

A. I. N º - 207160.0009/14-9
AUTUADO - MAO TAI ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - FRANCISCO CARLOS DE SANTANA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 08.05.2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0040-04/20

EMENTA: ICMS.1. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. Restou comprovado pelo autuante incorreções no cálculo da Base de Cálculo do imposto, em razão de não ter sido considerado vendas através de documentos fiscais na modalidade cartão. Infração isubsistente.2 ARQUIVOS MAGNÉTICOS. **a)** FALTA DE ATENDIMENTO A INTIMAÇÃO PARA ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO. Demonstrado nos autos que o contribuinte foi intimado para, no prazo de cinco dias, retificar os arquivos magnéticos fornecidos ao fisco com dados divergentes dos escriturados no LRAICMS. O §4º do art. 261 do RICMS-BA/12, prevê que o fisco intime o contribuinte para correção de inconsistências indicativa, das irregularidades encontradas, concedendo o prazo de trinta dias para que o contribuinte corrija o arquivo magnético apresentado com inconsistência. É nulo o procedimento, por inobservância do devido procedimento legal na condução da ação fiscal. Infração Nula. **b)** FALTA DE ENTREGA NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. Documentos anexados aos autos comprovam que o contribuinte não enviou os arquivos no prazo estabelecido na legislação, ou os enviou fora das especificações legais, sujeitando-se à exigência da multa no prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea "j" da Lei nº 7.014/96. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, foi lavrado em 29/12/2014, objetivando reclamar crédito tributário no montante de R\$63.666,95, e acréscimos correspondentes, tendo em vista a apuração dos seguintes fatos:

Infração 01- 05.08.01- Presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro a dezembro de 2009. ICMS no valor de R\$17.903,28 e multa de 70%.

Infração 02- 16.12.15 - Deixou o contribuinte de fornecer arquivos magnéticos exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestação realizadas nos meses de fevereiro a dezembro de 2009 e janeiro de 2010, sendo aplicada multa de 1% sobre os valores das saídas mensais, totalizando o montante de R\$12.643,67.

Infração 03- 16.12.19 – Forneceu arquivos magnéticos fora dos prazos previstos na legislação, enviados via internet através do programa Validador/SINTEGRA nos meses de fevereiro de 2009 a dezembro de 2010, sendo aplicada a multa fixa de R\$1.380,00 por cada mês de omissão, totalizando valor total de R\$33.120,00.

O autuado através de advogado legalmente habilitado apresenta impugnação (fls. 47 a 61), e após descrever o teor das infrações afirma que serão apresentadas provas mais que suficientes que atestam a PARCIAL IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Esclarece que a Impugnante exerce sua atividade empresarial voltada, única e exclusivamente para o comércio de alimentos e bebidas em geral, restaurante e bar.

Em relação a infração 01- 05.08.0 identificou que o valor total supostamente omitido não encontra qualquer suporte comprobatório, pois ao ser confrontado com as informações apuradas nas fitas detalhes dos equipamentos Emissores de Cupons Fiscais – ECF's, ou até mesmo com as informações constantes Extratos do Simples Nacional (Doc. 04) não se identifica distorções que sinalizem uma omissão de receita.

Informa que produziu demonstrativo utilizando as informações contidas nas fitas detalhes dos 02 (dois) ECF's utilizados pela empresa a época dos fatos (Doc. 05), de modo a comprovar que o Auditor não realizou o trabalho com o nível de detalhamento desejado, ignorando informações apresentadas pelo contribuinte quando do início do processo de fiscalização.

Em relação a infração 02 – 16.12.15 (*Deixou de fornecer arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas*) não questiona o descumprimento do prazo assinalado na notificação emitida a este Contribuinte. Muito embora o esforço para cumprimento da irregularidade apontada pelo Auditor, não houve tempo hábil para correção de registro do arquivo SINTEGRA.

Todavia, fazendo referência a outros procedimentos fiscalizatórios realizados por pares de auditores, apura-se flagrante irregularidade quanto à estipulação do prazo para correção das inconsistências apontadas. É dizer, aponta-se a irregularidade quanto ao prazo exígido estipulado por parte do preposto fazendário para o fornecimento dos solicitados arquivos magnéticos, temporalmente estipulado em 05 (cinco) dias.

Externa o seu entendimento de que o prazo concedido de 05 (cinco) dias para cumprimento da intimação, não observou o princípio da razoabilidade e proporcionalidade (art. 2º da Lei nº 9.784/99) em razão do grau de detalhamento das informações solicitadas, não havendo tempo hábil para cumprimento da mesma, motivo pelo qual deve ser totalmente desconsiderada, dada a mácula existente em face do descumprimento de princípios constitucionais (razoabilidade e proporcionalidade). Quer dizer que deve haver proporcionalidade na determinação do prazo para cumprimento de intimação em face do grau de detalhamento das informações e documentos solicitados, de modo a possibilitar ao contribuinte um prazo razoável para cumprimento da mesma, o que não se verifica *in casu*.

Por fim, quanto à Infração 03 – 16.12.19 (*Forneceu arquivo(s) magnético(s) fora dos prazos previstos pela legislação, enviado(s) via internet através de programa Validador/Sintegra*) há equívoco parcial por parte do preposto fazendário, tendo em vista que a impugnante forneceu alguns dos arquivos magnéticos solicitados dentro do prazo estipulado, conforme documentos que anexou. (Doc. 08).

Afirma que conforme se demonstrará adiante, fortes são os argumentos que atestam a IMPROCEDÊNCIA PARCIAL do presente auto de infração, pelos fundamentos fáticos e jurídicos que passa a expor:

Em relação a infração 01 o preposto fiscal utilizou das informações disponibilizadas pelas operadoras de cartão de crédito, havendo desrespeito ao sigilo bancário da impugnante, tendo

em vista que não houve a instauração do processo administrativo ou autorização judicial permissiva, restando demonstrada a ilegalidade do ato praticado.

Transcreve explicações do jurista Ives Gandra da Silva Martins sobre o tema e afirma ser ilegítimas as informações obtidas pela Fazenda, posto que foram colhidas sem a devida autorização judicial prévia, violando garantia constitucional de intimidade e de sigilo bancário, conforme art. 5º, X e XII da CF/88, que transcreveu

Frisa que o sigilo bancário é um desdobramento da proteção à intimidade prevista no inciso X do art. 5º da Carta Magna, em consonância com o voto do Min. Carlos Velloso, em julgamento do RE 219.780. Transcreve ainda trecho do Acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª região.

Nestes termos, diz restar demonstrada a ilegalidade na obtenção das informações por meio das informações solicitadas juntas às operadoras de cartão de crédito, feitas sem qualquer tipo de autorização judicial ou instauração de processo administrativo prévio, motivo pelo qual deve ser julgada nula a infração 01, com a desconsideração de todos os seus termos, valores e multas aplicadas, tudo em conformidade com o inciso LVI do art. 5º da CF/88.

Na remota hipótese de ser ultrapassada a preliminar de nulidade desta infração, pelos motivos expostos, tem-se ainda irregularidades sobre os levantamentos realizados pelo Auditor, que passa a expor

A suposta omissão apontada por parte da fiscalização foi constatada a partir do confronto entre os valores constantes no Relatório Diário de Operações TEF e os valores pagos através de cartão constantes nos Cupons Fiscais e Notas Fiscais emitidas por esta Impugnante.

Informa que, ao analisar os demonstrativos correlatos à Infração e após árdua atividade de desmembramento das fitas detalhes dos equipamentos Emissores de Cupons Fiscais (ECF nºs BE050769200006010236 e BE050769200004007791), não se identifica distorções que sinalizem uma omissão de receita.

Esta constatação é ainda ratificada a partir dos Extratos do Simples Nacional do período. Nas informações de receita bruta superam, e muito, os valores apresentados nas informações disponibilizadas pelas operadoras de cartão de crédito, AMEX, CIELO, HIPERCARD, REDECARD, tendo ignorado as operações realizadas com os outros cartões, à exemplo do DINERS, VISA, VISA ELECTRON, MASTERCARD e CARTÃO.

Afirma que não houve, destarte, o cômputo no cálculo promovido por parte do auditor fiscal de todas as operações com cartões créditos, deixando de fora operações realizados por meio dos cartões DINERS, VISA, VISA ELECTRON, MASTERCARD e CARTÃO.

Prossegue aduzindo que outra irregularidade apontada no procedimento utilizado por parte do preposto fazendário consiste no fato do mesmo ter-se utilizado tão apenas dos relatórios diários das máquinas de cartão de crédito, quando a bem da verdade para fins de apuração das operações realizadas faz-se necessário a análise dos da totalidade dos cupons fiscais referentes aos cartões de créditos.

Cita como referência as fitas detalhes dos equipamentos Emissores de Cupons Fiscais (ECF nºs BE050769200006010236 e BE050769200004007791). Apresenta um novo levantamento por operação, cujos subtotais mensais seguem representados em planilha com dados de compra individualizada por data e COO. Informa que anexa CD contendo todos os dados.

Reafirma que o preposto fazendário utilizou, para fins de apuração das omissões de saída, os relatórios diários de operações (TEF), confrontando com os cupons fiscais das máquinas de ECF nºs BE050769200006010236 e BE050769200004007791. Contudo, a impugnada não conseguiu identificar todos os cupons fiscais referentes aos TEF's, tendo aplicado a proporcionalidade das operações tributadas sobre a diferença considerada como omissão de receita (documento fiscal X TEF), chegando-se o valor da base de cálculo apresentada no auto de infração.

Informa que com base nas fitas-detalhes impressas pelos emissores de cupons fiscais citados (ECF n°s BE050769200006010236 e BE050769200004007791), chegou-se ao montante da totalidade apresentada na coluna “documento fiscal – DF” da tabela que elaborou, referente às operações de saídas realizadas por meio de cartões, a qual foi totalmente desconsiderada por parte do Auditor Fiscal, restando demonstrada a irregularidade no procedimento adotado pelo mesmo.

Explica que desta forma, houve o confronto dos valores apontados por parte do auditor fiscal (Relatório Diário – TEF) em relação às fitas detalhes emitidas pelos emissores de cupons fiscais (Documento Fiscal – DF), referente a cartões, momento no qual foi apontada a omissão de saída no montante total de R\$1.398,46 (mil trezentos e noventa e oito reais e quarenta e seis centavos), a qual deveria ter sido utilizada por parte do preposto fazendário no auto de infração.

Levando em consideração não somente as fitas detalhes, mas também os Extratos do Simples Nacional do período, há de se presumir que nem sequer a diferença acima apontada (R\$1.398,46) pode ser caracterizada como omissão de receita bruta, haja vista que as receita bruta declaradas superam os valores apresentados nas informações disponibilizadas pelas operadoras de cartão de crédito e certamente também abarcam as vendas realizadas à vista. Para melhor visualização, transcreve planilha cujos dados descrevem que os valores declarados como receita bruta de todo o exercício de 2009 ultrapassam em cerca de 30% os valores apresentados como relatório TEF.

Entende que a infração deve ser julgada PARCIALMENTE IMPROCEDENTE acaso essa Colenda Junta de Julgamento leve em consideração o levantamento realizado com base apenas nas fitas detalhes dos ECF's, identificando como omissão de receita o valor de R\$1.398,46 (mil trezentos e noventa e oito reais e quarenta e seis centavos). Sendo considerados os Extratos do Simples Nacional do período como sendo elemento suficiente de prova, a infração será totalmente improcedente, dada a presunção que o total da receita bruta declarada abarca as vendas à vista como as vendas por meio de cartão de crédito.

No que diz respeito a infração 02 explica que razão é a capacidade de coordenação hierárquica de todos os conhecimentos, em vista de princípios ou de valores, decorrente dos princípios da finalidade, da legalidade e do devido processo legal substantivo, a razoabilidade ou proporcionalidade e exige do agente público que, ao realizar atos discricionários, utilize prudência, sensatez e bom senso, evitando condutas absurdas, bizarras e incoerentes. Assim, o administrador tem apenas liberdade para escolher entre opções razoáveis. Assim, atos absurdos são absolutamente nulos.

Transcreve lição de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o Princípio da Razoabilidade e voto proferido no julgamento do Agravo Interno nº 722.067.5, da Desembargadora do Tribunal de Justiça de São Paulo, Drª VERA ANGRISANI.

Assim é que a conduta da Impugnada desrespeitou todos os limites consubstanciados nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, tendo em vista que não houve proporcionalidade e razoabilidade no prazo de 05 (cinco) dias estipulados para cumprimento da intimação de apresentação de documentos e informações, em face da complexidade e do seu detalhamento (Doc. 06).

Ressalta que em matéria análoga à ora apresentada, houve por parte desta Secretaria a estipulação do prazo de 30 (trinta) dias para cumprimento da mesma intimação, conforme documento que anexa (Doc. 07).

Saliente que a atuação da Administração Pública, incondicionalmente, deve seguir os parâmetros da razoabilidade, legalidade e da proporcionalidade, que censuram o ato administrativo que não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei almeja alcançar. Ainda, argumento de importância vital diz respeito a ausência de qualquer prejuízo para a entidade fiscal. Note-se que não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme decisões que transcreveu.

Pelo exposto, resta demonstrada a não proporcionalidade e razoabilidade no prazo estipulado para cumprimento da intimação, motivo pelo qual esta infração 02 deve ser Nula.

Em relação à Infração 03 – 16.12.19, entendeu o Preposto Fazendário que esta impugnante teria fornecido arquivo(s) magnético(s) – SINTEGRA – fora dos prazos previstos pela legislação em relação aos anos de 2009 e 2010. Contudo, há equívoco parcial por parte do preposto fazendário, dado o fornecimento dos arquivos magnéticos solicitados dentro do prazo estipulado na legislação, conforme protocolos em anexo (Doc. 08).

Apresenta planilha a qual confronta as datas de entrega do SINTEGRA conforme entendimento do preposto fazendário (“Data de entrega 1”), com as reais datas dos protocolos do arquivo SINTEGRA realizado por parte da impugnante (“Data de entrega 2”).

Diz que através análise da tabela descritiva acima, verifica-se que houve entrega intempestiva do arquivo SINTEGRA tão apenas nos meses de fevereiro, agosto, setembro e outubro de 2009. Desta forma, há inconsistência na informação disposta pelo preposto fazendário em relação à infração 03, tendo em vista que o valor total da infração não é no montante de R\$33.120,00 (trinta e três mil cento e vinte reais) mas sim o valor de R\$22.080,00 (vinte e dois mil e oitenta reais) relativo ao somatório das multas aplicadas pela infração cometida, tudo em conformidade com o art. 42, inciso XIII-A, “j” da Lei nº 10.847/07.

Conclui solicitando a IMPROCEDENCIA PARCIAL do auto de infração em relação à infração 03, de modo a determinar a condenação da impugnante no valor total de R\$22.080,00 (vinte e dois mil e oitenta reais) a título de multa.

Finaliza requerendo a nulidade em relação a infração 01, reconhecendo-se a ilegalidade quanto à quebra do sigilo bancário e violação à intimidade dos dados da impugnante, nos termos do art. 5, X, XII e LVI da CF/88. Na remota hipótese de não ser acatada a nulidade, que seja julgado TOTALMENTE IMPROCEDENTE ou INSUBSTANTE em relação à infração 01, tomando como base as fitas detalhes dos ECF's cumulado com a informações constantes no Extratos de Simples Nacional do período, ambas sinalizando de forma inconteste a inexistência de qualquer omissão de receita susceptível de reprimenda.

Não sendo este o entendimento, que seja julgada parcialmente procedente a infração 01, no valor de R\$ 1.398,46 (mil trezentos e noventa e oito reais e quarenta e seis centavos), conforme descrito na planilha que anexou.

Em relação à Infração 02, solicita a sua nulidade, reconhecendo-se a **ilegalidade** quanto à não observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade no prazo estipulado para cumprimento da intimação, e desencontro, inclusive, com outros expedientes de fiscalização. Não sendo entendida pela NULIDADE da infração 02, solicita a conversão do processo em diligência, de modo a que seja determinada a expedição de nova intimação para esta Impugnante (no mínimo 30 dias) para realização dos ajustes necessários no arquivo SINTEGRA, adequando o procedimento aos parâmetros definidos como razoáveis pela própria SEFAZ-BA;

Quanto a infração 03 solicita a procedência parcial, já que demonstrado que houve entrega intempestiva do arquivo SINTEGRA tão apenas nos meses de fevereiro, agosto, setembro e outubro de 2009, de modo a reestipular o valor do débito no importe de R\$ 22.080,00 (vinte e dois mil e oitenta reais) relativo ao somatório das multas aplicadas pela infração cometida, t em conformidade com o art. 42, inciso XIII-A, “j” da Lei nº 10.847/07;

Por fim, requer a produção do todos os meios de prova de direito admitidos, inclusive juntada de novos documentos, depoimento pessoal dos agentes autuadores, bem como outras que se façam necessárias para o bom deslinde deste Processo Administrativo.

O autuante, ao prestar a informação fiscal, fls.147 a 151, inicialmente informa que o procedimento fiscal foi instaurado em razão da Revisão Fiscal levada a efeito por parte de prepostos fiscais lotados na Corregedoria da Secretaria da Fazenda.

Após transcrever as infrações, diz que em relação ao caráter formal da autuação, não houve manifestação do autuado, já que todos os ditames legais foram observados pelo fisco quanto à forma. Não havendo, portanto, qualquer procedimento a ser revisto.

Quanto ao mérito, diz que a autuada em sua impugnação apresentou as seguintes argumentações:

1 – Infração 01 – 05.08.01 – O autuado alega que o autuante “não realizou o trabalho com o nível de detalhamento desejado, ignorando informações apresentadas pelo contribuinte quando do início do processo de fiscalização”. Mais adiante o mesmo questiona a legalidade do ato praticado pelo fisco, sob a argumentação de que fora, supostamente quebrado, o seu sigilo bancário, pois segundo ele (o autuado), não houve instauração do Processo Administrativo, ou autorização judicial para tanto. Ainda quanto a esta infração, o autuado alega que no computo das informações fornecidas pelas administradoras de cartões, estão ausentes algumas bandeiras de cartões.

2 – Infração 02 – 16.12.15 – A autuada alega que o prazo para apresentação dos arquivos devidamente retificados foi exíguo, conforme a intimação, fugindo do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade previstos no direito administrativo.

3 – Infração 03 – 16.12.19 – O autuado alega ter entregue os arquivos magnéticos dentro do prazo estipulado pela lei vigente.

Em relação à infração primeira, no que diz respeito à suposta quebra de sigilo a assertiva não procede, em razão da Constituição Federal com relação a esta questão, remeter seu ordenamento para Lei complementar. Por conseguinte, a Lei complementar nº 105/2001, no seu Artigo 1º, § 3º, Inciso VI, combinado com o Artigo 6, autoriza o fornecimento de informações por parte das instituições financeiras ao fisco desde que haja a instauração de Processo Administrativo ou procedimento fiscal em curso, o que se aplica à situação em tela. Além de tudo, convém salientar que não foram fornecidas movimentações financeiras da autuada, mas sim, apenas vendas realizadas pela mesma através de Cartões de Crédito.

No mérito, ainda em relação a infração 01 O autuado alega que o fisco deixou de considerar alguns cartões de crédito como: DINERS, SISA, VISA ELECTRON, MASTERCARD e CARTÃO; incluindo apenas: AMEX, CIELO, HIPERCARD e REDECARD, entretanto, as funções da CIELO e REDECARD, diz respeito a empresas que atuam como adquirentes multibandeira, sendo ambas responsáveis pela captura, transmissão e liquidação financeira de transações com cartões de crédito e débito para as administradoras citadas como supostamente ausentes do levantamento do fisco.

Ressalta que os levantamentos foram feitos através de cotejamento entre bases equivalentes, ou seja: informações de vendas com cartões informadas pelas administradoras X vendas com cartões registradas nos Equipamentos Emissores de Cupons Fiscais (ECF) em uso no período de apuração, e não pela receita bruta ou receita líquida como propõe o autuado. Portanto, mantém a autuação em sua inteireza, ressaltando ainda que os valores apurados, têm seus cálculos detalhados nos levantamentos fiscais relativos aos papéis de trabalho PPT 209 constantes no CD, cuja cópia foi entregue ao autuado, mediante Recibo de Arquivos eletrônicos ambos insertos nas Folhas 36 e 37 do PAF respectivamente, demonstrativos estes aduzidos reiteradamente na presente Informação Fiscal como ANEXOS de 1 a 5.

Na infração 02 esclarece que o ocorrido foi que o autuado fora intimado para apresentar arquivo magnético retificador, pois faltavam os registros 60 e 75, conforme termo de intimação inserido nas folhas 22 a 24 do presente processo. No entanto ao apresentar os referidos arquivos, constatou-se a ausência do Registro 50 nos mesmos, conforme se pode comprovar mediante verificação às folhas 25 a 35 do PAF, enquadrando-se destarte à aplicação da multa em discussão. (Artigo 42, Inciso XII-A, alínea “j” da Lei 7014/96)

Na infração 03 aduz que através de uma consulta às folhas 18 a 20 e 25 a 35 do presente PAF, depreende-se que quando não houve apresentação dos arquivos fora do prazo regulamentar,

foram apresentados de forma incompleta, o que fere o Artigo 708-B do RICMS-BA, o que sujeita o infrator ao aos ditames do Artigo 42, Inciso XII-A, alínea “j” da Lei 7014/96.

Finaliza, opinando pela procedência do Auto de Infração em lide, salvo melhor juízo.

O autuado foi cientificado sobre a Informação Fiscal, conforme documento de fl.159, mas não se manifestou.

Na assentada de julgamento realizada em 21 de setembro de 2016 os membros da 3^a JJF observaram que para embasar a acusação fiscal foi anexada planilha sintéticas, fl.14, desacompanhada do respectivo demonstrativo analítico, demonstrando as divergências entre os valores informados no Relatório TEF e as vendas através de documentos fiscais realizadas pelo sujeito passivo através da modalidade de cartão de crédito/débito.

Considerando que no meio magnético anexado à fl. 36 também não foi localizada a referida planilha analítica o processo foi convertido em diligência à Inspetoria de origem para que fossem tomadas as seguintes providências:

1. o autuante anexasse ao PAF o Relatório Diário de Operações TEF Relatório Diário de Operações TEF e o demonstrativo analítico informando os valores individuais das vendas realizadas com documentos fiscais na modalidade “cartão de débito/crédito”, em confronto com as informações contidas no TEF, estabelecendo as diferenças informadas na coluna “Divergência TEFxDF”, inserida no demonstrativo de folha 14, calculando o imposto devido;
2. Após a Repartição Fazendária intimasse o autuado, mediante recibo, para entrega dos demonstrativos que fossem acostados pelo autuante, concedendo-lhe o prazo de 60 dias, contados da ciência da intimação, para se manifestar, querendo.

A diligência foi cumprida e o contribuinte, ao se manifestar às fls.189 a 202, informou que ao analisar os demonstrativos anexados pelo autuante na mídia de fl.184, e após efetuar o desmembramento das fitas detalhes dos equipamentos Emissores de Cupons Fiscais (ECF n°s BE050769200006010236 e BE050769200004007791) identificou – dentro de todo o período analisado (01/01/2009 a 31/12/2009) – apenas uma distorção que sinaliza uma omissão de receita em relação ao período de 02/2009 no valor de R\$ 598,07 (quinhentos e noventa e oito mil reais e sete centavos), conforme demonstrativo em anexo (Doc. 05).

Considerando que o Autuante ao ser cientificado informou que o autuado não apresentou qualquer fato novo que não tenha sido objeto de análise na Informação Fiscal

Considerando que após verificações na mídia de fl. 184 observou-se que somente foram considerados os valores como vendas através de cartão de débito /crédito os cupons fiscais que coincidiam com os informados no Relatório TEF, conforme se verifica na planilha denominada “PPB Omissão Jan a Jun” e “ PPB Omissão Jul a Dez”.

Considerando que no mesmo meio magnético também foi inserida a planilha denominada “PPT 209 – TEF DEM T1”, onde se relaciona todas as vendas diárias através de cupom fiscais na modalidade de cartão de débito/crédito, inclusive os valores que não coincidiam individualmente com os informados no relatório TEF;

Considerando que a atividade da empresa é de comércio de alimentos e bebida, e neste segmento muitas vezes são utilizadas diversas formas de pagamento para uma única operação, esta 4^a Junta de Julgamento Fiscal decidiu mais uma vez pela conversão do processo em diligência para que o autuante elaborasse novos demonstrativos considerando todos os cupons fiscais cuja modalidade foi de cartão de débito/crédito, havendo ou não coincidência com o valor dos boletos constantes nos TEF diários.

O autuante no cumprimento da diligência à fl. 301 presta os seguintes esclarecimentos:

“1 - Os valores objetos de autuação foram apurados através de um programa denominado PRODIFE, que à época era utilizado pelo fisco com bastante êxito, devido seu grau de confiabilidade.

*2 - Estão sendo inseridas algumas planilhas com demonstrativos, que irão corroborar a exatidão dos números utilizados para os lançamentos de ofício que ora estão em lide, conforme o que segue: a) a planilha **TEF período 2009 IF**, demonstra mês a mês ao valores informados pelas instituições financeiras; b) a planilha **ANEXOS 3 A 5**, é a mesma que serviu de base para autuação; c) a planilha **QUADRO COMPARATIVO TEF vs ANEXO 3** compara os totais mensais das duas anteriores, onde se irá constatar a inexistência de diferença.*

3 - Nos demonstrativos que estão sendo anexados nesta informação fiscal, ficará claro que os valores apurados estão de acordo com a realidade fática.

4 - Convém ressaltar que os valores apurados na coluna “Pagamentos com Cartão” nos ANEXOS 3 foram extraídos da Memória Fiscal dos ECF’s, que foram fornecidas pelo contribuinte, no curso da ação fiscal.”

O contribuinte foi cientificado, porém, não se manifestou.

VOTO

A infração 01 trata de presunção de omissões de saídas tributáveis apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartões,

Na defesa apresentada, o autuado suscitou a nulidade da referida infração sob o argumento de suposta quebra de seu sigilo bancário, tendo em vista não ter havido instauração do processo administrativo ou autorização judicial permissiva. Razão não assiste ao sujeito passivo, pois a remessa dos dados da movimentação de vendas por parte das administradoras de cartão de crédito é uma obrigação prevista em lei (Lei Complementar nº 105/2001, em especial em seu artigo 6º, bem como nas disposições do artigo 35-A da Lei Estadual nº 7.014/96, e art. 824-W do RICMS/BA-97), e tem como finalidade informar o faturamento da empresa, base de cálculo de vários tributos, consubstanciando em uma informação fiscal, que não se confunde com a sua movimentação bancária, esta sim, protegida pela Constituição.

Quanto à alegação de que o valor supostamente omitido não encontra suporte comprobatório, tendo em vista que ao se confrontar as informações apuradas nas fitas detalhes dos equipamentos Emissores de Cupons Fiscais – ECFs, ou até mesmo as informações constantes nos Extratos do Simples Nacional com as informadas por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito não se identifica distorções, constato que de fato, inicialmente, os demonstrativos que deram suporte à acusação, fls. 14, estavam desacompanhados do respectivo demonstrativo analítico, demonstrando as divergências entre os valores informados no Relatório TEF e as vendas através de documentos fiscais realizadas pelo sujeito passivo através da modalidade de cartão de crédito/débito.

Esta falha foi sanada através de diligência, oportunidade em que foi anexada a mídia de fl. 181, contendo os arquivos faltantes e reaberto o prazo de defesa.

Assim, ficam rejeitados os pedidos de nulidade e passo a análise do mérito da infração 01.

Da análise dos demonstrativos inseridos na mídia de fl. 181, ficou evidenciado que somente foram considerados os valores como vendas através de cartão de débito /crédito os cupons fiscais que coincidiam com os informados no Relatório TEF, conforme se verifica na planilha denominada “ PPB Omissão Jan a Jun” e “ PPB Omissão Jul a Dez”.

Considerando que a atividade da empresa é de comércio de alimentos e bebida, e neste segmento muitas vezes são utilizadas diversas formas de pagamento para uma única operação, esta Junta

de Julgamento Fiscal decidiu pela conversão do processo em diligência para que o autuante elaborasse novos demonstrativos considerando todos os cupons fiscais cuja modalidade foi de cartão de débito/crédito, havendo coincidência ou não com o valor dos boletos constantes no TEF Diário por operação.

O autuante ao cumprir a diligência informa que:

“Estão sendo inseridas algumas planilhas com demonstrativos, que irão corroborar a exatidão dos números utilizados para os lançamentos de ofício que ora estão em lide, conforme o que segue: a) a planilha TEF período 2009 IF, demonstra mês a mês ao valores informados pelas instituições financeiras; b) a planilha ANEXOS 3 A 5, é a mesma que serviu de base para autuação; c) a planilha QUADRO COMPARATIVO TEF vs ANEXO 3 compara os totais mensais das duas anteriores, onde se irá constatar a inexistência de diferença.”

Nos demonstrativos que estão sendo anexados nesta informação fiscal, ficará claro que os valores apurados estão de acordo com a realidade fática.”

Apesar de não terem sido anexados ao PAF os mencionados demonstrativos, os mesmos foram enviados via e-mail para este Conselho para a pasta “Consef P. Processuais”.

Feita as devidas averiguações por esta Relatora, constato que na planilha “ANEXO 04 – VENDAS COM CARTÃO ECF”, estão informadas as vendas através de cupom fiscal nas modalidades; Dinheiro, cheque, cartão, outros e troco.

Os totais mensais relativos às vendas com cartão são superiores aos informados nos Relatórios TEF Diários, e a título de exemplo apresento demonstrativo transcrevendo os valores informados na referida planilha e Relatório TEF, nos meses de janeiro a junho de 2009.

MESES	TEF	CUPOM
Janeiro	84.545,87	91.561,18
Fevereiro	76.684,05	81.561,07
Março	83.758,75	91.079,86
Abril	82.469,04	91.005,51
Maio	92.482,98	100.241,17
Junho	82.280,76	89.044,58

Assim, acato a conclusão do autuante, consoante afirmado pelo próprio no item “2” do resultado da diligência onde declarou que: *“2 – Estão sendo inseridas algumas planilhas com demonstrativos, que irão corroborar a exatidão dos números utilizados para os lançamentos de ofício que ora estão em lide, conforme o que segue: a) a planilha TEF período 2009 IF, demonstra mês a mês ao valores informados pelas instituições financeiras; b) a planilha ANEXOS 3 A 5, é a mesma que serviu de base para autuação; c) a planilha QUADRO COMPARATIVO TEF vs ANEXO 3 compara os totais mensais das duas anteriores, onde se irá constatar a inexistência de diferença.”*

Assim como o mesmo teve acesso aos documentos fiscais originais do autuado e elaborou o “QUADRO COMPARATIVO ENTRE INFORMAÇÕES TEF VS PALINHAS DE CÁLCULO DO ICMS” FL. 302, onde inexiste valor a ser imputado ao contribuinte. A Infração 01 é insubstancial.

Na infração 02 foi aplicada a multa porque o contribuinte deixou de atender à intimação para entrega do arquivo magnético na forma e nos prazos previstos na legislação.

O sujeito passivo pede a nulidade do lançamento, sob o argumento de que o prazo estipulado para cumprimento da intimação, no caso cinco dias, fere os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Após análise dos elementos que constituem e lastreiam a acusação fiscal, constato que a fiscalização observou que nos arquivos anteriormente enviados, relativos aos meses de janeiro a dezembro de 2009, estavam em desacordo com a legislação, pois se encontravam faltantes os registros R60M, R60A, R60R, R61, R61R e R70. O impugnante foi intimado para apresentar os arquivos com a necessária correção, fl. 22, e lhe foi concedido o prazo de cinco dias para atendimento.

O RICMS-BA/12, vigente a época do fato gerador, estabelecia que em caso de correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, o mesmo teria o prazo de trinta dias para corrigir o arquivo magnético, conforme o §4º do art. 261, *in verbis*:

Art. 261. Sempre que for intimado, o contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata esta seção, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.

[...]

§4º O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, devendo utilizar, no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade “2”, referente a retificação total de arquivo.

Apesar de o autuado ter sido intimado para corrigir as irregularidades constatadas, não foi observado o procedimento estabelecido no §4º, do art. 261 do RICMS-BA, acima reproduzido, relativamente à concessão do prazo de trinta dias.

É nula a exigência fiscal decorrente da intimação efetuada sem requisito estabelecido na legislação, tendo sido efetuado o lançamento em desacordo com as normas que regem a matéria. Tal falha é insanável, haja vista que não se trata de incorreção eventual, devido ao equívoco no procedimento fiscal, o que comprometeu a sua eficácia, implicando nulidade da autuação.

Na infração 03 foi aplicada a multa porque o contribuinte enviou os arquivos magnéticos fora dos prazos previstos na legislação.

O sujeito passivo alega que apenas houve entrega intempestiva do arquivo SINTEGRA, apenas nos meses de fevereiro, agosto, setembro e outubro de 2009. Reconhece estar omissa de entrega em todo exercício de 2010, portanto, o valor devido seria de R\$22.080,00, e não R\$33.120,00.

O autuante, por sua vez, assevera que quando não houve apresentação dos arquivos fora do prazo regulamentar, os mesmos foram apresentados de forma incompleta o que fere o art. 708-B do RICMS, devendo ser aplicado o disposto no art. 42, inciso XII-A, alínea “j” da Lei 7.014/96.

Após análise, observo que de acordo com os documentos que instruem o processo, o autuante constatou que os arquivos magnéticos relativos ao exercício de 2010 não foram entregues nos prazos estipulados na legislação, enquanto que nos demais meses foram entregues fora dos padrões estabelecidos pela legislação, situações que se amoldam perfeitamente à figura jurídica prevista na alínea “j,” do inciso XIII-A, do art. 42 da Lei nº 7014/96:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

j) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo;

No caso, o contribuinte deixou de fazer a entrega dos arquivos eletrônicos, conforme determinado no § 4º, do art. 708-A, do RICMS/2096, devendo ser aplicada a penalidade por cada período em que os arquivos deixaram de ser entregues, em conformidade com a regra prescrita no dispositivo da Lei 7.014/96, anteriormente citada. Neste caso, o valor de R\$33.120,00, referente ao somatório das 24 multas mensais de R\$1.380,00. Assim, voto pela procedência da infração 03.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$33.120,00.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº^o207160.0009/14-9, lavrado contra **MAO TAI ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$33.120,00**, prevista no artigo 42, XIII-A, “j” da lei 7.014/96, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de fevereiro de 2020

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR