

PROCESSO - A. I. N° 299167.0051/15-4
RECORRENTE - TORTARELLI COMÉRCIO DE TORTAS LTDA. - EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4^a JJF n° 0169-04/16
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 29/07/2019

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0135-11/19

EMENTA: ICMS. 1. CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. LEVANTAMENTO DE VENDAS. VALOR REGISTRADO INFERIOR AOS INFORMADOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES. PRESUNÇÃO LEGAL DE VENDAS OMITIDAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A Recorrente apresenta todos os demonstrativos resumos dos totalizadores, de forma diária, destacando em cada dia o valor correspondente às vendas em dinheiro, em cartões de créditos, por bandeira, e outras formas de pagamento, o que não foi “tratado” pela autuante. O fiscal se declarou impossibilitado de efetuar a diligência requerida sob a alegação de não mais existir no âmbito da SEFAZ o sistema PRODIFE que permita efetuar tal trabalho, o que compromete a sustentação fática, assim como não contesta os demonstrativos apresentados, em face do que se conclui pela aceitação do quanto demonstrado. Insubsistente a Infração 02. Modificada a Decisão recorrida. 2. FALTA DE INFORMAÇÃO À SEFAZ DO PROGRAMA APlicATIVO UTILIZADO PARA ENVIO DE COMANDOS AO SOFTWARE BÁSICO DE EQUIPAMENTO DE CONTROLE FISCAL. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. A situação fática não se configura na utilização de novo sistema, sendo amparada a Recorrente em sua pretensão de elidir a infração em apreço. Insubsistente a Infração 03 devido ao tipo da infração não estar em consonância com o enquadramento legal. Modificada a Decisão recorrida. 3. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. APRESENTAÇÃO FORA DO PRAZO REGULAMENTAR. Autuado comprovou que em relação a um período a entrega ocorreu no prazo regulamentar. Infração parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. 4. ARQUIVO ELETRÔNICO DA EFD. ENTREGA SEM AS INFORMAÇÕES EXIGIDAS PELA LEGISLAÇÃO. MULTAS. Restou comprovado que em relação a um exercício a entrega atendeu ao quando previsto pela legislação. Infração parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida deste item. Afastada a preliminar de nulidade. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pela Recorrente em face da decisão proferida pela 4^a JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, determinando o

pagamento de ICMS no valor de R\$49.271,70, acrescido das penalidades legais, e, multas por descumprimento de obrigação acessória, no montante de R\$64.400,00, pelo cometimento das seguintes infrações:

Infração 02 – 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, com imposto reclamado no valor de R\$42.564,33, constatado mediante auditoria na memória da fita detalhe - MFD, das operações realizadas com uso do ECF, confrontadas com os valores constantes no relatório diário de operações TEF, informados pelas Administradoras de Cartões de Crédito/Débito, e os valores de pagamentos por meio de cartões de Crédito/Débito, consignados nos Cupons Fiscais emitidos pelo contribuinte, conforme demonstrativos C, XI, 3B, Y1 e Z anexo a este PAF. Multa de 100% prevista pelo Art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – 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, totalizando o valor de R\$12.420,00, constatado através de Auditoria na Memória de Fita Detalhe - MFD do equipamento ECF, disponibilizada pelo contribuinte conforme layout definido pelo Ato COTEPE 17/04. Tudo conforme demonstrativo de débito constante em anexo. Penalidade prevista pelo Art. 42, inciso XIII-A da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 – 16.05.25

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

Infração 06 – 16.14.04

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

Analizando o Auto de Infração e seus anexos, a defesa inicial apresentada pela autuada, fls. 61 a 71, a Informação Fiscal prestada pela autuante, fls. 166 a 167v, a 4^a JJF, através o acórdão acima referenciado, assim se manifestou:

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

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

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

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

verificar caso a caso a presunção de omissão de venda e, caso identifique equívoco no levantamento, o apontar e comprovar de forma objetiva e documentalmente, o que não foi feito.

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

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

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

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

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

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

Mantenho a infração 02.

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

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

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

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

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

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

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

Quanto ao registro C425, sustenta que a multa não pode prosperar pois os contribuintes apenas estavam obrigados a apresentar o Registro C425 no caso de existir o Registro C420 e não existir o Registro C495, citando, em seu socorro o Ato COTEPE/ICMS nº 9/2008, destacando que o Registro C495 apenas deixou de

existir a partir de janeiro de 2014, ocasião em que passou a ser obrigatório a apresentação do Registro C425, transcrevendo, ainda, informação extraída através do site da SEFAZ nos seguintes termos:

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

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

Considero os argumentos acima bastante consistentes, os quais também não foram enfrentados ou contestados objetivamente pela autuante. Portanto, ao meu entender, o autuando procedeu de acordo com informação veiculada pelo próprio site da SEFAZ, não contestada pela autuante, repito, razão pela qual, afasto as penalidades aplicadas para o período de janeiro a dezembro/2013, no valor de R\$16.560,00, remanescendo a infração 06 parcialmente subsistente no valor de R\$13.800,00.

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

Conhecedora da decisão proferida pela 4ª JJF, inconformada, e tempestivamente, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário, fls. 205 a 217, onde busca a desconstituição dos créditos reclamados e a reforma da mesma.

De início a Recorrente afirma que após criteriosa análise da autuação e “*constatado a procedência das Infrações 01 e 05 e a procedência apenas parcial das Infrações 03, 04 e 06 do lançamento de ofício, já tendo, inclusive, efetuado o pagamento dos valores dos débitos, conforme restou reconhecido e homologado pela própria decisão recorrida*

Insurge-se a Recorrente quanto à infração 02 e parte das infrações 03, 04 e 05, afirmando estar a decisão de 4ª JJF em desacordo com as normas legais e decisões no âmbito deste Conselho, destacando e transcrevendo a ementa da decisão de piso para, em seguida comentar e apresentar suas razões recursais.

Questionando a Infração 02, afirma a Recorrente que não procede o levantamento efetuado pela autuante, e mantida pela 4ª JJF, por não terem levado em consideração os demonstrativos acostados ao processo (doc 3) onde declara estarem constatadas todas as operações com a comprovação das vendas com os recebimentos através cartões de crédito e/ou débito.

Destaca ainda que em face da quantidade de operações, que corresponderiam a milhares, requereu diligência, negada na decisão de piso, o que configuraria cerceamento à ampla defesa e ao exercício do contraditório, sendo o julgamento efetuado sem as devidas apurações.

Diante disto, ao analisar a decisão de piso, referenciando ao julgamento proferido de relação à Infração 02, e o posicionamento adotado pelos julgadores, destaca a Recorrente: “*foram mais convenientes, imputando ao contribuinte o ônus de corrigir as milhares de falhas e distorções constantes dos demonstrativos elaborados pela própria Fiscalização, por meio de uma inversão injusta e desproporcional do ônus da prova, tudo com base em uma presunção de omissão “capenga”, que vai de encontro, inclusive, ao comando que se extrai do art. 4º, §4º, inciso VI, da Lei nº 7.014/96.*

Ainda de relação ao posicionamento adotado pela Junta Julgadora, em acatando os demonstrativos apresentados pela autuante, a Recorrente volta a pugnar pela nulidade da autuação, afirmando: “*Conforme restaram demonstrado em sede de impugnação administrativa, além dos vícios que maculam o lançamento de nulidade absoluta, as vendas a Cartão realizadas pela Recorrente foram devidamente registradas e se encontram comprovadas pelas Reduções Z entregues à Fiscalização, não havendo, portanto, a alegada divergência com os valores das vendas informadas pelas Instituições Financeiras e Administradoras de Cartão de Crédito e Débito*

Aduz ainda a Recorrente que a autuante inovou no procedimento de fiscalização ao não efetuar a apuração mediante o confronto entre as Reduções Z de seus equipamentos fiscais e as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito, preferindo efetuar um cruzamento através as fitas detalhe o que gerou, ao tentar apurar operação por operação, um procedimento inadequado, falho e “*humanamente indefensável, diante do número absurdo de operações, e, consequentemente, das falhas identificadas.*”

Reafirma a Recorrente, com base no art. 4º, § 4º, inciso VI da Lei nº 7.14/96, que a auditoria deveria ter sido efetuada com o cruzamento entre os valores constantes das Reduções Z (cartão de crédito/débito) e as informações prestadas pelas administradoras, e, que, ao utilizar o cruzamento das vendas TEF com MFD, a ação fiscalizatória gerou uma inadequação e, por não conter elementos que determinem segurança, infringiu o que determina o artigo 18, IV, “a”, do RPAF.

Sequenciando sua peça recursiva, a Recorrente, tece comentários sobre dois princípios que afirma básicos para a defesa do cidadão ante à ação do Estado, a segurança jurídica e a ampla defesa, destacando a sua origem constitucional, em especial o inciso LV do artigo 5º, e, que ao Estado só é devido o direito de restringir ou delimitar o patrimônio particular do contribuinte se – e somente se – apresentar “*com confiabilidade, clareza, razoabilidade e transparéncia, sua pretensão, oportunizando, por consequência, o correlato direito à ampla defesa.*”

Ainda de relação à metodologia adotada pela autuante e acatada pela 4ª JJF, afirma a Recorrente: *Transpondo tais preceitos ao caso em apreço, constata-se o descumprimento dos primados da segurança jurídica e da ampla defesa, na medida em que a Recorrente teve contra si lavrada uma Infração amparada por demonstrativo contaminado, desde a sua origem, por diversas falhas, privando-lhe, por consequência, de exercer o seu pleno direito de defesa, em flagrante ofensa ao citado art. 5º, LV, da Constituição Federal.*

Reforça a Recorrente a sua preliminar de nulidade da infração 02 com a transcrição da ementa do Acórdão JJF nº 0040-06/14, da 6ª JJF, como abaixo:

“6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0040-06/14

EMENTA: ICMS. NULIDADE. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ADOÇÃO DE ROTEIRO INADEQUADO.

Os valores constantes na Redução Z não foram utilizados para a verificação de que as vendas por meio de cartões de crédito/débito teriam ocorrido com as correspondentes emissões de cupons fiscais. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.”

Buscando demonstrar a insegurança do levantamento efetuado pela autuante, a Recorrente elenca argumentos que apresenta como passíveis de desconsiderar total o que lhe é cobrado através a infração 02, como transcrito:

Com efeito, após um exame minucioso da planilha elaborada pela Fiscalização, a Recorrente verificou que o crédito tributário cobrado pela Infração 02 decorre de diversos problemas desta mesma natureza, como, por exemplo:

i) Vendas realizadas pela Recorrente com o Cartão REDCAR CRÉDITO que não foram informadas no Relatório de Operações Diárias – TEF fornecido pelas Administradoras de Cartões à Secretaria da Fazenda do Estado, base da planilha elaborada pela Fiscalização (Competências de Janeiro/2012 e Fevereiro/2012);

ii) Cupom Fiscal cujo pagamento da venda respectiva se deu por meio de Operadoras de Cartões diferentes (Cupom 61236 – REDECAR/CIELO, por exemplo.);

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

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

outras.)

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

vi) Vendas realizadas por meio de Nota Fiscal – Série D-1 (**Dia 24/12/2012 – NF's nºs 3001 a 3244**), todas devidamente registradas na escrita fiscal e tributadas pela impugnante, conforme Livro Registro Saída anexos (doc. 02);

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

Buscando demonstrar a veracidade das suas afirmativas quanto à forma correta de se efetuar o levantamento das operações com cartões de crédito e/ou débito e os valores oferecidos à tributação por ela, a Recorrente cita os demonstrativos acostados aos autos (doc. 3), afirmando que os mesmos guardam total coincidência de valores, ao contrário do que foi apresentado pela autuante.

Mais uma vez, ante as afirmativas e provas apresentadas, pugna a Recorrente pela nulidade da infração 02, ou que assim não reconhecendo, determine-se diligência para comprovar o que afirma.

Adentrando à infração 03, que trata da não informação à Secretaria da Fazenda do programa utilizado nos ECFs da Recorrente, informa que o referido programa teve sua homologação, **Laudo de Homologação POL4332010**, em 08.06.2010, com prazo de validade de 2 anos, portanto até 08.06.2012, estando pois regular para efetuar atualizações no decorrer do período abrangido, não procedendo a autuação pela utilização da versão **6.80.3.25** do Programa Aplicativo Fiscal, de onde se depreende que no período de 12/08/2011 e 12/12/2011, essa Versão estava válida para uso.

Aduz ainda a Recorrente:

*“Da mesma forma, o **Laudo de Homologação INA0022012 (doc. 05 da impugnação)** atesta que a Versão 6.90 do Programa Aplicativo foi homologada em 16/01/2012, com prazo de validade por 2 (dois) anos corridos.*

E se é assim, também não procedem as multas aplicadas em relação às Versões 6.90.5.11 e 6.90.20.99 do Programa Aplicativo Fiscal, pois, do mesmo modo, no período de 21/05/2012, 23/05/2012 e 02/01/2013, tais Versões estavam válidas para uso.”

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

De relação às infrações 04 e 06, faz-se silente a Recorrente, o que equivale à aceitação do quanto decidido pela 4ª JJF.

Encerrando sua peça recursiva a Recorrente ao tratar DO PEDIDO assim se manifesta:

Diante do exposto, a recorrente espera e confia que este eg. CONSEF/BA saberá fazer justiça, reformando o acórdão recorrido em relação às Infrações 02 e 03, para julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº. 299167.0051/15-4, homologando-se os pagamentos efetuados pelo contribuinte.

Em sessão do dia 16 de março de 2017, esta Câmara de Julgamento Fiscal, por solicitação do Conselheiro Rodrigo Lauande Pimentel, encaminhou o processo em diligência à INFRAZ de origem para que a autuante tomasse as seguintes providências:

- 1) *Intime o contribuinte para que forneça, em 10 dias, todas as notas fiscais da Série D!;*
- 2) *Refaça o demonstrativo de débito totalizando e comparando, de forma diária, todas as vendas com pagamento em cartão de crédito ou de débito todos os valores fornecidos pelas instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito (Redução Z e TEF Diário), considerando também todas as Notas Fiscais da Série D-1, juntadas ao processo e as seguintes observações:*

a. Sejam inseridas as vendas realizadas pela Recorrente com o Cartão REDCAR CRÉDITO que não foram informadas no Relatório de Operações Diárias – TEF fornecido pelas Administradoras de Cartões de Crédito à Secretaria da Fazenda do Estado, base da planilha elaborada pela Fiscalização nas competências de Janeiro de 2012 e Fevereiro de 2012;

b. Forneça os números originais das autorizações da REDCAR, no padrão de 06 dígitos;

c. Inclua uma coluna no demonstrativo original com os valores de todos os cupons considerados na autuação, mesmo que em valores superiores às autorizações das administradoras, para que a Recorrente possa identificar as transações e eventuais diferenças;

Concluídas estas providências, que a Repartição Fiscal intime o contribuinte para tomar ciência do resultado da diligência ora solicitada, entregando-se nesta ato, contra recibo, todos os documentos produzidos pelo Sr. Fiscal autuante e a presente solicitação desta Colegiado, reaprendo-lhe prazo de **30 (trinta)** dias para que, querendo, se manifeste.

Após todas essas providências, encaminhar os autos à PGE/PROFIS, para tomar conhecimento do resultado do pedido ora feito e elaborar Parecer Final Conclusivo.

Recebendo a incumbência que lhe foi dirigida em face do Pedido de Diligência acima, a preposta autuante em manifestação anexada a processo, fl. 234, assim se pronuncia:

Prezados Conselheiros,

Informo para os devidos fins da impossibilidade de atendimento da referida diligência, considerando a indisponibilidade da ferramenta de trabalho PRODIFE eu era utilizado para realização desse tipo de levantamento fiscal, em razão da descontinuidade no desenvolvimento e manutenção do referido sistema de auditoria eletrônica.

Sendo assim, devolvo este processo para sua análise e julgamento.

VOTO

Tratando o presente processo de Recurso Voluntário em que a Recorrente, após reconhecer e efetuar pagamento do quanto lhe foi cobrado nas infrações 01 e 05, mantendo a contestação do que lhe é imputado de relação às infrações 02, 03, 04 e 06, passo a analisar o quanto pugnado pela mesma.

Pugna a Recorrente pela nulidade da infração 02, o que não acolho, em face de todo o procedimento devido e regulamentar estar atendido na formulação da autuação, tendo a mesma conhecimento do quanto de lhe foi imputado e tendo exercido em sua plenitude todo o direito à ampla defesa e ao contraditório, sem qualquer ofensa ao que dispõem os regulamentos atinentes à lide.

Assim passo a analisar as demais infrações, objeto do Recurso Voluntário.

De relação à infração 02 – A infração dizendo respeito a divergências entre os valores da vendas apuradas no confronto efetuado pela autuante entre as fita detalhes e os demonstrativos encaminhados à SEFAZ pelas administradoras de cartões de crédito, a contestação apresentada pela Recorrente é baseada na impossibilidade de tal confronto resultar em valores reais, visto que, o mesmo deveria ser efetuado entre os valores constantes na Reduções Z dos relatórios , diários dos ECFs e os mesmos demonstrativos apresentados pelas administradoras dos cartões de crédito e/ou débito.

A atividade da Recorrente tem forma atípica de efetuar a cobrança dos seus clientes, em especial quando se trata do atendimento a grupos, quando o pagamento das contas, normalmente, é dividido (rateado) entre várias pessoas, efetuando cada um o pagamento da sua parte com um cartão próprio, como demonstrado pela mesma através exemplos acostados ao processo, o que impossibilita chegar-se a um resultado real quando efetuado da forma como praticado pela autuante, buscando confrontar as fita detalhes dos ECFs com os relatórios aludidos.

Também comprova a Recorrente a ocorrência de pagamentos de mais de um cupom fiscal em um mesmo cartão de crédito.

Como comprovação da não procedência da autuação, a Recorrente, acosta ao processo planilhas, fls. 92 a 127, (doc. 3), onde apresenta comparativo entre os valores constantes nas Reduções Z e aqueles apresentados pelas administradoras dos cartões de crédito.

Também apresenta a Recorrente, em mídia, fl. 128, todos os demonstrativos resumos dos totalizadores, de forma diária, destacando em cada dia o valor correspondente às vendas em dinheiro, em cartões de créditos, por bandeira, e outras formas de pagamento, o que não foi “tratado” pela autuante.

Não logrou a autuante o intento de “casar” os valores das despesas com os valores dos cartões de créditos, também não aceitando a argumentação apresentada e disponibilizada pela Recorrente, no que foi seguida pela 4ª JJF.

As assertivas apresentadas pela Recorrente atendem, em face da não contestação por parte do autuante, ao que determina o RPAF, como abaixo:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Diante do que foi exposto pela Recorrente, o ilustre julgador Rodrigo Lauande Pimentel apresentou e foi aprovado por esta CJF pedido de diligência para que a autuante esclarecesse pontos controversos do processo, como transcrito no relatório.

Estranhamente, a autuante declarou-se impossibilitada de efetuar a diligência requerida sob a alegação de não mais existir no âmbito da SEFAZ o sistema PRODIFE que permita efetuar tal trabalho, o que compromete o seu trabalho de sustentação fática, assim como não contesta os demonstrativos apresentados pela Recorrente, ensejando a que se conclua pela aceitação do quanto demonstrado. Desta forma, julgo Insubsistente a Infração 02.

De relação à Infração 03 – A acusação de falta de comunicação à SEFAZ do sistema gerencial utilizado pela Recorrente para suas operações de vendas mediante equipamentos ECF foi elidida em parte com a apresentação das Autorizações e Homologações apresentadas, fls. 132 a 147, muito embora a acusação esteja baseada na não comunicação de atualizações das versões anteriormente cadastradas na SEFAZ. Tem-se que a atualização não se configura na utilização de novo sistema o ampara a Recorrente em sua pretensão de elidir a infração em apreço. Desta forma, julgo Insubsistente a Infração 03 por entender que o tipo da infração não está em consonância com o enquadramento legal.

De relação à Infração 04 - Diz respeito à falta de entrega de arquivos eletrônicos, fatos apurados pela 4ª JJF que, ante a comprovação de entrega parcial dos arquivos reclamados, reconheceu a procedência parcial da referida autuação, restando o montante a recolher no valor de R\$5.060,00. Diante do que foi constatado, comungo com a decisão da 4ª JJF, julgando Parcialmente Procedente a Infração 04.

De relação à Infração 06 – Diz respeito à falta de entrega da EFD ou sua entrega sem as informações exigidas, sendo destaque os registros C425 e 1.600, tendo a Recorrente comprovado a improcedência da autuação no período dos fatos geradores do exercício de 2013, quando à mesma não se obrigava a Recorrente, comprovado através os dispositivos legais e o que esclarece a SEFAZ BAHIA em seu site. Desta forma resta a procedência da infração, no que concerne ao exercício de 2014, que resulta na imposição de multa no valor total de R\$13.800,00, o que também acato para julgar Parcialmente Procedente a Infração 06.

Por tudo o que analisei resta apurado do Auto de Infração:

INFRAÇÃO	AUTUADO	JULGADO	REFERENTE
01	6.707,37	6.707,37	ICMS
02	42.564,33	0,00	ICMS
03	12.420,00	0,00	MULTA
04	5.520,00	5.060,00	MULTA
05	33.120,00	33.120,00	MULTA

06	30.360,00	13.800,00	MULTA
Total	130.691,70	58.687,37	

Diante do que apurei e da convicção que tenho, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pela Recorrente e acato o Recurso Voluntário, julgando-o PARCIALMENTE PROCEDENTE, para determinar o recolhimento do ICMS no valor de R\$6.707,37, e multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor de R\$51.980,00, acrescidos das cominações legais, devendo serem homologados os recolhimentos já efetuados.

VOTO DIVERGENTE (Infração 3)

Divirjo da posição do nobre Relator em concluir pela insubsistência da infração 3, sob o entendimento de que o tipo da infração não está em consonância com o enquadramento legal.

Consta da acusação que o contribuinte não informou à Secretaria da Fazenda o programa aplicativo utilizado para envio de comandos ao Software Básico de equipamento de controle fiscal, aplicada a penalidade por cada equipamento, totalizando o valor de R\$12.420,00, constatado através de Auditoria na Memória de Fita Detalhe - MFD do equipamento ECF, disponibilizada pelo contribuinte conforme layout definido pelo Ato COTEPE 17/04, cuja hipótese legal aplica-se a penalidade prevista no art. 42, inciso XIII-A, “e”, da Lei nº 7.014/96.

O referido dispositivo legal, abaixo transcrito, assim, dispõe:

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

[...]

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

[...]

e) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais):

1. ao contribuinte que:

[...]

1.3. não informar à Secretaria da Fazenda o programa aplicativo utilizado para o envio de comandos ao Software Básico de equipamento de controle fiscal, aplicada a penalidade por cada equipamento;

Assim, diante de tal hipótese legal, vislumbro temerário a conclusão de que o tipo da infração não está em consonância com o enquadramento legal, sob o entendimento de que “*a atualização não se configura na utilização de novo sistema*”.

Entendo que a atualização de um software, por mínima que seja, reconfigura o sistema anterior, o qual a SEFAZ homologou o uso para o contribuinte, *oportunidade em que foi atestada a segurança “daquele sistema”*, devendo, portanto, a cada atualização do programa aplicativo utilizado pelo sujeito passivo para envio de comandos ao software de equipamento de controle fiscal ser comunicado à SEFAZ, de modo a rever a confiabilidade do sistema alterado.

Por analogia, imaginemos uma urna eleitoral, na qual o Tribunal Eleitoral tenha testado o sistema e lacrado a urna, tornando-a apta para sua missão eleitoral de escrutinar os votos. Admitir qualquer interferência posterior, a exemplo de atualização do aplicativo, do sistema ou do software anterior testado, certamente, a tornará insegura e sem fidedignidade para seu mister, pois, a intervenção, por mínima que seja, a contaminou em sua pureza a tornando maculada, duvidosa.

Ressalte-se que, conforme demonstrativo à fl. 45 dos autos, restou comprovado que se trata de penalidade para cada equipamento utilizado com programa aplicativo com “nova versão”, sem que tenha sido informado à SEFAZ. O próprio contribuinte reconhece parte da exação, conforme relatado no Acórdão JJF nº 0169-04/16 e no relatório acima, a seguir transcritos:

Relatório constante no Acórdão JJF nº 0169-04/16:

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

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

Relatório constante deste julgamento:

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

Entretanto, considerando o previsto no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, reproduzido no art. 158 do RPAF, as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto, como também que a própria legislação levou o contribuinte a dúvida quanto ao seu procedimento, aplico a redução da penalidade em 50% do seu valor, ou seja, R\$6.210,00.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299167.0051/15-4**, lavrado contra **TORTARELLI COMÉRCIO DE TORTAS LTDA. – EPP**, devendo ser intimada o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.707,37**, acrescido das multas de 60%, prevista pelo Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$51.980,00**, previstas nos incisos XIII-A, alíneas “e”, “j” e “l” do mesmo artigo e lei citados, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos com os benefícios da Lei nº 14.449/2015.

VOTO VENEcedor (Infração 3) – Conselheiros(as): José Roservaldo Evangelista Rios, Paulo Danilo Reis Lopes, Elde Santos de Oliveira e Laís de Carvalho Silva.

VOTO DIVERGENTE (Infração 3) – Conselheiros: Fernando Antonio Brito de Araújo e Rubens Bezerra Soares.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de Maio de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOSÉ ROSEnVALDO EVANGELISTA RIOS – RELATOR

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - VOTO DIVERGENTE
(Infração 3)

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS