

A. I. Nº - 298618.0018/16-2
AUTUADO - TOKAI GOURMET ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - PLÍNIO SANTOS SEIXAS
ORIGEM - INFAP VAREJO
PUBLICAÇÃO - 02.03.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0017-02/18

EMENTA: ICMS. 1. OMISSÃO DE SAÍDAS APURADAS POR MEIO DE LEVANTAMENTO DE VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO OU DE DÉBITO. DECLARAÇÃO EM VALOR INFERIOR ÀS OPERAÇÕES REALIZADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. A declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. Mediante diligência realizada pelo próprio autuante, foi refeita a apuração do imposto, o que reduziu o valor devido. Infração parcialmente caracterizada. 2. MULTA PERCENTUAL APLICADA SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO ANTECIPADO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. Comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, e restando caracterizada a infração, é devida a aplicação da multa equivalente a 60% do imposto não antecipado, prevista no artigo 42, inciso II, da alínea "d", da Lei nº 7.014/96. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/09/16, exige ICMS no valor de R\$43.904,49, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 1 - 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 janeiro a abril de 2016. Foi lançado imposto no valor de R\$ 43.753,56, mais multa de 100%.

Infração 2 - 07.15.03: *“Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente”*. Fato ocorrido nos meses de janeiro, fevereiro e abril de 2016. Foi indicada multa, no valor de R\$ 150,93, equivalente a 60% do valor do imposto não recolhido tempestivamente.

O autuado apresenta a defesa (fls. 18 a 27) e, inicialmente, explica que é uma empresa do ramo de comércio de alimentos e bebidas em geral, restaurante e bar, reconhecida no mercado pela lisura

de seu comportamento, de forma que não sonega qualquer valor devido ao erário, em qualquer das esferas federativas.

Ao impugnar a Infração 01, diz que não deve qualquer valor a título de ICMS, pois a autuação decorre de diversas falhas existentes nos demonstrativos elaborados pelo autuante, que desconsiderou valores de vendas declaradas pelo defendente, gerando, assim, uma presunção de omissões de saídas incompatíveis com a realidade dos fatos.

Afirma que as falhas existentes na autuação conduzem à nulidade do lançamento, visto que não há nos autos elementos necessários para se determinar, com segurança, a infração, nos termos do art. 18, IV, “a”, do Dec. nº 7.629/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia - RPAF/99).

Após descrever a acusação e o enquadramento legal da infração em tela, repisa que a exigência fiscal não procede, já que as vendas pagas mediante cartão foram devidamente registradas e declaradas ao Fisco por meio dos correlatos cupons fiscais.

Sustenta que houve uma inovação no procedimento da Fiscalização, pois, ao invés de confrontar os registros das vendas com cartão declaradas (redução “z”) com os valores informados pelas administradoras de cartão (relatório TEF), o autuante efetuou um cruzamento das vendas TEF com a memória da fita detalhe (MDF), operação a operação. Diz que esse procedimento, além de inadequado, revelou-se falho em vários aspectos. Pontua que o roteiro de auditoria deveria ter sido realizado mediante o cotejo entre os valores informados pelas administradoras de cartão e os valores declarados pelos contribuintes nas reduções “z”, conforme se extrai do disposto no art. 4º, §4º, VI, da Lei nº 7.014/96.

Diz que a utilização de um roteiro de auditoria diverso do previsto gerou a autuação e, por via de consequência, uma inversão injusta e desproporcional do ônus da prova, baseada em uma presunção equivocada de omissão de saídas de mercadorias incompatível com a sua conduta, onde lhe foi imputada a obrigação de corrigir milhares de falhas e distorções provocadas pela própria Fiscalização, afrontando os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Discorre sobre os princípios da segurança jurídica e da ampla defesa e, em seguida, suscita a nulidade da Infração 01 sob o argumento de que na ação fiscal não foram observados esses referidos princípios, na medida em que o *impugnante teve contra si lavrada uma Infração amparada por demonstrativo contaminado, desde a sua origem, por falhas gritantes, privando-lhe, por consequência, de exercer o seu pleno direito de defesa, em flagrante ofensa ao citado art. 5º, LV, da Constituição Federal*. Afirma que o roteiro de auditoria utilizado pelo autuante é insuficiente para demonstrar a prática de qualquer irregularidade por parte do impugnante, pois está contaminado por vícios insanáveis de validade que lhe macula de nulidade absoluta. Cita e transcreve o disposto no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99. Faz alusão o Acórdão JJF nº 0040-06/14, da 6ª JJF, cuja ementa reproduziu. Diz que ao presente lançamento deve ser dado o mesmo tratamento dado nesse citado acórdão. Requer que a Infração 01 seja julgada nula por conter vícios insanáveis de validade que lhe contamina desde a origem.

Adentrando ao mérito da Infração 01, destaca que tem convicção de que não omitiu qualquer valor devido ao Fisco Estadual a título de ICMS. Diz que, após debruçar sobre milhares de operações listadas na planilha elaborada pelo autuante, constatou a presença de diversas falhas que ratificam as suas alegações acerca do equívoco incorrido pelo roteiro de auditoria adotado.

Ressalta que as mínimas divergências existentes entre as informações constantes das autorizações (TEF) e dos cupons fiscais (MFD) fizeram com que o sistema eletrônico adotado pela Fiscalização desconsiderasse o valor da venda realizada com cartões. Menciona que se os valores apurados pelo autuante não coincidissem com os informados pelas administradoras de cartão, as informações eram descartadas pelo auditor fiscal, gerando uma presunção de omissão de saída de mercadoria absolutamente incompatível com a conduta do defendente.

Afirma que, após exame dos demonstrativos da Fiscalização, constatou que o crédito tributário exigido na Infração 01 decorre de diversos equívocos, como os elencados a seguir.

- O levantamento realizado pela Fiscalização não reconhece pequenas diferenças entre o valor constante do cupom fiscal e o informado pela administradora de cartão. Como exemplo, cita uma situação em que o valor da operação foi R\$ 59,70 e, no entanto, o cliente pagou R\$ 60,00.
- No levantamento também não foi considerada a operação quando o pagamento da venda respectiva se deu por meio de operadoras de cartões diferentes.
- Não foi computada a integralidade dos valores dos cartões quando a conta de uma mesma mesa é dividida entre duas ou mais pessoas, de forma que o levantamento não atrela pagamentos diferentes para um mesmo cupom.
- Da mesma forma, o levantamento também não reconhece cupons diferentes para um único pagamento.
- O levantamento também não considera os valores dos cartões quando o cupom é emitido em um dia e o pagamento ocorre no outro. Aduz que essa situação ocorre quando um cupom é emitido, por exemplo, às 23h55m de um dia e o pagamento é efetuado à 00h05m do dia seguinte.
- Há repetições de cupons fiscais, dificultando a conferência por parte do defendente.
- Não foram computadas vendas realizadas por meio de nota fiscal série D-1, mesmo que devidamente registrada na sua escrita fiscal e regulamente submetidas à tributação.

Prosseguindo, ressalta que também identificou que diversos dos cupons fiscais listados demonstrativos do autuante como sendo referentes a determinadas vendas com cartão, na verdade, se referiam a vendas com cartões diferentes daqueles identificados.

Reitera que efetuou um cruzamento do relatório da fita detalhe (MFD) com o relatório TEF, quando, na realidade, deveria fazer uma análise dos valores totais das operações, confrontando-as com as reduções “z”, ou, ao menos, corrigir todas as distorções existentes, em especial as exemplificadas acima. Aduz que o procedimento adotado pelo auditor fiscal o obrigou a contratar uma equipe de auditoria e advogados que se debruçaram ao longo de dias sobre o lançamento, tudo em uma inversão injusta e desproporcional do ônus da prova.

Afirma que elaborou uma planilha (doc. 02) acompanhada dos respectivos relatórios da fita detalhe (MFD), com a especificação das vendas diárias, operação por operação, de todos os meses objeto do lançamento, demonstrando que os valores das vendas realizadas a cartão, informadas pelas administradoras de cartão, encontram-se respaldadas em cupons fiscais, não havendo, portanto, a divergência alegada pela Fiscalização.

Diz que a Infração 01 é improcedente, pois todas as operações relacionadas no levantamento foram declaradas e submetidas à tributação pelo ICMS. Pede que, caso haja alguma dúvida sobre as alegações defensivas, o processo seja convertido em diligência.

Pede que a Infração 01 seja julgada nula ou improcedente.

Quanto à Infração 02, admite que possa ter ocorrido alguma falha em sua escrituração fiscal e, por essa razão, ainda está analisando a procedência dessa infração e só a impugnará se identificar elementos probatórios capazes de rechaçar esse item do lançamento.

O autuante presta a informação fiscal (fl. 45) e, referindo-se à Infração 01, explica que o “*sistema Prodifé faz o batimento operação a operação, checando as emissões dos cupons fiscais com os valores informados pelas Administradoras de cartão.*” Pontua que o contribuinte deve elaborar planilhas separadas, correlacionando os valores informados pela administradora de cartão e o cupom correspondente, de forma que o preposto fiscal possa analisar e acatar o argumento defensivo. Aduz que não pode considerar os pagamentos com cartão sem a devida emissão do cupom fiscal na data do pagamento. Diz que pode analisar as ocorrências atinentes a um cupom fiscal e mais de um cartão, desde que haja coincidência de data e de soma.

Menciona que a Infração 02 não foi contestada e, portanto, deve ser mantida.

Após apreciação em pauta suplementar, fl. 48, o processo foi convertido em diligência à INFAZ VAREJO, para que o autuante atendesse as solicitações descritas a seguir.

1- Considerando que o CD de fl. 41, na planilha denominada “USO CARTÃO”, constam números de cupons fiscais que, segundo a defesa, coincidem em data e valor com as operações informadas pelas administradoras de cartão; pede-se que o autuante se pronuncie, com a devida fundamentação, sobre o argumento constante nos itens “41”, “42” e “43” da defesa (fls. 26 e 27) e no citado CD de fl.41.

2- Caso o argumento defensivo proceda, pede-se que seja refeita a apuração do valor do imposto devido na infração em comento, com a elaboração de um novo demonstrativo de débito.

A diligência foi atendida, conforme informação à fl.54 e demonstrativos às fls. 55 e 56.

No cumprimento da diligência, o autuante afirmou que, analisando o Doc. 02 da defesa, verificou que o mesmo contém colunas com as correspondências entre os cupons emitidos e as operações informadas pelas administradoras de cartão. Diz que nesse levantamento do contribuinte existem diversas operações informadas pelas administradoras de cartão que não existem cupons correspondentes configurando omissão de saídas. Pontua que baseado nesse levantamento do contribuinte elaborou a planilha anexa, na qual relaciona todas as operações para as quais não existem cupons correspondentes às operações informadas pelas administradoras de cartão. Afirma que, a partir desta planilha, elaborou o “Demonstrativo de Falta de Pagamento de ICMS” (fl. 55), utilizando a alíquota de 4%, tendo em vista que o contribuinte é um restaurante. Menciona que todos os valores considerados na diligência foram extraídos do próprio Doc. 02 enviado pelo defendente. Ressalta que no citado Doc. 02, ao contrário do afirmado na defesa, não há comprovantes de todas as operações.

O autuado foi notificado acerca do resultado da diligência, fls. 58 e 59, porém não se pronunciou.

VOTO

Em sua defesa, o autuado arguiu a nulidade da Infração 01, 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 01 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, como o foi no caso em tela, conforme veremos na apreciação do mérito da lide.

Adentrando ao mérito, observa-se que na primeira infração 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 defendente questiona a metodologia empregada na apuração do imposto, pois em vez de o 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 pelo 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, já que as operações são comparadas uma a uma, permitindo, assim, 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; houve repetição de cupons fiscais; não foram consideradas vendas realizadas por meio de nota fiscal série D-1.

Essas alegações defensivas podem ocorrer na realização de uma auditoria em estabelecimento comercial do ramo de atividade do autuado, porém a esse contribuinte cabe o ônus de comprovar esses fatos e, assim, elidir total ou parcialmente a presunção que embasou a autuação. No caso em tela, o defendente apresentou demonstrativos apontando os equívocos que entendia presentes no levantamento efetuado pelo autuante. Dessa forma, o processo foi convertido em diligência à INFAZ VAREJO, para que o autuante verificasse a veracidade dos argumentos defensivos e, sendo o caso, refizesse a apuração do valor devido na infração em tela, elaborando novos demonstrativos. A diligência foi atendida, tendo sido refeita a apuração do imposto devido, o qual passou de R\$ 43.753,56 para R\$ 528,76, conforme novos demonstrativos anexados às fls. 55 e 56. Regularmente notificado acerca do resultado da diligência, o autuado, não se pronunciou.

Considerando que se trata de questão de prova e que o próprio autuante acolheu o argumento defensivo e refez a apuração do imposto devido, acato o resultado da diligência efetuada, o qual não foi contestado pelo autuado.

Não há como se aplicar ao acaso em análise o entendimento contido em decisões proferidas pela primeira instância deste CONSEF, citadas na defesa e na sustentação oral, pois a metodologia que foi empregada pelo autuante no presente lançamento tributário de ofício é válida e permite que se determine, com segurança, a infração e o montante devido.

Desse modo, a Infração 01 é subsistente em parte no valor de R\$ 528,76, conforme foi apurado pelo próprio auditor fiscal autuante no atendimento de diligência saneadora que foi determinada por esta Junta de Julgamento Fiscal.

Quanto à Infração 02, o autuado se limitou a afirmar que estava analisando a procedência dessa infração e só a impugnaria se obtivesse elementos capazes de rechaçar esse item do lançamento. Considerando que até o momento essa infração não foi contestada, a acusação imputada ao autuado resta caracterizada nos termos do art. 140 do RPAF/99 e, portanto, é devida a aplicação da multa equivalente a 60% do imposto que não foi antecipado, prevista no artigo 42, inciso II, da alínea "d", da Lei nº 7.014/96.

Pelo acima exposto, voto pela Procedência Parcial do Auto de Infração, no valor de R\$ 679,72, sendo a Infração 01 procedente em parte, no valor de R\$ 528,76, e a Infração 02 procedente.

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 **298618.0018/16-2**, lavrado contra **TOKAI GOURMET ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$528,76**, acrescido da multa de 100%, previstas no art. 42, III, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$150,93**, prevista no art. 42, II, "d", do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/2005.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de fevereiro de 2018.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR