

PROCESSO - A. I. Nº 298618.0012/16-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e W & W ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDOS - W & W ALIMENTOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0165-01/18
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/12/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0254-12/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MULTA SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO NA ENTRADA DAS MERCADORIAS, CUJAS SAÍDAS POSTERIORES FORAM TRIBUTADAS NORMALMENTE. O Autuado não impugnou as infrações 1 e 2, que restaram caracterizadas. 2. 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, o que efetivamente ocorreu. Infração insubsistente. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Auto de Infração *Procedente em Parte*. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário, interpostos contra a Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/09/2016, no valor de R\$197.868,58, em razão de 3 irregularidades descritas a seguir, sendo objeto de ambos os Recursos apenas a Infração 03:

Infração 01 - 07.15.03 - Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de fevereiro e julho de 2015, sendo aplicada multa no valor de R\$372,60, correspondente ao percentual de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente e é objeto do Recurso Voluntário.

Infração 02 - 07.15.05 - Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga 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, nos meses de maio e junho de 2015, sendo aplicada multa no valor de R\$244,20, correspondente ao percentual de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente e é objeto do Recurso Voluntário.

Infração 03 - 05.08.01 - Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro a dezembro de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$197.251,78, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente em parte e é objeto de ambos os Recursos de Ofício e Voluntário.

A 1ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, em decisão não unânime, mediante o Acórdão nº 0165-01/18 (fls. 162 a 169), com base nos votos a seguir transcritos:

“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 apenas 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 Inspeção 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.”

A 1ª JJF recorreu de ofício da referida decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 184 a 189), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual informou que acatou a decisão de primeira instância, no que tange às Infrações 01 e 02, tendo efetuado o recolhimento das quantias exigidas com os benefícios de redução de multa e juros veiculados pela Lei nº 14.016/18, restando, contudo, inconformado com o teor do Acórdão relativo à Infração 03, querendo que seja reconhecida a improcedência do lançamento.

Afirmou ter demonstrado em sua Defesa e posteriores manifestações que as omissões originalmente apontadas decorrem de erro de fato cometido pelo Autuante, consistente na falta de leitura da memória do emissor de cupons fiscais - ECF nº DR/0914BR, regularmente entregue à fiscalização.

Disse que os prepostos fiscais revisores, após constatarem que o trabalho original desconsiderou as informações contidas na memória do ECF nº DR/0914BR e identificarem a inoperância do programa PRODIFE, procederam ao cotejo das operações de vendas com os Relatórios TEF, emitidos pelas empresas administradoras de cartão de crédito, adotando períodos mensais e não períodos diários, conforme determinado pela norma legal em comento.

Observou que o Autuante excluiu todos os cupons correspondentes às operações de vendas pagas em dinheiro e por meio de Vale Refeição, procedimento que evidencia a adequação dos critérios adotados.

Requeru que seu Recurso Voluntário seja provido, para que seja declarada a improcedência do lançamento de ofício consubstanciado na Infração 03, e a homologação dos pagamentos relativos às Infrações 01 e 02.

Registro a presença na sessão de julgamento da advogada do Autuado, Dra. Rosany Nunes de Mello Nascimento – OAB/BA nº 23.745.

O Conselheiro Carlos Henrique Jorge Gantois se declarou impedido, sendo substituído pelo Conselheiro Cláudio Silveira.

VOTO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário, interpostos contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir imposto e multa em decorrência de três infrações, sendo objeto de ambos os Recursos apenas a Infração 03.

Constato que o Recurso de Ofício é cabível, tendo em vista que o julgamento de 1ª Instância desonerou parcialmente o presente Auto de Infração no valor histórico de R\$459.797,90, conforme extrato (fl. 171), montante superior a R\$200.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

Neste caso, não há como analisar o Recurso de Ofício sem adentrar no pedido efetuado no Recurso Voluntário, que apenas solicitou que seja decretada a improcedência da infração, em vez da nulidade, motivo pelo qual, ambos os Recursos serão avaliados em conjunto.

Inicialmente, devemos verificar a evolução da legislação, em razão da sua cronologia, especificamente o Art. 4º, §4º, VI e VII da Lei nº 7.014/96, transcrito a seguir:

“§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) revogada;*

Nota: A alínea “b” do inciso VI do §4º do Art. 4º foi revogada pela Lei nº 13.816, de 21/12/17, DOE de 22/12/17, efeitos a partir de 22/12/17.

Redação original, efeitos até 21/12/17:

- “b) administradoras de cartões de crédito ou débito;”*
- c) “shopping centers”, centro comercial ou empreendimento semelhante;*

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.

Nota: A redação atual do inciso VII do §4º do Art. 4º foi dada pela Lei nº 13.816, de 21/12/17, DOE de 22/12/17, efeitos a partir de 22/12/17.

Redação original, efeitos até 21/12/17:

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

Até 21/12/2017, a infração era prevista em ambos os incisos VI, “b” e VII do referido dispositivo, revelando uma superposição das normas presuntivas, mas sem que se determinasse qual o período de apuração que deveria ser considerado, se por operação, diário, mensal ou até anual. Somente a partir da edição da Lei nº 13.816/17, surtindo efeitos a partir de 22/12/2017, é que se determinou o período diário de apuração para a efetivação da presunção legal – o presente Auto de Infração foi lavrado em 2016, exigindo valores relativos ao exercício de 2015.

Ressalto, que a apuração em períodos superiores, a exemplo do período mensal ou anual, não é vedada, visto que mais benéfico ao Autuado, apenas não se pode mais presumir a ocorrência de operações tributadas, quando a verificação é efetuada operação por operação, principalmente por conta da constatação de ser comum a ocorrência de pagamento de refeições em mais de um cartão de crédito ou débito ou até mesclado com outras formas de pagamento.

Constato, que a autuação inicialmente baseada em verificações, operação a operação, devido a uma falha do programa utilizado para sua apuração, não coletou os dados de um dos ECFs do Autuado e, como o referido programa não pode ser utilizado, a revisão fiscal refez a apuração em período mensal.

Não vislumbro razão para nulidade em tal mudança de procedimentos, nem patente iliquidez e incerteza do valor do imposto porventura exigido, como decidiu a 1ª JF, até porque o levantamento foi refeito pelo Autuante, que não apurou diferenças a serem lançadas, fato corroborado pelo resultado da diligência efetuada por Auditor Fiscal estranho ao feito.

A princípio, caberia a nulidade da Decisão recorrida para que o órgão julgador de 1ª instância adentrasse ao mérito da infração, determinando ou não as diligências que se fizessem necessárias, como opinou o Voto Divergente do Acórdão *a quo*, mas entendo ser desnecessário este procedimento à vista dos valores apresentados na revisão efetuada.

Saliento, que tanto o Autuante, quando da sua revisão, como o Auditor Fiscal estranho ao feito, opinaram pela improcedência da infração.

Após a inclusão das operações com o segundo ECF, em nenhum mês do exercício de 2015, os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito e de débito não alcançaram nem

30% do valor das operações registradas nos ECFs, como vendas em cartões de crédito e de débito, conforme consta em demonstrativo elaborado pelo Autuante (fl. 95).

Portanto, avalio que, neste caso, a remessa para novo julgamento em 1ª Instância apenas causaria mais prejuízos ao erário estadual.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para julgar improcedente a Infração 03, mantendo o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE no valor de R\$616,80, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto, e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298618.0012/16-4**, lavrado contra **W & W ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento da multa percentual no valor de **R\$616,80**, prevista no Art. 42, II, “d” e § 1º da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de setembro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS