclusão da exigência do imposto no que se refere ao item 2.

Desta forma, observa que crédito exigido na infração 2, foi integralmente, cancelado, mantendo, tão-somente a multa aplicada pela falta de pagamento do ICMS por antecipação tributária, prevista no art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96.

Destaca que com relação à infração 1, apesar da análise ser conjunta à da infração 2, o fiscal autuante deixou de se manifestar, mantendo-se integralmente a exigência. Disse que, apesar da correta exclusão do imposto relativo à infração 2, as exigências ainda mantidas que se relacionam com a mesma glosa, também devem ser canceladas.

Na infração 1, alega ausência de manifestação fiscal, disse que apesar do contribuinte ter se creditado do ICMS que incidiu na entrada (antecipação parcial), afirma que tal procedimento foi realizado apenas para anular a referida antecipação parcial, já que houve recolhimento do imposto incidente na operação seguinte (saída), fazendo com que a mercadoria fosse tributada regularmente na cadeia.

Registra que em relação aos fatos geradores ocorridos de janeiro a março de 2012, disse que a legislação estadual da Bahia não previa o recolhimento do ICMS por antecipação tributária em relação ao produto autuado (som automotivo), razão pela qual não há o que se falar em estornos dos créditos, uma vez que o aproveitamento dos mesmos corresponde ao recolhimento de imposto na entrada somente é vedado nos casos em que o ICMS é recolhido por antecipação tributária, não sendo vedado nos casos de recolhimento do ICMS por antecipação tributária.

Quanto aos demais argumentos, descrevem as mesmas razões.

No que pertine à infração 2, pede pelo cancelamento da multa de 60%, mantida pela fiscalização devido à falta de pagamento do ICMS por antecipação tributária em operações de aquisição interestadual de mercadorias elencadas na ST no período autuado de janeiro/2012 a dezembro/2013.

Chama atenção que em relação ao período de janeiro a março de 2012, a multa aplicada não se sustenta, pois a legislação estadual não previa o recolhimento do ICMS. Quanto ao período posterior a março/2012, disse que o procedimento adotado pelo contribuinte, seja, o recolhimento do ICMS por antecipação parcial e o aproveitamento dos respectivos créditos de ICMS, associados à tributação das operações subsequentes de vendas internas dos produtos, também não implicou qualquer falta de recolhimento do imposto, motivo pelo qual não se sustenta a exigência perpetrada relativa à multa de 60%.

Assevera que o lançamento deve ser reformulado, haja vista que os valores exigidos, não estão em consonância com o ordenamento jurídico, tendo em vista que o montante exacerbado da penalidade aplicada implica em constitucional efeito confiscatório. Volta a trazer os mesmos argumentos da multa que alega confiscatória, solicitando a extinção ou redução em 20%.

Por fim, pede, requer e reitera todos os argumentos apresentados na impugnação. Requer, ainda, que o fiscal analise a infração e reconheça o direito ao aproveitamento desses créditos, tendo, assim, o objetivo de tornar insubstancial o lançamento, cancelando integralmente o ICMS e respectiva penalidade aplicada.

Em nova manifestação do autuante, fl. 1590, em face das alegações do sujeito passivo concernentes à diligência fiscal inserta às fls. 1521 a 1569 do presente PAF, requerendo que seja concedido à infração 1 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária, o mesmo tratamento concedido à infração 2 – Deixar de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89, (ou seja, exclusão do valor do imposto, mantendo-se tão somente a multa prevista na legislação), informa que a diligência fiscal

foi realizada de acordo com o determinado pela 5ª JJF no documento "DILIGÊNCIA A INFAZ DE ORIGEM", inserto à fl. 1519 deste PAF.

Portanto, entende que a diligência fiscal determinada pela 5ª JJF refere-se apenas à infração 2, não podendo ser estendida à infração 1, de acordo com o disposto no parágrafo 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Na assentada de julgamento de 03/05/2016, o advogado peticionou alegações em relação às infrações imputadas. Na infração 2 alega que o PAF foi baixado em diligência e o fiscal autuante confirmou as alegações do impugnante, entendendo que “o contribuinte tributou normalmente as operações de saídas posteriores das mercadorias “som e auto falante automotivo”, elencadas no regime de substituição tributária, no qual conclui pela aplicação do §1º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que dá respaldo a exclusão da exigência do imposto no item 2, sendo que foi integralmente cancelada.

Para a infração 1, disse que apesar da análise ser conjunta ao que foi exigido na imputação anterior discutida, verifica que o fiscal autuante deixou de se manifestar, mantendo integralmente a exigência.

Explica que o aproveitamento dos créditos relativos às mercadorias autuadas não pode ser analisado de forma isolada justamente pelo fato de que nas operações seguintes as mercadorias foram vendidas com destaque do ICMS. Diz ainda que em manifestação acerca da diligência solicitou nova diligência para que a fiscalização manifestasse em relação à infração 1, reconhecendo que devem ser canceladas as referidas glosas, no qual tal pedido não fora analisado, tendo o presente processo sido incluído em Pauta de Julgamento.

Requer o reconhecimento do cancelamento também desta infração 1, uma vez que conforme demonstrado e comprovado em diligência, foi realizado o recolhimento do imposto incidente na operação seguinte, fazendo com que a mercadoria fosse tributada regularmente na cadeia.

Quanto à infração 3, afirma que o imposto exigido pela fiscalização foi devidamente recolhido aos cofres estaduais. Esclarece que, por equívoco meramente formal no ECF da impugnante, todas as suas operações com cartão de crédito/débito foram registradas sob outras formas de pagamento, motivo pelo qual foi verificada a diferença entre os valores constantes no relatório TEF e nos cupons fiscais emitidos.

Destaca que esse simples erro de classificação das informações inseridas nos cupons fiscais da impugnante, não havendo o que se falar em falta de recolhimento do imposto. Acrescenta que os cupons fiscais, apesar de conterem erros quanto à modalidade do pagamento efetuado, foram devidamente emitidos e o ICMS devidamente recolhido ao Estado da Bahia.

Pontua que demonstrou alguns exemplos que confirmaram que para os valores incluídos no relatório TEF foi devidamente emitido cupons fiscais, sendo que este fato demonstra a essencialidade da realização de perícia técnica que poderá confrontar cada um dos valores tidos pela fiscalização como emitidos e a apuração do ICMS pela impugnante, para se chegar à conclusão de que todos os valores indicados no relatório TEF foram oferecidos à tributação. Contudo, refuta que não foi realizada diligência fiscal com relação a esta infração, apesar de requerido, motivo pelo qual, requer baixa dos autos em diligência para que a fiscalização realize o confronto do relatório TEF com cupons fiscais emitidos pela impugnante.

Ressalta que em outro Auto de Infração (nº 207182.0016/14-4) lavrado contra a impugnante, que possui a mesma matéria abordada na infração 3, foi realizada diligência reduzindo o valor da autuação pelo autuante, uma vez que foi verificada a emissão do cupom fiscal e consequente recolhimento do ICMS sobre algumas das operações, sendo que tal fato reforça a argumentação ora discutida de que houve o efetivo recolhimento do imposto e emissão dos cupons fiscais referentes às vendas efetuadas com cartão de crédito/débito.

Desta forma, requer a realização de diligência para que a fiscalização realize o confronto entre o

relatório TEF e os cupons fiscais correspondentes, a fim de verificar o efetivo recolhimento do ICMS.

A Junta julgadora converte os autos em diligência, de fls. 1603/1604, deliberando que o processo seja encaminhado à INFRAZ de origem para que o autuante tome as seguintes providências:

1 – intimar o autuado para demonstrar a eventual existência de correspondente operação constante do Relatório TEF diário por operações individualizadas e os valores não registrados como meio de pagamento através de cartões, contudo constantes de notas fiscais e cupons fiscais, coincidentes em valor e data com as opressões individualizadas consignadas no Relatório TEF diário por Operações individualizadas;

2 – excluir das vendas efetuadas, através de cartão de débito ou crédito, informadas pelas administradoras, os valores não registrados como meio de pagamento através de cartões, contudo constantes das notas fiscais e cupons fiscais, coincidentes em valor e data com as opressões individualizadas consignadas no Relatório TEF diário por Operações individualizadas;

3 – apresentar, se for o caso, nova “Planilha Comparativa de Vendas por Meio de Cartão de Crédito/Débito” considerando, como “ICMS DEVIDO”, apenas o valor resultante das deduções acima alinhadas, observando o constante na IN 56/07;

4 – apresentar um novo demonstrativo de débito do Auto de Infração (infrações 01, 02 e 03) resultante dos ajustes efetuados na diligência anterior e na atual.

Deverá ser informado ao autuado da concessão do prazo de 30 (trinta) dias, para, querendo, se manifestar.

Havendo manifestação do autuado, deve ser dada ciência ao autuante para que elabore nova informação fiscal, com base nos novos resultados e abrangendo todos os aspectos da manifestação defensiva, com fundamentação, considerando o disposto no art. 127, § 6º do RPAF/99.

Em manifestação do contribuinte, fls. 1612/1615, após requerer a realização de diligência, diz que conforme se depreende dos autos, a Fiscalização exige da requerente, valores a título de ICMS, diante da suposta omissão de saída de mercadorias, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Pontua que na Impugnação apresentada pela ora requerente foi demonstrado que o imposto exigido pela fiscalização foi devidamente recolhido aos cofres estaduais. O que ocorreu, foi que, por um equívoco meramente formal no sistema emissor de cupons fiscais (ECF) da requerente, todas as suas operações com cartão de crédito/débito foram registradas sob a forma de pagamento “outras ou dinheiro”, motivo pelo qual foi verificada a diferença entre os valores constantes no Relatório TEF e nos cupons fiscais emitidos.

Salienta que o processo foi baixado para a realização de diligência, a fim de que a Fiscalização procedesse ao confronto entre o Relatório TEF e os Cupons Fiscais emitidos pela requerente, para ao final elaborar novo demonstrativo com os valores supostamente devidos após a realização da referida conferência. A requerente foi, então, intimada a informar todos os cupons fiscais emitidos, de acordo com as informações de datas e valores das vendas constantes no referido relatório TEF.

Destaca que a planilha 1 (doc. 01) juntada à presente manifestação, aponta todas as operações em que o valor e data constantes no Relatório TEF coincide com o valor e data constantes no cupom fiscal. Ou seja, com relação a essa planilha não há dúvidas de que para todas as operações citadas pela Fiscalização e contidas no Relatório TEF foram emitidos cupons fiscais e devidamente recolhido o ICMS ao Estado da Bahia. Trata-se de 9.048 operações nas quais os valores de ICMS exigidos pela Fiscalização devem ser excluídos da autuação. A requerente anexa à presente manifestação cópia, por amostragem, dos cupons fiscais relativos às referidas operações (doc.02).

Disse que a planilha 2 (doc. 03) aponta o restante das operações autuadas pela Fiscalização em que há desencontros entre os valores dos cupons fiscais e aqueles constantes no Relatório TEF, pelos seguintes motivos:

– Além das vendas das mercadorias, que estão registradas nos cupons fiscais emitidos, a requerente oferece aos seus clientes a contratação de seguros e garantia estendida para os

produtos, e até mesmo a realização de cursos on line, os quais estão registrados no Relatório TEF, em virtude do pagamento via cartão de crédito/débito, mas não estão incluídos nos cupons fiscais emitidos, pois em relação a esses valores são devidamente emitidas Notas Fiscais de serviço e recolhido o respectivo ISS (imposto sobre serviços).

- Em outros casos, o cliente realizou o pagamento de parte da mercadoria por meio de cartão de crédito e outra parte por meio de dinheiro/cheque. Por este motivo, o valor constante no Relatório TEF é inferior ao valor inserido no cupom fiscal. Ressalte-se que este procedimento é comum em vendas realizadas na maioria das lojas de varejo, sendo uma opção do cliente de realizar o pagamento da melhor forma.

Destaca, ainda, que para alguns casos as informações fornecidas pela Fiscalização não foram suficientes para localizar os cupons fiscais, de modo que, para a sua identificação, reque-se sejam fornecidos os números das vendas ou, ainda, os nomes dos clientes e o número do CPF correspondente. Estas operações também estão discriminadas na Planilha 2 com um “x” no campo de identificação do número do Cupom Fiscal.

Refuta que a Planilha 2 aponta um total de 13.036 registros, sendo completamente inviável que a requerente junte à presente manifestação cópia de todos os contratos firmados com os clientes (em diversos casos foram contratados mais de um serviço/curso) e cópia dos cupons fiscais. Dessa forma, a requerente anexa, por amostragem, cópia dos cupons, bem como dos comprovantes dos serviços contratados (doc. 04).

Nesse sentido, assinala que sendo atendida a intimação fiscal com o fim de comprovar que para todas as operações informadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito no Relatório TEF foram emitidos cupons fiscais e, por conseguinte, devidamente recolhido o ICMS ao Estado da Bahia, requer-se o seguinte:

- Que todos os valores destacados na Planilha 01 sejam decotados da autuação fiscal, pois não há dúvidas de que, em relação a essas operações, foram emitidos os respectivos cupons fiscais e recolhido o ICMS;
- Que em relação à planilha 02, seja considerado que em alguns casos (i) houve o pagamento dos produtos pelos clientes via cartão de crédito/débito e também parte em dinheiro e que, em outros casos, (ii) houve a contratação de serviços pelos clientes, motivo pelos quais os valores dos cupons fiscais não são iguais aos valores constantes no relatório TEF, o que por si só não poderá confirmar a acusação fiscal de que não houve a emissão do documento fiscal e o respectivo recolhimento do ICMS, conforme comprovado pela requerente;
- Por fim, que em relação aos valores indicados na Planilha 2 com “x”, sejam fornecidas maiores informações relativas aos nomes dos clientes e o número do CPF correspondente, para que a requerente possa localizar o respectivo documento fiscal emitido.

Em atendimento à diligência solicitada, o autuante informa, fls. 2581/2585, nas infrações 1 e 2 que o contribuinte tributou normalmente todas as operações de saída posteriores das mercadorias "som e auto falante automotivo", elencadas no regime de Substituição Tributária, aplicando a alíquota interna de 17% sobre a base de cálculo integral, conforme comprova a planilha "Demonstrativo da Tributação nas Saídas de Mercadorias Elencadas na Substituição Tributária" (Som e Auto Falante Automotivo), referentes aos exercícios de 2012 e 2013, às fls. 2586 a 2625, elaborada e anexada por este autuante, mediante importação da totalidade das notas fiscais de saída dos produtos autuados (som e auto falante automotivo), referentes aos exercícios de 2012 e 2013 do contribuinte em tela, através do sistema SIAF, possibilitando, assim, a aplicação do disposto no parágrafo 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Disse que, em cumprimento, portanto ao disposto no novo pedido de Diligência Fiscal às fls. 1603/1604, anexamos, então, as planilhas "Demonstrativo da Multa Devida por utilização Indevida de Crédito Fiscal em Operações de Aquisição de Mercadorias Elencadas na Substituição Tributária", às fls. 2626 a 2634, referentes à Infração 01 e "Demonstrativo da Multa Devida por

Falta de Pagamento do ICMS por Antecipação Tributária em Operações de Aquisição Interestadual de Mercadorias Elencadas na Substituição Tributária", às fls. 2635 a 2641, referentes à Infração 2.

Apresenta, abaixo, um novo demonstrativo de débito do Auto de Infração, referente às infrações 1 no valor de R\$6.801,28 e 2 no valor de R\$9.714,87, resultante dos ajustes efetuados nas diligências anterior e atual (fls. 2582/2583).

Em relação à infração 3, assevera que foi detectada mediante aplicação do roteiro TEF, que consiste no cotejo das informações obtidas nos "Relatórios Diários Operações TEF", fornecidas pelas Administradoras de Cartões de Crédito/Débito, mediante prévia autorização do contribuinte, cuja base legal é o Convênio ECF 01/01 e o art. 3º-A do Decreto nº 7.636/99, com as informações constantes nas Reduções "Z", diárias, especificamente as informações referentes a "Meios de Pagamento", que discriminam por espécie (dinheiro, cheque, cartão de débito/crédito, etc.) as formas de recebimento realizadas pelo contribuinte. Desta forma, alimenta-se a "Planilha de Apuração das Vendas em Cartões de Débito/Crédito", cuja base de cálculo encontrada será reduzida mediante a aplicação do índice de proporcionalidade, obtido através do quociente entre as saídas tributadas (base de cálculo) e as saídas totais (valor contábil), informadas pelo próprio contribuinte na sua DMA, conforme documentos anexos às fls. 29 a 31 e 141 a 143 do presente processo.

Em cumprimento ao disposto no novo pedido de Diligência Fiscal às fls. 1603 e 1604, no que se refere à Infração 3, pontua que o contribuinte foi intimado pela Repartição Fazendária, documento anexo às fls. 1607 deste PAF, no prazo de 30 (trinta) dias, a "*demonstrar a eventual existência de correspondente operação constante do Relatório TEF diário por operações individualizadas e os valores não registrados como meio de pagamento através de cartões, contudo constantes de notas fiscais e cupons fiscais, coincidentes em valor e data com as operações individualizadas consignadas no Relatório TEF diário por operações individualizadas*", conforme o referido pedido de Diligência supra citado, nos mesmos moldes e na mesma sequência cronológica do Relatório TEF, comprovando a correspondente operação de saída de mercadoria amparada por cupom fiscal para cada um dos boletos informados pelas operadoras, de pagamentos efetuados por meio de cartão de crédito e/ou débito, independente do meio de pagamento registrado no ECF. Afirma que salientou que a data e o valor constantes em cada cupom fiscal deveriam coincidir, univocamente, com as constantes no relatório TEF.

Declara que o contribuinte, então, em sua manifestação às fls. 1612 a 1615 deste PAF, após ciência do novo pedido de Diligência Fiscal, informa que juntou à sua defesa as Planilhas 1 e 2 e aduz que: "*A Planilha 1 (doc. 01) juntada à presente manifestação, aponta todas as operações em que o valor e data constantes no Relatório TEF coincide com o valor e data constantes no cupom fiscal. Ou seja, com relação à essa planilha não há dúvidas de que para todas as operações citadas pela Fiscalização e contidas no Relatório TEF foram emitidos cupons fiscais e devidamente recolhido o ICMS ao Estado da Bahia...A Planilha 2 (doc. 03) aponta o restante das operações autuadas pela Fiscalização em que há desencontros entre os valores dos cupons fiscais e aqueles constantes no Relatório TEF....*"

Disse que após análise das argumentações da autuada e constatação de que as referidas Planilhas foram anexadas ao PAF, apenas em papel, o que inviabilizaria os procedimentos de verificação e checagem da veracidade dos dados ali constantes, intimou o contribuinte a apresentar a esta Fiscalização, no prazo de 30 (trinta) dias, tais Planilhas em meio eletrônico, conforme documento anexo à fl. 2642 deste PAF.

E que após o atendimento da intimação acima referida, conforme documento anexo às fls. 2643 deste PAF e, mediante conferência efetuada por amostragem nas referidas Planilhas, detectou que:

1. Com relação à Planilha 01, o contribuinte atendeu ao solicitado na intimação para efetivação de nova Diligência Fiscal, ou seja, apresentou um demonstrativo em que a data e o valor

constantes em cada cupom fiscal coincidem com as constantes no relatório TEF. Desta forma, após tal procedimento, ficamos convencidos, com o demonstrativo apresentado, que haja uma vinculação entre Cupom Fiscal e a venda realizada mediante cartão de débito/crédito.

2. Com relação à Planilha 02, o contribuinte não atendeu ao solicitado na intimação para efetivação de nova Diligência Fiscal, ou seja, apresentou um demonstrativo em que a data e o valor constante em cada cupom fiscal não coincidem, univocamente, com as constantes no relatório TEF. Desta forma, após tal procedimento, não ficamos convencidos, com o demonstrativo apresentado, que haja uma vinculação entre Cupom Fiscal e venda realizada mediante cartão de débito/crédito, ou seja, os documentos apresentados não comprovam uma efetiva existência de um Documento Fiscal correspondente à venda efetuada com cartão de crédito ou de débito, de acordo com as respectivas datas e valores.

Desta forma, afirma que anexou novas "Planilhas de Apuração das Vendas em Cartões de Débito/Crédito", referentes aos exercícios de 2012 e 2013, onde abateu das vendas efetuadas, através de cartão de crédito/débito, informadas pelas administradoras, os valores não registrados como meio de pagamento através de cartões, contudo constantes das notas fiscais/cupons fiscais, coincidentes em valor e data com as operações individualizadas consignadas no Relatório TEF diário por Operações Individualizadas (Planilha 1), documentos anexos às fls. 2644 a 2647 deste PAF.

Apresenta um novo demonstrativo de débito do Auto de Infração, referente à infração 3 no valor de R\$976.481,03, resultante dos ajustes efetuados na diligência atual.

Nas fls. 2661/2668, o contribuinte se manifestou quanto à diligência proferida pelo fiscal autuante, no qual relembra quanto aos fatos do resultado da diligência.

Pontua, nas infrações 1 e 2, que após a diligência realizada, a fiscalização retifica a autuação no sentido de excluir os valores relativos ao ICMS por antecipação na entrada/aquisição interestadual de mercadorias, tendo em vista que o referido imposto foi devidamente recolhido na saída, contudo foi mantida a aplicação da multa de 60% sobre o valor do imposto regularmente recolhido.

Quanto à infração 3, verifica-se uma retificação parcial, que após análise da petição entendeu que as operações discriminadas na "Planilha 01" teriam sido regularmente oferecidas à tributação, enquanto em relação às operações contidas na "Planilha 02" supostamente não teriam sido identificados os cupons fiscais e NFs emitidas nos valores e datas das operações indicadas pelas operadoras de cartão de crédito/débito.

Registra que análise do resultado da diligência de que a infração 3 fora reduzida de R\$1.468.296,33 para R\$976.481,03, no qual a fiscalização levou em consideração as planilhas apresentadas pelo requerente na petição acostada, sendo que nesta petição, apresentou toda a relação de operações indicadas no relatório TEF emitidos pelas operadoras de cartão de crédito/débito divididas em duas planilhas (Plan. 01 e 02), sendo que a planilha 01 aponta todas as operações em que o valor e data constantes no relatório TEF coincidiam com o valor e data constantes no cupom fiscal, ao passo que a planilha 02 indicava as demais operações autuadas, em que alguns casos haviam divergências de valores das operações. Para estes casos esclareceu:

- Além das vendas das mercadorias, que estão registradas nos cupons fiscais emitidos, a requerente oferece aos seus clientes a contratação de seguros e garantia estendida para os produtos, os quais estão registrados no Relatório TEF, em virtude do pagamento via cartão de crédito/débito, mas não estão incluídos nos cupons fiscais emitidos, pois em relação a esses valores são devidamente emitidas Notas Fiscais de serviço;
- Em outros casos, o cliente realizou o pagamento de parte da mercadoria por meio de cartão de crédito e outra parte por meio de dinheiro/cheque. Por este motivo, o valor constante no Relatório TEF é inferior ao valor inserido no cupom fiscal. Ressalte-se que este procedimento é comum em vendas realizadas na maioria das lojas de varejo, sendo uma opção do cliente de realizar o pagamento da melhor forma.

Entretanto, apesar dos esclarecimentos e documentos juntados aos autos, o Fiscal autuante deixou de analisar os argumentos apresentados pela requerente, desconsiderando todas as operações conciliadas na Planilha 02, limitando-se a alegar eventual desencontro de datas e valores para justificar a manutenção de sua exigência.

Registra que há um equívoco na metodologia de cálculo utilizada pela Fiscalização ao realizar a aludida retificação, notadamente no momento de aplicação do índice de proporcionalidade, que ensejou considerável majoração no valor remanescente da autuação.

Salienta que na lavratura do Auto de Infração, para a apuração da base de cálculo das operações supostamente omitidas, a Fiscalização aplicou a regra de presunção prevista na Instrução Normativa Estadual nº 21/20072, ou seja, considerou todas as operações declaradas pelas administradoras dos cartões de crédito como supostamente omitidas e reduziu o valor dessas operações mediante a aplicação do índice de proporcionalidade extraído a partir da razão entre as saídas tributadas e as não tributadas (isentas ou sujeitas à substituição tributária) em cada ano.

Destaca que a base de cálculo do imposto é a totalidade das operações autuadas após a aplicação dos índices de proporcionalidade. Somente então, a Fiscalização poderá calcular o imposto exigido, mediante a aplicação da alíquota interna de 17%.

Explica que na realização dos cálculos de retificação do Auto de Infração, a Fiscalização aplicou os índices de proporcionalidade somente após a dedução das operações comprovadamente tributadas pela requerente (Planilha 01), e não sobre a totalidade das operações autuadas, conforme realizado na lavratura do Auto de Infração.

Dessa forma, tal equívoco na metodologia de cálculo resultou na majoração indevida do montante remanescente da autuação. Observa os cálculos relativos aos fatos geradores ocorridos no ano de 2012. Junta tabelas (Cálculo da Fiscalização - Índice de proporcionalidade aplicado nas operações remanescentes e Cálculos corretos, realizados de acordo com a metodologia utilizada no Auto de Infração - Índices de proporcionalidade aplicados na base de cálculo total da autuação).

Verifica-se que o equívoco da Fiscalização na metodologia de cálculo utilizada para a retificação do Auto de Infração ensejou uma diferença em desfavor do contribuinte que atingiu, apenas na competência de 2012, o valor histórico de R\$29.016,67 tão somente em relação ao valor do imposto supostamente omitido, podendo atingir o montante de R\$58.033,34 quando somado ao valor da multa aplicada (100%).

Requer que seja realizada a correção dos cálculos em comento, aplicando-se o índice de proporcionalidade sobre a integralidade das operações constantes do Auto de Infração, e não somente sobre o valor remanescente (após o decote dos valores da Planilha 01), conforme equivocadamente realizado pelo Fiscal autuante.

Além disso, disse que em relação às operações compiladas na “Planilha 02” apresentada pela requerente, ainda que em alguns casos, conforme observado pela Fiscalização, de fato se verifiquem desencontros entre os valores dos cupons fiscais emitidos e aqueles constantes no Relatório TEF disponibilizado pelas empresas de cartão de crédito, não há que se falar em eventuais valores remanescentes de ICMS a recolher.

Da apresentação das referidas planilhas e documentos fiscais e contábeis. Disse que tal diferença ocorre porque, nas situações em que o valor registrado no cartão (relatório TEF) é superior ao valor do documento fiscal, está incluída a contratação de serviços, que não são tributados pelo ICMS, já nas situações em que o valor do relatório TEF é inferior ao valor do documento fiscal, o pagamento no cartão foi apenas parcial, pois corresponde apenas ao pagamento de alguma parcela de compra efetuada anteriormente.

Apresenta a versão atualizada da “Planilha 02” contendo novas informações sobre a regular tributação das operações realizadas, relacionando-as com as respectivas correspondências nos

relatórios TEF fornecidos pelas operadoras de cartão de crédito, de acordo com suas datas, valores e números de autorização.

Pontua que a planilha ora apresentada, denominada “*Conciliação - de Vendas em Cartão com Produtos e Serviços*”, relaciona números de cupons fiscais com os respectivos códigos de autorização informados pelas Administradoras de cartão de crédito no Relatório TEF ou, em outros casos, mediante a combinação de data e valor das operações, identificando os documentos fiscais relativos a 11.125 operações de venda autuadas.

Nesse contexto, é imperioso que sejam analisados os argumentos apresentados pela requerente para que, ao final, também sejam decotados da autuação fiscal os valores de ICMS exigidos, pois não há que se falar na falta de pagamento do imposto estadual nestas operações.

Assim, requer:

- Em relação às infrações 1 e 2, considerando a ausência de qualquer prejuízo ao Fisco, o cancelamento da multa aplicada por inadimplemento de obrigação tributária visto que, conforme reconhecido pela própria Fiscalização, a exação foi regularmente recolhida aos cofres estaduais.
- Quanto à retificação parcial da infração 3, ante a demonstração dos equívocos incorridos pela metodologia de cálculo utilizada pela Fiscalização, requer o saneamento dos referidos vícios, aplicando-se o índice de proporcionalidade sobre a integralidade das operações autuadas (conforme realizado no Auto de Infração), e não somente sobre os saldos remanescentes;
- Requer-se a juntada aos autos do CD-ROM em anexo, contendo a planilha “*Conciliação - de Vendas em Cartão com Produtos e Seviços*”; demonstrando a regular emissão de documentos fiscais referentes às operações remanescentes no Auto de Infração, para que todos os valores sejam descontados da autuação;
- Ademais, com base no que foi exposto, reitera os fundamentos para que seja julgado improcedente o lançamento fiscal.

Em nova manifestação do autuante, fls. 2675/2678, informa tão somente em relação à infração 3 que o contribuinte em sua manifestação à fl. 2664 argui que “*Primeiramente, cumpre registrar que há um equívoco na metodologia de cálculo utilizada pela fiscalização ao realizar a aludida retificação, notadamente no momento de aplicação do índice de proporcionalidade, que ensejou considerável majoração no valor remanescente da autuação*”.

Com relação a esta afirmação da requerente informamos que não houve equívoco algum na metodologia de cálculo utilizada pela fiscalização ao realizar a aludida retificação. O que ocorreu foi que simplesmente no cálculo original do Auto de Infração não houve nenhuma dedução de operações comprovadamente tributadas, já que nas informações referentes a “Meios de Pagamento”, que discriminam por espécie (dinheiro, cheque, cartão de débito/crédito, etc.) as formas de recebimento realizadas pelo contribuinte não apontavam vendas realizadas através cartões de crédito/débito.

E, para que fique claro que não houve equívoco algum, repetimos abaixo, mais uma vez, a sistemática de apuração do ICMS devido para esta infração.

Salienta que a referida infração foi detectada mediante aplicação do roteiro TEF, que consiste no cotejo das informações obtidas nos “Relatórios Diários Operações TEF”, fornecidas pelas Administradoras de Cartões de Crédito/Débito, mediante prévia autorização do contribuinte, cuja base legal é o Convênio ECF 01/01 e o art. 3º-A do Decreto nº 7.636/99, com as informações constantes nas Reduções “Z”, diárias, especificamente as informações referentes a “Meios de Pagamento”, que discriminam por espécie (dinheiro, cheque, cartão de débito/crédito, etc.) as formas de recebimento realizadas pelo contribuinte. Desta forma, alimenta-se a “Planilha de Apuração das Vendas em Cartões de Débito/Crédito”, cuja base de cálculo encontrada será reduzida mediante a aplicação do índice de proporcionalidade, obtido através do quociente entre

as saídas tributadas (base de cálculo) e as saídas totais (valor contábil), informadas pelo próprio contribuinte na sua DMA, conforme documentos anexos às fls. 29 a 31 e 141 a 143 do presente processo.

Verifica que a requerente em sua manifestação à fl. 2663 argui que “*Além das vendas das mercadorias, que estão registradas nos cupons fiscais emitidos, a Requerente oferece aos seus clientes a contratação de seguros e garantia estendida para os produtos, os quais estão registrados no Relatório TEF, em virtude do pagamento via cartão de crédito/débito, mas não estão incluídos nos cupons fiscais emitidos, pois em relação a esses valores são emitidas Notas Fiscais de Serviço*”; e prossegue afirmando que “*Em outros casos, o cliente realizou o pagamento de parte da mercadoria por meio de cartão de crédito e outra parte por meio de dinheiro/cheque. Por este motivo, o valor constante no Relatório TEF é inferior ao valor inserido no cupom fiscal. Ressalte-se que este procedimento é comum em vendas realizadas na maioria das lojas de varejo, sendo uma opção do cliente de realizar o pagamento da melhor forma.*”

Alega, às fls. 2664 que “*Entretanto, apesar dos esclarecimentos e documentos juntados aos autos, o Fiscal autuante deixou de analisar os argumentos apresentados pela Requerente, desconsiderando todas as operações conciliadas na “Planilha 02”, limitando-se a alegar eventual desencontro de datas e valores para justificar a manutenção de sua exigência*”.

Informa, também, à fl. 2667 que “*Para que não restem dúvidas, a Requerente apresenta a versão atualizada da “Planilha 02” contendo novas informações sobre a regular tributação das operações realizadas, relacionando-as com as respectivas correspondências nos Relatórios TEF fornecidos pelas operadoras de cartão de crédito, de acordo com suas datas, valores e números de autorização*”. Continua afirmando que “*A planilha ora apresentada, denominada “Conciliação de Vendas em Cartão com Produtos e Serviços”, relaciona números de cupons fiscais com os respectivos códigos de autorização informados pelas administradoras de cartão de crédito no Relatório TEF ou, em outros casos, mediante combinação de data e valor das operações, identificando os documentos fiscais relativos a 11.125 operações de venda realizadas*”.

Assevera que após análise das argumentações da autuada e, mediante conferência efetuada por amostragem na planilha “Conciliação de Vendas em Cartão com Produtos e Serviços” ficaram convencidos, com o demonstrativo apresentado, que haja uma vinculação entre cupom fiscal e venda realizada mediante cartão de débito/crédito, comprovando a correspondente operação de saída de mercadoria amparada por cupom fiscal para os boletos informados pelas operadoras, de pagamentos efetuados por meio de cartão de crédito e/ou débito, independente do meio de pagamento registrado no ECF. Ou seja, as informações apresentadas na referida planilha demonstram a existência de um documento fiscal correspondente a estas operações de venda efetuadas com cartão de crédito ou de débito.

Desta forma, anexa às fls. 2679 a 2682 deste PAF, novas "Planilhas de Apuração das Vendas em Cartões de Débito/Crédito", referentes aos exercícios de 2012 e 2013, onde também abatemos das vendas efetuadas, através de cartão de crédito/débito, informadas pelas administradoras, os valores não registrados como meio de pagamento através de cartões, porém efetivamente presentes nas notas fiscais/cupons fiscais e constantes da planilha “Conciliação de Vendas em Cartão com Produtos e Serviços_1”, anexa em mídia (CD) às fls. 2683 deste PAF.

Apresenta novamente um novo demonstrativo da infração 3, resultante dos ajustes efetuados na presente Informação Fiscal, conforme fls. 2677/2678.

Em nova manifestação do contribuinte, fls. 2696/2697, observa que a fiscalização após nova revisão da autuação fiscal e análise dos documentos juntados aos autos, reduziu o valor da infração 3 para o montante de R\$155.108,88, que representou uma exclusão de 85% dos valores originalmente autuados. Todavia, pontua que existem informações a serem validadas pelo fiscal autuante, pois o contribuinte acosta versão atualizada da “Planilha de Conciliação”, contendo a indicação de outras operações regularmente tributadas, obtidas a partir da análise detalhada dos

cupons fiscais emitidos no período, os quais se relacionam com as informações de datas, valores e números de autorização apresentados no relatório TEF que acompanha o presente Auto de Infração.

Nesse contexto, concorda com as exclusões realizadas até o presente momento, entretanto requer a juntada aos autos do CD-ROM em anexo, contendo a planilha de conciliação atualizada que demonstra a regular emissão de documentos fiscais referentes a mais 79 operações de saída, e que ainda compõe indevidamente a autuação em epígrafe.

Reitera que após análise das provas juntadas aos autos, pede que estes valores sejam descontados da autuação fiscal.

Na manifestação do autuante em relação à última peça defensiva do contribuinte, fls. 2702/2704, informa que as alegações do autuado de que “....*a juntada aos autos do CD-ROM em anexo, contendo a planilha de conciliação atualizada que demonstra a regular emissão de documentos fiscais referentes a mais 79 operações de saída, e que ainda compõem indevidamente a autuação em epígrafe.*”, afirmando que: “*Após a análise das provas juntadas aos autos, a Requerente pede para que, da mesma forma, estes valores sejam decotados da autuação fiscal.*”.

Afirma que efetuou nova conferência, nos mesmos moldes da realizada na diligência anterior, às fls. 2674 a 2683 deste PAF, e também detectamos, com o novo demonstrativo apresentado, uma vinculação entre cupom fiscal e venda realizada mediante cartão de débito/crédito, que comprova a correspondente operação de saída de mercadoria amparada por cupom fiscal para os boletos informados pelas operadoras, de pagamentos efetuados por meio de cartão de crédito e/ou débito, independente do meio de pagamento registrado no ECF. Ou seja, as informações apresentadas na referida planilha demonstram a existência de um documento fiscal correspondente a estas operações de venda efetuadas com cartão de crédito ou de débito.

Desta forma, sustenta que anexou nas fls. 2705 a 2708 deste PAF, novas "Planilhas de Apuração das Vendas em Cartões de Débito/Crédito", referentes aos exercícios de 2012 e 2013, onde abateu das vendas efetuadas, através de cartão de crédito/débito, informadas pelas administradoras, os valores não registrados como meio de pagamento através de cartões, porém efetivamente presentes nas notas fiscais/cupons fiscais e constantes da nova planilha de conciliação, anexa em mídia (CD) à fl. 2695 deste PAF.

E apresenta novo demonstrativo de débito da infração 3, conforme fls. 2703-2704.

VOTO

O presente lançamento, ora impugnado contempla 03 infrações, já devidamente relatadas, todas por descumprimento de obrigação principal.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; resta clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual.

Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, foram realizadas diligências, com manifestações do impugnante, e contemplados os documentos fiscais apresentados pelo autuado e esclarecimentos pertinentes, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de outras diligências e perícias, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas. Cabe

lembra que já foram feitas mais de uma diligência para aclarar as questões arguidas pela defesa, que resultaram em modificações pelo autuante das infrações 01 e 02, bem como redução substancial da infração 03.

No que alude especificamente aos pedidos de perícia relativos à infração 03, importa informar que estamos diante de uma presunção legal prevista no inciso IV art. 337 do Novo Código de Processo Civil. As presunções se dividem em absolutas, que não admitem prova contrária, ou as relativas, consideradas verdadeiras até prova em contrário. Portanto, estamos, na infração sob análise, diante de uma presunção legal relativa, prevista pelo §4º do art. 4º da Lei 7.014/96, cabendo ao impugnante o ônus da prova, trazendo aos autos os elementos necessários que se oponham aos fatos presumidos.

Assim, os quesitos elaborados para perícia, no que tange ao registro equivocado por outras modalidades de pagamento, já foram enfrentados com as diligências, cabendo ao sujeito passivo as demais provas quanto à escrituração dos seus livros, bem como os elementos que demonstrem que não recolheu a menos o imposto e que ofereceu seus produtos a tributação, além da inexistência de prejuízo ao erário público e demais providências alinhadas em seus quesitos, que são ônus do sujeito passivo, cabendo lembrar que, em relação à grande parte dos valores exigidos, o mesmo se desincumbiu a contento obtendo a improcedência de parte das infrações.

No que tange à arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste, convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7º edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissos que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

É importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a constitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA, bem como as decisões dos Tribunais apontados pelo autuado não vinculam os atos administrativos dessa unidade federativa.

A infração 01 que trata de utilização de crédito indevido relativo a mercadorias, enquadradas no regime de substituição tributária, não foi mantida, em razão de o sujeito passivo demonstrar, com o acolhimento do autuante, que efetuou as saídas normalmente tributadas e apurou o imposto devido, não cabendo a multa por descumprimento de obrigação acessória, arguida pelo autuante, na medida em que tais créditos não passam a ser indevidos, uma vez que serviram para apuração do imposto devido através da apuração normal.

A infração 01, assim, é improcedente.

As mesmas razões constantes da infração 01 recariam sobre a infração 02, ou seja, o sujeito passivo demonstra com o acolhimento do autuante, que efetuou as saídas normalmente tributadas e apurou o imposto devido. A infração exigia e o imposto devido por antecipação tributária foi transformado em multa por descumprimento de obrigação acessória, tendo em vista a comprovação das saídas tributadas, conforme dispõe o art. 42, II, "d" e §1º da Lei 7.014/96.

Diante do exposto, fica mantida parcialmente a infração 02, conforme novo demonstrativo de débito anexado aos autos.

Já a infração 03, após as diversas diligências solicitadas e cumpridas, o sujeito passivo prova que, apesar de ter efetuado vendas através de cartões de créditos/débito, por equívoco, não registrou tais vendas como meio de pagamento através de cartões de crédito/débito, contudo, após diligência, trouxe aos autos, em mais de uma manifestação, planilhas demonstrando a identidade

entre valores e datas das vendas registradas com outros meios de pagamento, com as vendas realizadas através de cartões de créditos/débitos, informadas pelas Administradoras de Cartões.

Assim, o autuante, corretamente, reconhece tais identidades, reduz os valores exigidos, conforme planilhas finais, às fls. 2705 a 2708, novas "Planilhas de Apuração das Vendas em Cartões de Débito/Crédito", mantendo apenas os produtos que se encontravam na substituição tributária referentes aos exercícios de 2012 e 2013, onde deduziu das vendas efetuadas, através de cartão de crédito/débito, informadas pelas administradoras, os valores não registrados como meio de pagamento através de cartões, porém efetivamente presentes nas notas fiscais/cupons fiscais e constantes da nova planilha de conciliação, anexa em mídia (CD) às fls. 2695 deste PAF.

Em consonância com o que alinha o autuante, em sua informação fiscal, o cálculo e aplicação do percentual de proporcionalidade estão corretos, visto que a "Planilha de Apuração das Vendas em Cartões de Débito/Crédito", cuja base de cálculo encontrada foi reduzida mediante a aplicação do índice de proporcionalidade, obtido através do quociente entre as saídas tributadas (base de cálculo) e as saídas totais (valor contábil), informadas pelo próprio contribuinte na sua DMA, conforme documentos anexos às fls. 29 a 31 e 141 a 143 do presente processo.

Cabe informar que a presente exigência não se ampara na IN 21/2007, que trata de pauta de café e foi revogada, não interferindo na presente exigência fiscal, além de ficar demonstrado que o levantamento, com base na presunção prevista no art. 4, §4º da Lei 7.014/96, não se trata de arbitramento, não havendo o que se falar no art. 148 do CTN.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, cabendo a procedência parcial da infração 02 que foi transformada em multa por descumprimento de obrigação acessória conforme II, "d", §1º, art. 42 da Lei 7014/96, e da infração 03 que foi reduzida após o acolhimento de parte das arguições defensivas, conforme demonstrativo que segue:

<u>INF.</u>	<u>VLR. HISTÓRICO</u>	<u>VLR. JULGADO</u>	<u>MULTA PERC.</u>	<u>MULTA</u>	<u>SITUAÇÃO</u>
02	R\$16.191,46	-----	R\$9.714,87		PROC. PARCIAL
03	R\$1.468.296,33	R\$148.956,58	-----	100%	PROC. PARCIAL
	TOTAL	R\$148.956,58	R\$9.714,87		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 271351.1405/14-3, lavrado contra ELETROSOM S/A, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$148.956,58**, acrescido da multa 100%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$9.714,87**, prevista no inciso II, "d", §1º, do mesmo diploma legal citado, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de agosto de 2017.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR