

**A. I. Nº** - 298618.0012/16-4  
**AUTUADO** - W & W ALIMENTOS LTDA.  
**AUTUANTE** - PLINIO SANTOS SEIXAS  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 23/11/2018

### **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0165-01/18**

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MULTA SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO NA ENTRADA DAS MERCADORIAS, MAS CUJAS SAÍDAS POSTERIORES FORAM TRIBUTADAS NORMALMENTE. O autuado não impugnou as infrações 1 e 2, que restaram caracterizadas. 2. NULIDADE. 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. Neste caso, impõe-se a nulidade do lançamento, haja vista que não há como este órgão julgador apreciar o mérito da autuação, em face da patente iliquidez e incerteza do valor do imposto porventura exigido, restando a acusação sem elementos suficientes para se determinar, com segurança, a conduta infracional imputada ao autuado. Rejeitada a nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

### **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, foi lavrado em 27/09/2016, para constituir crédito tributário no valor de R\$197.868,58, em razão da apuração das irregularidades a seguir descritas:

INFRAÇÃO 1 - Multa percentual sobre o imposto que deveria ser 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. Período: fevereiro e julho de 2015. Valor R\$ 372,60. Multa 60%;

INFRAÇÃO 2 - Multa percentual sobre o imposto que deixou de ser 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. Período: maio e junho de 2015. Valor R\$ 244,20. Multa 60%;

INFRAÇÃO 3 - Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Período: janeiro a dezembro de 2015. Valor R\$ 197.251,78.

O autuado apresenta impugnação às fls. 51 a 61; Procuração de seu advogado, fl. 62; preliminarmente, argumenta a tempestividade das razões, descreve os fatos tributários e diz que para fins didático, o item 3 do Auto de Infração deve ser objeto de diligência fiscal. Por isso, antes a impugnar, e em seguida, e em conjunto as exigências consubstanciadas nos itens 1 e 2.

Argumenta que da análise dos demonstrativos elaborados pelo Agente Autuante, se verifica que

este realizou o levantamento das vendas através dos relatórios emitidos pelas empresas operadoras de cartões de crédito/débito nos exercícios de 2015 (AI 298618.0012/16-4), além do exercício de 2016 (AI 298618.0017/16-6). A partir de tais demonstrativos o preposto fiscal procedeu ao cotejo dos valores ali informados com aqueles constantes dos cupons fiscais que continham o registro dos pagamentos através de cartão de crédito/débito.

Explica que para as operações em que o agente autuante não identificou documento fiscal com informação de venda em cartão de crédito/débito emitido no mesmo dia da operação, em valor correspondente exatamente à mesma, procedeu à exigência do imposto estadual devido, com base na presunção legal de omissão de saídas.

Admite que houve zelo fiscal do preposto fazendário, mas, enfrentou dificuldades para muni-lo de todos os documentos e informações necessárias ao completo esclarecimento dos fatos, que, certamente, poderiam elidir o presente lançamento.

Diz que identificou as situações fáticas que acarretaram a exigência e na medida em que lhe é oportunizada a realização da sua ampla defesa; para evidenciar a sua realidade comercial, situação fática, imprescindível à correta compreensão do seu negócio, em especial, no que concerne a concretização das vendas e forma como os respectivos pagamentos são efetivados.

Aduz que atua no ramo de venda de alimentos, cujo estabelecimento autuado funciona no Shopping Barra e vende refeições por peso. O fato é que, atualmente, quase que a totalidade das operações é realizada por meio de Cartão de Crédito/Débito, sendo os pagamentos em outras modalidades cada vez mais raros.

Totaliza suas operações por meio de ECF e TEF, razão pela qual, na prática, é absolutamente impossível que sonegue qualquer valor de imposto a ser recolhido, especialmente quando se trata de operações com cartões.

Explica que, por vezes, o pagamento do preço da refeição se dá parte em espécie e parte em cartão. Não desconhece que para estas situações é possível discriminar no cupom fiscal a forma de pagamento fracionada. Todavia, a verdade material mostra que, no dia a dia da atividade comercial, e nas operações realizadas em Shoppings Centers em horários de grande demanda, muitas vezes tal procedimento não é observado pelos operadores dos terminais de caixa, que acabam por registrar a operação como se fosse paga em uma única modalidade.

Ressalta que também sofre fiscalização do próprio Shopping, uma vez que a este é devido uma parcela do seu faturamento conforme contrato firmado entre as partes.

Alega que provavelmente por desconhecer tais peculiaridades fáticas, a auditoria fiscal apenas conseguiu identificar as operações realizadas por meio de cartão de crédito/débito em que esta tenha sido a única forma de pagamento e tenha sido esta a forma indicada no cupom. Identificou, por amostragem, situações em que para o exato valor exigido no presente lançamento, apesar de não constar na listagem de pagamentos com cartão de crédito, foi o emitido o respectivo cupom fiscal de idêntico montante, onde consta de forma equivocada a modalidade de pagamento “outros” ao invés de constar “cartão de crédito/débito”.

Cita, como exemplo, que no dia 02/01/2015 consta do levantamento fiscal a exigência de ICMS sobre uma operação supostamente omitida pela empresa, realizada na modalidade de débito através da operadora CIELO, no valor exato de R\$33,37 (autorização 410610). Diz que no mesmo dia, localizou na planilha do autuante o Cupom Fiscal de nº 87831 que registra operação realizada no exato valor de R\$33,37 só que informada com pagamento efetuado mediante a modalidade “outros”.

Assinala a grande quantidade de informações, cerca de 50 mil operações apenas no exercício de 2015. Acrescenta que elaborou o demonstrativo (DOC 02), mediante o qual apresenta uma amostragem de suas alegações em sete dos doze meses autuados, se comprometendo indicar todas as operações que necessitam se corrigidas no transcorrer do presente PAF.

Conclui que tais evidências denotam que a suposta omissão de saídas, em verdade, decorreu de falhas de natureza material quando do lançamento da operação na ECF, eventos que, se corrigidos ainda que de ofício, ensejam a elisão da presunção legal de omissão do pagamento de imposto

estadual. Diz que a pretensão não é a comparação de pagamentos declarados pelas operadoras com outra forma de pagamento, mas sim, com a mesma forma de pagamento que, por equívoco e erro humano, foi informado com nomenclatura distinta.

Observa que se trata de operações com valores muito específicos, que quase nunca se repetem, especialmente em um mesmo dia de operação. Esclarece que isto ocorre porque, como sua venda se faz mediante o sistema “Self Service” e por peso, é muito improvável que em num mesmo dia duas operações no valor exato de R\$33,37 se repitam. Chama a atenção que o levantamento foi feito mediante a apuração diária de operações e não mensal, como tem se posicionado esse Egrégio Órgão Julgador.

Frisa da análise do levantamento fiscal é possível verificar que, em todos os meses, possui um volume considerável de operações declaradas no ECF como pagas por meio de “*outras formas de pagamento*”: no mês de janeiro/2015 foi lançado o valor de R\$18.043,19 como pagamento em “outros”, no mês de fevereiro/2015 o valor de R\$11.306,12, em março/2015 o valor de R\$ 12.368,58, e isso se repete em todos os demais meses. Fato que reforça a evidência de que ocorreu, de fato, falha na identificação da forma de pagamento quando da emissão dos cupons fiscais, argumento absolutamente razoável e compatível com a verdade material, de modo que é possível concluir, com a devida segurança, pela necessidade de realização de diligência saneadora. O que requer.

Salienta que indeferida a diligência requerida, o lançamento deverá ser julgado improcedente por ausência de certeza do cometimento da infração ou, de forma subsidiária, deverão ser deduzidas do lançamento o valor correspondente às operações declaradas como realizadas por outras formas de pagamento (outros).

Alega confisco na multa cominada, correspondente a 60% do valor do ICMS devido por antecipação parcial, relativos às operações de aquisição de mercadorias destinadas à comercialização (infrações 1 e 2) e a 100% do valor de ICMS exigido em decorrência de supostas omissões de saídas (infração 3). Afirma que não há qualquer parâmetro razoável para o seu balizamento.

Discorre sobre a severidade das sanções. Consigna que a sua aplicação, no campo tributário, tem por finalidade dissuadir o possível devedor de eventual descumprimento da obrigação a que estiver sujeito e, assim, estimular o pagamento correto e pontual dos tributos. Diz que devem ter natureza corretiva, e não podem nem devem ser utilizadas como expediente ou técnica de arrecadação, como verdadeiro tributo disfarçado. Acrescenta que caso isso seja feito, ficará claro o caráter confiscatório da multa, expressamente proibido pelo artigo 150, VI da Constituição Federal.

Menciona nesse sentido, a doutrina, a jurisprudência, concluindo, em que pese a restrição da legislação administrativa que rege a competência de julgamento do CONSEF, não pode deixar de pleitear a redução da penalidade imposta, até mesmo como forma de pré-questionar para futuras medidas judiciais que venham a ser necessárias.

Pede que sejam as intimações realizadas para o seu procurador devidamente constituído, sob pena de nulidade, nos termos do Estatuto dos Advogados (Lei Federal); deferido o pedido de diligência, de modo que a verdade material possa ser levada a efeito no presente caso; seja possibilitada a produção de todos os meios de prova cabíveis, especialmente a juntada posterior de documentos; lançamento considerado improcedente; as penalidades cominadas sejam reduzidas de modo que se tornem proporcionais às infrações cometidas.

A Informação Fiscal é prestada (fl. 67). O autuante reproduz os termos da Defesa e sugere que se dê um prazo para a apresentação em definitivo da planilha com os valores e os cupons emitidos para que possa analisar os erros cometidos e emitir um parecer.

O autuado apresenta Manifestação (fl. 72/73) sobre a informação do autuante. Alega que em função da quantidade de documentos a ser manuseados, requer um prazo de 60 dias.

Em nova Manifestação (fls. 81/83) reitera que pugnou por um prazo de 60 dias; ressalta que ao mesmo tempo recebeu dois Autos de Infração em relação ao mesmo objeto, sendo o presente Auto de Infração e o Auto de Infração nº. 2986180017/16-6. Salienta que o volume de informações

é composto de mais de 1 milhão de operações para cruzamento, levando-se em consideração as planilhas de trabalho do autuante que, por estarem bloqueadas para edição, precisam ser analisadas manualmente gerando uma carga de trabalho absurda.

Diz que o autuante solicitou ao Inspetor da INFRAZ/VAREJO a concessão de um prazo de 45 dias, prazo por si só insuficiente para a conclusão dos trabalhos. Ocorre que, ao deferir a concessão do prazo, que por regra de processo administrativo e de processo civil conta-se a partir da intimação, a autoridade fazendária concedeu um prazo de 45 dias a contar do dia seguinte à manifestação do agente fiscal, encerrando-se em 24/03/17. Faz vários questionamentos para solicitar, novamente, o prazo de 60 dias para continuidade dos trabalhos.

Em nova manifestação (fls.86/88) diz o impugnante que tem envidado esforços no sentido de demonstrar a correção dos seus procedimentos e, por conseguinte, elidir a presunção legal de omissão de receitas de que está sendo acusada. Colaciona, nesse sentido, planilhas editáveis em EXCEL contendo a correlação das operações registradas nos relatórios TEF diários com os respectivos documentos fiscais. Diz ainda que para facilitar a análise, tomou por base os próprios demonstrativos elaborados pela fiscalização, segregando as operações por mês (uma pasta de trabalho para cada período de apuração – excluindo aquelas operações para as quais não houve lançamento de ofício. Elabora um quadro resumo:

2015	Operações Autuadas	Cupons Indentificados	Cupons Ainda não Identificados	% Cumpons Identificados
Jan	145.005,59	27.796,11	117.209,48	19%
Fev	107.978,57	15.382,21	92.596,36	14%
Mar	118.812,04	12.248,34	106.563,70	10%
Abr	95.644,88	16.299,63	79.345,25	17%
Mai	113.074,69	11.431,34	101.643,35	10%
Jun	65.684,91	64.674,89	1.010,02	98%
Jul	91.801,36	9.019,29	82.782,07	10%
Ago	97.247,30	9.669,65	87.577,65	10%
Set	92.034,77	9.214,80	82.819,97	10%
Out	83.819,83	9.375,89	74.443,94	11%
Nov	102.949,36	10.484,94	92.464,42	10%
Dez	131.152,07	12.824,78	118.327,29	10%
<b>Total</b>	<b>1.245.205,37</b>	<b>208.421,87</b>	<b>1.036.783,50</b>	

Esclarece que já identificou 12% dos cupons fiscais e para o mês de junho de 2015, identificados os cupons correspondentes a 98% das operações e que os arquivos em formato TXT contendo os cupons fiscais indicados nas mencionadas planilhas estão à inteira disposição da fiscalização. Compromete-se na apresentação da totalidade das provas tão logo conclua os trabalhos.

O autuante se pronunciou (fl. 93). Esclarece que lavrou o Auto de Infração no programa PRODIFE que foi descontinuado pela SEFAZ. Diz que constatou que o programa só havia processado os cupons fiscais contidos no CD fornecido pelo contribuinte, da ECF DR0913BR, não levando em consideração a ECF DR0914BR. Explica que com isso todos os cupons desta segunda ECF foram considerados no programa como “*omissão de saída*”

Esclarece que como o programa PRODIFE já não é utilizado extraiu do CD do contribuinte mediante outro programa os dados da ECF DR0914 e obteve as planilhas WW por trimestre das duas ECF, constantes do CD anexado.

Contudo, diz que como por meio destas planilhas não é possível fazer o batimento operação por operação, então optou por fazer verificação dos valores mensais. Acrescenta que na planilha Anual WW Só TEF com somatório de janeiro a dezembro das ECF fornecidas, filtrou as formas de pagamento excluindo dinheiro e vales, e efetuou os somatórios mensais das operações. Aduz que ao comparar as informações das Administradoras de cartão na tabela *Demonstrativo após defesa* no CD, constatou que ao introduzir os cupons das duas máquinas mensalmente não localizou omissões de saída.

Diz que desse modo, não havendo forma de checagem operação por operação, o contribuinte não possui evidência de “omissões de saída”. Apresenta novos demonstrativos (fls. 95/96).

O autuado, cientificado da Informação Fiscal, se manifestou (fl.103), consignando sua concordância com as conclusões do Auditor Fiscal, requerendo a distribuição dos autos para julgamento.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, após análise e discussão, converteu o feito em diligência à INFAZ/VAREJO (fls. 109/110), a fim de que, considerando a descontinuidade do Programa PRODIFE, e da falta de processamento dos cupons fiscais do ECF DR0914BR, o Auditor Fiscal efetuasse o levantamento corretivo, com a utilização de outro Programa atualmente utilizado, na apuração da “*omissão de saída*” por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito. Foi consignado não ser razoável que os batimentos operação por operação deixem de ser feitos porque um Programa anterior foi descontinuado, devendo ser considerados no novo Programa os dados dos ECF DR0914BR.e ECF DR0914BR.

Consignou-se, ainda, que compete ao Auditor Fiscal examinar as planilhas elaboradas pelo autuado com as operações registradas no relatório TEF diário em confronto com os respectivos documentos fiscais; verificação a emissão do respectivo cupom fiscal para as operações de vendas com cartão, conforme alega o autuado.

A diligência foi cumprida por Auditor Fiscal estranho (fls. 114/115). Diz o diligenciador que o autuante se utilizou na fiscalização do programa PRODIFE, disponibilizado para todos os preposto do Fisco. Explica que não havia outro aplicativo e o SIAF, com *status* de oficial, não contemplava o roteiro de cartões.

Explica que durante a ação fiscal, o PRODIFE deixou de considerar o movimento de uma das máquinas de ECF do contribuinte, defeito apontado pelo autuado, o Auditor Fiscal reconheceu a omissão apurada como improcedente.

Consigna o diligenciador que mesmo não havendo a falha acima referida, o confronto direto, operação por operação utilizado pelo PRODIFE iria resultar em distorções, decorrentes da prática comercial do contribuinte autuado. Explica que em estabelecimentos que atuam no ramo de varejo de refeições, é normal o fracionamento do pagamento do cupom fiscal para mais de um cliente, arredondamentos de valores a título de gorjeta, recusa de pagar dez por cento, etc.

Diz, ainda, que o horário de funcionamento desses estabelecimentos, onde o expediente não coincide com o dos bancos e/ou operadoras, provoca conflitos de datas das vendas. O lançamento da venda em rubricas de modos de pagamento diversos é comum. Sugere que a apuração de omissão de saídas, baseada nos dados de vendas em cartões de débito/crédito, quando se trata desse tipo de comércio, deve ser feita baseando-se estritamente em valores totais mensais.

Observa que na planilha elaborada o autuante totalizou o faturamento mensal, filtrou os valores totais mensais pela rubrica de modo de pagamento. Esclarece que mesmo excluindo vendas em dinheiro e vale-refeição, não encontrou evidências de omissões de saída.

Alega o diligenciador que não conhece o sistema ou programa, disponível ao Auditor Fiscal da SEFAZ BA, que faça o batimento detalhado das vendas, cupom a cupom, baseado nos dados das operadoras de cartões de débito/crédito. E, ainda que houvesse, não o recomendaria seu uso para este caso específico, fundamentado no que relatou anteriormente.

Diz que a partir das informações constantes nos sistemas da SEFAZ/BA constatou que o contribuinte ofereceu à tributação (e recolheu o correspondente ICMS) valores compatíveis com as vendas em cartões. Observa que as vendas em cartões correspondem, em média, a 70% do faturamento total quando, na verdade, índice de pagamento com cartões, nesse tipo de estabelecimento é ainda maior.

Finaliza opinando pela improcedência do Auto de Infração.

O autuado, cientificado do resultado da diligência, se manifestou concordando com as conclusões do diligenciador, requeando a devolução dos autos para fins de julgamento (fl. 153).

## VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para constituir crédito tributário consubstanciado nas três infrações descritas na inicial dos autos, sendo objeto da apreciação nas linhas procedentes, tão somente o item 3.

Os itens 1 e 2 apenam o sujeito passivo com multa percentual de 60% sobre imposto que deveria ter sido pago sobre a antecipação parcial tempestivamente, e não o foi, mas, com a saída posterior tributada normalmente nos valores de R\$372,60 (infração 1) e R\$244,20 (infração 2).

Não foram impugnadas tais infrações, restando devidamente caracterizadas e excluídas da lide.

Preliminarmente, requer o sujeito passivo que a intimação desse feito seja realizada para o seu Procurador, sob pena de nulidade; assim como, requer que seja deferido o pedido para apresentar outros meios de prova, inclusive diligência fiscal.

Atualmente, vige o Sistema de Domicílio Tributário Eletrônico (DT – e), instituído pela Lei nº 13.199, de 28/11/2014, o (DT – e) que faz parte do Programa SEFAZ On-line, conjunto de iniciativas que se baseiam na nova realidade de dados digitais para promover a maior aproximação entre a SEFAZ/BA e os contribuintes. Por meio do Domicílio Tributário Eletrônico (DT–e), o Fisco baiano encaminhará avisos, intimações e notificações, e dará ciência de todos os tipos de atos administrativos aos contribuintes inscritos no cadastro do ICMS. A comunicação terá validade jurídica para todos os fins, preservando a segurança e o sigilo fiscal da informação.

Dessa forma, o não atendimento à solicitação para que as intimações relacionadas ao presente PAF sejam destinadas ao endereço do advogado do estabelecimento autuado, não caracteriza nulidade do ato, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo, encontra-se prevista no artigo 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia - Decreto nº 7.629/99 -, e em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional - CTN -, art. 127, a orientar, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo, desde que não elaborada de modo a prejudicar o trabalho do Fisco.

Quanto ao pedido de realização de diligência, cabe observar que esta Junta de Julgamento Fiscal, em atendimento à pretensão do impugnante e visando a busca da verdade material, converteu o feito em diligência à Inspetoria Fazendária de origem, cujo resultado será objeto de exame a seguir, descabendo, desse modo, a realização de qualquer outra diligência para deslinde da questão.

Passo ao exame da infração 3.

Este item da autuação apresenta o seguinte enunciado: - *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.*

A infração apontada encontra amparo nas disposições contidas no art. 4º, § 4º, VI, “a” e “b” da Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

*Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*

*[...]*

*§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:*

*[...].*

*VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:*

*a) instituições financeiras;*

*b) administradoras de cartões de crédito ou débito;*

Conforme esclarecido pelo próprio autuante quando da Informação Fiscal, o levantamento foi realizado por meio do programa PRODIFE – Processador de Documentos e Informações Fiscais Eletrônicas, que foi descontinuado pela SEFAZ.

Explicou o autuante, que constatou que o programa PRODIFE só havia processado os cupons fiscais contidos no CD fornecido pelo contribuinte, referente ao ECF DR0913BR, não levando em consideração o ECF DR0914BR. Esclareceu que com isso, todos os cupons do ECF DR0914BR foram considerados no programa como “omissão de saída”.

Esclareceu ainda, que como o programa PRODIFE já não é utilizado, extraiu do CD colacionado pelo contribuinte, mediante outro programa, os dados do ECF DR0914, obtendo as planilhas *WW por trimestre das duas ECF*, constantes do CD anexado.

Entretanto, afirmou que como por meio destas planilhas não é possível fazer o confronto ***operação por operação***, então optou por fazer verificação dos ***valores mensais***. Acrescentou que na planilha *Anual WW Só TEF com somatório de janeiro a dezembro das ECF fornecidas*, filtrou as formas de pagamento excluindo dinheiro e vales, e efetuou as somas mensais das operações. Aduziu que ao comparar as informações das Administradoras de cartão na tabela *Demonstrativo após defesa* no CD, constatou que ao introduzir os cupons das duas máquinas mensalmente não localizou omissões de saída.

Conforme relatado, o feito foi convertido em diligência à INFAZ/VAREJO, a fim de que, considerando a descontinuidade do Programa PRODIFE e a falta de processamento dos cupons fiscais do ECF DR0914BR, o Auditor Fiscal efetuasse o levantamento corretivo, na apuração da “omissão de saída”, com a utilização de outro programa atualmente utilizado por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito. Foi consignado não ser razoável que os confrontos ***operação por operação*** deixassem de ser feitos, porque um programa anterior fora descontinuado, devendo ser considerados no novo Programa, os dados dos ECF DR0914BR.e ECF DR0914BR. Consignou-se, ainda, que compete ao Auditor Fiscal examinar as planilhas elaboradas pelo autuado com as operações registradas no relatório TEF, diário em confronto com os respectivos documentos fiscais; verificando a emissão do respectivo cupom fiscal para as operações de vendas com cartão.

A diligência foi cumprida por Auditor Fiscal estranho ao feito, que manifestou o entendimento de que mesmo não havendo a falha acima referida, o confronto direto, operação por operação utilizado pelo PRODIFE, iria resultar em distorções decorrentes da prática comercial do contribuinte autuado. Explicou que em estabelecimentos que atuam no ramo de varejo de refeições, é normal o fracionamento do pagamento do cupom fiscal para mais de um cliente, arredondamentos de valores a título de gorjeta, recusa de pagar dez por cento, etc.

Observou o diligenciador que na planilha elaborada pelo autuante este totalizou o faturamento mensal, filtrou os valores totais mensais pela rubrica de modo de pagamento, e mesmo excluindo vendas em dinheiro e vale-refeição, não encontrou evidências de omissões de saída.

Conclusivamente, opinou o diligenciador pela improcedência deste item da autuação.

Certamente que não há como prosperar a autuação na forma como foi conduzida. A desconstituição do programa PRODIFE - Processador de Documentos e Informações Fiscais Eletrônicas -, originariamente utilizado no levantamento, não justifica que o levantamento revisional utilizado pelo autuante na Informação Fiscal, tenha sido feito mediante outro programa com a utilização dos dados extraídos do CD colacionado pelo contribuinte, porém, por meio de verificação dos valores mensais e não operação por operação.

A jurisprudência deste CONSEF sempre apontou no sentido de que a apuração dos valores, no caso de operações ou prestações declaradas pelo contribuinte, como sendo recebidas por meio de cartão de crédito ou débito inferiores aos informados pelas respectivas administradoras, deverá ser feita operação por operação. Ressalte-se que no caso de contribuintes que atuam no ramo de varejo de refeições, existem diversas decisões atinentes à apuração do imposto, mediante auditoria de cartão de crédito/débito, a exemplo dos Acórdãos CJF Nº 0349-11/17, CJF Nº 0186-11/14, CJF Nº 0364-12/14.

Vale observar que a redação do artigo 4º, § 4º, do inciso VII da Lei nº 7.014/96, foi alterada mediante a Lei nº 13.816, DOE de 22/12/17, com efeitos a partir de 22/12/2017, passando a ter o seguinte enunciado:

*Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*

*[...]*

*§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:*

*[...]*

*VII - valores totais diários das operações ou prestações declarados pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito inferiores aos informados pelas respectivas administradoras.*

Observe-se que somente a partir de 22/12/2017, com o advento da Lei nº 13.816, que alterou a Lei nº 7.014/96, foi que houve a determinação que na apuração fossem considerados os valores totais diários e não valores mensais, conforme procedido pelo autuante.

Diante do exposto, considerando que tanto o autuante como o Auditor Fiscal estranho ao feito que cumpriu a diligência opinaram pela improcedência da autuação, contudo, não há como este órgão julgador apreciar o mérito da autuação, em face da patente iliquidez e incerteza do valor do imposto porventura exigido, restando a acusação sem elementos suficientes para se determinar, com segurança, a conduta infracional imputada ao autuado, este item da autuação é nulo, com fulcro no art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.

Nos termos do art. 21 do RPAF/BA, recomendo à autoridade competente que analise a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

#### **VOTO DIVERGENTE**

Em relação à infração 3, discordo do voto do relator, baseado em informação dada pelo auditor fiscal estranho ao feito, responsável pela informação fiscal, decorrente de diligência requerida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, de que o confronto direto, operação por operação, iria resultar em distorções, em decorrência da prática comercial do contribuinte autuado. Desse modo, a diligência requerida não foi cumprida em decorrência de juízo de valor manifestado pelo executor do mandado.

Entendo que a diligência deve ser refeita para que se apure eventuais divergências, efetuando o levantamento corretivo, com a utilização de outro Programa atualmente utilizado, na apuração da “omissão de saída” por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298618.0012/16-4**, lavrado contra **W & W ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$616,80**, prevista no artigo 42, II, “d” da Lei nº. 7.014/96. Recomenda-se à autoridade competente, que analise a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, referente à infração 3.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, I, “a” do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de setembro de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

OLEGARIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR/VOTO DIVERGENTE