

A. I. Nº - 299167.0053/15-7
AUTUADO - AMADO SERVIÇOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
AUTUANTE - MARIA DE FÁTIMA FERRAZ SILVA GUIMARÃES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 28.06.2017

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0085-02/17

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Efetuadas correções no cálculo do imposto devido. Infração subsistente em parte. 2. BASE DE CÁLCULO. DESPESAS ACESSÓRIAS. GORJETA. Conforme a legislação vigente à época dos fatos tratados neste lançamento de ofício, os valores referentes a gorjetas, quando incluídos no preço dos serviços prestados, compunham a base de cálculo do ICMS. Infração caracterizada. 3. 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. Efetuadas correções no cálculo do imposto devido. Infração subsistente em parte. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. b) RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Excluída da autuação as operações referentes a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária com encerramento da fase de tributação. Infrações 04 e 05 parcialmente subsistentes. 5. EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). FALTA DE INFORMAÇÃO À SEFAZ/BA DO PROGRAMA APLICATIVO UTILIZADO PARA ENVIO DE COMANDOS AO SOFTWARE BÁSICO DO ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração confessada. 6. DMA. ENTREGA EXTEMPORÂNEA. Infração reconhecida como procedente pelo sujeito passivo. 7. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA NO PRAZO REGULAMENTAR. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Multa exigida em conformidade com o disposto na alínea “j” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96. Infração caracterizada. 8. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD. FALTA DE ENTREGA NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. Documentos trazidos na defesa comprovam a entrega dos arquivos referentes aos meses de janeiro a dezembro de 2013. Infração subsistente em parte. Afastadas as preliminares de nulidade e de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/09/15, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor histórico total de R\$254.281,55, em razão das seguintes infrações:

Infração 01 - 02.01.03. Falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de junho a dezembro de 2011, janeiro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013 e janeiro a setembro de 2014. Foi lançado imposto no valor histórico de R\$14.275,38, mais multa de 60%. Consta que a irregularidade foi apurada mediante auditoria na memória da fita detalhe - MFD, das operações realizadas com uso do ECF, conforme demonstrativo de débito de ICMS anexo ao PAF.

Infração 02 - 03.02.14. Recolhimento a menor de ICMS, em razão de ter excluído da base de cálculo o valor da gorjeta, nos meses de janeiro a novembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011, janeiro a dezembro de 2012 e janeiro a julho de 2013. Foi lançado imposto no valor histórico de R\$36.324,64, mais multa de 60%. Consta que a irregularidade foi apurada 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, e valores consignados como troco nos cupons fiscais emitidos pelo contribuinte, mas que constam como valores efetivamente cobrados dos clientes quando verificado no valor total da despesa com alimentação consignado na nota fiscal série D-1 emitida em substituição ao cupom fiscal, conforme demonstrativos anexos a este PAF.

Infração 03 - 05.08.01. Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de fevereiro a dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011, janeiro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013 e janeiro a dezembro de 2014. Lançado imposto no valor histórico de R\$98.567,29, mais multas de 70% e de 100%. Consta que a irregularidade foi apurada 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.

Infração 04 - 07.15.01. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, nos meses de setembro e outubro de 2014. Foi lançado imposto no valor histórico de R\$1.201,89, mais multa de 60%. Conforme arquivos XML das NF-e, Informações dos DAES pagos e demonstrativos elaborados nesta ação fiscal constantes em anexo.

Infração 05 - 07.15.02. Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, nos meses de fevereiro a novembro de 2011, janeiro, fevereiro, abril a agosto, outubro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013 e janeiro a agosto de 2014. Foi lançado imposto no valor histórico de R\$14.212,35, mais multa de 60%. Conforme arquivos XML das NF-e, Informações dos DAES pagos e demonstrativos elaborados nesta ação fiscal constantes em anexo.

Infração 06 - 16.10.08. 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, nos meses de janeiro e agosto de 2010, junho de 2011 e fevereiro de 2014. Foi indicada multa no valor histórico total de R\$5.520,00. Constatado através de Auditoria na Memória de Fita Detalhe - MFD do equipamento ECF, disponibilizada pelo contribuinte conforme *layout* definido pelo Ato COTEPE 17/04, conforme demonstrativo de débito constante em anexo.

Infração 07 - 16.05.25. Apresentação da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS) fora do prazo regulamentar, nos meses de julho de 2010, fevereiro e março de 2012. Foi indicada multa no

valor histórico total de R\$1.380,00. Conforme demonstrativo da Auditoria Fiscal dos Documentos de Informações Econômico-Fiscais constantes em anexo.

Infração 08 - 16.12.20. Falta de entrega de arquivo eletrônico nos prazos previstos na legislação, ou pela sua entrega sem o nível de detalhe exigido pela Legislação, nos meses de janeiro a dezembro de 2010, fevereiro a dezembro de 2011 e janeiro a dezembro de 2012. Foi indicada multa no valor histórico total de R\$49.680,00. 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 constante em anexo.

Infração 09 - 16.14.04. 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, nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e janeiro a dezembro de 2014. Foi indicada multa no valor histórico total de R\$33.120,00.

O autuado apresenta defesa (fls. 107 a 130) e, após fazer uma síntese das infrações, afirma que não pode prosperar o lançamento fiscal, pelo menos em sua integralidade.

Reconhece a procedência parcial da autuação quanto às Infrações 01, 04, 05, 06, 07, 08 e 09 e afirma que já providenciou o correspondente pagamento com os benefícios do Programa Concilia Bahia, instituído pela Lei nº 13.449/15.

Argui a decadência parcial das Infrações 02, 03, 06, 07 e 08, referente ao período anterior a 6/10/10. Assinala que o Auto de Infração em tela ingressou no mundo jurídico em 06/10/15, quando já havia ocorrido a perda do direito do Fisco de rever o lançamento por homologação relativamente aos fatos geradores anteriores a 06/10/10, nos termos do §4º do art. 150 do CTN. Cita jurisprudência e ressalta que o STJ em recentes acórdãos já estabeleceu que nos tributos cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador. Salienta que a regra do art. 173 do CTN se aplica aos tributos sujeitos ao lançamento por declaração. Ressalta que, para os tributos cujo lançamento é por homologação, essa regra não se aplica, pois, ocorrido o fato gerador, já nasce a obrigação de apurar e pagar o tributo, sem qualquer participação do Fisco, que tem, a partir daquele fato gerador, o prazo de 05 anos para constituir o crédito tributário, conforme o art. 150, § 4º, do CTN.

Destaca que o Estado da Bahia e este Conselho de Fazenda andaram, durante anos, na contramão das decisões proferidas pelo Poder Judiciário quanto à regra prevista no art. 150, §4º, do CTN. Todavia, o Legislativo Estadual finalmente corrigiu este equívoco histórico, revogando o art. 107-A e §5º do 107-B do COTEB, através da Lei nº 13.199, de 28.11.2014. Sustenta que, portanto, não resta dúvida de que deve ser reconhecida a decadência do direito de rever o lançamento no prazo de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, na forma do § 4º do art. 150 do CTN, devendo ser excluídos do lançamento os valores referentes aos fatos geradores anteriores a 06/10/10, pois já alcançados pela decadência.

No mérito, quanto à Infração 01, diz que a autuação não prospera em relação aos meses de junho e julho de 2011, uma vez que a cobrança decorreu de equívoco de ordem formal, sem prejuízo para a Bahia. Explica que os técnicos responsáveis pelo Programa Aplicativo Fiscal, utilizado para envio de comandos ao software básico do ECF da impugnante, cadastraram equivocadamente algumas mercadorias tributáveis. Frisa que, no entanto, registrou corretamente tais mercadorias, nos seus registros contábeis, como produtos tributáveis e procedeu ao devido recolhimento do ICMS. Como prova de seu argumento, acosta ao processo cópia de seu livro Registro de Apuração do ICMS e de comprovantes de recolhimento (doc. 2 - fls. 147 a 162).

Pede a procedência parcial da Infração 1, com a exclusão dos valores referentes aos meses de junho e julho de 2011.

Em relação à infração 02, esclarece que a gorjeta acrescida à nota/cupom fiscal não constitui receita do estabelecimento e, sim, integra a remuneração dos seus empregados, nos termos da Súmula nº 354 do TST, a qual prevê que: *“As gorjetas, cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelos clientes, integram a remuneração do empregado,*

não servindo de base de cálculo para as parcelas de aviso prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado”.

Faz alusão ao artigo 457 da Consolidação das Leis do Trabalho e, em seguida, assevera que a gorjeta cobrada pelo empregador tem natureza meramente salarial, materializando valores que são repassados aos empregados, posto parte integrante de sua remuneração, não compondo, por via de consequência, a base de cálculo do ICMS.

Menciona que nesse tipo de operação o estabelecimento é responsável apenas pela arrecadação e distribuição das gorjetas aos seus empregados. Assim, o montante arrecadado/recebido a este título, em que pese transitar graficamente pelos seus registros fiscais e contábeis, não faz parte das receitas do estabelecimento, que figura apenas como depositário dos valores percebidos, afastando, assim, a incidência do ICMS.

Frisa que a gorjeta integra a remuneração dos empregados e deve ser destacado pelo Fisco Estadual, quando efetuar ação fiscal, pois sobre ela incidem IRPF e INSS, tributos de competência da União. Destaca que não há previsão legal para cobrança de ICMS sobre pagamento de gorjeta e, sim, sobre operações de circulação de mercadoria, ou seja, sobre a transferência de titularidade da mercadoria na operação. Registra que a gorjeta não se comunica com a circulação de mercadoria, com o preço dos produtos fornecidos, nem com o faturamento ou com a receita.

Salienta que, sobre essa matéria, o próprio Regulamento do ICMS do Estado da Bahia instituído pelo Decreto nº 13.780/12, no capítulo relativo aos “Demais Benefícios Fiscais” concedidos aos contribuintes, exclui a gorjeta da base de cálculo do ICMS, conforme se depreende da leitura do art. 277-A. Pontua que se trata de uma exclusão determinada pela própria legislação estadual, a qual não dá margem para interpretação subjetiva por parte da Fiscalização. Cita doutrina e transcreve o disposto no aludido art. 277-A.

Assinala que nos casos em que foi verificada a inclusão da gorjeta na base de cálculo do ICMS, este Conselho de Fazenda vem sistematicamente baixando os processos em diligência, a fim de que seja realizada a sua exclusão, conforme os Acórdãos JF N^{os} 0224-03/15 e A-0010-01/13. Salienta que esse entendimento, acerca da exclusão dos valores recebidos a título de gorjeta da base de cálculo do ICMS, está de acordo com a jurisprudência predominante dos Tribunais Estaduais e Distrital, conforme farta jurisprudência que cita.

Pugna pela improcedência da Infração 02, excluindo-se do lançamento a cobrança do ICMS sobre as gorjetas auferidas pelos seus funcionários.

Quanto à Infração 03, diz que a Fiscalização inovou, pois, em vez de confrontar os totais das vendas com cartão declarados pelo impugnante (Redução Z) com os informados pelas Instituições Financeiras e Administradoras de Cartões (TEF), a Fiscalização cruzou as vendas TEF com a Memória da Fita Detalhe - MFD, operação por operação.

Diz que o novo procedimento adotado, além de inadequado, revelou-se falho em vários aspectos, pois a Auditoria de Cartões de Crédito e Débito visa verificar se as vendas por meio destes cartões foram oferecidas ou não à tributação, de modo que deve constar da redução Z qual o meio de pagamento utilizado pelos clientes. Assim, do cotejo entre os valores informados pelas Administradoras e os valores extraídos das Reduções Z é que deve ser realizado.

Assevera que a autuante deveria ter feito uma análise dos valores totais das operações, confrontando-as com os relatórios das Reduções Z, pois esse é o comando normativo que se extrai do art. 4º, §4º, VI, da Lei nº 7.014/96, quando prescreve: *“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”.*

Observa que a autuante optou por seguir o caminho extremo da presunção de omissão de saída de mercadoria, invertendo indevidamente o ônus da prova para a impugnante. E aqui se chega ao ponto em que serão evidenciadas as “falhas” do levantamento fiscal.

Menciona que as 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 desconsiderasse os valores das vendas realizadas com cartões, gerando uma presunção de omissão de saída de mercadoria incompatível com a sua conduta. Diz que se os valores ou qualquer outro dado constante do levantamento (TEF X MFD) não coincidisse, as informações eram precipitadamente descartadas pela Fiscalização.

Cita alguns dos diversos problemas detectados: “i) O levantamento realizado pela Fiscalização não reconhece pequenas diferenças entre o valor constante do Cupom Fiscal e o valor informado pela Administradora de Cartões. O valor da operação foi de R\$ 59,70 e o cliente efetuou o pagamento de R\$ 60,00, por exemplo; ii) Não reconhece também a operação quando o pagamento da venda respectiva se deu por meio de Operadoras de Cartões diferentes; iii) 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; iv) Do mesmo modo, o levantamento realizado pela Fiscalização não reconhece Cupons diferentes para um único pagamento; 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; vi) Repetições de Cupons Fiscais, dificultando a conferência por parte da impugnante; vii) Vendas realizadas por meio de Nota Fiscal – Série D-1, todas devidamente registradas na escrita fiscal e tributadas pela impugnante, conforme se verifica, por exemplo, dos documentos relativos à competência de 2014 anexos (doc. 03); viii) Por fim, vale ressaltar que existem alguns valores constantes do levantamento fiscal que são absolutamente irreconhecíveis pela impugnante. Não se sabe, por exemplo, se tais valores decorreram de falhas do Relatório TEF informada pelas Administradoras de Cartões ou do próprio arquivo de Auditoria elaborado pela Fiscalização. É que se verifica, a título ilustrativo, do valor indicado pela Fiscalização no mês de Abril de 2014, no montante de R\$ 211.488,65, bem como no mês de Setembro de 2014, no montante de R\$ 82.429,15, quando, em verdade, os Extratos obtidos pela impugnante das Administradoras de Cartões apontam, diferentemente, os valores de visivelmente inferiores para estas mesmas competências, conforme cópia anexa (doc. 04 e doc. 05)”.

Acrescenta que elaborou a planilha de fl.123, na qual demonstra que os valores das vendas com cartão constantes da redução Z são superiores aos valores informados pelas Instituições Financeiras e Administradoras de Cartões, o que revela a inconsistência da auditoria fiscal, já que, nesta linha de raciocínio, o impugnante estaria recolhendo mais tributo do que o efetivamente devido.

Salienta que é de se esperar que tais distorções não façam parte de um levantamento fiscal, para que se possa assegurar o direito de defesa e do contraditório de maneira mais ampla possível, o que diz lhe ter sido negado nesta ação fiscal.

Sustenta que o descumprimento dos princípios da ampla defesa e do contraditório no caso da Infração 03, na medida em que o impugnante teve contra si uma cobrança que não contém os elementos necessários à determinação, com clareza e segurança, da infração, privando-lhe de exercer o seu direito de defesa, em ofensa ao artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Acrescenta que, nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea “a”, da Lei [do Decreto] nº 7.629/1999 (RPAF/BA), é nulo o lançamento fiscal que não contiver elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração.

Transcreve a ementa do Acórdão JJF nº 0040-06/14, o qual decidiu pela nulidade de Auto de Infração em que a Fiscalização não obedeceu ao roteiro regular de auditoria. Menciona que se este Conselho Fazendário já reconheceu a nulidade de outros Autos de Infração que trataram de situação idêntica à deste processo, no que tange à adoção de roteiro inadequado de auditoria.

Requer que seja julgada nula a Infração 03, por conter vícios insanáveis de validade que lhe contamina desde a origem. Caso seja superada a nulidade arguida, requer que o presente processo seja baixado em diligência, a fim de que se proceda à correção das diversas inconsistências constantes do levantamento fiscal (exemplificadas acima), assegurando, por consequência, a ampla defesa e o contraditório para o impugnante.

Quanto às infrações 04 e 05, diz que ao examinar os anexos elaborados pela Fiscalização, constatou que a esmagadora maioria dos valores cobrados decorre da aquisição de mercadorias sob o regime de substituição tributária, com retenção e/ou recolhimento do imposto, conforme a documentação comprobatória (notas fiscais, comprovantes de retenção e recolhimento do imposto, relatório de conferência de entrada de mercadorias, etc.), cuja cópia segue anexa (doc. 06), tudo com o propósito de demonstrar a improcedência da autuação. Diz que o regime de tributação por substituição tributária com antecipação de recolhimento do imposto alcança a operação própria e as seguintes, encerrando a fase de tributação dentro do Estado, conforme estabelecem os artigos 289 e 290 do RICMS-12, cujo teor transcreve.

Requer que sejam excluídos da autuação os débitos atinentes a mercadorias sob o regime de substituição tributária, discriminadas nos documentos probantes trazidos aos autos na defesa.

Quanto à Infração 08, afirma que a autuação não procede em parte, não ao menos em relação ao período de janeiro/2010 a dezembro/2011. Explica que, nesse período, apenas escriturou os seus livros por meio de processamento eletrônico de dados, razão pela qual estava legalmente dispensada de apresentar o Registro 54 do SINTEGRA (Registro de Produto - Classificação Fiscal). Cita a cláusula quinta, inciso I, § 4ª, do Convênio ICMS 57/95, cujo teor transcreveu.

Sustenta que não procede a multa pela falta de entrega do Registro 54 no período de janeiro/2010 a dezembro/2011, em razão da sua não obrigatoriedade quando o estabelecimento utilizar sistema eletrônico de processamento de dados para a escrituração de livro fiscal, como diz ser o seu caso. Sustenta que, portanto, devem ser excluídas as multas aplicadas indevidamente pela falta de entrega do Registro 54 no período de janeiro/2010 a dezembro/2011.

Relativamente à Infração 09, afirma que do mesmo modo da infração anterior, esse item do lançamento não procede em relação ao período de janeiro a dezembro de 2013. Salienta que, ao contrário do alegado pela Fiscalização, o Registro 1600 da EFD foi regularmente enviado pelo impugnante no mencionado período. Diz que tal informação pode ser confirmada a partir da análise dos arquivos constantes da mídia digital colacionada aos autos pela Fiscalização. Apresenta cópias dos *print* das telas do SPED Fiscal – EFD ICMS/IPI, visando a confirmar o envio do Registro 1600 nos meses de janeiro a dezembro de 2013 (doc. 07). Diz que, assim, está comprovada a improcedência da autuação quanto ao citado período.

Também afirma que não deve prosperar a multa pela falta de entrega do Registro C425, uma vez que 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.

Explica que, segundo o *site* da Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia, o Registro C495 deixou de existir a partir de janeiro de 2014, quando, portanto, a entrega do Registro C425 passou a ser obrigatória. 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.

Pugna pela procedência parcial da Infração 09, excluindo-se do lançamento fiscal as multas aplicada indevidamente no período de janeiro a dezembro de 2013.

Por fim, pede pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Ao prestar a informação fiscal, fls. 620 a 622v, a autuante inicialmente afirma que na lavratura do Auto de Infração foram observados todos os dispositivos legais que regulam tanto o procedimento como o processo. Diz que 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. Pontua que todos os demonstrativos que serviram de base para apuração dos valores do ICMS reclamado, relativamente ao exercício de 2010 a 2014, foram apresentados e entregues ao contribuinte em meio magnético conforme se pode confirmar pelo recibo de fls. 15 e 16 dos autos.

Quanto à decadência arguida na defesa, 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. Está assim, claramente fixado em lei o prazo para homologação e decadência, atendendo ao disposto no § 4º do art. 150, do CTN.

Declara 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 que o valor devido, sendo tanto a apuração quanto o recolhimento objetos da homologação por parte do Fisco, 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.

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.

Salienta que o STJ 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"*. Cita farta jurisprudência nesse sentido.

Ressalta que em relação a esta matéria o CONSEF vem decidindo, de forma reiterada, pela aplicação das disposições contidas no COTEB (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.

Registra 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 à arguição de decadência.

No mérito, quanto à Infração 01, acolhe as razões da defesa em relação apenas ao período de competência de junho/2011, uma vez que em julho de 2011, conforme se pode constatar nos demonstrativos em anexo, o autuado cadastrou mercadorias tributadas como se estivessem enquadradas no regime da substituição tributária que foram registradas no livro Registro de Apuração de ICMS como “Outras”, sem pagamento do ICMS devido.

Quanto ao pedido de improcedência da Infração 02, diz que conforme o art. 12, II, da LC 87/96,

considera-se ocorrido o fato gerador do imposto o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por qualquer estabelecimento, e o art. 13, II, do mesmo diploma legal estabelece que a base de cálculo do imposto na hipótese do art. 12, II é o valor da operação, compreendendo mercadoria e serviço.

Aduz que a gorjeta corresponde ao valor pago pelo serviço, além do valor do fornecimento de alimentação e bebidas. Logo, sendo pago pelo cliente (contratante) integra a base de cálculo do ICMS, é o que determina o art. 54, I, “a”, do RICMS-97/BA, cujo teor reproduziu.

Quanto às presunções da Infração 03, afirma 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.

Destaca 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. Diz que a partir de tal cotejamento, surge a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis quando as informações das administradoras de cartões de crédito/débito apresentam valores superiores aos constantes nos dados fiscais do contribuinte. Ressalta que, no entanto, tal presunção não é absoluta, pois pode o sujeito passivo comprovar a sua improcedência.

Afirma que se as alegações defensivas 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. Frisa que as provas deveriam ser trazidas aos autos, uma vez que tal ônus é do autuado. Afirma que, no entanto, isso não ocorreu, pois o defendente não trouxe qualquer elemento capaz de embasar o seu pleito, razão pela qual não pode ser levada em conta no caso em comento.

Aduz que o próprio RPAF, no seu art. 8º, inc. IV, prevê 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.

Conclui que, portanto, 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.

Em relação às Infrações 04 e 05, acolhe parcialmente as razões da defesa em relação às aquisições de mercadorias sob regime de substituição tributária com retenção e/ou recolhimento do imposto que puder ser comprovado mediante documentos anexos (doc.06) da defesa.

Quanto à Infração 08, sustenta que não procedem as alegações da defesa, pois além de escriturar os seus livros por meio de processamento eletrônico de dados, o autuado também utilizava equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) nas vendas a consumidor, identificados na Intimação constante à fl. 20 dos autos.

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, no decorrer da ação fiscal o autuado fora intimado para apresentação de elementos que pudessem elidir os ilícitos fiscais apontados nos demonstrativos de apuração do ICMS reclamado, conforme consta às fls. 19, 21 e 22, contudo, não o fez.

Diz que, conforme a “Relação de Arquivos Recepcionados” (fls. 80 a 98), o autuado realizou a entrega dos arquivos magnéticos fora do prazo regulamentar e sem o nível de detalhe exigido na legislação, especialmente as informações relativas aos registros 54, 60R, 61R e 75.

No que tange à Infração 09, afirma que não procede as alegações da defesa tendo em vista o

disposto no art. 249 do RICMS-12, cujo teor transcreveu. Registra que, portanto, não podem ser acolhidos os argumentos trazidos pelo sujeito passivo em sua defesa, uma vez que o contribuinte recebeu todos os elementos utilizados para apuração do imposto devido e na imposição das multas pelo descumprimento de obrigações acessórias.

Ao concluir seu arrazoado, 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. Solicita que seja mantida a autuação.

Às fls. 626 a 636, constam extratos de pagamentos do débito parcial do Auto de Infração.

O processo foi convertido em diligência à INFRAZ VAREJO, fls. 637 e 638, para que a autuante atendesse às seguintes solicitações:

1- Em relação à Infração 01, explicasse de forma mais detalhada a razão de ter acatado o argumento defensivo quanto ao mês de junho e, no entanto, não o ter em relação ao mês de julho. Também foi pedido que fossem citados os valores que levaram a autuante a esse posicionamento, indicando os respectivos documentos.

2- Em relação à Infração 03, que a autuante:

2.1 - se pronunciasse sobre as notas fiscais trazidas na defesa e acostadas às fls. 164 a 192;

2.2 - se pronunciasse sobre os supostos equívocos indicados no item “viii” da fl. 123;

2.3 - caso necessário, fosse refeita a apuração dos valores devidos nessa infração após as correções pertinentes.

3- Em relação às infrações 04 e 05, que informasse quais as operações que foram acatadas, bem com que fosse elaborado um novo demonstrativo de débito para os valores remanescentes.

A diligência foi atendida conforme o pronunciamento acostado às fls. 642 a 646 dos autos.

Inicialmente, a autuante informou que as infrações estão devidamente caracterizadas e que cópias de todos os demonstrativos que embasaram a autuação foram entregues ao autuado.

Quanto à Infração 01, explica que só acolheu o argumento defensivo referente ao mês de junho de 2011 porque, naquele mês, o defendente registrou em seus ECFs vendas de mercadorias tributáveis como isentas em sua totalidade (R\$ 139.915,60), conforme o demonstrativo de fls. 15 e 24/25. Diz que, assim, ficou confirmado que apenas houve um equívoco de ordem formal, sem repercussão no recolhimento do imposto, já que os valores registrados como isentos nos ECFs foram lançados como tributados no livro RAICMS (fls. 147 a 162). Ressalta que, no entanto, o mesmo não ocorreu quanto ao mês de julho de 2011, pois o autuado além de ter registrado vendas de mercadorias isentas como não tributáveis, no valor de R\$ 45.263,50, registrou vendas de mercadorias tributáveis como sujeitas ao regime de substituição tributária, no importe de R\$ 4.674,00, perfazendo naquele mês o montante de R\$ 49.937,50. Destaca que, com base na planilha de fls. 647 a 680v, é devido no mês de julho de 2011 apenas o imposto referente às vendas de mercadorias tributáveis computadas como não sujeitas ao regime de substituição tributária, no valor de R\$ 4.674,00, que à alíquota de 4% gera o ICMS a recolher de R\$ 186,96.

Quanto à Infração 03, diz que a infração está devidamente caracterizada, podendo-se determinar a sua natureza e o montante do débito tributário. Diz que o procedimento foi realizado mediante o cruzamento de cada uma das operações constantes nos cupons fiscais com as informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito (TEF), onde só podem ser consideradas as operações que coincidam em data e valor, conforme o demonstrativo de fls. 46 a 76.

Discorre sobre presunção em direito tributário e, em seguida, explica que as notas fiscais de venda a consumidor, série D-1, acostadas às fls. 164 a 192, não podem ser consideradas porque correspondem aos mesmos fatos geradores das operações registradas nos cupons fiscais e constantes dos arquivos da memória de fita detalhe já relacionados no levantamento fiscal que deu origem a esta infração, conforme dispõe o RICMS-BA/12, do qual transcreve o disposto nos artigos 108, §§1º e 2º, 113, 202, §8º, 207 e 224, §5º. Acrescenta que as notas fiscais de vendas a

consumidor acostadas às fls. 164 a 192 devem ser consideradas inidôneas de acordo com o disposto no art. 44, II, da Lei nº 7.014/96, já que foram emitidas em desacordo com o RICMS-BA/12.

Afirma que os supostos equívocos indicados no item “viii” da defesa, fl. 123, não correspondem a verdade dos fatos, pois conforme se pode observar pelas figuras que apresenta, os valores constantes do levantamento fiscal correspondem exatamente aos valores informados pelas administradoras de cartão e as operações realizadas pelo contribuinte por meio dos cupons fiscais registrados na MFD dos ECFs. Diz que, portanto, as alegações da defesa não estão embasadas em provas válidas. Mantém a exigência fiscal.

No que tange à Infração 04, diz que com base na análise da documentação apresentada na defesa, acata o argumento defensivo quanto às Notas Fiscais nºs 1.964, 9.091 e 2.102, apresentadas na defesa e referentes a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cujo imposto foi antecipado. Afirma que após a exclusão dessas três notas fiscais, o valor devido nessa infração passa para R\$ 968,14, conforme demonstrativo que apresenta à fl. 645.

Quanto à Infração 05, afirma que com base na análise da documentação trazida na defesa, acolhe parcialmente o argumento defensivo relativamente às notas fiscais que relaciona, as quais são referentes exclusivamente a aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cujo imposto foi antecipado. Refez a apuração do imposto, passando o valor devido para R\$ 3.798,34, consoante demonstrativo às fls. 645V e 646.

Em 14 de dezembro de 2015, o autuado protocolou o documento acostado às fls. 691 a 694, no qual reconhece parcialmente as Infrações 01, 04, 05, 08 e 09, bem como a procedência das Infrações 06 e 07. Solicita a emissão de DAE para efetuar o pagamento correspondente.

Notificado acerca do resultado da diligência, o autuado se pronunciou à fl. 699, manifestando a sua concordância com as exclusões efetuadas pela autuante, embora ainda discorde quanto aos créditos tributários mantidos.

Especificamente quanto à Infração 03, informa que está em contato com uma equipe externa de auditoria independente a fim de realizar uma revisão do lançamento e, assim, diante do volume das informações, solicita a prorrogação do prazo, por mais dez dias, para se pronunciar sobre o resultado da diligência.

Em despacho à fl. 701, o pedido de prorrogação de prazo foi deferido pelo Inspetor da INFAZ VAREJO, em 23/03/17. O autuado foi cientificado desse deferimento em 30/03/17, (fls. 703 a 704). Em 26/04/17, o processo foi encaminhado ao CONSEF (fl. 706), sem qualquer pronunciamento do autuado até aquela data.

VOTO

Em sua defesa, o autuado arguiu a nulidade da Infração 03, por cerceamento de defesa, sob o argumento de que o lançamento de ofício não contém os elementos necessários à determinação, com clareza e segurança, da infração, afrontando, assim, o disposto no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF-BA/99.

Afasto essa preliminar de nulidade, pois a acusação contida na Infração 03 é clara e precisa. A metodologia empregada pela autuante não cerceia o direito de defesa, uma vez que permite o confronto de cada uma das operações realizadas com as informações prestadas pelas administradoras de cartão. Os supostos equívocos indicados na defesa não são motivos de nulidade, haja vista que a existência de equívocos pode ser sanada mediante diligência ou, até mesmo, na decisão proferida pelo órgão julgador.

Em relação às Infrações 02, 03, 06, 07 e 08, o autuado suscitou a decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário quanto aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 06/10/10, pois considera que o termo inicial da contagem do prazo decadencial se dá a partir da data da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 150, §4º, do CTN, já que o ICMS é um imposto sujeito ao lançamento por homologação.

Com o devido respeito, divirjo dessa tese defendida pelo impugnante, pois, de acordo com a legislação vigente à época dos fatos, o termo inicial da contagem do prazo decadencial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. O art. 150, § 4º, do CTN, prevê que “*Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador*”. Contudo, a legislação tributária do Estado da Bahia, utilizando a permissão contida no § 4º do art. 150 do CTN, fixou o prazo de homologação em cinco anos a contar “do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado” (art. 107-A, I, do COTEB, vigente à época).

A homologação tácita, prevista no art. 150, § 4º, do CTN, só ocorre quando o imposto devido é lançado pelo sujeito passivo e pago dentro das condições previstas na legislação tributária. No caso em comento, em relação às Infrações 06, 07 e 08 não há o que se falar em pagamento antecipado do imposto, uma vez que essas infrações tratam de descumprimentos de obrigações acessórias. Já em relação aos valores que estão sendo cobrados nas Infrações 02 e 03, não houve o alegado pagamento antecipado, haja vista que esses débitos foram apurados mediante roteiros específicos de auditoria fiscal e, portanto, em relação aos montantes cobrados nessas duas infrações não houve o lançamento por homologação e, em consequência, não se pode aplicar o previsto no art. 150, § 4º, do CTN, como pleiteia o autuado.

No que tange à revogação do artigo 107-A e do § 5º do artigo 107-B do COTEB, pela Lei nº 13.199/14, não há como se aplicar retroativamente essa revogação, pois se trata de uma norma jurídica de natureza material, e não procedimental. Em consequência, a legislação a ser aplicada é a vigente à época da ocorrência dos fatos geradores.

Dessa forma, para os fatos geradores ocorridos durante todo o exercício de 2010, a Fazenda Pública tinha até o dia 31/12/15 para constituir o crédito tributário. Assim, não ocorreu a decadência arguida na defesa, pois o Auto de Infração em comento foi lavrado em 28/09/15.

No mérito, quanto à Infração 01, o autuado impugna a autuação relativamente aos meses de junho e julho de 2011, pois registrou as operações como sendo tributáveis e recolheu o ICMS devido, conforme cópia do Registro de Apuração do ICMS e de comprovantes de recolhimento.

Na informação fiscal e em posterior diligência, a autuante reconhece a procedência do argumento defensivo quanto ao mês de junho, excluindo da autuação o valor de R\$ 5.596,62. Em relação ao mês de julho, admitiu a procedência parcial da alegação defensiva, passando o valor devido naquele mês para R\$ 186,96.

Acato o resultado da informação fiscal e da diligência realizada, pois essas retificações estão fundamentadas em documentação probante trazidas aos autos na defesa e, além disso, foram efetuadas pela própria autuante, auditora fiscal que realizou a auditoria e que lavrou o Auto de Infração em comento. Em consequência, o débito referente ao mês de junho de 2011 fica excluído da autuação, ao passo que o débito atinente ao mês de julho de 2011 fica reduzido para R\$ 186,96. Dessa forma, a Infração 01 subsiste parcialmente no valor de R\$ 6.868,22.

Cuida a Infração 02 de recolhimento a menos de ICMS, no valor de R\$ 36.324,64, em decorrência da exclusão das gorjetas da base de cálculo do imposto.

Alega o defendente que a gorjeta não integra a base de cálculo do ICMS, pois integra a remuneração dos empregados, nos termos da Súmula nº 354 do TST. Diz que não há previsão legal para cobrança de ICMS sobre pagamento de gorjeta. Faz alusão ao art. 277-A do RICMS-BA/12, bem como a decisões proferidas neste CONSEF.

Na informação fiscal, a autuante mantém a autuação, pois, como a gorjeta corresponde ao valor pago pelo cliente pelo serviço, além do valor do fornecimento de alimentação e bebidas, ela integra a base de cálculo do ICMS, nos termos do art. 54, I, “a”, do RICMS-97/BA.

Nos termos do art. 2º, I, da Lei nº 7.014/96, o ICMS *incide sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por bares, restaurantes, hotéis e estabelecimentos similares, incluídos os*

serviços prestados.

Ao tratar da base de cálculo do ICMS, a Lei nº 7.014/96, no seu art. 17, §1º, II, “a”, prevê que integra a base de cálculo do imposto o valor correspondente a “seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição”. (grifo não do original).

Com base nesses dispositivos legais, as importâncias pagas pelos clientes do autuado, ainda que a título de gorjeta, fazem parte da base de cálculo do ICMS, como acertadamente considerou a autuante na infração em comento.

Efetivamente, a partir de 01/09/13, com a vigência do Convênio ICMS 44/13, por meio do qual o Estado da Bahia aderiu ao Convênio ICMS 125/11, os valores referentes a gorjetas foram excluídos da base de cálculo do ICMS incidente no fornecimento de alimentos e bebidas por bares, restaurantes, hotéis e estabelecimentos similares. A legislação tributária do Estado da Bahia passou a contemplar esse novo posicionamento no art. 277-A do RICMS-BA/12, com efeitos a partir de 01/08/13. Considerando que os fatos geradores em análise são anteriores a agosto de 2013, não há como se aplicar essa nova legislação ao caso em comento.

As decisões citadas na defesa não servem de parâmetro para o caso em lide, pois tratam de situações que não se ajustam à que se encontra em análise. Ademais, a questão em apreço possui expressa previsão legal.

Desse modo, a Infração 02 é subsistente.

Na Infração 03, o autuado foi acusado de ter omitido operações de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas pagas com cartão de crédito.

O autuado questiona a metodologia empregada na apuração do imposto, pois em vez de a autuante confrontar os valores das vendas com cartão informadas pelas administradoras de cartão com as “reduções z”, a Fiscalização cruzou as vendas TEF com a Memória da Fita Detalhe - MFD, operação por operação.

Esse procedimento adotado pela autuante não invalida o levantamento fiscal, haja vista que as operações informadas pelas administradoras de cartão são comparadas com as registradas nos cupons fiscais emitidos pelo autuado. O confronto dos relatórios TEFs com as MFD se ajusta perfeitamente ao previsto no art. 4º, §4º, VI, da Lei nº 7.014/96, haja vista que as operações são comparadas uma a uma, permitindo, assim, uma maior precisão na aferição das operações registradas pelo estabelecimento fiscalizado.

Em sua defesa, o autuado aponta as seguintes dificuldades advindas da metodologia empregada pela autuante: não foram reconhecidas pequenas divergências de valores entre os cupons fiscais e os relatórios TEFs; não foram considerados pagamentos efetuados por cartões de bandeiras diferentes; não foram consideradas as situações em que as despesas foram divididas entre dois ou mais clientes; não foram reconhecidas situações em que cupons diferentes se referiam a um único pagamento; não foram consideradas situações em que houve emissão de cupom em um dia e pagamento no dia seguinte.

Essas alegações defensivas podem ocorrer em um estabelecimento comercial do ramo de atividade do autuado, porém a ele cabe o ônus de comprovar esses fatos e, assim, elidir total ou parcialmente a presunção que embasou a autuação. No caso em tela, essas alegações não restaram comprovadas e a presunção legal subsiste.

O defendente alega que há repetições de cupons fiscais dificultando a conferência do lançamento. Esse fato não restou comprovado nos autos e, além disso, não seria elemento capaz de elidir a autuação, pois a exclusão da suposta duplicidade de cupom fiscal majoraria o valor originalmente lançado.

Quanto às notas fiscais de venda a consumidor, série D-1, acostadas à defesa, não há como acolher o argumento defensivo, pois, como o autuado estava obrigado a emitir cupom fiscal, a emissão dessas notas fiscais foi acompanhada dos respectivos cupons, os quais foram informados

na MFD, conforme foi bem explicado pela autuante na diligência requerida por esta Junta de Julgamento. Ademais, ao se confrontar essas notas fiscais com o correspondente relatório TEF, observa-se que não há operação com correspondência de valor e de data.

O autuado impugna as operações nos valores de R\$ 161.138,90 e R\$ 35.632,35, lançadas no dia 30/04/14, e de R\$ 40.539,62, escriturada no dia 01/09/14. Como prova de sua alegação, apresentou os demonstrativos de fls. 194/196 e 198/201. Instada a se pronunciar sobre essa alegação defensiva, a autuante manteve a exigência fiscal sob o argumento de que esses referidos valores constaram nos relatórios TEFs informados pelas administradoras de cartão.

Examinando as peças processuais, constata-se que esses valores citados na defesa (R\$161.138,90, R\$ 35.632,35 e R\$ 40.539,62) efetivamente constaram nos relatórios TEFs e nos demonstrativos elaborados pela autuante (“Tef_Dem_Z”, gravado no CD-ROM de fl. 15), sendo, portanto, considerados como valores referentes a operações tributáveis omitidas pelo autuado.

É importante ressaltar que cada um desses valores, da forma como constam nos relatórios TEFs e nos demonstrativos da autuante, é referente a uma operação. Comparando as importâncias cobradas em cada operação durante os exercícios de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014, os valores citados na defesa saltam aos olhos e não se mostram razoáveis.

Considerando que o autuado apresentou os seus extratos de cartão de crédito (fls. 195/196 e 199/201) comprovando seu argumento e considerando que a autuante não conseguiu desclassificar esses elementos probantes trazidos na defesa; concluo que os valores impugnados não refletiam efetivas operações e, portanto, devem ser excluídos da autuação. Assim, seguindo a metodologia e os dados utilizados pela autuante no demonstrativo “Tef_Dem_C_CC”, gravado no CD-ROM de fl. 15, excluo dos montantes das divergências apuradas pelo autuante os valores de R\$196.771,25 (R\$ 161.138,90 + R\$ 35.632,35) e R\$ 40.539,62, nos meses de abril e setembro de 2014, respectivamente. Desse modo, os débitos referentes aos meses de abril e setembro de 2014 passam para, respectivamente, R\$ 392,72 e R\$ 1.093,65, conforme demonstrado a seguir:

Mês/Ano	Divergência TEF x DF	Exclusões	Divergência TEF x DF Retificada	Proporc. Índice	Omissão Receitas Base Cálculo	ICMS Alíquota	ICMS a Pagar
Abr./2014	211.488,65	196.771,25	14.717,40	66,71%	9.817,98	4%	392,72
Set./2014	82.429,15	40.539,62	41.889,53	65,27%	27.341,30	4%	1.093,65

O autuado alega que em alguns meses os valores das vendas constantes nas reduções z são superiores aos informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões, porém esse fato não fragiliza e nem elide a autuação, mas evidenciam que operações pagas a dinheiro foram registradas nos ECFs como se fossem pagas com cartão.

Relativamente ao Acórdão JJF nº 0040-06/14, do qual participei na condição de presidente da 6ª Junta de Julgamento Fiscal, ressalto que não mais comungo com o entendimento externado naquela decisão, pois a metodologia empregada permite que se determine a infração, o montante devido e o exercício do direito de defesa.

Assim, a Infração 03 subsiste em parte no valor de R\$ 92.258,24, retificando-se os valores devidos nos meses de abr/14 e set/14, os quais passam para, respectivamente, R\$392,72 e R\$1.093,65.

As Infrações 04 e 05 tratam, respectivamente, da falta de recolhimento e de recolhimento a menos de ICMS devido por antecipação parcial. Em sua defesa, o autuado alega que a maioria dos valores cobrados decorre da aquisição de mercadorias sob o regime de substituição tributária, conforme a documentação comprobatória que apresenta.

Quanto à Infração 04, a autuante no atendimento da diligência solicitada por esta Junta de Julgamento, acatou o argumento defensivo quanto às Notas Fiscais nºs 1.964, 9.091 e 2.102, tendo em vista que eram referentes a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Excluiu os débitos atinentes a essas notas, de forma que o valor devido passou para R\$968,14.

Acolho o resultado da diligência, pois não é devida a antecipação parcial em relação às aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Dessa

forma, a Infração 04 subsiste parcialmente no valor de R\$ 968,14, ficando o demonstrativo de débito conforme o apresentado à fl. 645.

No que tange à Infração 05, a autuante excluiu da autuação as operações referentes a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, passando o valor devido para R\$ 3.798,34.

Considerando que nos termos do art. 12-A, §1º, III, da Lei nº 7.014/96, a antecipação parcial não se aplica em relação às operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária com encerramento da fase de tributação, acato o resultado da diligência cumprida pela autuante e julgo a Infração 05 procedente em parte, no valor de R\$ 3.798,34, ficando o demonstrativo de débito conforme o de fls. 645V e 646.

As Infrações 06 e 07 foram reconhecidas como procedentes pelo autuado, conforme o documento de fls. 691 a 694. Dessa forma, em relação a essas infrações não há lide e, portanto, esses itens do Auto de Infração são procedentes.

Quanto à Infração 08, o autuado impugna a exigência fiscal em relação ao período de janeiro/2010 a dezembro/2011, pois nesse período apenas escriturou os seus livros por meio de processamento eletrônico de dados, razão pela qual estava dispensada de apresentar o Registro 54 do SINTEGRA. Cita a cláusula quinta, inciso I, §4ª, do Convênio ICMS 57/95.

Inicialmente, há que se ressaltar quem nos termos do §6º do art. 708-B do RICMS-BA/97, vigente no período que foi impugnado, a entrega de arquivo magnético fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95 configura não fornecimento, sujeitando o contribuinte à penalidade prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

A tese defensiva referente à obrigatoriedade da entrega do Registro 54 não elide a autuação, pois, conforme foi bem explicado na informação fiscal, o autuado realizou a entrega dos arquivos magnéticos fora do prazo regulamentar e sem o nível de detalhe exigido na legislação. Assim, essa entrega intempestiva de arquivos magnéticos fora das especificações e requisitos equivale a não entrega dos referidos arquivos, nos termos do disposto no §6º do art. 708-B, do RICMS-BA/97.

Em face ao acima exposto, a Infração 08 é subsistente.

Quanto à Infração 09, o autuado sustenta que a autuação não procede quanto ao período de janeiro a dezembro de 2013, pois o Registro 1600 foi entregue conforme os comprovantes de fls. 599 a 608, bem como diz que não estava obrigado a entregar o Registro C425. Na informação fiscal, a autuante afirma que a tese defensiva não merecia acolhimento, tendo em vista o disposto no art. 249 do RICMS-BA/12, cujo teor transcreveu. Na informação fiscal, a autuante diz que a tese defensiva não procede por força do disposto no art. 249 do RICMS-BA/12, cujo teor transcreveu.

Há que se ressaltar que o art. 249 do RICMS-BA/12 só passou a ter a redação transcrita na informação fiscal a partir de 04/02/15, com o advento do Dec. 15.921/15. No período citado na defesa (janeiro a dezembro de 2013) a redação do art. 249 do RICMS-BA/12 era a seguinte:

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, informando os registros tipo 1200, relativos aos créditos fiscais de ICMS controlados extra-apuração, e 1600, referentes ao total das operações com cartão de crédito e/ou débito.

Considerando a redação acima transcrita do art. 249 do RICMS-BA/12, considerando que os documentos de fls. 599 a 608 comprovam a entrega dos Registros 1600 relativamente ao período de janeiro a dezembro de 2013 e considerando que o autuado não estava obrigado a apresentar o Registro C425; a Infração 09 não subsiste quanto aos meses de janeiro a dezembro de 2013, conforme sustentado na defesa. Desse modo, a Infração 09 é procedente em parte, passando o valor devido de R\$ 33.120,00 para R\$ 16.560,00, em consequência da exclusão dos débitos atinentes aos meses de janeiro a dezembro de 2013.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$213.357,58, conforme a tabela apresentada abaixo, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Infração	A. Infração	Julgamento	Devido
1	14.275,38	Proc. em Parte	6.868,22
2	36.324,64	Procedente	36.324,64
3	98.567,29	Proc. em Parte	92.258,24
4	1.201,89	Proc. em Parte	968,14
5	14.212,35	Proc. em Parte	3.798,33
6	5.520,00	Procedente	5.520,00
7	1.380,00	Procedente	1.380,00
8	49.680,00	Procedente	49.680,00
9	33.120,00	Proc. Em Parte	16.560,00
TOTAL	254.281,55	--	213.357,57

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299167.0053/15-7**, lavrado contra **AMADO SERVIÇOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$140.217,57**, acrescido das multas de 60% sobre R\$47.959,34, 70% sobre R\$864,90 e de 100% sobre R\$91.393,34, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$73.140,00**, previstas nos incisos XIII-A, alíneas “e”, item 1.3, “j” e “l”, XV, “h”, do mesmo diploma legal citado, alterada pelas Leis nºs 8.534/02 e 10.847/07, e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores já pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de maio de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR