

A. I. Nº - 299762.0031/16-7
AUTUADO - MASSA VOLPI PIZZARIA LTDA. EPP
AUTUANTE - JONALDO FALCÃO CARDOSO GOMES
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 25/11/2020

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0175-02/20-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Na ação fiscal foram cometidos erros que tornam ilíquido e incerto o valor do crédito tributário exigido. Além do mais, houve claro cerceamento de defesa. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal, mediante determinação da autoridade competente, a salvo de equívocos e obedecidos os prazos decadenciais. Auto de Infração **NULO**. 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\$44.639,57, bem como multa no percentual 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, fato constatado nos meses de janeiro a dezembro de 2015. Informa o autuante: *“Conforme Dec. 13.499 de 18/11/2011 com efeitos a partir de 1, de janeiro de 2012, fica extinto o regime de apuração em função da receita bruta, passando os contribuintes cujas atividades sejam restaurantes apurarem pelo regime normal, devendo a base de cálculo ser reduzida para que a carga ser reduzida a 23,53% para que a carga seja equivalente a 4%. Visando simplificar os cálculos, aplicamos, conforme pode ser visto no DEMONSTRATIVO C da página 8, a carga tributária de 4%. Lançamos o DÉBITO no nosso Sistema de Emissor de Auto de Infração, automaticamente, este calcula a base de cálculo reduzida e a aplicação devida de 17%”* (mantida a redação original).

A empresa autuada, por meio de seus advogados apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 23 a 29, onde inicialmente, requer que doravante, sob pena de nulidade, todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais que a subscrevem na forma dos poderes especificados na procuração anexa.

Como preliminar, suscita nos termos do artigo 18, incisos II e IV, “a”, do RPAF, a nulidade da autuação, por insegurança na determinação da infração e consequente cerceamento do direito de defesa, uma vez que a mesma teria sido desenvolvida de forma irregular (incompleta), na medida em que as informações das administradoras de cartões foram comparadas com apenas um equipamento ECF da Autuada (nº BE0511756100000114402), quando o estabelecimento possui mais dois ECFs, regulares e autorizados pela SEFAZ.

Dessa forma, assevera ter sido prejudicada, ao lhe ser atribuída responsabilidade por fazer uma verdadeira “auditoria de cartões”, a fim de comprovar que suas vendas totais informadas ao Fisco, foram devidamente acobertadas por documentação fiscal e, por via conexa, tributadas. Além disso, mesmo em relação ao ECF investigado na ação fiscal, os dados não foram

computados de forma correta, existindo vendas totais de R\$ 493.341,87, devidamente registradas, que não foram consideradas na ação fiscal.

Assim, não tendo sido feito o cotejo das informações recebidas das administradoras com dois ECFs autorizados e, mesmo assim, em relação ao único computado, não sendo as informações utilizadas de forma completa, não vislumbra validade ao lançamento, conforme, inclusive, já decidiu o CONSEF, trazendo como paradigmas as decisões contidas nos Acórdãos JJF 0090-01/11 e JJF 0183-01/11, cujas Ementas reproduz.

Portanto, ante o prejuízo causado à defesa e à insegurança na apuração dos valores, requer a nulidade da ação fiscal e, conseqüentemente, do Auto de Infração.

No mérito, acaso seja ultrapassada a questão prejudicial posta, aduz ser verdade que o artigo 4º, §º 4º, incisos VI, “a” e VII, preveem a hipótese de presunção da ocorrência de saída de mercadorias tributadas, quando o contribuinte declara valores de vendas, recebidas com cartões de crédito ou de débito, em montante inferior aos informados pelas administradoras dos cartões.

Contudo, no caso presente, esclarece não ter declarado vendas a menor, e sim, como dito na preliminar, as declarações das administradoras é que foram tratadas de forma irregular, pois comparadas com apenas um dos ECFs em uso, e cujas operações ali registradas foram declaradas ao Fisco, e levadas à tributação, pelos meios regulamentares. E não se pode cogitar que omitiu os ECFs, eis que autorizados pela SEFAZ, com informações disponíveis e prestadas à fiscalização.

Assevera possuir, também, em regular utilização, os ECFs BE091110100011272418 e BE05127561000013003, cujas vendas registradas não foram consideradas na ação fiscal, para fins de confronto com as informações das administradoras de cartões, e, conforme demonstrativos anexos (meios físico e magnético), elaborados com base nas “Reduções Z” também anexas, tais equipamentos registraram, em 2015, vendas que totalizam, respectivamente, R\$1.072.429,82 e R\$43.974,54, somando R\$ 1.116.404,36, de vendas não computadas na auditoria fiscal. Em anexo, assevera seguirem todos as “Reduções” necessárias à comprovação das alegações ora expendidas, inclusive em relação ao ECF que foi utilizado para a apuração fiscal (vez existirem outras diferenças).

Em relação ao ECF BE0511756100000114402, investigado na fiscalização, garante que não foram computadas inúmeras operações, que totalizam vendas declaradas de R\$493.341,87, que por algum motivo não migraram para a apuração fiscal, pois, como já afirmado, todas as “Reduções” relativas às tais vendas, em conjunto com aquelas identificadas pelo autuante, encontram-se anexas, para aprofundamento da apuração. Somadas as vendas totais declaradas, apurou R\$ 211.735,18 a mais que as administradoras, o que denota a precariedade das informações passadas ao Fisco (pelas mesmas administradoras).

Frisa que feitas as deduções dos valores acima comprovados, a acusação fiscal será elidida, e visando esse desiderato, como meio de prova, baseado nos demonstrativos e documentos ora apresentados, pede uma completa revisão da apuração, por fiscal estranho ao feito. Acaso seja mais conveniente para o Fisco, o presente lançamento pode ser declarado nulo, sem prejuízo de nova e regular ação fiscal sobre os mesmos fatos.

Ante o exposto, ao tempo em que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de demonstrativos e documentos e revisão para que seja alcançada a verdade material, pugna pela nulidade do lançamento, ou, observada a regra do artigo 155, § único, do RPAF, pela sua improcedência.

Foram juntados os documentos de fls. 40 a 932.

Informação fiscal constante às fls. 937 a 943 esclarece que no CD autenticado e que acompanha o Auto de Infração à fl. 10 se encontram os arquivos referentes as três ECF que o contribuinte possui: BE051175610000114402, BE051275610000131003 e BE0911101000011272418, sendo esses arquivos acessados diretamente das informações contidas na SEFAZ encaminhadas pelas

Operadoras de Cartão de Crédito, e cópia do mesmo foi entregue ao contribuinte junto com o Auto de Infração.

Indica que na fl. 14 se encontra CD com informações fornecidas pela empresa ECF TECH COMÉRCIO & SERVIÇOS LTDA. responsável técnica pelos ECF do contribuinte - ARQUIVOS das MFD extraídas diretamente dos três ECF que o contribuinte possui: BE051175610000114402, BE051275610000131003 e BE0911101000011272418. Já nas páginas 13-A e 13-B se encontram declarações emitidas por essa empresa dos dados coletados assinados pelo Técnico Elias Lima CPF 911.009.685-04, portanto, não cabe a argumentação do contribuinte.

Aduz que as decisões do CONSEF apresentada pelo autuado não rejeitam o Roteiro Fiscal TEF, mas a forma como o esse roteiro foi realizado. No caso presente, explicita ter a omissão de saída de mercadoria tributada sido apurada por meio de levantamento operação por operação de vendas realizadas com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito: dados da MDF colhidas diretamente dos três ECF pela empresa técnica responsável versus as informações que constam na SEFAZ fornecidas pelas operadoras de cartão de crédito ou débito.

Pontua estar o Auto de Infração devidamente fundamentado em informações fidedignas dos responsáveis legais, não cabendo a argumentação do contribuinte.

Refuta a ocorrência de “*prejuízos à defesa*” nem insegurança nos valores apurados, pois as informações dos valores das vendas, operação por operação, foram obtidas dos três ECF que possui o contribuinte, e fornecidas por empresas fidedignas, reitera.

Quanto ao mérito, ante a negativa do sujeito passivo de ter efetuado vendas em cartões de crédito/débito sem a emissão de notas fiscais, repete que as informações dos valores das vendas, operação por operação, foram obtidas dos três ECF que possui o contribuinte, e fornecidas por empresas fidedignas, e que os cruzamentos foram realizados operação por operação e que podem ser observados nos demonstrativos.

Quanto a alegação de não terem sido computadas inúmeras operações, que totalizam vendas declaradas de R\$493.341,87, que por algum motivo não migraram para a apuração fiscal, esclarece que diante do fato de os cruzamentos terem sido realizados operação por operação, o que impede possível erro na repetição de dados ou na falta de levar em consideração algum, chama atenção para a Planilha “INFORMAÇÃO_FISCAL_MFD x TEF_OPERAÇÃO x OPERAÇÃO”, na qual identificou nos arquivos apresentados pelas Operadoras CIELO, REDECARD S/A e BANCO BRADESCO CARTÕES S/A, vendas realizadas sem a devida reciprocidade nas MFD dos três ECF.

Pontua que essa planilha relaciona operação por operação: no TEF, a Data da Venda, Administradoras, número de autorização e valor de pagamento; na MFD, o documento fiscal (cupom), número do cupom, identifica o ECF e o valor de pagamento.

Frisa que a presunção de omissão de saídas ocorre quando a operadora identifica a venda e não encontra o registro dessas vendas na Memória Digital Fiscal dos ECF – saídas de mercadorias sem a emissão do documento fiscal (cupom).

Garante estar acostando Demonstrativo em forma de planilha, síntese, dos cruzamentos que foram realizados operação por operação (que já constam do CD na forma de planilha Excel que acompanha o Auto).

Finaliza, registrando que não cabendo as argumentações do contribuinte, mantém o Auto de Infração na sua integridade.

Apesar de não constar qualquer cientificação ou intimação ao sujeito passivo acerca da informação fiscal prestada, este retorna aos autos (fls. 948 a 953), se manifestando no sentido de que renova o pleito de que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais da autuada na ação administrativa, o que não foi atendido no caso presente, visando não causar prejuízos à defesa.

Solicita a nulidade do ato ora praticado, visto que não se tem conhecimento do despacho que o determinou e porquanto se encontra “apócrifa”, e sem numeração, a “informação” fornecida ao seu representante da contabilidade.

Diz que acaso validado o ato ora impugnado, ratifica todo o teor da defesa apresentada, no que tange às questões prejudiciais e razões de mérito, e considerando constar na “apócrifa” manifestação a insistência de que todas as informações dos ECFs foram consideradas na apuração, cumpre ser determinada revisão integral do lançamento, por fiscal estranho ao feito, objetivando levantar a verdade material.

Reafirma que a ação fiscal foi desenvolvida de forma irregular (incompleta), na medida em que as informações das administradoras de cartões foram comparadas com apenas um equipamento ECF da Autuada (BE051175610000114402), quando o estabelecimento possui mais dois ECFs, regulares e autorizados pela SEFAZ, como consta do demonstrativo entregue ao Sr. Gilmar, dia 23/01/17, conforme cópia de CD anexa.

Invoca recente decisão, em situação igual, pelo CONSEF, na forma contida no Acórdão CJF 0217-12/16, Ementa transcrita.

Registra que como já alegado na defesa, não tendo sido feito o cotejo das informações recebidas das administradoras com dois ECFs autorizados e, mesmo assim, em relação ao único computado, não sendo as informações utilizadas de forma completa, não se pode atribuir validade ao lançamento, conforme, inclusive, já decidiu o CONSEF nos Acórdãos JJF 0090-01/11 e JJF 0183-01/11, cujas Ementas reproduz.

Portanto, ante o prejuízo causado à defesa e à insegurança na apuração dos valores, reitera a nulidade da ação fiscal e, conseqüentemente, do Auto de Infração.

Quanto ao mérito, acaso seja ultrapassada a questão prejudicial posta, a matéria de direito, abordada na defesa, igualmente fica ratificada, pois comprovadamente não declarou vendas a menor. Como dito na preliminar, as declarações das administradoras é que foram tratadas de forma irregular, pois comparadas com apenas um dos ECFs em uso, e cujas operações ali registradas foram declaradas ao Fisco, e levadas à tributação, pelos meios regulamentares. E não se pode cogitar que a Autuada foi que omitiu os ECFs, eis que autorizados pela SEFAZ, com informações disponíveis e prestadas à fiscalização.

Reafirma possuir, também, em regular utilização, os ECFs BE091110100011272418 e BE05127561000013003, cujas vendas registradas não foram consideradas na ação fiscal, para fins de confronto com as informações das administradoras de cartões. E, conforme demonstrativos anexados com a defesa (meios físico e magnético), que não foram combatidos de forma eficaz, elaborados com base nas “Reduções Z” também apresentadas, tais equipamentos registraram, em 2015, vendas que totalizam, respectivamente, R\$1.072.429,82 e R\$43.974,54, somando R\$1.116.404,36, de vendas não computadas na auditoria fiscal, repetindo ter juntado todas as “Reduções” necessárias à comprovação das alegações expendidas na defesa, inclusive em relação ao ECF que foi utilizado para a apuração fiscal.

Em relação ao ECF BE051175610000114402, investigado na fiscalização, reafirma não terem sido computadas inúmeras operações, que totalizaram vendas declaradas de R\$493.341,87, que por algum motivo não migraram para a apuração fiscal, apesar de reiterar que todas as “Reduções” relativas às tais vendas, em conjunto com aquelas identificadas pelo autuante, foram apresentadas, para aprofundamento da apuração.

Alega que somadas as vendas totais declaradas, apurou R\$211.735,18 a mais que as administradoras, o que denota a precariedade das informações passadas ao Fisco pelas mesmas.

Feitas as deduções dos valores acima comprovados, afirma que a acusação fiscal será elidida, e visando esse desiderato, como meio de prova, e baseado nos demonstrativos e documentos já apresentados, pede uma completa revisão da apuração, por fiscal estranho ao feito, ou acaso seja

mais conveniente para o Fisco, o presente lançamento pode ser declarado nulo, sem prejuízo de nova e regular ação fiscal sobre os mesmos fatos.

Ante o exposto, ao tempo em que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de demonstrativos e documentos, e revisão, por fiscal estranho ao feito, para que seja alcançada a verdade material, pugna mais uma vez pela nulidade do lançamento, ou, observada a regra do artigo 155, parágrafo único, do RPAF, pela sua improcedência.

Em nova intervenção (fls. 964 e 965), o autuante reitera a lisura do seu comportamento, e a informação tida não assinada pela defesa nada mais é do que a impressão daquela entregue juntamente com a planilha elaborada ao sujeito passivo.

No mérito, firma não ser necessária revisão do feito por estranho, pelo fato de o lançamento se encontrar devidamente fundamentado e determinado.

Registra já ter enfrentado as alegações defensivas quando da primeira informação fiscal.

O feito foi convertido em diligência em 29/09/2019 (fls. 968 e 968-v), a fim de que o autuante ou estranho ao feito devidamente designado, prestasse nova informação fiscal, nos termos do artigo 127 do RPAF/99, esclarecendo o fato de estar nos autos a afirmativa de terem sido considerados os três ECFs do contribuinte, mas somente o de número BE051175610000114402 constar nos demonstrativos fiscais elaborados, ainda que os demais possuíssem registros de emissão de cupons fiscais. Sendo o caso, elaborar novos demonstrativos em formato editável, consoante determinação do RPAF/99.

Deveria ser cientificado o sujeito passivo, após o cumprimento do quanto determinado, mediante entrega de cópia da informação fiscal prestada e novos demonstrativos acaso elaborados, com concessão de prazo sessenta dias para manifestação, querendo.

Na hipótese de haver tal manifestação, os autos deveriam retornar ao diligente para a devida ciência, devendo o mesmo prestar a necessária informação fiscal, abrangendo todos os aspectos ali abordados, nos termos do artigo 127 do RPAF/99.

Em atendimento a tal determinação, o autuante se manifesta às fls. 972 e 973. Rememora que no terceiro trimestre de 2016, participou de operação direcionada às empresas da área de alimentação (restaurantes), e para fins de consecução da fiscalização se utilizou de sistema criado por alguns colegas de nome “PRODIFE” que cruzava as informações das operações de vendas realizadas com pagamento em cartão de crédito e/ou débito, com as informações e valores fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, dados da MDF colhidas diretamente das ECF pela empresa técnica responsável *versus* informações que constavam na SEFAZ, fornecidas pelas operadoras de cartões de crédito/débito.

Afirma terem sido identificados erros nos resultados na utilização do roteiro TEF com o sistema PRODIFE, sendo comum o pagamento de “uma mesa”, onde, muitas vezes, o pagamento é realizado por mesa, considerada apenas um pedido, e não por cada refeição separadamente por cada consumidor, seja realizada por várias formas de pagamento, principalmente nas vendas “a la carte”, parte em cartão, dinheiro e/ou cheque, sendo emitido apenas um cupom, inviabilizando a identificação precisa do valor devido.

Ressalta terem sido vários dos Autos de Infração lavrados em tal operação, sido julgados improcedentes, por insegurança na determinação da infração, e no montante devido.

A despeito dos vários argumentos da defesa, do pedido de diligência, e várias decisões do CONSEF, aqueles envolvidos naquela operação verificaram que as inconsistências encontradas prejudicaram as autuações, admitindo, assim, em nome da boa justiça e do princípio do custo-benefício, concordar com o pedido de anulação do presente Auto de Infração.

Deixa claro que o defeito insanável do Auto de Infração está no roteiro em si, utilizado para realizar a fiscalização de restaurantes: no cruzamento entre o cupom fiscal e a forma de pagamento com cartão de crédito.

Sem que fossem atendidos os demais itens determinados na diligência, foi o feito remetido para “continuidade do trâmite processual”, em 22/07/2020, sendo distribuído para julgamento em 13/08/2020.

Presente na sessão de julgamento, o advogado da empresa Dr. Fernando Marques Villa Flor, OAB/BA 11.116, o qual, em sede de sustentação oral, ratificou o teor da defesa anteriormente apresentada, pedindo a decretação da nulidade ou improcedência do lançamento.

VOTO

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

A ação fiscal se iniciou em 25/07/2016, mediante ciência pessoal do “1º Termo de Intimação” (fl. 07), o qual registra, acredito que por equívoco, que o seu atendimento deveria se realizar na Infaz Jequié, ainda que o contribuinte autuado se localizasse em Salvador.

Na mesma data foi emitida intimação para “Reapresentação de Informações em Meio Magnético” (fls. 16 e 17), correspondente a arquivos incompletos nas MFD apresentadas, relativas aos equipamentos de uso fiscal (ECF) que discrimina:

ECF Bematech MP-4000 TH FI BE051175610000114402;

ECF Bematech MP-4000 TH FI BE051275610000131003;

ECF Bematech MP-4000 TH FI BE091110100011272418.

A defesa, quando de suas intervenções no feito argumentou quanto a nulidade do mesmo, explicitando as razões para tal entendimento, no que foi rechaçada num primeiro momento pelo autuante, o qual, durante boa parte da sua tramitação, pugnou pela pertinência do lançamento.

Inicialmente, há de se observar que se trata de uma das presunções elencadas no artigo 4º, parágrafo 4º da Lei 7.014/96, por se tratar de omissão de saídas apuradas através da aplicação do roteiro pertinente às vendas realizadas na modalidade cartões de débito e crédito, devidamente confrontadas com as saídas declaradas pela empresa, através de seus documentos fiscais:

“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”.

Ou seja, se trata de uma presunção, e como tal, se estabelecem os elementos motivadores, para efeitos de ocorrência de fato gerador do ICMS e sua consequente cobrança.

Sabido é, que a adoção da presunção mencionada para a verificação da caracterização da hipótese de incidência tributária, não é conduta estranha ao Direito Tributário. Para tanto, legitima-se a busca, pela Autoridade Fiscal, da existência de determinados fatos, a princípio estranhos àqueles que se buscam para deles extrair a ocorrência de outras ocorrências fáticas - estas sim as que interessam.

Não se coloca à margem do conhecimento, portanto, a verificação da efetiva ocorrência de tais fatos. Apenas a sua comprovação é que se faz de forma indireta. Legitima-se, com isso, a aplicação das presunções legais em matéria tributária.

Por óbvio que a força de uma presunção deve ser ponderada pela observância dos princípios que proporcionem a segurança jurídica do contribuinte a exemplo do da ampla defesa e o devido processo legal, o que no caso em comento, serão apreciados oportunamente.

É pacífico o entendimento de que os fatos geradores do ICMS só podem decorrer da realização de todos os aspectos previstos e tipificados na norma de incidência, uma vez que as relações jurídicas devem pautar-se pelos critérios de segurança e certeza, sendo defesos os lançamentos tributários embasados em simples suposições, em virtude dos princípios da tipicidade cerrada e da legalidade.

Ou seja: o tributo só pode incidir sobre fatos reais, quando estes se consideram relevantes juridicamente, assim, mister se faz ressaltar que para ocorrer a tributação necessária se torna a existência de prova do fato gerador, a qual deve ter o condão de demonstrar a efetiva ocorrência dos fatos tributáveis.

A presunção é, pois, o resultado de um processo mental, resultante da associação que se forma entre determinado fato conhecido (fato-base) cuja existência é certa, e um fato desconhecido, cuja existência é provável (fato presumido), mas que tem relação direta com aquele.

Assim, a autuação embasa-se em uma presunção legal, que possui o caráter de relativa, aceitando a prova que a contradite, diante da possibilidade do sujeito passivo contrapor-se ao lançamento no sentido de que, através dos meios e elementos de prova disponíveis, possa demonstrar que não cometeu a infração que lhe foi imputada via lançamento.

Quanto a alegação defensiva de ter havido cerceamento de defesa, sob o argumento de que, embora o contribuinte possuísse três equipamentos emissores de cupom fiscal, apenas um deles foi considerado para fins de lançamento, merece ser apreciada neste instante.

Como visto acima, pelas intimações emitidas, era de pleno conhecimento do Fisco a autorização pela SEFAZ para três equipamentos de uso fiscal, dos quais, apenas um deles, de número de série BE051175610000114402 teve os seus dados de leitura utilizados para a apuração do montante lançado, consoante arguição defensiva.

Tal fato, foi devidamente confirmado quando da instrução do feito, no qual se observou que os dados de leitura dos demais equipamentos sequer foram mencionados ou inseridos no cotejamento com as operações realizadas com as operadoras de cartões de débito/crédito, o que ensejou a determinação em 29/09/2019 de realização de diligência (fls. 968 e 968-v), a fim de que o autuante ou estranho ao feito devidamente designado, esclarecesse tal fato de estar nos autos a afirmativa de terem sido considerados os três ECFs do contribuinte, mas somente o de número BE051175610000114402 constar nos demonstrativos fiscais elaborados, ainda que os demais possuíssem registros de emissão de cupons fiscais, com o que o autuante se manifesta, alegando equívocos no programa utilizado para a realização do lançamento, e pede a sua nulidade.

Em verdade, ao utilizar apenas e tão somente um dos equipamentos devidamente autorizados pelo Fisco para a apuração do montante tido como devido, o autuante, independentemente do fato de o programa utilizado como ferramenta para aplicação do roteiro de auditoria de cartões de crédito, ter cerceado o direito de defesa do contribuinte, e mais do que isso, ter lançado imposto cuja certeza quanto aos valores devidos inexistente, diante da desconsideração dos dados de cupons fiscais emitidos pelos mencionados equipamentos de uso fiscal, o que implica, necessariamente em insegurança quanto a infração e a base de cálculo apurada.

Tal prática, recai na regra constante no artigo 18, incisos II e IV, alínea “a” do RPAF/99, segundo o qual:

“Art. 18. São nulos:

(...)

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;

(...)

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator”.

b)

Ademais, a legislação do Estado da Bahia, estatuída na Lei 3.956/1981 (COTEB), assim determina em seu artigo 130:

“Art. 130. O Auto de Infração far-se-á acompanhar:

(...)

II - dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato arguido”.

E como visto, não houve a necessária demonstração do fato arguido pela fiscalização para a robustez e solidez do lançamento ora apreciado.

Ressalto que o fato de não ter a defesa sido cientificada pelo órgão preparador da determinação da diligência, que explicitava a concessão de prazo de sessenta dias para manifestação após a ciência da informação do diligente, não trouxe no presente caso, qualquer prejuízo, diante da decisão ora adotada.

Logo, pelos motivos enumerados, tenho o lançamento como nulo.

A respeito do tema e entendimento, tenho como pertinente mencionar que em casos assemelhados, de estabelecimentos do mesmo ramo de atividade (restaurantes), decisões tem sido no mesmo sentido do ora exposto, conforme trecho do Acórdão CJF 0346-12/19, julgamento realizado em 21/11/2019:

“Quanto à infração 03, diz respeito à omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões.

Depois de diversos embates, o próprio autuante pede a exclusão desta infração do presente processo, pois constatou ter havido erro no programa PRODIFE que havia utilizado para apuração do imposto. Informa que ele somente havia processado os cupons fiscais, contidos no CD fornecido pelo contribuinte, do ECF Bematech, chassi BE050769200007012789, não levando em consideração o ECF Epson, Chassi EP0814100000064295. Que após análise entre a informação das Administradoras e os valores lançados como saídas nos DMA mensais, os valores das saídas são sempre maiores que os valores informados pelas administradoras.

Embora a análise realizada pela autuante não seja a mais adequada para desconstituir a presente infração, ao não serem apuradas as saídas de todos os ECF's, este fato maculou a ação fiscal.

Assim, e pela terceira vez, resta patente a iliquidez e incerteza do valor do imposto a ser exigido, somente podendo ser sanado através de nova fiscalização. Também devido ao reconhecimento do fiscal autuante da insubsistência da imputação, vejo que o mesmo não apurou corretamente a infração, no qual, solicita sua exclusão.

Alinho-me que o presente Auto de Infração encontra-se eivado de vícios que o leva à sua nulidade, uma vez que existem vícios no procedimento fiscal que tornou ilíquido o quantum a ser exigido, restando a acusação sem elementos suficientes para se determinar, com segurança, a irregularidade tributária atribuída ao sujeito passivo, além de claro cerceamento ao direito de defesa, conforme entendo ser pela aplicação do art. 18, II e IV, “a” do RPAF/99...”.

No mesmo sentido, o Acórdão CJF 0135-11/19, julgado em 16/09/2019, também relativo a infração de mesma natureza, e a contribuinte do mesmo ramo de atividade (lanchonete).

Recomenda-se à autoridade competente avaliar a possibilidade de refazimento da ação fiscal a salvo das falhas ora apontadas, observado o prazo decadencial.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 299762.0031/16-7 lavrado contra MASSA VOLPI

PIZZARIA LTDA. EPP.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de setembro de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR