

A. I. N° - 299167.0051/15-4
AUTUADO - TORTARELLI COMÉRCIO DE TORTAS LTDA - EPP
AUTUANTE - MARIA DE FÁTIMA FERRAZ SILVA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 04.10.2016

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0169-04/16

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS REGISTRADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS NO ECF. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Item não impugnado. Infração mantida. 2. CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. LEVANTAMENTO DE VENDAS. VALOR REGISTRADO INFERIOR AOS INFORMADOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES. PRESUNÇÃO LEGAL DE VENDAS OMITIDAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Argumentos defensivos insuficientes para elidir a presunção. Não acolhidas as arguições de nulidade. Infração subsistente. 3. FALTA DE INFORMAÇÃO À SEFAZ DO PROGRAMA APlicATIVO UTILIZADO PARA ENVIO DE COMANDOS AO SOFTWARE BÁSICO DE EQUIPAMENTO DE CONTROLE FISCAL. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Penalidade mantida. Acusação não elidida. Infração subsistente. 4. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONOMICO-FISCAIS. DMA. APRESENTAÇÃO FORA DO PRAZO REGULAMENTAR. Autuado comprovou que em relação a um período a entrega ocorreu no prazo regulamentar. Infração parcialmente subsistente. 5. ARQUIVOS ELETRÔNICOS. FALTA DE ENTREGA. MULTA. Item não impugnado. Acusação mantida. 6. ARQUIVO ELETRÔNICO DA EFD. ENTREGA SEM AS INFORMAÇÕES EXIGIDAS PELA LEGISLAÇÃO. MULTAS. Restou comprovado que em relação a um exercício a entrega atendeu ao quando previsto pela legislação. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência, foi lavrado em 28/09/2015 objetivando reclamar crédito tributário na ordem de R\$130.691,70 em decorrência das seguintes acusações:

1 - Deixou de recolher ICMS no total de R\$6.707,37 em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, constatado mediante auditoria na memória da fita detalhe – MFD, das operações realizadas com uso do ECF, conforme demonstrativo de débito de ICMS juntado aos autos. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II “a” da Lei nº 7.014/96.

2 - Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, com imposto reclamado no valor de R\$42.564,33, constatado mediante auditoria na memória da fita detalhe - MFD, das operações realizadas com uso do ECF, confrontadas com os valores constantes no relatório diário de operações TEF, informados pelas Administradoras de Cartões de Crédito/Débito, e os valores de pagamentos por meio de cartões de Crédito/Débito, consignados nos Cupons Fiscais emitidos pelo contribuinte,

conforme demonstrativos C, X1, 3B, Y1 e Z anexo a este PAF. Multa de 100% prevista pelo Art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96.

3 - Não informou à Secretaria da Fazenda o programa aplicativo utilizado para envio de comandos ao Software Básico de equipamento de controle fiscal, aplicada a penalidade por cada equipamento, totalizando o valor de R\$12.420,00, constatado através de Auditoria na Memória de Fita Detalhe - MFD do equipamento ECF, disponibilizada pelo contribuinte conforme layout definido pelo Ato COTEPE 17/04. Tudo conforme demonstrativo de débito constante em anexo. Penalidade prevista pelo Art. 42, inciso XIII-A da Lei nº 7.014/96.

4 – Apresentação da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), fora do prazo regulamentar, sendo aplicada penalidade no total de R\$5.520,00, conforme demonstrativo da Auditoria Fiscal dos Documentos de Informações Econômico-Fiscais constante em anexo. Penalidade prevista pelo Art. 42, inciso XIII-A da Lei nº 7.014/96. Penalidade prevista pelo Art. 42, inciso XV alínea “h” da Lei nº 7.014/96.

5 – Multa no total de R\$33.120,00 pela falta de entrega de arquivo eletrônico nos prazos previstos na legislação, ou pela sua entrega sem o nível de detalhe exigido pela Legislação. Tudo conforme arquivos SINTEGRA, Relação dos arquivos recepcionados emitido pelo Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos da Sefaz-BA e demonstrativo M1 da multa aplicada elaborado nesta ação fiscal e constantes em anexo. Penalidade prevista pelo Art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei nº 7.014/96.

6 – Multa no total de R\$30.360,00 em razão de: Deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD - ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária. Tudo conforme arquivos da EFD transmitidos para SEFAZ-BA e demonstrativo EFD constantes em anexo. Penalidade prevista pelo Art. 42, inciso XIII-A, alínea “L” da Lei nº 7.014/96.

O autuado, por intermédio do seu patrono, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 61 a 71, onde, após reproduzir as acusações, passou a pontuar o que segue.

Sustenta que o lançamento fiscal não pode prosperar, não ao menos em sua integralidade, reconhecendo que falhas, contudo, ocorrem, e não há como imputá-las exclusivamente aos agentes fiscais.

Dessa maneira, diz que antes da elaboração da sua defesa administrativa, examinou minuciosamente o lançamento fiscal, tendo constatado que são procedentes as Infrações 01 e 05 e apenas parcialmente procedente as Infrações 03, 04 e 06, já providenciando, por conseguinte, o correlato pagamento das diferenças do ICMS com os benefícios proporcionados pelo Programa Concilia Bahia, instituído pelo Estado da Bahia por meio da Lei nº 13.449/2015, destacando que está demonstrada sua boa-fé ao apenas apresentar impugnação relativamente aos itens da autuação cuja acusação está em desacordo com a norma tributária e com a respectiva jurisprudência administrativa sobre a matéria, o que será a seguir comprovado.

Ao se referir a Infração 02, que trata da cobrança de ICMS a título de omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada por meio do levantamento das vendas realizadas com Cartão de Crédito e Débito extraídas da Memória da Fita Detalhe – MFD do Emissor de Cupom Fiscal do impugnante em valores inferiores do que as vendas informadas pelas Instituições Financeiras e Administradoras de Cartão de Crédito e Débito por meio dos Relatórios Diários de Operações TEF, relativamente aos exercícios de 2012 a 2014, destaca que a autuação está fundamentada no art. 4º, § 4º, inciso VI, da Lei nº 7.014/96, segundo o qual: “Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito ou débito”.

Diz que, ao contrário do quanto alegado pela Fiscalização, não há que se falar, no caso em apreço, em omissão de saída de mercadorias por sua parte e que estará demonstrado a seguir

que, além dos vícios que maculam o lançamento de nulidade absoluta, as vendas a cartão que realizou foram devidamente registradas e se encontram comprovadas pelas Reduções Z entregues à Fiscalização, não havendo, portanto, a alegada divergência com os valores das vendas informadas pelas Instituições Financeiras e Administradoras de Cartão de Crédito e Débito.

Assevera que, em verdade, verificou que houve uma inovação no procedimento adotado pela Fiscalização, na medida em que, ao invés de confrontar os registros dos valores totais das vendas com cartão (diárias ou mensais) declarados pela 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, tentou confrontar cada Cupom Fiscal emitido pela impugnante com 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.

Em vista disto diz que o novo procedimento adotado pela autuante, além de inadequado, revelou-se falho em vários aspectos. Conforme passou a mencionar.

Destaca que diz-se “inadequado” o procedimento 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. Assim, do cotejo entre os valores informados pelas Administradoras e os valores declarados pelos contribuintes nas Reduções Z (“cartão de crédito/débito”), é que Auditoria Fiscal é realizada.

Ao seu entender, 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”, da Lei nº 7.629/1999 (RPAF/BA).

Ressalta que o entendimento aqui apresentado não decorre de uma construção acadêmica desprovida de fundamentação jurídica, ao contrário, este eg. 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 o Acórdão JJF nº 0040-06/14 proferido pela 6ª Junta de Julgamento Fiscal, cuja ementa transcreveu, citando ainda que se este egrégio Conselho Fazendário já reconheceu a nulidade de outros Autos de Infração que trataram de situação absolutamente idêntica como a vivenciada nestes autos, entende que estes Julgadores devem manter-se fieis a este entendimento, julgando nula a Infração 02.

Defende, também, que o levantamento fiscal é “falho”, na medida em que verificou que 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 com Cartões, gerando uma presunção de omissão de saída de mercadoria absolutamente incompatível com a sua conduta.

Informa que após um exame minucioso da planilha elaborada pela Fiscalização, pôde verificar que o crédito tributário reclamado pela Infração 02 decorre de diversos problemas desta mesma natureza, como, por exemplo:

- i) Vendas realizadas pela impugnante com o Cartão REDECAR CRÉDITO que não foram informadas no Relatório de Operações Diárias – TEF fornecido pelas Administradoras de Cartões à Secretaria da Fazenda do Estado, base da planilha elaborada pela Fiscalização (Competências de Janeiro/2012 e Fevereiro/2012);
- ii) Cupom Fiscal cujo pagamento da venda respectiva se deu por meio de Operadoras de Cartões diferentes (Cupom 61236 – REDECAR/CIELO, por exemplo);

iii) O levantamento realizado pela Fiscalização não reconhece a integralidade dos valores dos Cartões quando a conta da mesa é dividida entre 2 (duas) ou mais pessoas, situação absolutamente corriqueira na rotina de qualquer restaurante. Ou seja, o levantamento não atrela pagamentos diferentes para um mesmo cupom (Competência de Junho/2012 – Cupons 61257, 61262, 61348, 61362, 61387, 61397, etc..);

iv) Do mesmo modo, o levantamento realizado pela Fiscalização não reconhece Cupons diferentes para um único pagamento (Competência de Junho/2012: Cupom 61305, no valor de R\$3,90, e Cupom 61342, no valor de R\$65,00, para o pagamento correspondente no valor de R\$68,90; Cupom 61399, no valor de R\$71,00, e Cupom 61291, no valor de R\$29,00, para o pagamento correspondente no valor de R\$100,00; entre diversas outras.)

v) Também não reconhece os valores dos cartões quando o cupom é emitido em um dia e o pagamento ocorre no outro. Situações desta natureza ocorrem, por exemplo, se o Cupom Fiscal é emitido às 23h55m de um dia e o pagamento é efetuado à 00h05m do dia seguinte. Mais uma vez, pode-se verificar que esta é uma situação absolutamente corriqueira na rotina dos restaurantes. Tal equívoco do levantamento foi verificado pela impugnante em diversas ocasiões ao longo do período atuado, como, por exemplo, nos dias 07/09/2012, 26/07/2013, 27/07/2013, 28/07/2013, etc.;

vi) Vendas realizadas por meio de Nota Fiscal – Série D-1 (Dia 24/12/2012 – NF's nº 3001 a 3244), todas devidamente registradas na escrita fiscal e tributadas pela impugnante, conforme Livro Registro Saída anexos (doc. 02);

vii) Repetições de Cupons Fiscais, dificultando a conferência por parte da impugnante. Veja, por exemplo, a Competência de Junho/2013;

Em seguida diz que a autuante realizou 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, em especial as exemplificadas acima, as quais foram provocadas pelo próprio roteiro equivocado de auditoria realizado pela Fiscalização, pontuando que este, inclusive, é o comando que se extrai do art. 4º, § 4º, inciso VI, da Lei nº 7.014/96, quando estabelece: “*sempre que se verificar valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito ou débito*”, sendo que, ao invés disto, a autuante optou por seguir o caminho mais extremo para o contribuinte da presunção de omissão de saída de mercadoria, invertendo indevidamente o ônus da prova para a impugnante, o que não pode ser admitido.

Cita que, caso ultrapassada a nulidade suscitada acima, elaborou as planilhas anexas (doc. 03), cujos arquivos Excel também se encontram copiados na Mídia Digital (CD) que acompanham a presente defesa, com a especificação das vendas diárias, operação por operação, de todo os meses objeto do lançamento fiscal, demonstrando, individualmente, que os valores das vendas com cartão consignados nos Cupons Fiscais (Redução Z) guardam total coincidência com os valores informados pela Instituição Financeira e Administradoras de Cartão de Crédito e Débito (TEF), onde se verifica que os valores das operações com vendas a cartão que declarou são absolutamente compatíveis com os valores informados pelas Instituições Financeiras e Administradoras de Cartões, razão pela qual a presunção de omissão de saída de mercadorias tributáveis resta ilidida no caso em apreço.

Requer seja julgada NULA ou, sucessivamente, IMPROCEDENTE a Infração 02, sendo que, caso remanesça alguma dúvida sobre as alegações de defesa apresentadas requer, desde já, que o presente processo seja baixado em diligência a fim de que seja definitivamente constatado que não houve qualquer omissão de saída de mercadorias e, consequentemente, falta de recolhimento do ICMS no caso em apreço.

Adentra a Infração 03 que trata da aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória concernente à obrigatoriedade de o contribuinte informar para a Secretaria da Fazenda cada Programa Aplicativo Fiscal utilizado para envio de comandos ao Software Básico do ECF.

A este respeito diz que após consultar os seus técnicos responsáveis pelos aludidos Programa, verificou que a multa aplicada pela Fiscalização é apenas parcialmente procedente. Isto porque, consoante se depreende do Laudo de Homologação POL4332010 em anexo (doc. 04), a Versão 6.80 do Programa Aplicativo foi homologada em 08.06.2010, tendo prazo de validade por 2 (dois) anos corridos, significando que durante a vigência do mencionado Laudo de Homologação (08/06/2010 até 08/06/2012), o fabricante estava autorizado a liberar novas versões do programa com a mesma identificação primária da Versão (6.80.X.XXX) sem a obrigatoriedade de nova homologação.

Desta maneira, sustenta que não procedem as multas aplicadas pela Infração 03 em relação à Versão 6.80.3.25 do Programa Aplicativo Fiscal, uma vez que, nos períodos de 12/08/2011 e 12/12/2011, essa Versão estava válida para uso.

Diz que, da mesma forma, o Laudo de Homologação INA0022012 (cópia anexa - doc. 05) atesta que a Versão 6.90 do Programa Aplicativo foi homologada em 16/01/2012, com prazo de validade por 2 (dois) anos corridos, e, em assim sendo, também não procedem as multas aplicadas em relação às Versões 6.90.5.11 e 6.90.20.99 do Programa Aplicativo Fiscal, pois, do mesmo modo, no período de 21/05/2012, 23/05/2012 e 02/01/2013, tais Versões estavam válidas para uso.

Com base nestes argumentos, requer que a Infração 03 seja julgada parcialmente procedente, excluindo-se do lançamento fiscal as multas aplicadas em relação às Versões com as identificações primárias 6.80 e 6.90 dos Programas Aplicativos Fiscais, por estarem comprovadamente validadas para uso.

Passa a insurgir-se, parcialmente, em relação a infração 04, tendo em vista que a Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA do período de 03/2012 foi tempestivamente apresentada, conforme comprova o Carimbo de Recepção em anexo (doc. 06), atestando o inequívoco recebimento da DMA no dia 20/04/2012. Desta maneira requer que seja determinada a exclusão do lançamento fiscal da multa aplicada pela suposta apresentação da DMA fora do prazo regulamentar em relação ao período de 03/2012.

No que se refere a infração 06, diz que sustenta a Fiscalização que não foram enviados os Registros C425 e 1600 da Escrituração Fiscal Digital – EFD no período de Janeiro/2013 a Dezembro/2014, o que ensejou a aplicação da multa capitulada no art. 42, XIII-A, alínea “l”, da Lei nº 7.014/96, defendendo que a infração não procede em parte, não ao menos em relação ao período de Janeiro a Dezembro de 2013.

Salienta em seguida que, ao contrário do alegado pela Fiscalização, o Registro 1600 do EFD foi regularmente enviado pela impugnante no mencionado período de Janeiro a Dezembro de 2013, e que tal informação pode ser confirmada a partir da análise dos próprios arquivos constantes da Mídia Digital colacionada aos autos pela Fiscalização, mais especificamente na pasta “Arquivos Sefaz/EFD/2013”. Acrescenta que, de todo modo, para comprovar as suas alegações, pede vênia para trazer à colação 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 (doc. 07). Com isto, afirma que está comprovada a improcedência da multa pela suposta falta de entrega do Registro 1600 neste período.

Em seguida diz que, da mesma forma, 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.

C	Resumo de itens do movimento diário (código 02 e 2D)	C425	5	1:N	N	N	O(se existir C420 e não existir C495 e COD_TOT_PAR(C420)=xxTnnnn ou Tnnnn ou Fn ou In ou Nn)	N	N
---	--	------	---	-----	---	---	--	---	---

Nesta ótica, diz 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, conforme tela abaixo:



Com isso, sustenta que verifica-se 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, pugnando pela procedência parcial da Infração 06, excluindo-se do lançamento fiscal as multas aplicada indevidamente no período de Janeiro a Dezembro de 2013.

Conclui requerendo que o presente Auto de Infração seja julgado Parcialmente Procedente, com homologação dos pagamentos efetuados.

A autuante, em sua informação fiscal prestada às fls. 166 e 167, assim se posicionou:

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 a natureza da infração, 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.

Acrescenta que todos os demonstrativos que serviram de base para apuração dos valores do ICMS reclamado, relativamente aos períodos de 2010 a 2014, foram apresentados e entregues ao contribuinte em meio magnético conforme pode-se confirmar, mediante CD e recibo de entrega de arquivos eletrônicos constante às fls. 10 e 11 deste PAF.

Com estes argumentos, considera ultrapassa a questão formal dos procedimentos, e, afirma, que passa a demonstrar que a argumentação apresentada na defesa é desprovida de fundamentação legal e demonstra o caráter protelatório da defesa.

Quanto à infração 02, após tecer considerações acerca das presunções, pontua que 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.

Diz que a partir de tal cotejamento, tem-se 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, acrescentando que tal presunção não se apresenta como absoluta, podendo o sujeito passivo contrapor fatos, elementos ou informações, e até mesmo a desconstitua.

Menciona que 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, sendo que, para tal, as provas deveriam ser acostadas a esta 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.

Todavia, continua, 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.

Destaca, por outro lado, 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.

Concluiu afirmando que diante do fato do autuado apenas alegar, sem apresentar qualquer prova que refute a acusação fiscal, a presunção há de ser mantida sem qualquer ressalva ou reparo.

Quanto a infração 03, diz que não procedem as alegações defensivas, conforme consta consignado nos arquivos da Memória de Fita Detalhe dos equipamentos ECF identificados no demonstrativo constante às fls. 45 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.

Citando a Cláusula quinquagésima primeira, diz que no caso de ECF-IF e ECF-PDV, no computador a ele interligado ou integrado não poderá permanecer instalado outro programa aplicativo específico para registro de operações de circulação de mercadorias e prestação de serviços, que não seja o autorizado para uso pela unidade federada.

Quanto a infração 04 diz que acolhe exclusivamente as razões da defesa apenas em relação ao período de 03/2012, conforme documento 06 anexo às fls. 149 deste PAF.

Com relação a infração 06, afirma que não procedem as alegações da defesa no que se refere a esta infração, conforme dispõe o RICMS-BA/2012, em razão de:

Art. 249 - O contribuinte obrigado à EFD deve observar o Ajuste SINIEF 02/09 e as especificações técnicas do leiaute do arquivo digital previsto no Ato COTEPE/ICMS nº 09/08 e no Guia Prático da EFD-ICMS/IPI.

§ 1º Todos os registros são obrigatórios e devem ser apresentados sempre que existir a informação, exceto os registros C116, C130, C197, C350, C370, C390, C410, C460, C470, C800, C850, C860, C890, D197, D360, E115, 1700, 1710, 1900, 1910, 1920, 1921, 1922, 1923, 1925 e 1926.

Pontua que não poderia serem acolhidos os argumentos trazidos pelo sujeito passivo em sua defesa, uma vez constatado que este recebeu todos os elementos utilizados para apuração do imposto devido, e cobrança das multas pelo descumprimento de obrigações acessórias constantes neste PAF.

Requer, ao final, a manutenção do lançamento efetuado.

Constam às fls. 170 a 179 extratos de pagamento e de parcelamento de débito efetuados pelo autuado e extraídos através do sistema SIGAT / SEFAZ.

VOTO

Inicialmente pontuo que em relação às infrações 01 e 05 o autuado não as impugnou, ao contrário, reconheceu o débito lançado e efetuou o respectivo pagamento utilizando dos benefícios previstos pela Lei nº 13.449/2015 que instituiu o Programa Concilia Bahia, razão pela qual não remanesce lide quanto as mesmas, as quais são subsistentes, devendo, ser homologado o valor pago.

No que se refere a infração 02 que trata de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento com vendas através de cartões de crédito e/ou débito em confronto com os respectivos documentos fiscais emitidos pelo autuado, este suscitou a nulidade da mesma por entender a existência de vícios que maculam o lançamento de maneira absoluta, já que, segundo o autuado as vendas a cartão que realizou foram devidamente registradas e se encontram contidas nas reduções “Z” disponibilizadas à Fiscalização, tendo ainda havido uma inovação no procedimento na medida em que ao invés de ser confrontado os registros dos valores totais das vendas com cartão declaradas através da redução Z com aqueles informados pelas administradoras de cartões de crédito, a autuante tentou fazer um complexo cruzamento de vendas TEF com a memória da fita detalhe, operação por operação, procedimento este em que resultou na utilização de um roteiro de auditoria não previsto em lei.

Não acolho os argumentos acima trazidos pelo autuado objetivando a decretação da nulidade da infração 02. Isto porque, de início, observo que o lançamento está compatível com as exigências contidas no Art. 39 do RPAF/BA, atendendo todos os itens ali elencados.

No que toca ao argumento de que a autuante utilizou um roteiro de fiscalização não previsto em lei, o autuado não apontou qual o roteiro que está previsto em lei, e em qual lei, para este tipo de lançamento. Ao contrário, o que vejo é que a autuante, se utilizando dos relatórios TEF Diários, disponibilizados pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito, os confrontou com as operações diárias registradas pelo autuado, cujos registros inferiores àqueles informados pelas referidas administradoras foram objeto de presunção de omissão de saídas de mercadorias não tributadas, situação esta que caberia à autuada elidir a presunção. Os relatórios TEF Diário disponibilizados ao autuado se prestam justamente para esse fim, ou seja, possibilitar ao contribuinte verificar caso a caso a presunção de omissão de venda e, caso identifique equívoco no levantamento, o apontar e comprovar de forma objetiva e documentalmente, o que não foi feito.

Com todo respeito ao argumento defensivo, não vejo qualquer inovação por parte da autuante, pois este procedimento, cruzamento de dados por operação TEF com os constantes na memória da fita detalhe, é corriqueiro e este órgão julgador tem se deparado com inúmeras situações dessa ordem. Aliás os relatórios TEF diário entregues ao autuado se prestam exatamente para possibilitar ao autuado a possibilidade de que, através dos exames nos mesmos, aponte algum equívoco porventura cometido pelo Fisco.

Em relação ao Acórdão JJF nº 0040-06/14 citado pela autuada em seu socorro, entendo que não alcançou seu objetivo, já que a anulação do Auto de Infração ali mencionado se deu justamente em razão de que *“os valores constantes nas Reduções Z não foram utilizados para a verificação de que as vendas por meio de cartões de crédito/débito teriam ocorrido com as correspondentes emissões de cupons fiscais”*, procedimento este que foi feito pela autuante em relação ao presente Auto de Infração.

Desta maneira, ultrapasso a nulidade arguida e passo ao exame do mérito, pontuando de início que melhor sorte não assiste ao autuado.

Adentrando à razões de mérito, inicialmente indefiro o pedido de diligência suscitado pelo autuado visto que considero que os elementos presentes aos autos são necessários à formação do meu convencimento como julgador.

Assim é que, vejo que foram apontados no item 22 da peça defensiva sete tópicos que, no entender do autuado, teriam repercussão no levantamento fiscal, os quais, por estarem destituídos de elementos documentais e probatórios que embasem as alegações neles contidos não vejo como acolhê-los. Com todo respeito ao i.patrônio do autuado, os referidos argumentos se revestem apenas em alegações que, ao meu entender são insuficientes para elidir a presunção legal. Neste rumo vejo que todos os itens mencionados pelo autuado no item 22 da peça defensiva se revestem apenas em menções de ocorrências carentes de comprovação pelo autuado.

No que toca as planilhas apresentadas pelo autuado, fls. 100 e seguintes, estas, ao contrário do levantamento feito pela autuante, que considerou os TEF diário por operação, considerou um comparativo total entre o TEF diário com o valor constante na redução “Z”, fato este que, ao meu entender, não é suficiente para elidir a acusação. Aliás, no caso sob exame, o ônus da prova para efeito de elidir a acusação compete ao autuado.

Mantenho a infração 02.

Quanto a infração 03, que se refere a penalidades aplicadas em razão do autuado não haver informado à SEFAZ o programa aplicativo utilizado para envio de comandos ao software básico do equipamento de controle fiscal, demonstrativo fl. 45, a autuada questionou as penalidades aplicadas às versões 6.80 e 6.90 ao argumento de que tais versões estavam válidas para uso, de acordo com Laudos de Homologação que disse ter apresentado junto com a defesa.

De acordo com o demonstrativo de fl. 45, a penalidade foi aplicada por cada equipamento em que tiver sido utilizado o programa aplicativo sem que tenha sido informado à SEFAZ. Analisando os referidos laudos, fls. 132 a 147, não identifiquei nos mesmos qualquer dado ou outra informação que comprovasse que tenha ocorrido à comunicação à SEFAZ em relação aos equipamentos objetos da autuação.

Assim é que, em relação às versões 6.80 e 6.90 – Colibri Food, de acordo com o demonstrativo de fl. 45, a primeira se encontrava cassada e a segunda não autorizada, em relação aos períodos envolvidos na autuação. Desta maneira, como a autuada não apresentou elementos probatórios que descharacterizassem as penalidades, mantenho inalterada a infração 03. Item subsistente.

Quanto a infração 04, apresentação de DMA fora do prazo regulamentar, a autuada questionou a penalidade relativa ao mês de março/2012, ao argumento de que ocorreu a entrega no dia 20/04/12 conforme carimbo de recepção fl. 149, o que foi aceito pela autuante, com o que concordo.

Desta maneira, a infração 04 resta parcialmente procedente no valor de R\$5.060,00 após a exclusão do valor de R\$460,00 referente ao mês de março/2012.

A infração 06 trata de penalidade por falta de entrega da EFD ou os entregou sem as informações exigidas pela legislação tributária. De acordo com o demonstrativo de fl. 54, os arquivos foram entregues faltando os registros C425 e 1.600.

O autuado questionou apenas a aplicação da penalidade para o período de janeiro a dezembro/2013, sustentando que em relação ao Registro 1.600 da EFD foi regularmente enviado no referido período, de acordo com o constante na mídia digital, pasta “Arquivos Sefaz/EFD/2013”, conforma cópia às fls. 152 a 163, onde se verifica que de fato constam os referidos registros e que não foram enfrentados e impugnados pela autuante.

Quanto ao registro C425, sustenta que a multa não pode prosperar pois os contribuintes apenas estavam obrigados a apresentar o Registro C425 no caso de existir o Registro C420 e não existir o Registro C495, citando, em seu socorro o Ato COTEPE/ICMS nº 9/2008, destacando que o Registro C495 apenas deixou de existir a partir de janeiro de 2014, ocasião em que passou a ser obrigatório a apresentação do Registro C425, transcrevendo, ainda, informação extraída através do site da SEFAZ nos seguintes termos:

EFD – SEFAZ ELIMINA REGISTRO C495 DA EFD A PARTIR DE JANEIRO DE 2014

Os contribuintes obrigados à Escrituração Fiscal Digital – EFD e que utilizam em suas vendas equipamento emissor de cupom fiscal – ECF, a partir da declaração de JANEIRO DE 2014 devem informar os itens de mercadoria através do Registro C425 – Registro de Movimento Diário. Com esta medida, não mais será possível informar tais documentos no Registro C495 – Resumo de Movimento Mensal, que deixa de existir.

Considero os argumentos acima bastante consistentes, os quais também não foram enfrentados ou contestados objetivamente pela autuante. Portanto, ao meu entender, o autuando procedeu de

acordo com informação veiculada pelo próprio site da SEFAZ, não contestada pela autuante, repito, razão pela qual, afasto as penalidades aplicadas para o período de janeiro a dezembro/2013, no valor de R\$16.560,00, remanescendo a infração 06 parcialmente subsistente no valor de R\$13.800,00.

Em conclusão voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração, restando às infrações 04 e 06 parcialmente procedente e, as demais, totalmente procedentes, devendo ser homologados os valores já recolhidos com os benefícios da Lei nº 14.449/2015.

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 299167.0051/15-4 lavrado contra **TORTARELLI COMÉRCIO DE TORTAS LTDA. – EPP**, devendo ser intimada a autuada para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$49.271,70** acrescido das multas de 60% sobre R\$6.707,37 e de 100% sobre R\$42.564,33 previstas pelo Art. 42, incisos II alínea “a” e III da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$64.400,00** previstas pelo Art. 42, incisos XIII-A, alíneas “e”, “j” e “L” da mesma lei, e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos com os benefícios da Lei nº 14.449/2015.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de setembro de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR