

A. I. Nº - 206903.0005/15-7
AUTUADO - D&W COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - RITA DE CÁSSIA MOARES IUNES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 30/01/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0224-03/18

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Ficou comprovado que o defendente não recolheu o ICMS em operações efetuadas com uso de ECF. Refeitos os cálculos o débito ficou reduzido. **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.** A diferença apurada entre o valor das vendas registradas em cartão de crédito e o valor informado pela administradora do cartão indica que o sujeito passivo efetuou vendas sem emissão do documento fiscal correspondente. Infração subsistente. **3. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS - DMA. APRESENTAÇÃO FORA DO PRAZO. MULTA.** Autuado não comprovou a entrega da declaração no prazo regulamentar. **4. EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). APLICATIVO DE COMANDO AO SOFTWARE NÃO INFORMADO. MULTA. 5. ARQUIVO MAGNÉTICO. FALTA DE ENTREGA. MULTA.** Infrações comprovadas. **6. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD. ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD) SEM AS INFORMAÇÕES EXIGIDAS.** Excluídas as multas referentes ao período em que não era obrigado enviar arquivos. Rejeitada a preliminar de nulidade e decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/09/2015, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$328.383,73, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 02.01.03: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Saída de mercadorias tributadas apurado mediante auditoria na memória da fita detalhe – MDF, operações realizadas com uso de ECF, nos meses de janeiro de 2010 a dezembro de 2014. Valor do débito: R\$53.835,01. Multa de 60%.

Infração 02 – 05.08.01: Omissão de saída de mercadoria tributada, apurada por meio 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 janeiro de 2010 a dezembro de 2014. Valor do débito: R\$187.608,77. Multas de 70% e 100%.

Infração 03 – 16.05.25: Apresentação de DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS) fora do prazo regulamentar, referente aos meses de março e abril de 2011; janeiro a março de 2012, e julho de 2014. Exigida multa no valor de R\$460,00 por cada mês, totalizando R\$2.760,00.

Infração 04 – 16.10.08: Não informou à Secretaria da Fazenda o programa aplicativo utilizado para envio de comandos do Software Básico de equipamento de controle fiscal. Aplicada multa de R\$1.380,00 por cada equipamento, totalizando R\$11.040,00.

Infração 05 – 16.12.20: Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, ou sua entrega sem o nível de detalhe exigido pela legislação, nos meses de janeiro de 2010 a dezembro de 2012. Aplicada multa de R\$1.380,00 em cada mês, totalizando R\$46.680,00.

Infração 06 – 16.14.04: Falta de entrega de arquivo eletrônico nos prazos previstos na legislação, ou sua entrega sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação, nos meses de janeiro a dezembro de 2013; janeiro, fevereiro, outubro a dezembro de 2014. Multa no valor de R\$1.380,00 em cada mês, totalizando R\$23.460,00.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 75 a 100, alegando que embora busque uma perfeita escrituração fiscal e contábil, é certo que possui como premissa básica a não sonegação de qualquer valor devido ao erário, a mesma está invariavelmente sujeita a equívocos, razão pela qual, antes de oferecer sua peça defensiva, examinou o lançamento fiscal lavrado para determinar se seria, de fato, procedente.

Diz ter constatado que as infrações 01, 04, 05 e 06 são parcialmente procedentes e as infrações 02 e 03 são totalmente improcedentes. Em relação à parte reconhecida do lançamento fiscal, informa que providenciará recolher os valores devidos com os benefícios proporcionados pelo Programa Concilia Bahia, instituído pelo Estado da Bahia por meio da Lei nº 13.449/2015.

Afirma que a Autoridade Fiscal incorreu em diversos equívocos que são capazes de reduzir drasticamente os valores cobrados ou mesmo cancelar as exigências, conforme passa a demonstrar.

Antes de adentrar ao mérito, destaca a ocorrência da decadência do direito do Estado da Bahia em constituir crédito referente a tributo sujeito ao lançamento por homologação, em relação a fatos geradores ocorridos no período de 31/01/2010 a 30/09/2010.

Alega que, no caso em tela, declarou todas as suas operações de circulação de mercadorias, calculou o montante devido a título de ICMS e antecipou o respectivo pagamento. Por sua vez, a Fiscalização, exercendo seu direito de rever o procedimento realizado pelo contribuinte, lançou valores que entendia devidos, fundamentando-se no fato de que algumas operações, classificadas pelo Contribuinte como não tributadas, estariam sujeitas à incidência do ICMS.

Afirma que no momento em que o auto de infração ingressou no mundo jurídico (05/10/2015, data da efetiva notificação do contribuinte), já havia ocorrido a perda do direito do Fisco de rever o lançamento por homologação, relativamente aos fatos geradores anteriores a 05/10/2010, em razão do disposto no §4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, que transcreveu.

Ressalta que em relação aos tributos cujo lançamento seja feito pelo próprio contribuinte (por homologação), ocorrido o fato gerador, já nasce para o contribuinte a obrigação de identificar, informar e, caso tributável, pagar o tributo, sem qualquer participação do Fisco, que tem, a partir daquele fato gerador, o prazo de 05 (cinco) anos para formalizar e constituir o seu crédito através do auto de infração, caso entenda diferentemente do contribuinte. É exatamente isto que está expresso no Código Tributário Nacional, em seu art. 150, §4º. Já o art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN determina que o curso do prazo decadencial será interrompido com a notificação do lançamento ao sujeito passivo, devendo sê-la efetuada dentro do prazo quinquenal.

Acrescenta que, no caso concreto, como o lançamento foi notificado ao defendente em 05/10/2015, entende ter decaído o direito de alcançar os fatos ocorridos antes de 05/10/2010, por restarem decorridos mais de cinco anos desde a data dos fatos geradores e a notificação de lançamento, devendo ser aplicada a previsão do parágrafo único do art. 149 do Código Tributário Nacional, o qual determina que o lançamento e eventual revisão deste só podem ser iniciados enquanto não extinto o direito de lançar da Fazenda Pública.

Conclui que deve ser reconhecida a decadência do direito de rever o lançamento no prazo de 05 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, na forma do §4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, devendo ser excluídos do lançamento fiscal os valores referentes aos fatos geradores anteriores a 05/10/2010, porque estes foram alcançados pela decadência.

No mérito, quanto à primeira infração, alega que embora a exigência fiscal proceda em parte, uma vez que, de fato, existem produtos que tiveram equivocadamente o tratamento de não tributável, débito que será parcelado, o mesmo não se pode afirmar acerca de bebidas, pães e “*couvert*”.

Ressalta que nos termos do art. 353 do RICMS-BA/97 e art. 289 do RICMS-BA/2012, vigentes nos períodos dos fatos geradores, os produtos “bebidas”, estas entendidas como vinhos e demais bebidas alcoólicas, assim como “pães”, estão sujeitos à substituição tributária por antecipação, onde o alienante do produto realiza a retenção do ICMS incidente sobre a operação do impugnante.

Transcreve os citados artigos e em relação às bebidas, destaca que o Estado da Bahia aderiu aos Protocolos ICMS nº 14/06 e 107/09, os quais versam justamente sobre vinhos e bebidas quentes e atribuem “ao estabelecimento industrial, importador e arrematante de mercadoria importada e apreendida, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) relativo às operações subsequentes”.

Diz que se observa no relatório da autuante, que esta considerou como tributável diversos vinhos e demais bebidas, assim como o pão caseiro, comercializados pelo impugnante, olvidando que o tributo foi devidamente retido e recolhido ainda na operação anterior.

No que tange ao “*couvert*”, afirma que não há dúvidas de que sobre o mesmo não incide ICMS, visto que não se trata de circulação de mercadoria, mas sim prestação de serviço, o que está sujeito à incidência de ISS pelo ente municipal. O “*couvert*” nada mais é do que uma performance artística em que, no caso do impugnante, diz respeito à apresentação de um pianista, com o objetivo de propiciar aos clientes um ambiente agradável.

Lembra o que dispõe a Lei nº 7.014/96, em seu art. 2º, inciso I, que o ICMS incide sobre “o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por bares, restaurantes, hotéis e estabelecimentos similares, incluídos os serviços prestados”. Afirma que embora tenha sido incluída a expressão “serviços prestados” na redação do inciso, a mesma deve ser interpretada de forma restritiva, aplicando-se apenas aos serviços diretamente relacionados ao fornecimento das mercadorias circuladas.

Diz que ao se aplicar uma interpretação abrangente, atribuindo à incidência do ICMS a todo e qualquer serviço prestado, a exemplo de “*couvert*” e manobrista, estar-se-á invadindo a competência tributária do município para cobrar Imposto Sobre Serviços, criando, assim, um conflito de competências.

Nesse sentido, informa que em resposta à consulta nº 08864/2009 (anexo), o Estado da Bahia trilhou exatamente o sentido ora exposto, entendendo que o “*couvert*” não estaria no campo de incidência do ICMS.

Reafirma que as bebidas alcoólicas, mormente os vinhos, e os pães estão sujeitos à substituição tributária por antecipação, assim como não há incidência de ICMS sobre “*couvert*”, por isso, não há que se falar na falta de recolhimento do referido tributo, devendo a autuante refazer a planilha da infração 01, excluindo tais itens.

Infração 02: Afirma que ao contrário do quanto alegado pela Fiscalização, não há que se falar, no caso em apreço, em omissão de saída de mercadorias por parte do impugnante, pois restará demonstrado que as vendas a Cartão realizadas pelo impugnante foram devidamente registradas

e se encontram comprovadas pelas Reduções Z entregues à Fiscalização, não havendo a alegada divergência com os valores das vendas informadas pelas Instituições Financeiras e Administradoras de Cartão de Crédito e Débito.

Alega que houve uma inovação no procedimento adotado pela Fiscalização, na medida em que, ao invés de confrontar os registros dos valores totais das vendas (diárias ou mensais) com Cartão, realizadas pelo impugnante (Redução Z) com os valores totais informados pelas Instituições Financeiras e Administradoras de Cartões (TEF), a Fiscalização tentou, sem êxito, fazer um complexo cruzamento das vendas TEF com a Memória da Fita Detalhe – MFD, operação por operação, ou seja, confrontando cada Cupom Fiscal emitido pelo impugnante a cada Autorização de Crédito das Operadoras de Cartões, conforme se pode verificar das planilhas elaboradas pela própria autuante, as quais deram respaldo ao lançamento fiscal.

Afirma que o novo procedimento adotado, além de inadequado, revelou-se falho em vários aspectos. Diz “inadequado”, pois a Auditoria de Cartões de Crédito e Débito visa verificar se as vendas por meio destes Cartões são oferecidas ou não pelo contribuinte à tributação, de modo que o contribuinte deve discriminar na Redução Z qual o meio de pagamento utilizado pelo cliente. Do cotejo entre os valores informados pelas Administradoras e os valores das Reduções Z (“cartão de crédito/débito”), é que Auditoria Fiscal é realizada.

Acrescenta que no presente caso, foi utilizado um roteiro de Auditoria não previsto na lei (cruzamento das vendas TEF com MFD), o que gerou a mencionada inadequação, e, por via de consequência, a nulidade do lançamento fiscal, por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA, Decreto nº 7.629/1999.

Salienta que este Conselho de Fazenda já teve a oportunidade de julgar nulo outros Autos de Infração em que a Fiscalização não obedeceu ao roteiro regular de Auditoria, como faz exemplo a Acórdão JJF nº 0040-06/14 proferido pela 6ª Junta de Julgamento Fiscal, cuja ementa transcreveu.

Diz que a autuante incorreu em grave equívoco durante toda a apuração, pois, além de relacionar valores com cupons fiscais errados, deixou de considerar mais de um pagamento em cartão na mesma nota, assim como mínimas divergências existentes entre as informações constantes das Autorizações (TEF) e dos Cupons Fiscais (MFD) - diferença de centavos, por exemplo - fez com que a planilha elaborada pela Fiscalização simplesmente desconsiderasse o valor da venda realizada pelo impugnante com Cartões, gerando uma presunção de omissão de saída de mercadoria absolutamente incompatível com a sua conduta.

Lembra que os clientes de bares e restaurantes, ao realizarem o pagamento dos bens consumidos, costumam dividir os valores da forma que melhor lhes prouver e, em seguida, realizam o pagamento de diferentes formas, como dinheiro, cheque, cartão de crédito ou débito. Diz ser comum haver, em um mesmo cupom fiscal, o pagamento de valores com diferentes cartões, de diferentes bandeiras, o que foi ignorado pela Auditora. Como os valores unitários dos cartões não correspondem ao valor do cupom, isto faz com que se crie a falsa impressão de que existiriam operações de cartão sem a correspondência da devida nota.

Apresenta o entendimento de que a autuante se acomodou com o cruzamento automático do relatório da Fita Detalhe – MFD com o relatório informado pelas Instituições Financeiras e Administradoras de Cartões (TEF), quando, na realidade, deveria fazer uma análise dos valores totais das operações, confrontando-as com os relatórios das Reduções Z, ou, ao menos, corrigir todas as distorções eventualmente existentes, as quais foram provocadas pelo próprio roteiro de Auditoria equivocado realizado pela Fiscalização.

Caso ultrapassada a nulidade suscitada acima, para demonstrar a inexistência de omissão de saídas, em virtude da extensa lista de operações com cartão de crédito ou débito e cupons fiscais entre os anos de 2010 e 2014, informa que produziu uma lista exemplificativa, tomando como base

o relatório gerado pela própria auditora, onde se verifica que todas operações estão acobertadas por sua respectiva nota fiscal.

Alega que no ano de 2010, a autuante considerou como não informado ao Fisco os valores pagos por clientes em 09/01/2010, mediante as autorizações AMEX nº 000645377000000000 e 000645378000000000, cujos valores são respectivamente de R\$ 80,63 e R\$ 160,00, quando, em verdade, ambos os pagamentos estão acobertados pelo cupom de nº 43022, que aparecem totalizados na bandeira do cartão.

Diz que a autuante se equivocou ao alocar o valor da autorização AMEX nº 000645378000000000 no cupom nº 42758, uma vez que este é datado de 05/01/2015 e os pagamentos feitos em cartão se referem às autorizações CIELO nº 000000000000006054 e 000000000000006055, no valor de R\$ 80,00 cada. Não fossem tais pontos suficientes à comprovação de que a autuante optou por seguir o caminho mais cômodo para ela - porém muito mais extremo para a impugnante - da presunção de omissão de saída de mercadoria, invertendo indevidamente o ônus da prova para o contribuinte, os equívocos se estendem aos demais anos.

Afirma que no ano de 2011, a autuante considerou como não informado ao Fisco os valores pagos por clientes em 01/02/2011, mediante as autorizações REDECARD S/A nº 000000000000000001 e 000000000000000003, cujos valores são respectivamente de R\$ 20,00 e R\$ 39,20, quando, em verdade, ambos os pagamentos estão acobertados pelo cupom de nº 66912. Na apuração do ano de 2012 o equívoco se mantém, porém com maior gravidade, pois se percebe que a autuante considerou apenas as notas fiscais emitidas eletronicamente, pois ignorou o fato de que o impugnante foi obrigado a emitir, por determinado período, nota fiscal manual (D1), em razão de problemas técnicos na impressora fiscal.

Diz que em 2013, a autuante considerou como não informado ao Fisco os valores pagos por clientes em 01/01/2013, mediante as autorizações AMEX nº 000000023884300000 e REDECARD S/A 000000000000000047, cujos valores são respectivamente de R\$ 375,80 e R\$ 252,00, quando, em verdade, ambos os pagamentos estão acobertados pelo cupom de nº 17449.

No ano de 2014, diz que a autuante considerou como não informado ao Fisco os valores pagos por clientes em 28/09/2014, mediante as autorizações CIELO nº 000000000000716339 e 000000000000716340, cujos valores são respectivamente de R\$ 96,10 e R\$ 37,00 quando, em verdade, ambos os pagamentos estão acobertados pelo cupom de nº 91705.

Diante das demonstrações entende que o relatório formulado pela autuante carece de qualquer segurança no que tange à exatidão das informações, pois adotou metodologia equivocada, uma vez que um cupom fiscal pode comportar diversas formas de pagamento, assim como diferentes valores de cartão de crédito ou débito.

Ressalta que as demonstrações acima estão devidamente comprovadas nos documentos anexos, os quais se prestam a demonstrar, por amostragem, os equívocos perpetrados pela autuante, visto que seria impossível remontar todas as operações do impugnante, nos últimos 5 anos, dentro do prazo de defesa.

Diz não ser possível presumir a omissão de saída de mercadoria tributada com base no relatório da Autuante, pois não é possível afirmar, a partir deste, se houve divergência entre as operações declaradas e as informadas pelas administradoras de cartão, uma vez que em uma rápida análise do relatório, encontrou-se diversos equívocos.

Requer seja a presente infração julgada nula ou, sucessivamente, improcedente. Caso assim não entendam os Julgadores, requer que se determine a baixa dos autos em diligência com o fito de revisar totalmente relatório formulado, considerando-se todas as notas fiscais emitidas, para que seja possível comprovar a inexistência de qualquer divergência entre os valores informados pelas administradoras de cartão e as operações declaradas pelo impugnante.

Sobre a infração 03, diz que a multa imposta é totalmente improcedente, pois as Declarações e Apurações Mensais do ICMS – DMA dos períodos citados no Auto de Infração foram tempestivamente apresentadas.

Diz que em razão do prazo exíguo, ainda não foi possível localizar nos arquivos os comprovantes de recepção, os quais serão juntados aos autos assim que possível. Requer seja julgada improcedente a infração 03, visto que as DMAs foram apresentadas no prazo regulamentar.

No que se refere à infração 04, alega que embora a infração seja parcialmente procedente, é preciso frisar que existem multas indevidamente aplicadas, uma vez que não foram respeitados os prazos de validade dos Laudos de Análise Funcional.

Ressalta que o Convênio ICMS 15/08 prevê, em sua cláusula décima terceira, § 2º, inciso I, que o Laudo de Análise Funcional de PAF-ECF é dispensado na apresentação de nova versão, caso tenha sido emitido dentro do prazo de 24 meses.

Diz que o próprio laudo possui a validade de 24 meses, conforme se depreende da cláusula nona, § 7º, do mesmo convênio, e embora o Laudo de Análise Funcional fosse dispensado apenas durante o período de 12 meses, após a alteração da cláusula supra referida, com efeitos a partir de 01/06/2012, passou-se a aceitar laudos com até 24 meses de emissão. Isto significa dizer que os laudos emitidos a partir de 01/06/2010, embora anteriormente válidos até o ano de 2011, passaram a também serem válidos até o ano de 2012, uma vez que aceito pelo convênio.

Entende que não procedem as imposições de multas relativas às versões indicadas nas razões de defesa, analisadas de forma individualizada.

Acrescenta que a Fiscalização não forneceu em seu auto de infração a chave “MD5 cupom fiscal”, em relação às versões primárias 6.40, impedindo que o impugnante verifique se, de fato, tinha autorização no período indicado, incorrendo em grave cerceamento de defesa. Requer que a infração 04 seja julgada parcialmente procedente, excluindo-se do lançamento fiscal as multas aplicadas em relação às versões primárias acima identificadas, uma vez que estavam válidas para uso.

No que tange à infração 05, diz que é procedente apenas em parte, uma vez que tais arquivos apenas começaram a ser exigidos ao impugnante a partir do mês de fevereiro de 2012.

Diz que o Convênio 57/95 desobriga a apresentação do arquivo 54, que se refere à totalidade das operações de entrada e saída, assim como das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração, nos casos em que o contribuinte utilize sistema eletrônico de processamento de dados somente para a escrituração de livro fiscal. É o que se extrai da cláusula quinta, inc. I e § 4º do citado Convênio.

Frisa que no período em que estava sujeita ao SINTEGRA, se encaixava perfeitamente na disposição acima mencionada, pelo que não lhe era exigido o nível de detalhamento sustentado pela Fiscalização, o que passou a ser a partir da implantação do SEPD, em fevereiro de 2012, a teor da informação prestada pela própria Secretaria da Fazenda, em seu site.

Registra que todos os contribuintes que utilizam sistema eletrônico (SEPD) para emissão de documentos fiscais. O registro Tipo 54 abriga os dados dos itens (produtos/mercadorias) das notas fiscais modelo 1 e 1-A; Nota Fiscal – Microempresa e Nota Fiscal – Empresa de Pequeno Porte – Produtor Rural.

Nesse sentido, como antes da utilização do sistema eletrônico SEPD não se exigia o Registro Magnético tipo 54, entende que também não poderiam ser exigidos os arquivos 60R e 75, os quais devem ser encaminhados apenas quando há registros do arquivo 54.

Requer seja determinada a exclusão do lançamento fiscal da multa aplicada pela suposta falta de apresentação de arquivo em nível de detalhe exigido, entre os períodos de 30/01/2010 e 29/02/2012.

Quanto à Infração 06, diz que a exigência fiscal não procede em parte, ao menos em relação ao período de Janeiro a Dezembro de 2013, salientando que, ao contrário do alegado pela Fiscalização, o Registro 1600 do EFD foi regularmente enviado pelo impugnante no mencionado período de Janeiro a Dezembro de 2013. Para comprovar as suas alegações, o impugnante informa que colacionará as cópias dos *print* das telas dos referidos arquivos apresentados pela Fiscalização, os quais confirmam o envio do Registro 1600 nos meses de Janeiro a Dezembro de 2013.

Diz que restou comprovada a improcedência da multa pela suposta falta de entrega do Registro 1600 neste período. Da mesma forma, entende que não deve prosperar a multa pela falta de entrega do Registro C425. Isto porque os contribuintes apenas estavam obrigados a apresentar o Registro C425 no caso de existir o Registro C420 e não existir o Registro C495, conforme se extrai do ATO COTEPE/ICMS Nº 9/2008.

Alega que, consoante informações obtidas do site da Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia, o Registro C495 apenas deixou de existir a partir de Janeiro de 2014, quando, portanto, a entrega do Registro C425 passou a ser obrigatória.

Diz que se verifica, também, a improcedência da multa pela falta de entrega do Registro C425 no período de Janeiro a Dezembro de 2013, em razão da sua não obrigatoriedade.

Deste modo, o defendente pugna pela procedência parcial desta infração, excluindo-se do lançamento fiscal as multas aplicadas indevidamente no período de Janeiro a Dezembro de 2013.

Por fim, informa que confia que este CONSEF julgue parcialmente procedente o presente Auto de Infração, homologando-se os pagamentos efetuados pelo contribuinte, referente aos valores reconhecidos devidos.

A autuante presta informação fiscal às fls. 424 a 426 dos autos. Preliminarmente informa que foram observados todos os dispositivos legais que regulam tanto o procedimento como o processo. As infrações estão devidamente caracterizadas, sendo possível determinar sua natureza, o autuado e o montante do débito tributário, constando nos demonstrativos de débitos das infrações, elaborados pela fiscal autuante, a reprodução fiel do teor dos fatos verificados acompanhados das provas necessárias e suficientes à demonstração do fato arguido.

Informa que todos os demonstrativos que serviram de base para apuração dos valores do ICMS reclamado, relativamente aos exercícios de 2010 a 2014, foram apresentados e entregues ao contribuinte em meio magnético, conforme se pode confirmar, mediante CD e recibo de entrega de arquivos eletrônicos constantes às fls. 12 e 13 deste PAF.

Ultrapassada a questão formal dos procedimentos, afirma que a argumentação apresentada na impugnação é desprovida de fundamentação legal e demonstra o caráter protelatório da defesa.

Quanto à alegada Decadência Parcial do Crédito Tributário, informa que o direito da Fazenda Pública fazer o lançamento para constituir o crédito tributário extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento já podia ter sido efetuado, conforme disposto no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN (Lei nº 5.172/66), no § 1º do art. 28 do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB (LEI nº 3.956/81) e pelo inciso I do art. 965 do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284 de 14/03/1997. Diz que está claramente fixado em lei o prazo para homologação e decadência, atendendo ao disposto no § 4º do art. 150, do CTN.

Afirma que ao analisar e sistematizar as três situações de possíveis ocorrências do lançamento por homologação, em relação à primeira, quando o sujeito passivo apura o valor devido, e recolhe integralmente o tributo devido, nada a opinar considerando a efetivação do previsto como a situação fática ideal e correta. Entretanto, se o recolhimento for a menor do valor devido, sendo tanto a apuração quanto o recolhimento objetos da homologação por parte do Fisco, o *dies a quo*, ou o termo inicial para contagem do prazo decadencial referente ao valor que deixou de

ser recolhido pelo sujeito passivo, iniciar-se-á a partir do primeiro dia do exercício seguinte. Pois está patente a utilização do lançamento de ofício, sendo necessária a intervenção do fisco, frente omissão por parte do sujeito passivo, descaracterizando o lançamento por homologação.

Frisa que na segunda situação, quando o sujeito passivo apura, e não recolhe o tributo devido, o objeto da homologação é a apuração e o pagamento, e não ocorrendo a antecipação do pagamento em função da apuração realizada, não há que se falar em homologação. A regra a ser aplicada é do artigo 173, I do CTN, sendo o termo inicial para contagem do prazo decadencial o primeiro dia do exercício seguinte.

Na terceira situação, quando o sujeito passivo não apura e não recolhe o tributo, conclui que a situação é a mesma acima, e, nesse caso, nem a apuração foi efetivada. A regra a ser aplicada é a do artigo 173, I do CTN, sendo o termo inicial para contagem do prazo decadencial o primeiro dia do exercício seguinte.

Diz que o Superior Tribunal de Justiça adotou o entendimento segundo o qual, nos impostos submetidos ao regime do lançamento por homologação, "a decadência relativa ao direito de constituir o crédito tributário somente ocorre depois de cinco anos, contados do exercício seguinte em que se extinguiu o direito potestativo de o Estado rever e homologar o lançamento". Por outras palavras: "o prazo decadencial de 5 (cinco) anos tem início a partir do primeiro dia útil do exercício seguinte àquele em que a homologação poderia efetivar-se". E no mesmo sentido se pronunciou a Segunda Turma do Tribunal Federal da Terceira Região,

Diz que em relação a esta matéria o CONSEF vem decidindo, de forma reiterada, pela aplicação das disposições contidas no Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81 – art. 107-A, inc. I). Nessa linha de entendimento, foi exarado o Acórdão nº 0009-12/08, pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Ressalta que a ação fiscal abrangeu os exercícios de 2010 a 2014 e o Auto de Infração foi lavrado em 28/09/2015, o lançamento foi formalizado ainda dentro do período de 5 (cinco) anos, contados do 1º dia do exercício seguinte à ocorrência dos fatos geradores. Desta forma, não procede a arguição de decadência para os lançamentos apurados no período de Janeiro a Outubro de 2010. Pois, foram observados todos os dispositivos legais que regulam tanto o procedimento como o processo.

Quanto à infração 01 afirma que não há remédio processual a socorrer o autuado nesta infração, sendo, portanto, desprovida de previsão legal a defesa interposta, em razão de que não procedem as alegações da defesa por carecerem de fundamentação jurídica e pelo fato de terem sido comprovadas à infração identificada neste item.

Sobre a Infração 02 diz ser pacífico o entendimento de que o fato gerador do ICMS deve decorrer da realização de todos os aspectos tipificados na norma de incidência do tributo, vez que a relação jurídica somente deve pautar-se pelo critério de segurança e certeza, sob pena de nulidade, sendo defeso o lançamento estribado em suposição ou simples indício.

Daí, decorre dizer-se que o tributo só pode incidir sobre ocorrências reais, devidamente comprovadas, as quais devem demonstrar a efetiva ocorrência dos fatos tidos como tributáveis, em nome do princípio da verdade material. Todavia, a lei expressamente designa fatos conhecidos nos quais entende estarem presentes elementos que indicam, caracterizam ou positivam atos, situações ou circunstâncias venham a se tornar exigíveis sob o aspecto tributário, ou seja, cuja existência é provável.

Ressalta que dentro de tal lógica, a informação advinda das administradoras de cartões de crédito/débito, se compõe de dados de operações reais, que correspondem a pagamentos efetivados por tais modalidades, não produzindo de maneira automática qualquer efeito relativo ao ICMS, o que somente ocorre quando a fiscalização coteja tais elementos com os valores informados e apresentados pelo sujeito passivo relativamente às suas operações declaradas ao Fisco.

A partir de tal cotejamento, temos o surgimento da presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto respectivo às operações, quando as informações oriundas das administradoras de cartões de crédito/débito apresentam valores superiores aos constantes nos dados fiscais do contribuinte.

Afirma que tal presunção não se apresenta como absoluta, podendo o sujeito passivo contrapor fatos, elementos ou informações que se contraponham à mesma, e até mesmo a desconstituam. Se as alegações da defesa estivessem embasadas em provas, a presunção levantada no lançamento tributário poderia ser contraditada, o que implicaria na possibilidade de redução ou mesmo na extinção do crédito tributário. Para tal, as provas deveriam ser acostadas à defesa, vez que no caso em exame, o ônus da prova estaria em poder do sujeito passivo, ao arrimo do artigo 333, Inciso I, do Código de Processo Civil, o qual, de acordo com o RPAF/BA, aplica-se subsidiariamente ao processo administrativo tributário. Diz que isso não ocorre, o que implica dizer que a alegação do recorrente não traz qualquer elemento que possa embasar o seu pleito, razão pela qual não pode ser levada em conta no caso em comento.

Afirma que o próprio RPAF explicita em seu artigo 8º, Inciso IV, que as petições deverão conter os meios de prova com que o interessado pretenda demonstrar a verdade de suas alegações, dispositivo este complementado pelo artigo 143 do mencionado diploma legal, que determina que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Dessa forma, entende que diante do fato do recorrente apenas alegar, sem apresentar qualquer prova que refute a acusação fiscal, ou que possa reverter o julgamento realizado na primeira instância, a presunção há de ser mantida sem qualquer ressalva ou reparo.

Infração 03: Diz que não há remédio processual a socorrer o autuado nesta infração, sendo desprovida de previsão legal a defesa interposta, em razão de que não procedem às alegações da defesa por carecerem de fundamentação jurídica e pelo fato de terem sido comprovadas à infração identificada neste item.

Infração 04: Também afirma que não procedem as alegações da defesa conforme consta consignado nos arquivos da Memória de Fita Detalhe dos equipamentos ECF identificados no demonstrativo constante às fls. 41 e 42 deste PAF e o que dispõe o Convênio ICMS 9, de 3 de abril de 2009, que estabelece normas relativas ao equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) e ao Programa Aplicativo Fiscal-ECF (PAF-ECF) aplicáveis ao fabricante ou importador de ECF, ao contribuinte usuário de ECF, às empresas interventoras e às empresas desenvolvedoras de PAF-ECF.

Infração 05: Quanto ao argumento de que os arquivos SINTEGRA foram entregues, ressalta que os referidos arquivos magnéticos foram entregues fora do prazo regulamentar e mesmo após a entrega dos referidos arquivos eletrônicos, no decorrer da ação fiscal, o autuado fora intimado para apresentação de elementos que pudessem elidir os ilícitos fiscais apontados nos supra referidos demonstrativos de apuração do ICMS reclamado, conforme consta às fls. 18 e 19 deste PAF, contudo, não o fez.

Informa, ainda, que através da “Relação de Arquivos Recepcionados” constante às fls 44 a 65 deste PAF, o contribuinte realizou a entrega dos referidos arquivos magnéticos do SINTEGRA fora do prazo regulamentar e sem o nível de detalhe exigido na legislação, especialmente as informações relativas aos registros 50, 54, 60R, 61, 61R, 70 e 75.

Infração 06: Afirma que não procedem as alegações da defesa no que se refere a esta infração, conforme dispõe o RICMS-BA-2012. Diz que não poderiam ser acolhidos os argumentos trazidos pelo sujeito passivo em sua defesa, uma vez constatado que o contribuinte recebeu todos os elementos utilizados para apuração do imposto devido, e cobrança das multas pelo descumprimento de obrigações acessórias constantes neste PAF.

Ressalta que as atividades de fiscalização, apuração e lançamento são plenamente vinculadas conforme art. 3º e parágrafo único do art. 142 do CTN, razão pela qual lavrou o presente Auto de Infração.

Finalmente, afirma que o autuado deixou de cumprir as regras regulamentares estabelecidas na legislação tributária infraconstitucional, não havendo remédio processual a socorrer o autuado, sendo desprovida de previsão legal a defesa interposta, em razão de que não procedem as alegações da defesa por carecerem de fundamentação jurídica e pelo fato de terem sido comprovadas às infrações contidas neste PAF. Solicita que seja mantido integralmente o lançamento efetuado.

Às fls. 436/437 esta Junta de Julgamento Fiscal deliberou por converter o presente processo em diligência à Infaz de origem para as seguintes providências:

1. Quanto à infração 01, a autuante excluiu do levantamento fiscal as mercadorias sujeitas ao pagamento do ICMS por antecipação tributária, com fase de tributação encerrada, como alegado nas razões de defesa. Também excluiu os valores correspondentes aos serviços não sujeitos à incidência de ICMS e alcançados pelo ISS.
2. Em relação à infração 02, considerando a alegação do autuado de que foram emitidos cupons fiscais correspondentes aos boletos emitidos pelas vendas realizadas com pagamento em cartão de crédito ou de débito, tendo indicado inconsistências no levantamento fiscal, de forma exemplificativa, foi solicitado que a autuante:
 - a) Intimasse o autuado a apresentar demonstrativo referente aos boletos das operações com cartões de crédito ou de débito e correspondentes Notas Fiscais ou Cupons Fiscais emitidos.
 - b) Confrontasse o demonstrativo do item anterior com os documentos originais do autuado, elaborando novos demonstrativos, fazendo exclusões em relação aos documentos apresentados pelo defendente, que comprovassem a efetiva existência de documentação fiscal correspondente à venda efetuada com cartão de crédito ou de débito.
 - c) Tendo em vista que nas notas fiscais não há campo específico para indicar a forma de pagamento, que fossem considerados os documentos apresentados pelo defendente, correspondentes às vendas efetuadas com cartão de crédito ou de débito, de acordo com as datas e valores.
 - d) Elaborasse novo demonstrativo indicando o débito remanescente
3. Quanto à infração 05 foi solicitado que a autuante enfrentasse a alegação defensiva de que antes da utilização do sistema eletrônico SEPD não se exigia o Registro Magnético tipo 54, e que não poderiam ser exigidos os arquivos 60R e 75, os quais devem ser encaminhados apenas quando há registros do arquivo 54. Requereu a exclusão do lançamento fiscal da multa aplicada pela falta de apresentação de arquivo em nível de detalhe exigido, entre os períodos de 30/01/2010 e 29/02/2012.
4. Sobre a infração 06, também enfrentasse a alegação do autuado de que o Convênio 57/95 desobriga a apresentação do arquivo 54, que se refere à totalidade das operações de entrada e saída, assim como das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração, nos casos em que o contribuinte utilizar sistema eletrônico de processamento de dados somente para a escrituração de livro fiscal. Cláusula quinta, inc. I e § 4º do citado Convênio.

Em atendimento, a autuante prestou informação fiscal às fls. 478 a 484 dos autos, reiterando que foram observados todos os dispositivos legais e que as infrações estão devidamente caracterizadas. Todos os demonstrativos que serviram de base para apuração dos valores do ICMS reclamado foram apresentados e entregues ao contribuinte em meio magnético, conforme se pode confirmar no recibo de arquivos eletrônicos às fls. 12/13 do PAF.

Quanto à infração 01, concorda com as razões de defesa em relação apenas aos dois itens que procedeu a exclusão do demonstrativo de débito: COUVERT ARTÍSTICO, identificado pelo código 000000000102 e ROLHA DE REVEILLON, identificado pelo código 5004, porque se trata de cobrança apenas de serviço, sujeito à incidência do ISS.

Em relação aos demais tipos de *couvert* e cesta de pães caseiros que constam no referido demonstrativo, informa que não foram retirados em razão de não se tratar apenas de cobrança de um serviço, mas contemplar o fornecimento de combinações variadas de alimentos saborosos e coloridos que estimulam a visão para aguçar o paladar (pães, tapioca, manteiga, pastas, patês, azeitonas, ovos de codorna, conservas de berinjela, vinagretes, salgadinhos, etc.), também conhecidos como antepasto, entrada, iguarias ou aperitivos, servidos antes do início da refeição propriamente dita, mediante solicitação e/ou autorização do cliente. Esses itens se referem a fornecimento de mercadoria tributada, produzida, patrocinada e empratada no restaurante, integra o cardápio e é cobrada do consumidor.

Sobre as bebidas, informa que não foram retiradas do referido levantamento fiscal, por não se tratarem de revenda de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, não tendo sido objeto de pagamento antecipado do ICMS, nem sequer constarem no anexo 88 do RICMS-BA/97, nem no Anexo 1 do RICMS-BA/2012, conforme se pode constatar na listagem que reproduziu à fl. 479. Diz que são drinques, batidas, coquetéis produzidos no bar do restaurante, mediante mistura de diferentes ingredientes, e sujeitos ao pagamento do ICMS.

Reitera o que foi dito para os demais itens contemplados nesta infração, afirmando ser desprovida de previsão legal a defesa interposta, em razão de que não procedem as alegações defensivas.

Infração 02: Diz ser pacífico o entendimento de que o fato gerador do ICMS é decorrente da realização de todos os aspectos tipificados na norma de incidência do tributo. Ressalta que as informações advindas das administradoras de cartões de crédito/débito se compõem de dados de operações reais, que correspondem a pagamentos efetivados por tais modalidades, não produzindo de maneira automática qualquer efeito relativo ao ICMS, o que somente ocorre quando a fiscalização coteja tais elementos com os valores informados e apresentados pelo sujeito passivo, relativamente às suas operações declaradas ao Fisco.

A partir de tal cotejamento, surge a presunção de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto respectivo às operações, quando as informações oriundas das administradoras de cartões de crédito/débito apresentam valores superiores aos constantes nos dados fiscais do contribuinte.

Afirma que tal presunção não se apresenta como absoluta, podendo o sujeito passivo contrapor fatos, elementos ou informações que se contrapunham à mesma, e até mesmo a desconstituam.

Informa que, objetivando cumprir a diligência fiscal solicitada, procedeu à intimação do autuado, que solicitou prazo para elaborar demonstrativos referentes aos boletos das operações com cartões de crédito ou de débito e correspondentes Notas Fiscais ou Cupons Fiscais emitidos. Diz que concedeu prazo e mais prazo para que o defendente pudesse promover as suas investigações, necessárias à elucidação da verdade material.

Ressalta que após longo período de espera, assegurando todas as garantias e prerrogativas constitucionais da ampla defesa e do contraditório e observando os termos especificados na Lei Tributária, constatou que o autuado não apresentou prova necessária e suficiente para elidir a presente infração, tendo em vista que os demonstrativos apresentados para análise, foram produzidos de forma incompleta, sem identificação das notas fiscais arroladas e sem a juntada de documentos.

Dessa forma, apesar da nova oportunidade concedida por meio da diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal, e com prorrogação de prazo para apresentação dos demonstrativos,

percebeu pouca atenção e cuidado na elaboração dos demonstrativos apresentados pelo defendente.

Assegura que os mencionados demonstrativos não se prestam à finalidade de proporcionarem a comprovação de vinculação dos boletos das operações com cartões de crédito/débito e os correspondentes documentos fiscais. Se as alegações defensivas estivessem embasadas em provas, a presunção levantada no lançamento tributário poderia ser contraditada, o que implicaria possibilidade de redução ou mesmo na extinção do crédito tributário. Tais provas deveriam ser acostadas aos autos, mas isso não ocorreu, o que implica dizer que a alegação do autuado não traz qualquer elemento que possa embasar o seu pleito, razão pela qual, não pode ser levada em conta no caso em comento.

Cita os arts. 8º e 143 do RPAF/BA, e conclui que, sem apresentar qualquer prova para refutar a acusação fiscal, a presunção há de ser mantida sem qualquer ressalva ou reparo.

Infração 05: Informa que o autuado reconhece que esta infração é procedente em parte, utilizando alegação de que os arquivos apenas começaram a ser exigidos a partir do mês de fevereiro de 2012, sem fundamentar sua tese. Entretanto, verifica-se que o autuado já realizava a transmissão de arquivos SINTEGRA desde 10/11/2000, sendo que no período de 2006 a 2009 enviou normalmente as informações dos itens de mercadorias nos registros 60R e 75.

Diz que não existe contraditório em relação à data de fim da exigência de transmissão dos arquivos SINTEGRA, que ocorreu a partir de janeiro de 2013, quando houve o início de transmissão dos arquivos da EFD, conforme dispõe o art. 253 do RICMS-BA/2012.

Concorda com o defendente apenas em relação à dispensa do registro 54, com base no § 4º do art. 686 do RICMS-BA/97 e afirma que o defendente utiliza Equipamento Emissor de Cupons Fiscais – ECF, desde 23/11/99.

Quanto ao argumento do autuado de que os arquivos SINTEGRA foram entregues, ressalta que os referidos arquivos magnéticos foram entregues fora do prazo regulamentar e mesmo após a entrega dos referidos arquivos eletrônicos, no decorrer da ação fiscal, o autuado fora intimado para apresentação de elementos que pudessem elidir os ilícitos fiscais apontados nos referidos demonstrativos de apuração do ICMS reclamado, conforme consta às fls. 18/19 dos autos, contudo, não o fez.

Diz que se verifica através da Relação de Arquivos Recepcionados, constante às fls. 44 a 65 deste PAF, que o contribuinte realizou a entrega dos referidos arquivos magnéticos do SINTEGRA fora do prazo regulamentar e sem o nível de detalhe exigido na legislação, especialmente as informações relativas aos registros 50, 60R, 61, 61R, 70 e 75.

Infração 06: Informa que o defendente reconhece a procedência parcial desta infração, entretanto, alega ter enviado o registro 1600 em relação aos períodos de janeiro a dezembro de 2013, sem fazer juntada de qualquer documentação para comprovar sua alegação. Desta forma, fez uma revisão para conferência dos dados de registros informados nos arquivos transmitidos e constatou a improcedência parcial desta infração pela constatação do registro 1600, em relação a apenas alguns dos períodos alegados.

Diz que fica confirmada a procedência da multa pela falta de envio do registro 1600 em relação aos períodos de abril, julho, dezembro de 2013; janeiro, outubro e novembro de 2014.

Informa, ainda, que o defendente também reconhece a procedência parcial desta infração em relação à falta de envio das informações do registro C425, entretanto alega que a obrigatoriedade de entrega do registro C425 só teve início a partir de janeiro de 2014.

Diz que reconhece a procedência das razões de defesa, com base nas disposições do Guia Prático EFD ICMS/IPI. Sendo assim, resta comprovado a procedência parcial desta infração para exigência da multas nos meses de abril, julho, dezembro de 2013 e janeiro de 2014, pela falta de envio do registro 1600, além da procedência da multa também em relação aos meses de fevereiro de 2014,

pela falta do registro C425 e transmissão em atraso do arquivo original na data de 23/05/2014, sendo também procedente a exigência da multa nos meses de outubro e novembro de 2014, pela falta de envio dos Registros C425 e 1600, assim como, em dezembro de 2014, pela transmissão em atraso do arquivo original que só foi enviado na data de 27/03/2015, conforme consta no demonstrativo constante à fl. 66 deste PAF e revisão na diligência, conforme novo demonstrativo acostado aos autos.

Em conclusão, ressalta que as atividades de fiscalização, apuração e lançamento são plenamente vinculadas, razão pela qual lavrou o presente Auto de Infração, ressaltando que o defendente deixou de cumprir as regras regulamentares estabelecidas na legislação tributária, não havendo remédio processual a socorrer o autuado. Pelo fato de terem sido comprovadas as infrações contidas neste PAF, pede a procedência do presente lançamento.

À fl. 497 o defendente foi intimado sobre a conclusão da diligência fiscal, estando comprovado o recebimento da intimação por meio do Aviso de Recebimento à fl. 498. Decorrido o prazo concedido, o defendente não apresentou qualquer contestação.

Constam às fls. 501 a 503, requerimento de parcelamento de débito e demonstrativo de débito, encontrando-se à fl. 506, “Termo de Transação”, Lei Estadual nº 13.449/2015.

O defendente solicitou à fl. 514, prorrogação, por mais dez dias, para se manifestar sobre a informação fiscal da autuante, e o Inspetor Fazendário opinou pelo deferimento do pedido, em 31/05/2017.

À fl. 518 o defendente foi intimado sobre a concessão da prorrogação requerida, constando Aviso de Recebimento à fl. 517, comprovando que houve recebimento da referida intimação.

À fl. 577 esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem solicitando que a autuante refizesse o demonstrativo da infração 01, excluindo os itens das razões de defesa que foram acatados na informação fiscal.

Também foi solicitado que após o atendimento da solicitação supra, a repartição fiscal intimasse o sujeito passivo quanto ao resultado desta diligência.

O defendente apresentou manifestação às fls. 581 a 584, afirmando quanto à infração 01 que a autuante concordou em ajustar parcialmente o Auto de Infração para excluir, por exemplo, valores relacionados a “*couvert*” e “*rolha de réveillon*”, por reconhecer a falta de relação ao fato gerador do ICMS.

Diz que a autuante manteve o lançamento relacionado a outros produtos (pães caseiros e bebidas), olvidando-se, mais uma vez, que o tributo foi devidamente retido e recolhido ainda na operação anterior por estarem sujeitos à substituição tributária. Alega que não pode ser aceito o argumento de que pãezinhos eram servidos como “*entradas*”, bem como que as bebidas seriam resultado de “*drinques*”.

Quanto à infração 02, o defendente informa que desde o momento de sua intimação da autuação, vem diligenciando a formatação de planilha para comprovação de que todos os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito estão vinculados a um cupom fiscal, de forma a evidenciar inexistência de omissão de pagamento de ICMS.

Informa que teve um entendimento equivocado com relação ao procedimento a ser realizado, o que motivou a autuante a não reconhecer as comprovações exibidas no trabalho de revisão fiscal realizado.

Diz que além dos exemplos alinhados na impugnação, já conseguiu identificar novos comprovantes e elabora planilha preenchida com os cupons identificados no mês de janeiro de 2010, que somados àqueles apontados na impugnação, evidenciar a necessidade de se apurar melhor essa questão.

Também informa que sabe que a abertura da diligência ocorreu justamente para esse fim, e que se penitencia por não ter atendido satisfatoriamente a intimação da autuante. Pede a conversão de nova diligência de forma que a autuante possa confirmar as informações ora apresentadas e a existência dos comprovantes alegados.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 604/605, reiterando que foram observados todos os dispositivos legais, considerando que as infrações estão devidamente caracterizadas, sendo possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário. Os demonstrativos elaborados foram entregues ao contribuinte em meio magnético, conforme recibo de entrega às fls. 12/13 deste PAF.

Quanto à infração 01, concorda com as razões de defesa apenas em relação a dois itens e procede a exclusão no demonstrativo de débito em relação a “couvert artístico” identificado pelo código 000000000102 e “rolha de réveillon”, identificado pelo código 5004, por se tratarem de cobrança apenas de serviço sujeito à incidência de ISS.

Em relação aos demais tipos de “couvert” e casta de pães caseiros que constam no referido demonstrativo, informa que não foram retirados em razão de não se tratar apenas de cobrança de um serviço, mas contemplar o fornecimento de combinações variadas de alimentos saborosos e coloridos que estimulam a visão para aguçar o paladar. Também conhecidos como antepasto, entrada, iguarias ou aperitivos, servidos antes do início da refeição propriamente dita, mediante solicitação e/ou autorização do cliente.

Sobre as bebidas, diz que não foram retiradas do levantamento fiscal por não se tratarem de revenda de mercadorias enquadradas na substituição tributária, não tendo sido objeto de antecipação do ICMS, nem sequer constarem do anexo 88 do RICMS/97, nem do anexo 1 do RICMS/2012.

Reitera o que já foi informado para os demais itens contemplados nesta inflação, entendendo ser desprovida de previsão legal a defesa apresentada, afirmando que não procedem as alegações do autuado.

Em atendimento ao solicitado na diligência, informa que refez o demonstrativo da infração 01, excluindo os itens “couvert artístico” e “rolha de réveillon”. Diz que anexa aos autos o novo demonstrativo em papel e arquivo magnético, devendo a repartição fiscal intimar o defendente para tomar conhecimento da informação fiscal.

Por fim, ressalta que o defendente deixou de cumprir as regras regulamentares, inexistindo remédio processual, sendo desprovida de previsão legal a defesa do autuado, considerando que estão comprovadas as infrações constantes neste PAF.

O defendente foi intimado e se manifestou à fl. 617, reiterando os termos da manifestação anteriormente apresentada, alegando que restou apontada, em relação à infração 01, a inobservância da existência de diversos itens sujeitos à substituição tributária no demonstrativo.

Quanto à infração 02, para demonstrar a dificuldade enfrentada para produzir provas que afastem a presunção legal, junta aos autos recente decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal deste Conselho, na qual foi reconhecida a inadequação do roteiro adotado pela fiscalização para apuração de crédito tributário em operações com cartão de crédito /débito, tendo em vista a atividade de bar e restaurante exercida pelo contribuinte.

Em nova informação fiscal prestada à fl. 628 a autuante reitera integralmente os termos das informações fiscais prestadas às fls. 424, 478 e 604 deste PAF e solicita que seja mantido integralmente o lançamento efetuado.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades

apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração, ficando rejeitada a arguição de nulidade, apresentada pelo autuado.

O defendente alegou que ocorreu a decadência do direito do Estado da Bahia em constituir crédito referente a tributo sujeito ao lançamento por homologação, em relação a fatos geradores ocorridos no período de 31/01/2010 a 30/09/2010. Afirmou que no momento em que o auto de Infração ingressou no mundo jurídico (05/10/2015, data da efetiva notificação do contribuinte), já havia ocorrido a perda do direito do Fisco de rever o lançamento por homologação, relativamente aos fatos geradores anteriores a 05/10/2010, em razão do disposto no §4º do art. 150 do Código Tributário Nacional. Portanto, a preliminar de decadência foi suscitada pelo defendente, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado em 29/09/2015 para exigir imposto referente fatos ocorridos no exercício de 2010.

O entendimento que vem prevalecendo 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, sendo 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, chegando-se às conclusões a seguir:

1. Débito tributário declarado e pago: Há homologação tácita do lançamento (pagamento) após o transcurso de 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador, aplicando-se o § 4º, do art. 150 do CTN.
2. Débito declarado com efetivação do pagamento, porém com posterior verificação de dolo, fraude ou simulação: A autoridade, mediante a coleta de provas idôneas apura a ocorrência de ilícito fiscal. Neste caso, o início do prazo de decadência, para o lançamento da diferença, é deslocado para o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido efetuado, aplicando-se a regra do art. 173, I.
3. Débito não declarado e não pago: aplicação também direta das disposições do art. 173, I do CTN. O prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento de ofício poderia ter sido realizado. Sem qualquer pagamento não há o que ser homologado.

Considerando que no presente PAF houve levantamento fiscal apurando-se imposto não declarado e não pago ou diferença entre o declarado, o devido e o recolhido, implica dizer que não há pagamento a ser homologado, e neste caso, se aplica a regra estabelecida no art. 173, inciso I do CTN.

No Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0 foi apresentado o entendimento de que, aplica-se o art. 150, § 4º do CTN, somente quando houver comprovação do pagamento do imposto em montante inferior ao devido, ou quando as operações alvo da autuação tenham sido declaradas pelo contribuinte.

A conclusão é de que se conta o prazo decadencial com fundamento no art. 173, inciso I do CTN, quando o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, ou seja, omite informações quanto à realização de operação ou prestação tributável, o que se constatou neste PAF quanto à infração 01 (saída de mercadorias tributáveis como não tributáveis, apurada por meio de auditoria na memória da fita detalhe do ECF), e infração 02 (omissão de saídas apurada por meio de auditoria do cartão de crédito).

No presente processo, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2010 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2015. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 29/09/2015, tendo como data de ciência 05/10/2015, nestas datas, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Assim, constato que não houve decurso do prazo regulamentar, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

No mérito, a infração 01 trata da falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Saída de mercadorias tributadas, valores apurados mediante auditoria na memória da fita detalhe – MDF, operações realizadas com uso de ECF, nos meses de janeiro de 2010 a dezembro de 2014.

O defendente alegou que embora a exigência fiscal proceda em parte, uma vez que, de fato, existem produtos que tiveram equivocadamente o tratamento de não tributável, débito que será parcelado, o mesmo não se pode afirmar acerca de bebidas, pães e “couvert”.

Afirmou que as bebidas alcoólicas, mormente os vinhos; e os pães estão sujeitos à substituição tributária por antecipação, assim como não há incidência de ICMS sobre “couvert”, por isso, não há que se falar na falta de recolhimento do referido tributo, devendo a autuante refazer a planilha da infração 01, excluindo tais itens.

Na informação fiscal prestada às fls. 604/605, em atendimento à diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, a autuante concordou com as razões de defesa em relação apenas a dois itens e procedeu a exclusão no demonstrativo de débito em relação a “couvert artístico” identificado pelo código 000000000102 e “rolha de réveillon”, identificado pelo código 5004, afirmando que se trata de cobrança apenas de serviço sujeito à incidência de ISS.

Em relação aos demais tipos de “couvert” e cesta de pães caseiros que constam no referido demonstrativo, informou que não foram retirados em razão de não se tratar apenas de cobrança de um serviço, mas contemplar o fornecimento de combinações variadas de alimentos, também conhecidos como antepasto, entrada, iguarias ou aperitivos, servidos antes do início da refeição propriamente dita, mediante solicitação e/ou autorização do cliente.

Sobre as bebidas, disse que não foram retiradas do levantamento fiscal por não se tratarem de revenda de mercadorias enquadradas na substituição tributária, não tendo sido objeto de antecipação do ICMS, nem sequer constarem do anexo 88 do RICMS/97, nem do anexo 1 do RICMS/2012.

Analisando os novos demonstrativos elaborados pela autuante, constato que permaneceram no levantamento fiscal itens como suco e uva, água de coco, coquetel de frutas, *convert*, cesta de pão caseiro, torta, rosca, folhado banana. O defendente se manifestou à fl. 617, reiterando os termos da manifestação anteriormente apresentada, alegando que restou apontada a inobservância da existência de diversos itens sujeitos à substituição tributária no demonstrativo.

Observe que após a revisão efetuada pela autuante, foram acatados os argumentos e documentos fiscais apresentados para comprovar as alegações defensivas, ficando reduzido o débito originalmente apurado. Os itens que permaneceram no levantamento fiscal são aqueles que não apresentaram comprovação do pagamento do imposto, inclusive o fornecimento de combinações variadas de alimentos, conhecidos como entradas, iguarias ou aperitivos, conforme esclarecido pela autuante.

Assim, após a exclusão no levantamento fiscal dos itens comprovados pelo defendente, o imposto originalmente apurado ficou reduzido. Acolho os novos demonstrativos elaborados pela autuante e concluo pela subsistência parcial deste lançamento, no valor total de R\$53.818,21, conforme quadro abaixo, elaborado com base no demonstrativo às fls. 606 a 611 e CD às fls. 612.

EXERCÍCIO	VALOR DO DÉBITO R\$
2010	3.726,34

2011	2.100,91
2012	9.250,86
2013	16.281,00
2014	22.459,10
TOTAL	53.818,21

Infração 02: Omissão de saída de mercadoria tributada, apurada por meio 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 janeiro de 2010 a dezembro de 2014.

O defendente alegou que a fiscalização confrontou cada Cupom Fiscal emitido pela empresa com a Autorização de Crédito das Operadoras de Cartões, conforme se pode verificar das planilhas elaboradas pela própria autuante, as quais deram respaldo ao lançamento fiscal. Afirmou que o procedimento adotado, além de inadequado, revelou-se falho em vários aspectos.

Disse que no presente caso, foi utilizado um roteiro de Auditoria não previsto na lei (cruzamento das vendas TEF com MFD), o que gerou a mencionada inadequação, e, por via de consequência, a nulidade do lançamento fiscal, por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração.

Também alegou que a autuante deixou de considerar mais de um pagamento em cartão na mesma nota, assim como mínimas divergências existentes entre as informações constantes das Autorizações (TEF) e dos Cupons Fiscais (MFD) - diferença de centavos, por exemplo - fez com que a planilha elaborada pela Fiscalização simplesmente desconsiderasse o valor da venda realizada pelo impugnante com Cartões, gerando uma presunção de omissão de saída de mercadoria absolutamente incompatível com a sua conduta.

Em atendimento à diligência fiscal, a autuante informou às fls. 478/484 que, objetivando cumprir a diligência fiscal encaminhada por esta JJF, procedeu à intimação do autuado, e foi solicitado prazo para elaborar demonstrativos referentes aos boletos das operações com cartões de crédito ou de débito e correspondentes Notas Fiscais ou Cupons Fiscais emitidos. Disse que concedeu prazo e mais prazo para que o defendente pudesse promover as suas investigações, necessárias à elucidação da verdade material.

Após longo período de espera, constatou que o autuado não apresentou prova necessária e suficiente para elidir a presente infração, tendo em vista que os demonstrativos apresentados para análise, foram produzidos de forma incompleta, sem identificação das notas fiscais arroladas e sem a juntada de documentos.

Dessa forma, apesar da nova oportunidade concedida por meio da diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal, e com prorrogação de prazo para apresentação dos demonstrativos, a autuante informou que não houve atenção e cuidado na elaboração dos demonstrativos apresentados pelo defendente.

Nas planilhas fornecidas pelo defendente (fls. 448/477), constam informações diárias indicando os valores totais relativos aos recebimentos A VISTA, CARTÃO DE DÉBITO, CARTÃO DE CRÉDITO e "DIVERSOS", inexistindo qualquer informação quanto à operadora e a discriminação dos valores operação por operação, de forma a permitir o necessário confronto entre as operações informadas com os valores constantes na redução "Z".

O defendente alegou que desde o momento de sua intimação da autuação, vem diligenciando a formatação de planilha para comprovação de que todos os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito estão vinculados a um cupom fiscal, de forma a evidenciar inexistência de omissão de pagamento de ICMS.

Informou que teve um entendimento equivocado com relação ao procedimento a ser realizado, o que motivou a autuante a não reconhecer as comprovações exibidas no trabalho de revisão fiscal. Também alegou que para demonstrar a dificuldade enfrentada para produzir provas e afastar a presunção legal, junta aos autos recente decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal deste Conselho, na qual foi reconhecida a inadequação do roteiro adotado pela fiscalização, para apuração de crédito tributário em operações com cartão de crédito /débito, tendo em vista a atividade de bar e restaurante exercida pelo contribuinte.

Bastava que o contribuinte comprovasse que em relação aos boletos emitidos pelas vendas realizadas com cartões de débito/crédito existem os respectivos documentos fiscais. O pedido de nulidade não foi acatado, e se as alegações defensivas estivessem embasadas em provas, a presunção levantada no lançamento tributário poderia ser contraditada, o que implicaria possibilidade de redução ou mesmo na extinção do crédito tributário. Entretanto, o defendente não apresentou elementos suficientes para embasar o seu entendimento.

Neste caso, em relação ao argumento do autuado de que existem diversos boletos relativos aos pagamentos efetuados com cartão de débito/crédito, não foi comprovada a vinculação dos valores declarados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito com os respectivos documentos fiscais (Cupom Fiscal ou Nota Fiscal de Venda ao Consumidor). Por isso, entendo que se trata de prova não realizada pelo contribuinte, apesar de ter sido oportunizado ao sujeito passivo o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Considerando que o comprovante do cartão de crédito/débito deve estar vinculado ao documento fiscal emitido pelo contribuinte, trata-se de exigência de vinculação do documento fiscal ao meio de pagamento da operação ou prestação, sendo realizado o confronto entre o total de vendas efetuadas pelo contribuinte, de acordo com os documentos fiscais emitidos e os correspondentes valores dos cartões de crédito/débito, fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Se fosse comprovado que houve operações com cartão registradas como se fossem em dinheiro ou outro tipo de pagamento, a apresentação dos boletos e respectivos documentos fiscais seriam objeto de exclusão no levantamento fiscal. Entretanto, tal comprovação não foi acostada aos autos e não consta que foi apresentada quando da realização do levantamento fiscal e da diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal.

Trata-se de exigência de imposto por presunção legal, o que poderia ser totalmente elidido pelo sujeito passivo, tendo em vista que neste caso, cabe ao impugnante exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99. Acato a apuração efetuada pelo autuante, e concluo pela procedência deste item do Auto de Infração.

Infração 03: Apresentação de DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS) fora do prazo regulamentar, referente aos meses de março e abril de 2011; janeiro a março de 2012, e julho de 2014. Exigida multa no valor de R\$460,00 por cada mês, totalizando R\$2.760,00.

O defendente alegou que em razão do prazo exíguo, ainda não foi possível localizar nos arquivos os comprovantes de recepção, os quais serão juntados aos autos assim que possível. Requer seja julgada improcedente esta infração, afirmando que as DMAs foram apresentadas no prazo regulamentar.

De acordo com o art. 333 do RICMS/97, e art. 255 do RICMS-BA/2012, os contribuintes que apurem o imposto pelo regime normal ou pelo regime de simplificado de tributação, deverão apresentar, mensalmente, a Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA).

Cabe ao contribuinte promover os meios necessários para fazer a entrega da DMA, prevista na legislação, por isso, a falta de entrega da mencionada declaração caracteriza o cometimento de irregularidade, sendo devido multa por falta de cumprimento de obrigação acessória.

Sem a comprovação de que foi apresentada a DMA no prazo regulamentar, é procedente a exigência da multa, considerando que cabe ao impugnante exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99.

Infração 04: Falta de informação à Secretaria da Fazenda do programa aplicativo utilizado para envio de comandos do Software Básico de Equipamento de Controle Fiscal. Aplicada a multa de R\$1.380,00 por cada equipamento, totalizando R\$11.040,00.

O autuado alegou que embora a infração seja parcialmente procedente, existem multas indevidamente aplicadas, uma vez que não foram respeitados os prazos de validade dos Laudos de Análise Funcional.

Ressaltou que o Convênio ICMS 15/08 prevê, em sua cláusula décima terceira, § 2º, inciso I, que o Laudo de Análise Funcional de PAF-ECF é dispensado na apresentação de nova versão, caso tenha sido emitido dentro do prazo de 24 meses.

Disse que o próprio laudo possui a validade de 24 meses, conforme se depreende da cláusula nona, § 7º, do mesmo convênio, e embora o Laudo de Análise Funcional fosse dispensado apenas durante o período de 12 meses, após a alteração da cláusula supra referida, com efeitos a partir de 01/06/2012, passou-se a aceitar laudos com até 24 meses de emissão. Isto significa dizer que os laudos emitidos a partir de 01/06/2010, embora anteriormente válidos até o ano de 2011, passaram a também ser válidos até o ano de 2012, uma vez que aceito pelo convênio.

O Convênio ICMS 15/08, citado pelo defendente, dispõe sobre normas e procedimentos relativos à análise de Programa Aplicativo Fiscal (PAF-ECF) destinado a enviar comandos de funcionamento ao equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF).

O autuante informou que consta nos arquivos da Memória de Fita Detalhe dos equipamentos ECF identificados no demonstrativo constante às fls. 41 e 42 deste PAF e destacou o que dispõe o Convênio ICMS 9, de 3 de abril de 2009, que estabelece normas relativas ao equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) e ao Programa Aplicativo Fiscal-ECF (PAF-ECF) aplicáveis ao fabricante ou importador de ECF, ao contribuinte usuário de ECF, às empresas interventoras e às empresas desenvolvedoras de PAF-ECF.

Conforme estabelecem o art. 824-C do RICMS-BA/97, e art. 203 do RICMS-BA/2012, a autorização de modelo de ECF somente poderá ser concedida para equipamento devidamente desenvolvido com base no Convênio ICMS 85/01 ou Convênio ICMS 09/09, e aprovado em análise funcional nos termos do Conv. ICMS 137/06, e do Prot. ICMS 37/13.

Por outro lado, o programa aplicativo utilizado para envio de comandos ao Software Básico do ECF deverá ser previamente cadastrado na SEFAZ e atender aos requisitos especificados em Ato COTEPE e critérios estabelecidos no RICMS-BA.

Entendo que independentemente da validade do Laudo de Análise Funcional, mencionado pelo defendente, se não houve o necessário cadastramento na SEFAZ, com o objetivo de comprovar se atende aos requisitos especificados na legislação tributária, é devida a penalidade aplicada, por falta de comprimento da obrigação acessória.

Neste caso, mesmo que o contribuinte não tenha agido com dolo, restou comprovado, neste processo, o cometimento da infração e, nos termos do artigo 40, §2º da Lei nº 7.014/96, a responsabilidade por infração relativa ao ICMS não depende da intenção do agente. Mantida a exigência fiscal.

Infração 05: Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, ou sua entrega sem o nível de detalhe exigido pela legislação, nos meses de janeiro de 2010 a dezembro de 2012. Aplicada multa de R\$1.380,00 em cada mês, totalizando R\$46.680,00.

O autuado alegou que esta infração é procedente apenas em parte, uma vez que tais arquivos apenas começaram a ser exigidos ao impugnante a partir do mês de fevereiro de 2012. Disse que

o Convênio 57/95, desobriga a apresentação do arquivo 54, que se refere à totalidade das operações de entrada e saída, assim como das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração, nos casos em que o contribuinte utilizar sistema eletrônico de processamento de dados somente para a escrituração de livro fiscal, conforme cláusula quinta, inc. I e § 4º do citado Convênio.

Ressalta que o registro Tipo 54 abriga os dados dos itens (produtos/mercadorias) das notas fiscais modelo 1 e 1-A; Nota Fiscal – Microempresa e Nota Fiscal – Empresa de Pequeno Porte – Produtor Rural. Como antes da utilização do sistema eletrônico SEPD não se exigia o Registro Magnético tipo 54, entende que também não poderiam ser exigidos os arquivos 60R e 75, os quais devem ser encaminhados apenas quando há registros do arquivo 54.

Requer seja determinada a exclusão do lançamento fiscal da multa aplicada pela suposta falta de apresentação de arquivo em nível de detalhe exigido, entre os períodos de 30/01/2010 e 29/02/2012.

Em atendimento à diligência fiscal encaminhada por esta JJF, a autuante informou que o autuado já realizava a transmissão de arquivos SINTEGRA desde 10/11/2000, sendo que no período de 2006 a 2009 enviou normalmente as informações dos itens de mercadorias nos registros 60R e 75.

Disse que não existe contraditório em relação à data de fim da exigência de transmissão dos arquivos SINTEGRA, que ocorreu a partir de janeiro de 2013, quando houve o início de transmissão dos arquivos da EFD, conforme dispõe o art. 253 do RICMS-BA/2012.

Concordou com o defendente apenas em relação à dispensa do registro 54, com base no § 4º, art. 686 do RICMS-BA/97, e afirmou que o defendente utiliza Equipamento Emissor de Cupons Fiscais – ECF, desde 23/11/99. Entretanto, informou que se verifica através da Relação de Arquivos Recepcionados, constante às fls. 44 a 65 deste PAF, que o contribuinte realizou a entrega dos referidos arquivos magnéticos do SINTEGRA fora do prazo regulamentar e sem o nível de detalhe exigido na legislação, especialmente as informações relativas aos registros 50, 60R, 61, 61R, 70 e 75. Ou seja, não se trata apenas da ausência do registro 54, como alegou o defendente.

Quanto ao argumento do autuado de que os arquivos SINTEGRA foram entregues, ressaltou que os referidos arquivos magnéticos foram entregues fora do prazo regulamentar e mesmo após a entrega dos referidos arquivos eletrônicos, no decorrer da ação fiscal, o autuado fora intimado para apresentação de elementos que pudessem elidir os ilícitos fiscais apontados nos referidos demonstrativos de apuração, conforme consta às fls. 18/19 dos autos, contudo, não o fez.

Observo que o arquivo magnético é recebido e submetido a teste de consistência, e por isso, a legislação prevê que a sua recepção pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95.

De acordo com a descrição dos fatos e Termo de Intimação à fl. 18 dos autos, os arquivos magnéticos foram originalmente enviados sem o nível de detalhamento exigido na legislação, em função da falta de entrega dos registros 50, 60R, 61, 61R, 70 e 75.

As multas foram exigidas com base na alínea “j”, inciso XIII-A da Lei 7.014/96, dispositivo legal que apresenta em sua estrutura duas multas distintas: a primeira multa, de R\$1.380,00 (multa fixa), pelo não atendimento de intimação; a segunda multa, de 1% do valor das saídas ou das entradas de mercadorias ou de prestações de serviços, o que for maior, aplicada quando o contribuinte não atende à intimação subsequente para apresentação do mencionado arquivo magnético.

Vale salientar que a entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “j” inciso XIII-A, art. 42 da Lei nº 7.014/96. Ou seja, se o autuado não entregou ou enviou os arquivos fora das especificações após intimação, está sujeito à penalidade aplicada nesta autuação fiscal.

Não há dúvida de que o autuado entregou os arquivos magnéticos com inconsistências, e quando intimado a regularizar os mencionados arquivos, as inconsistências não foram corrigidas.

Portanto, se foram constatadas inconsistências, a fiscalização intimou o contribuinte apontando essas irregularidades encontradas, houve a concessão do prazo, mediante intimação, e mesmo assim, não houve a necessária regularização, deve ser aplicada a multa. Tendo ocorrido falta de envio em diversos meses, a multa deve ser aplicada para cada descumprimento mensal desta obrigação acessória, visto que se trata de um descumprimento mensal de falta de envio do arquivo magnético.

Considerando que o procedimento fiscal foi efetuado observando os requisitos estabelecidos na legislação, inclusive, quanto à necessidade de intimação específica ao contribuinte para a necessária correção dos arquivos, e se as inconsistências não foram resolvidas, equivale à falta de entrega dos arquivos, sendo correta a exigência fiscal, estando a multa aplicada de acordo com a previsão legal. Infração subsistente.

Infração 06: Falta de entrega de arquivo eletrônico nos prazos previstos na legislação, ou sua entrega sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação, nos meses de janeiro a dezembro de 2013; janeiro, fevereiro, outubro a dezembro de 2014. Multa no valor de R\$1.380,00 em cada mês, totalizando R\$23.460,00.

O defendente alegou que é procedente apenas em parte, uma vez que tais arquivos apenas começaram a ser exigidos ao impugnante a partir do mês de fevereiro de 2012.

Disse que o Convênio 57/95 desobriga a apresentação do arquivo 54, que se refere à totalidade das operações de entrada e saída, assim como das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração, nos casos em que o contribuinte utilizar sistema eletrônico de processamento de dados somente para a escrituração de livro fiscal. É o que se extrai da cláusula quinta, inc. I e § 4º do citado Convênio.

Em atendimento à diligência encaminhada por esta JJF, a autuante informou que fez uma revisão para conferência dos dados de registros informados nos arquivos transmitidos pelo defendente e constatou a improcedência parcial desta infração pela constatação do registro 1600, em relação a apenas alguns dos períodos alegados.

Disse que fica confirmada a procedência da multa pela falta de envio do registro 1600 em relação aos períodos de abril, julho, dezembro de 2013; janeiro, outubro e novembro de 2014.

Informa, ainda, que o defendente também reconhece a procedência parcial desta infração em relação à falta de envio das informações do registro C425, entretanto alega que a obrigatoriedade de entrega do registro C425 só teve início a partir de janeiro de 2014.

Diz que reconhece a procedência das razões de defesa, com base nas disposições do Guia Prático EFD ICMS/IPI. Sendo assim, resta comprovado a procedência parcial desta infração para exigência da multas nos meses de abril, julho, dezembro de 2013 e janeiro de 2014, pela falta de envio do registro 1600, além da procedência da multa também em relação aos meses de fevereiro de 2014, pela falta do registro C425 e transmissão em atraso do arquivo original na data de 23/05/2014, sendo também procedente a exigência da multa nos meses de outubro e novembro de 2014, pela falta de envio dos Registros C425 e 1600, assim como em dezembro de 2014, pela transmissão em atraso do arquivo original que só foi enviado na data de 27/03/2015, conforme consta no Demonstrativo constante à fl. 66 deste PAF e revisão na diligência, conforme novo demonstrativo acostado aos autos.

O defendente foi intimado quanto aos esclarecimentos apresentados na mencionada informação fiscal prestada pelo autuante, e não apresentou qualquer manifestação. Acato as conclusões do autuante e voto pela subsistência parcial deste item da autuação, conforme quadro abaixo:

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	VALOR DO DÉBITO R\$
30/04/2013	09/05/2013	1.380,00
31/07/2013	09/08/2013	1.380,00

31/12/2013	09/01/2014	1.380,00
31/01/2014	09/02/2014	1.380,00
28/02/2014	09/03/2014	1.380,00
31/10/2014	09/11/2014	1.380,00
30/11/2014	09/12/2014	1.380,00
31/12/2014	09/01/2015	1.380,00
TOTAL		11.040,00

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo:

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	53.818,21	-
02	PROCEDENTE	187.608,77	-
03	PROCEDENTE	-	2.760,00
04	PROCEDENTE	-	11.040,00
05	PROCEDENTE	-	49.680,00
06	PROCEDENTE EM PARTE	-	11.040,00
TOTAL	-	241.426,98	74.520,00

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206903.0005/15-7**, lavrado contra **D&W COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$241.426,98**, acrescido das multas de 60% sobre R\$53.818,21, 70% sobre R\$2.320,87 e de 100% sobre R\$185.287,90, previstas no art. 42, incisos II, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$74.520,00**, previstas no art. 42, inciso XIII-A, “e”, item 3, “j” e “l” e inciso XV, “h” da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2018

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA