

PROCESSO  
AUTUADA  
AUTUANTE  
ORIGEM  
PUBLICAÇÃO

- A. I. 207158.0008/16-9  
- AMADO SERVIÇOS ALIMENTÍCIOS LTDA.  
- MÔNICA MARIA COSTA FERREIRA  
- DATAMETRO INFRAZ VAREJO  
- INTERNET 10.12.2019

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0227-02/19**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. OMISSÃO DE SAÍDA APURADA POR MEIO DE LEVANTAMENTO DE CARTÃO DE CRÉDITO. 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/débito e o valor informado pelas administradoras de cartões indica que o sujeito passivo efetuou vendas sem emissão do documento fiscal correspondente. Autuante em sede de informação fiscal, acolhe os dados indicados pelo contribuinte e acostado à defesa, que refez o levantamento, reduzindo o valor lançado. Não acatadas as arguições preliminares. Prejudicado o pedido para realização de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 29 de setembro de 2016 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$38.324,26, além de multa de 100% pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **05.08.01.** Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito, no período de janeiro a dezembro de 2015.

Consta a seguinte informação da autuante: *“Conforme Decreto 13.499 de 18/11/2011, com efeito a partir de 1º de janeiro de 2012, fica extinto o regime de apuração em função da receita bruta, passando o contribuinte, cuja atividade seja bar e/ou restaurante, a apurar o imposto pelo regime normal, devendo a base de cálculo ser reduzida em 74,47% a fim de que a carga tributária seja equivalente a 4 %. Visando simplificar os cálculos, aplicamos conforme pode ser visto no DEMONSTRATIVO C, a carga tributária de 4%. Em seguida esse débito é lançado no SEAI - Sistema de Auto de Infração que automaticamente calcula a base de cálculo reduzida e a aplicação devida da alíquota de 17%”*. (Mantida a grafia original).

Tempestivamente, a autuada, por seus advogados, apresentou impugnação ao lançamento, constante às fls. 19 a 29, onde, inicialmente, salienta ser uma empresa de comércio de alimentos e bebidas em geral, restaurante e bar, reconhecida no mercado por seus rigorosos compromissos sociais, éticos e ambientais, que refletem, de modo peculiar, na lisura do seu comportamento, especialmente perante o Fisco.

Intrinsecamente ligada aos citados princípios, afirma estar a premissa estipulada de não sonegar, em hipótese alguma, qualquer valor devido ao erário, representado por qualquer das esferas federativas. Tal fato pode ser constatado na sua perfeita escrituração fiscal e contábil e, principalmente, nos tempestivos e escorreitos pagamentos dos tributos devidos, complementa.

Firma absoluta convicção de que não houve qualquer valor omitido ao Fisco Estadual a título de ICMS, e neste sentido, demonstrará, por meio de robustos argumentos fáticos e jurídicos, bem como por ampla documentação probatória, que a acusação de existência de suposta omissão de

saída de mercadorias decorre, em verdade, de diversas falhas (milhares) identificadas nos demonstrativos elaborados pela Fiscalização, que, ao realizar um cruzamento superficial e automático - operação por operação - dos valores informados pelas Administradoras de Cartões (TEF) com a Memória da Fita Detalhe – MFD do seu Emissor de Cupom Fiscal, acabou por desconsiderar equivocadamente diversos valores de vendas declaradas pela autuada, gerando uma presunção de omissão de saída de mercadoria absolutamente incompatível com a sua conduta.

Argumenta que, não bastasse o aumento constante da carga tributária no país, atrelado aos elevados custos de conformidade com o sistema de tributação, necessários para o cumprimento de uma enormidade de obrigações de caráter instrumental, ainda se viu obrigada a contratar uma equipe externa de auditoria, especializada em sistemas de escrituração fiscal digital, mais equipe de advogados, que se debruçaram ao longo de dias sobre o lançamento fiscal, tudo em razão de uma inversão injusta e desproporcional do ônus da prova, baseada em uma presunção de omissão “capenga”, a partir da qual lhe foi imputada a obrigação de corrigir milhares de falhas e distorções provocadas pela própria Fiscalização.

Aduz que mesmo não sendo intencional, é consabido que falhas desta natureza conduzem à nulidade do lançamento fiscal, pois ausentes os elementos necessários para se determinar, com segurança, a infração, nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea “a” da “Lei nº 7.629/1999 (RPAF/BA)”.

Após sintetizar a infração, justifica que, ao contrário do quanto alegado pela Fiscalização, não há que se falar, no caso em apreço, em qualquer omissão de saída de mercadorias, pois restará devidamente demonstrado e comprovado, por robusta prova documental, acostada aos autos, que as vendas realizadas a cartão foram devidamente registradas e declaradas ao Fisco por meio dos correlatos cupons fiscais emitidos, não havendo, portanto, a alegada divergência com os valores das vendas informadas pelas Instituições Financeiras e Administradoras de Cartão de Crédito e Débito.

No que se refere à infração 01, verificou que houve uma inovação no procedimento adotado pela Fiscalização, na medida em que, ao invés de confrontar os registros dos valores totais das vendas com Cartão (diárias ou mensais) declarados (Redução “Z”) com os valores totais informados pelas Instituições Financeiras e Administradoras de Cartões (TEF), a Fiscalização tentou, sem êxito, fazer um complexo cruzamento das vendas TEF com a Memória da Fita Detalhe – MFD, operação por operação.

Ou seja, questiona como se pode verificar, das planilhas elaboradas pela autuante, as quais deram respaldo ao lançamento fiscal, a Fiscalização desenvolveu um roteiro de Auditoria, tentando confrontar, via sistema, cada cupom fiscal emitido, com cada Autorização de Crédito fornecida pelas Operadoras de Cartões, das milhares de operações realizadas durante o período fiscalizado.

Apesar de acreditar na boa intenção da Fiscalização, alega que o novo procedimento adotado, contudo, além de inadequado, se revelou falho em vários aspectos, pois a Auditoria de Cartões de Crédito e Débito visa verificar se as vendas por meio destes Cartões são oferecidas ou não pelo contribuinte à tributação, de modo que o contribuinte deve discriminar na Redução “Z” qual o meio de pagamento utilizado pelo cliente.

Assim, do cotejo entre os valores informados pelas Administradoras e os valores declarados pelos contribuintes nas Reduções “Z” (cartão de crédito/débito), é que, ao seu entender, a Auditoria Fiscal deveria ter sido realizada, conforme se extrai do comando do próprio artigo 4º, § 4º, inciso VI da Lei nº 7.014/96.

Aponta que, no presente caso, foi utilizado um roteiro de Auditoria diverso (cruzamento das vendas TEF com MFD), o que gerou a mencionada inadequação, e, por via de consequência, uma inversão injusta e desproporcional do ônus da prova, baseada em uma presunção equivocada de omissão de saída de mercadoria absolutamente incompatível com a conduta da impugnante, onde lhe foi imputada a obrigação de corrigir milhares de falhas e distorções provocadas pela própria

Fiscalização, em total afronta aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, corolários do princípio do devido processo legal.

Pontua vigorarem sob a égide do Estado Democrático de Direito princípios de proteção do cidadão frente ao Estado, inspirados, à evidência, na disparidade de forças existente nas relações travadas entre eles. Dentre os princípios de proteção, dois merecem especial destaque no procedimento de lançamento tributário, são eles: o princípio da segurança jurídica e o da ampla defesa.

Diz ser o princípio da segurança jurídica de capital importância ao sistema tributário, representando a origem dos diversos mandamentos constitucionais. Da sua observância, resulta a lealdade que deve nortear os atos da Administração em relação aos administrados, em todos os seus campos de atuação e, principalmente, no âmbito deste trabalho, no poder de tributar.

Fala que a garantia constitucional da ampla defesa, por sua vez, encontra-se assegurada pelo inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, garantindo aos contribuintes, quando postulando via processo administrativo, em relação à Fazenda Pública, o acesso a todos os meios de defesa, sem qualquer limitação, e por força desses primados, juridicamente consagrados pela Constituinte de 1988, o Estado apenas está autorizado a restringir ou delimitar o patrimônio particular do contribuinte se, e somente se, apresentar, com confiabilidade, clareza, razoabilidade e transparência, sua pretensão, oportunizando, por consequência, o correlato direito à ampla defesa.

Aponta que, sendo a ampla defesa um dos mais importantes mecanismos de proteção dos direitos e garantias individuais, ela só será plenamente exercitável e respeitada se forem resguardados aos contribuintes a possibilidade de refutar os fatos e as infrações imputados contra si, e assim, quando a Administração Pública descumpre os primados de proteção, por exemplo, quando impossibilita o acesso do contribuinte aos elementos necessários para exercer o seu direito defesa, o respectivo ato/processo administrativo deve ser extirpado do sistema, uma vez que representa, em si, notório desrespeito aos anseios e prescrições consagradas na Carta Magna.

Transpondo tais preceitos ao caso em apreço, constata o descumprimento dos primados da segurança jurídica e da ampla defesa, na medida em que 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 artigo 5º, LV, da Constituição Federal, e a partir dos elementos de defesa ora apresentados, não sobejam dúvidas de que o roteiro de Auditoria trilhado pela Fiscalização vai totalmente de encontro aos primados da ampla defesa e do contraditório, sendo insuficiente para demonstrar a prática de qualquer irregularidade por parte, pois contaminado por vícios insanáveis de validade que lhe maculam de nulidade absoluta.

Neste particular, o artigo 18, inciso IV, alínea “a”, da “Lei nº 7.629/1999 (RPAF/BA)”, que copia, é claro ao determinar que é nulo o lançamento fiscal que não contiver elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração, arremata.

Ressalta que o entendimento aqui apresentado não decorre de uma construção acadêmica desprovida de fundamentação jurídica, ao contrário, este Conselho de Fazenda já teve a oportunidade de julgar nulo outros Autos de Infração em que a Fiscalização não obedeceu ao roteiro regular de Auditoria, como faz exemplo o Acórdão JJF 0040-06/14 proferido pela 6ª Junta de Julgamento Fiscal, cuja ementa transcreve.

Frisa que se este Conselho Fazendário já reconheceu a nulidade de outros Autos de Infração que trataram de situação absolutamente idêntica como a vivenciada nestes autos, no que tange à adoção de roteiro inadequado de Auditoria, estes julgadores devem manter-se fieis a este entendimento, julgando nula a infração ora impugnada.

Em razão do exposto, defende que seja julgada nula a Infração 01, por conter vícios insanáveis de validade que lhe contaminam desde a origem.

Caso seja superada a nulidade arguida acima, o que cogita apenas para efeito de argumentação, passa a demonstrar a improcedência do lançamento fiscal, na medida em que tem absoluta convicção de que não houve qualquer valor omitido ao Fisco Estadual a título de ICMS.

Com efeito, ao se debruçar sobre milhares de operações constantes da planilha elaborada pela Fiscalização, tudo com o objetivo de tentar compreender a origem das supostas divergências apontadas, pôde constatar a presença de diversas falhas que ratificam as suas alegações acerca do equívoco incorrido pelo roteiro de Auditoria adotado.

Isto porque míнимas divergências existentes entre as informações constantes das Autorizações (TEF) e dos Cupons Fiscais (MFD) - diferença de centavos, por exemplo - fez com que o sistema eletrônico adotado pela Fiscalização simplesmente desconsiderasse o valor da venda realizada pela defendant.

Diz que se os valores ou qualquer outro dado (TEF X MFD) apurado pela Fiscalização não coincidissem exatamente, por qualquer motivo que fosse, as informações eram precipitadamente descartadas pela Fiscalização, gerando uma presunção de omissão de saída de mercadoria absolutamente incompatível com a sua conduta.

Conclui que, após um exame minucioso dos demonstrativos colacionados aos autos pela Fiscalização, pôde verificar que o crédito tributário cobrado pela infração 01 decorre de diversos problemas desta mesma natureza, como, por exemplo:

- 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.
- Não reconhece também a operação quando o pagamento da venda respectiva se deu por meio de Operadoras de Cartões diferentes;
- Não reconhece a integralidade dos valores dos cartões quando a conta da mesa é dividida entre duas ou mais pessoas, situação absolutamente corriqueira na rotina de qualquer restaurante. Ou seja, o levantamento não atrela pagamentos diferentes para um mesmo Cupom;

Do mesmo modo, o levantamento realizado pela Fiscalização não reconhece Cupons diferentes para um único pagamento, e 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 em diversas ocasiões ao longo do período atuado.

- Repetições de Cupons Fiscais, dificultando a conferência;

Vendas realizadas por meio de Nota Fiscal – Série D-1, mesmo que devidamente registradas na escrita fiscal e tributadas;

Assegura ter identificado também que diversos dos Cupons Fiscais encontrados pela autuante, atrelados nos seus demonstrativos como referentes à determinadas vendas com Cartões, referem-se, na verdade, a vendas com Cartões diversas daquelas identificadas.

Aduz ter a autuante realizado o cruzamento automático do relatório da Fita Detalhe – MFD com o relatório informado pelas Instituições Financeiras e Administradoras de Cartões (TEF), quando, na realidade, deveria fazer uma análise dos valores totais das operações, confrontando-as com os relatórios das Reduções “Z”, ou, ao menos, corrigir todas as distorções existentes, em especial as exemplificadas acima, *data máxima vénia*.

No entanto, ao invés disto, a autuante optou por seguir o caminho que lhe mostrou mais conveniente, porém mais extremo e oneroso para o contribuinte, da presunção de omissão de saída de mercadoria, invertendo injustamente o ônus da prova, arremata.

Salienta que, neste sentido, não bastasse o aumento constante da carga tributária no país, atrelado aos elevados custos de conformidade com o sistema de tributação, necessários para cumprir uma enormidade de obrigações de caráter instrumental, ainda se viu obrigada a contratar uma equipe externa de auditoria, especializada em sistemas de escrituração fiscal digital, mais equipe de advogados, que se debruçaram ao longo de dias sobre o lançamento fiscal, tudo em razão de uma inversão injusta e desproporcional do ônus da prova, baseada em uma presunção de omissão “capenga”, onde lhe foi imputada a obrigação de corrigir as milhares de falhas e distorções provocadas pela própria Fiscalização.

Garante ter elaborado a Planilha 1 anexa (doc. 03), acompanhada dos respectivos Relatórios da Fita Detalhe – MFD e Notas Fiscais avulsas, cujos arquivos estão copiados na Mídia Digital (DVD) que acompanha a presente defesa, com a especificação das vendas diárias, operação por operação, de todo os meses objeto do lançamento fiscal, demonstrando, individualmente, que os valores das vendas realizadas a cartão, informados pelas Administradoras de Cartão de Crédito e Débito, encontram-se devidamente respaldados pelos correspondentes Cupons Fiscais emitidos, não havendo, portanto, a divergência alegada pela Fiscalização.

Verifica que a Infração 01 não deve prosperar, pois definitivamente não houve qualquer valor sonegado ao Fisco, muito pelo contrário, todas as operações realizadas foram devidamente declaradas, com o correspondente recolhimento do ICMS devido, razão pela qual requer seja a mesma improcedente.

Caso, contudo, remanesça alguma dúvida sobre as alegações de defesa apresentadas e documentação comprobatória apresentada, pugna que o presente processo seja baixado em diligência, a fim de que seja de uma vez por todas constatado que não houve qualquer omissão de saída de mercadorias e, consequentemente, falta de recolhimento do ICMS no caso em apreço.

Diante do exposto, pleiteia a nulidade ou, sucessivamente, a improcedência da infração 01 materializada no Auto de Infração nº 207158.0008/16-9.

Informação fiscal prestada pela autuante, às fls. 42 e 43, aponta, em relação à preliminar de nulidade, ter sido o presente Auto de Infração constituído com a obediência de todas as formalidades legais, não havendo vícios de nulidade, não estando presentes, nos autos, ausência de elementos suficientes para determinar a base de cálculo conforme determina o artigo 18, IV, “a” da “Lei nº 7.629”.

Da análise das provas apresentadas pela autuada, verifica que as alegações procedem quanto às inconsistências levantadas que resultaram nos valores declarados em cupons fiscais e Notas Fiscais e que foram desconsiderados quando confrontados com as informações registradas nas reduções “Z”, considerando que o método adotado, “por operação”, orientado à época pelos gestores do Sistema PRODIFE, não se aplica no caso da atividade econômica da empresa – restaurante e bar.

Após o novo levantamento do arquivo MFD.txt e Notas Fiscais D-1, demonstrativo (fl. 44), e relatórios extraídos do MFD.txt, mídia CD (fl. 45), constatou, pelo confronto dos valores declarados nas operações de venda registradas pela autuada e as informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito e débito que o novo valor da infração passa a ser de R\$6.758,44 (seis mil, setecentos e cinquenta e oito reais e quarenta e quatro centavos).

Diante do exposto, pede que ao final, este Conselho julgue o Auto de Infração procedente em parte.

Foi elaborado novo demonstrativo.

Intimada do teor da informação fiscal e do novo demonstrativo elaborado, na pessoa de seus advogados, via Aviso de Recebimento dos Correios (fls. 55 e 56), a empresa autuada se manifesta às fls. 59 a 64, no sentido da sua concordância com as exclusões até então realizadas, muito embora ainda discorde do crédito tributário mantido, pelos motivos expostos a seguir.

Inicialmente, esclarece que, após a análise da impugnação administrativa e dos documentos comprobatórios acostados pelo contribuinte, a própria autuante reconheceu a existência de inconsistências no lançamento do ICMS, materializado pela infração 01, pugnando pelo julgamento de procedência em parte do presente Auto de Infração.

Entretanto, ao contrário do requerido pela autuante, a constatação da existência de inconsistências no procedimento fiscal deve ensejar, não a procedência parcial da autuação, mas a sua nulidade.

Diz ser de conhecimento deste Conselho que o programa PRODIFE – Processador de Documentos e Informações Fiscais Eletrônicas, utilizado pela Fiscalização, possui, na sua essência, diversas falhas, tanto que o uso do referido programa foi descontinuado, tendo as autuações baseadas em dados obtidos através do sistema sido julgadas nulas, em função da patente iliquidez e incerteza do crédito tributário lançado.

Neste sentido, traz à baila julgamentos recentes deste Conselho de Fazenda nos quais se julgaram nulas as infrações relativas à omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamentos realizados com cartões de crédito ou de débito em valor supostamente inferior aos informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões pautadas no PRODIFE, como se depreende da análise dos Acórdãos JJF 0031-04/18 e JJF 0218-01/18, cujos trechos reproduz.

Chama a atenção para o entendimento que vem sendo adotado por este Conselho, de que as autuações baseadas em levantamentos realizados pelo sistema PRODIFE são nulas, por violarem o princípio da segurança jurídica, positivado na legislação estadual pelo artigo 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA transcrito.

Neste sentido, assevera que não sobejam dúvidas de que o sistema PRODIFE é reconhecidamente falho, não podendo ser utilizado como supedâneo para lançamentos fiscais, a exemplo do caso destes autos, o que enseja o julgamento pela nulidade do Auto de Infração ora combatido, por se tratar caso idêntico ao ventilado nos acórdãos paradigmáticos.

Diante do exposto, pugna que, por medida de justiça e coerência com os seus julgados, seja aplicado no caso em apreço o entendimento já consolidado por este CONSEF, que vem reiteradamente julgando nulo lançamentos fiscais resultantes da utilização do PRODIFE, sob pena de violação ao princípio da isonomia.

Instada a se manifestar acerca da intervenção do sujeito passivo, a autuante ratifica e mantém a informação fiscal anteriormente prestada (fl. 67).

Presente na sessão de julgamento, o advogado da empresa autuada reiterou as razões defensivas já externadas, com a sustentação de seus argumentos.

## VOTO

O lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte da empresa autuada.

Sob o aspecto formal, Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente aqueles contidos no artigo 142 do CTN e 39 do RPAF/99.

Antes que qualquer consideração, entendo esclarecer que, apesar de tanto a autuada, quanto até mesmo a autuante se reportarem à “Lei nº 7.629/1999 (RPAF/BA)”, em verdade, se trata do Decreto 7.629/99, que veio a aprovar o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia.

Também entendo ressaltar que o fato de o lançamento datar de setembro de 2016 e apenas em novembro de 2017 vir a ser julgado, resultou do fato de que, em 15/07/201, foi o feito encaminhado

para a autuante prestar a devida e necessária informação fiscal, sendo que apenas em 15/07/2019 o mesmo retornou das mãos da autuante, para fins de instrução processual por este Conselho.

Observo, ainda, que a empresa autuada tomou conhecimento do mesmo, e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, tendo em vista que lhes foram entregues os demonstrativos que embasaram a fiscalização, bem como os demais documentos e elementos que possibilitassem a instalação do contencioso, conforme se depreende às fls. 14 e 15, tendo a mesma comparecido ao processo, contestando a autuação em seus termos, sem qualquer óbice ou limitação.

A respeito de tais princípios (Contraditório e da Ampla Defesa), encontram-se previstos no artigo 5º, inciso LV, Constituição Federal de 88, como aliás, bem apontado pela defesa:

*“Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.*

Se a Ampla Defesa se apresenta como direito fundamental das partes em conflito, o Princípio do Contraditório indica a atuação de uma garantia fundamental de justiça, qual seja, a audiência bilateral (das duas partes litigantes), sendo que o julgador, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; desta maneira dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o seu convencimento, no intuito de dar uma decisão equilibrada e justa, objetivo maior.

Além disso, o Princípio da Ampla Defesa assegura amplitude de argumentação, ou seja, a possibilidade de se alegar e demostrar, provar, toda a matéria em discussão, protegendo as partes de qualquer irregularidade que possa vir a causar dano aos seus direitos fundamentais.

Ao invocar a utilização de metodologia equivocada, erro passível de correção como o foi, ao curso do processo, não se pode arguir qualquer cerceamento de defesa, vez que, ainda que presente tal figura, esta foi afastada pela correção efetuada pela autuante, em sede de informação fiscal.

Da mesma maneira, a segurança jurídica, que tem a sua fundamentação no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, segundo o qual a “(...) lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, foi respeitada e atendida.

Na ótica de José Afonso da Silva (Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 133), consiste no “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída”.

No caso em apreço, não houve mudança de norma, a qual permanece a mesma, sequer mudança de entendimento do julgador, mas sim, a adoção em um primeiro momento de novel maneira de apuração da omissão relativa às operações com cartões de crédito/débito, e, num segundo momento, o reconhecimento de ser a metodologia aplicada inicialmente equivocada, com o refazimento do demonstrativo fiscal, pautado nos dados apresentados pelo sujeito passivo, quando da impugnação apresentada.

Ainda que outra postura tivesse a autuante, o órgão julgador, na sua atribuição de controle de legalidade dos atos administrativos, não permitiria qualquer prejuízo ao contribuinte, acaso presente tal figura.

Desta forma, as arguições defensivas postas como preliminares não podem ser acolhidas, motivo pelo qual rejeito as mesmas.

Quanto ao pedido de diligência, resta prejudicado, frente ao fato já mencionado anteriormente, de ter corroborado com os argumentos e dados apresentados pelo contribuinte, em sede de impugnação, os acolhendo totalmente.

Em relação ao mérito da infração, inicialmente, esclareço que a autuação se deu por presunção, de acordo com o disposto no artigo 4º, § 4º da Lei 7.014/96:

*“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:*

*I - Saldo credor de caixa;*

*II - Suprimento a caixa de origem não comprovada;*

*III - Manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;*

*IV - Entradas de mercadorias ou bens não registradas;*

*V - Pagamentos não registrados;*

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

*a) instituições financeiras;*

*b) revogada;*

*c) “shopping centers”, centro comercial ou empreendimento semelhante;*

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

Destaque-se que o artigo 35-A, da mesma Lei 7.014/96, determina que as administradoras de cartão de crédito ou de débito deverão informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto através de seus sistemas de crédito, débito ou similares:

*“Art. 35-A. As administradoras de cartão de crédito ou de débito deverão informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto através de seus sistemas de crédito, débito ou similares.*

*Parágrafo único. O regulamento disporá sobre prazo e forma de apresentação das informações”.*

Assim, as administradoras de cartão de crédito ou de débito estão obrigadas a informar ao fisco estadual, o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do ICMS, sendo que, para a apuração dos valores devidos pela empresa autuada foram utilizados tais relatórios.

Tendo em vista que o comprovante do cartão de crédito/débito emitido quando da aprovação da operação deve estar vinculado ao documento fiscal emitido pelo contribuinte, tratando-se de exigência de vinculação do documento fiscal ao meio de pagamento da operação ou prestação, sendo realizado o confronto entre o total de vendas efetuadas pelo contribuinte de acordo com os documentos fiscais emitidos e os correspondentes valores dos cartões, fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, como feito em sede de informação fiscal, em louvável esforço da defesa em convencer o julgador e prevalecer seus argumentos apresentados.

Isso significa dizer que a lei estadual presume a falta de emissão de nota fiscal quando das vendas, pelo contribuinte, de mercadorias tributáveis e, por ser presunção, admite prova em contrário, cabendo ao sujeito passivo o ônus da prova, um dos poucos casos de inversão do ônus da prova ao acusado.

Tais cartões de crédito/débito nada mais são do que modalidade de pagamento, ou seja, as declarações de vendas do contribuinte às administradoras de cartão de crédito/débito somente são desta modalidade de pagamento dentre as inúmeras existentes. Embora as informações fornecidas pelas administradoras não sejam um documento fiscal, elas são o lastro que a lei escolheu e determinou para que a fiscalização exercesse suas funções de controle das receitas públicas.

Aqueles valores fornecidos pela administradora de cartão de crédito, em seus relatórios, nada mais são do que relativos à integralidade das operações mensais que a empresa realizou em tal modalidade de pagamento. Assim, o que ora se apura são vendas decorrentes das transações

comerciais (com incidência da hipótese do ICMS) realizadas com pagamentos através de cartões de crédito/débito.

A base na qual se estriba a tese defensiva é a de que o programa utilizado pela autuante para a apuração dos valores lançados (PRODIFE), se apresenta com erros, e por essa razão foi descontinuado o seu uso pela SEFAZ, se estribando em decisões neste CONSEF quanto a nulidade dos lançamentos realizados com base nos mesmos.

Observo, mais uma vez, que não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O autuado tomou conhecimento de todos os lançamentos efetuados, conforme se pode constatar nas planilhas acostadas aos autos, inexistindo, como já dito, cerceamento ao direito de defesa, alegado pelo defendant. Para elidir a exigência fiscal, bastava que o contribuinte comprovasse que em relação aos boletos emitidos pelas vendas realizadas com cartões de débito/crédito existem os respectivos documentos fiscais, o que possibilitaria a exclusão, no levantamento fiscal, dos valores efetivamente comprovados.

Se num primeiro momento, a autuante aplicou o programa PRODIFE para a apuração dos valores eventualmente omitidos, num segundo momento, quando da informação fiscal, e em atenção às considerações defensivas, segundo as suas próprias palavras “...*alegações procedem quanto às inconsistências levantadas que resultaram nos valores declarados em cupons fiscais e Notas Fiscais e que foram desconsiderados quando confrontados com as informações registradas nas reduções 'Z', considerando que o método adotado, "por operação", orientado à época pelos gestores do Sistema PRODIFE, não se aplica no caso da atividade econômica da empresa – restaurante e bar*”.

Com isso, tendo em vista o fato de o sujeito passivo ter apresentado consistente demonstrativo no qual eliminou aquelas incorreções observadas na peça defensiva, acolheu não só as exclusões realizadas, como, de igual forma, os valores ali indicados pelo sujeito passivo, reduzindo de forma substancial os valores inicialmente lançados.

Contrariamente ao entendimento da autuada, não se trata aqui de caso de nulidade, à vista, inclusive, do fato de ter a autuante se posicionado, em sede de informação fiscal, justamente pelo acatamento da planilha apresentada pela defesa, o que não veio a causar qualquer prejuízo, quer à defesa, quer à empresa, até pelo fato de ter reduzido, reitero, os valores do lançamento, inclusive com a concordância expressa da defesa em relação às reduções ocorridas.

Daí decorre que, frente a tal concordância com os dados e elementos apresentados pela defesa, desfaz-se qualquer dúvida eventualmente presente sobre nulidade do procedimento fiscal, motivo inclusive, da assertiva da autuada no sentido de solicitar a procedência parcial do lançamento, pela correção de rumo traçada ainda na fase de discussão do mesmo.

Logo, desapareceu qualquer resquício de nulidade, cerceamento de defesa ou inobservância do devido processo legal ou de negação ao princípio da segurança jurídica, até pelo fato de que a empresa autuada não mais contestou os valores remanescentes, apenas e tão somente invocou mais uma vez a aplicação de roteiro de fiscalização tido como inadequado, sem sequer descer aos detalhes postos na defesa inicial, evidentemente pelo fato de a sua demonstração apresentada em anexo à defesa ter sido acolhida integralmente pela autuante.

Quanto ao argumento defensivo de ter este órgão julgado nulos ou improcedentes infrações da mesma natureza da aqui ora discutida, mediante utilização do programa PRODIFE, trago em contraponto, os Acórdãos JJF 0221-03/16, 0017-02/18 e 0013-02/18 os quais decidiram diferentemente do alegado pela empresa.

Assim, pelos expostos motivos, julgo o lançamento procedente em parte, em R\$ 6.758,44, nos valores apontados na planilha elaborada pela autuante, inserida à fl. 44 dos autos.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207158.0008/16-9** lavrado contra **AMADO SERVIÇOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de imposto no valor de **R\$6.758,46**, acrescido da multa de 100% prevista no artigo 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 21 de novembro de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR