

PROCESSO	- A. I. N° 298921.0011/16-5
RECORRENTE	- ÔMEGA BAHIA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E VESTUÁRIO EIRELI - ME
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0107-05/20-VD
ORIGEM	- DAT METRO / INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 20/03/2025

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0061-12/25-VD

EMENTA: ICMS. 1. OMISSÃO DE SAÍDAS. MERCADORIA TRIBUTÁVEL. VALOR INFERIOR AO FORNECIDO POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. Caracterizada a infração, mantida a exigência fiscal da infração 1. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NO PRAZO REGULAMENTAR. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. Caracterizada a infração, acolhida a modificação da multa. Infração 2 subsistente em parte, com reenquadramento da multa de 60% para 50%. Corrigida, de ofício, a decisão recorrida, para reduzir o valor lançado, com base no disposto no art. 164, § 4º do RPAF. Rejeitadas as nulidades arguidas. Indeferida a solicitação para a remessa dos autos em nova diligência ou visando a realização de perícia fiscal. Recurso NÃO PROVIDO. Reformada, de ofício, a decisão recorrida. Auto de Infração **Procedente em Parte**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo com base no art. 169, I, “b” do RPAF/BA, contra a decisão da 5ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 30/09/2016, exigindo crédito tributário no valor histórico de R\$ 46.557,77, acrescido de multa, pela acusação de duas infrações:

Infração 01 – 05.08.01. Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Ano de 2016, meses de janeiro, fevereiro e março. Valor exigido: R\$ 22.034,76, acrescido da multa de 100%.

Infração 02 – 02.01.01. Deixou de recolher ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Em 2016, infração lançada de acordo com o Demonstrativo anexo, nos meses de janeiro, fevereiro, março e abril. Valor exigido: R\$ 24.523,01, acrescido da multa de 60%.

O Autuado **impugna** o lançamento às fls. 16 e 22. O Autuante presta **informação fiscal**, fls. 38 a 40, pela manutenção integral do auto de infração. Julgamento pela 5ª JJF, fls. 46 e 51. Recurso Voluntário apresentado às fls. 61 a 65. Julgamento pela 1ª CJF, às fls. 76 a 85, decidindo pela nulidade do julgamento de piso por considerar prejudicado. O PAF fora convertido em diligência pela JJF à INFRAZ VAREJO, para que fosse entregue ao autuado os relatórios TEF diários contendo o detalhamento das operações e concedendo um prazo de 10 dias para manifestação do recorrente. Nova impugnação pelo autuado, às fls. 109 a 115. Informação fiscal às fls. 132 a 134, pela procedência do auto de infração.

Por fim, a JJF apresentou decisão recorrida com a seguinte fundamentação:

VOTO

O presente lançamento de ofício, é composto de 02 (duas) infrações por descumprimento de obrigação principal do ICMS, conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

Passo inicialmente ao exame e análise das preliminares de nulidade suscitadas na peça de defesa. Rejeito as nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal, foram claramente indicadas nos campos, descrição dos fatos das infrações 01 e 02. Ainda que as normas de enquadramento das infrações tenham sido referenciadas no Regulamento do ICMS (RICMS), as mesmas possibilitaram ao contribuinte contraditá-las, exercendo na plenitude o direito de defesa. Ademais, há disposição expressa no RPAF – Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (Decreto nº 7.629/99), que estabelece que a (...) indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade erro da indicação, desde que, peça descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal” (art. 19).

No caso concreto também não houve falta de motivação, pois foram indicados no corpo do Auto de Infração os fatos que ensejaram o ato de lançamento de ofício; restando clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que foi a constituição do crédito tributário, não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual.

Foi ainda obedecido o devido processo legal, através do qual a impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias à sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos processuais previstos legalmente, e demais exigências formais.

Cabe ainda frisar, que a infração 01 se refere à exigência de ICMS por presunção de natureza legal, de natureza relativa, que aceita a prova que a contradite, com previsão no VII do § 4º da Lei 7.014/96. O autuante, estribado nessa possibilidade legal, impôs ao sujeito passivo a cobrança de ICMS decorrente da realização de operações de saídas de mercadorias tributáveis, ao que o autuado se contrapôs. Ao assim fazê-lo, poderia o contribuinte ter trazido ao processo os elementos probantes necessários para a desconstituição da acusação fiscal, inclusive, quando da realização das diligências ocorridas no curso dessa instrução processual.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II, “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de novas diligências e perícias, pois os elementos existentes no processo, são suficientes para a formação do convencimento deste órgão julgador, como será detalhada no exame de mérito. Ademais, a prova dos fatos que ensejaram as exigências fiscais não é dependente de conhecimentos especiais de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas.

Cabe destacar também, quanto ao pedido de diligência e perícia, de que o nosso ordenamento jurídico elegeu como pilar, o princípio do livre convencimento do julgador, cabendo a este o exame da necessidade da produção de prova técnica, prova do juízo, não havendo que se falar em cerceamento do direito de defesa.

Quanto à alegação de insubsistência da infração 1, devido a equívoco na base de cálculo, a defesa sustenta a ausência de omissão de saídas de mercadorias tributadas, através de ECFs (Equipamentos Emissores de Cupons Fiscais), pois afirma ter utilizado as maquinetas de cartão de crédito/débito, para acobertar operações realizadas por um estabelecimento com os equipamentos de outras filiais da empresa ou grupo empresarial, mas não houve as diferenças apuradas, já que o cupom fiscal foi devidamente emitido na filial em que a máquina foi utilizada.

Todavia, esse procedimento adotado pela empresa, contraria frontalmente a legislação de regência do ICMS, pois cada filial possui sua inscrição estadual, CNPJ, domicílio tributário, todos distintos. Há ainda a autonomia dos estabelecimentos para efeito tributário, cuja fiscalização é feita por cada unidade empresarial e não pelo conjunto dos estabelecimentos, salvo quando a contabilidade é centralizada e mediante prévia autorização do fisco, de forma a englobar todos os estabelecimentos do contribuinte, o que não é o caso. Ou seja, os estabelecimentos, com suas inscrições estaduais, respondem autônoma e individualmente pela apuração e recolhimento do ICMS, relativo às suas operações.

A utilização de uma máquina de cartão de crédito de uma filial por outra, não é legalmente permitido, na medida em que cada máquina está atrelada a determinada inscrição Estadual, ou seja, está vinculada a um determinado estabelecimento.

Para os casos em que haja uma eventual troca de máquinas, necessário se fazer uma detalhada e rigorosa demonstração, mediante prévio atestado de intervenção por empresa devidamente autorizada pelo fisco, o que efetivamente não ocorreu neste caso.

Por fim, ainda na Infração 01, o contribuinte pediu a produção de prova diligencial, para que fosse analisada toda a movimentação comercial das 06 (seis) filiais da empresa, inclusive as que operam no ramo de restaurante. Ocorre que além de ser uma prova que não terá o condão de desconstituir o crédito tributário, visto que engloba operações com mercadorias totalmente distintas (gêneros alimentícios e vestuários), é ônus do sujeito passivo, ainda que por amostragem, apresentar os elementos probantes que possam elidir a acusação fiscal, ou mesmo ensejar a remessa dos autos para uma revisão fiscal mais ampla.

Assim, ante o exposto, e considerando a inexistência de prova contundente em contrário, mantenho sem alterações os valores lançados na infração 01.

Quanto à arguição de que a penalidade a ser aplicada, relativa à infração 02, deve ser aquela disposta no art. 42, I da Lei nº 7.014/96, que prevê multa de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, “na falta do seu

recolhimento nos prazos regulamentares se o valor do imposto tiver sido informado em declaração”, verifico, de pronto, que o valor do imposto foi apurado a partir dos lançamentos existentes na escrita fiscal (EFD) do contribuinte, e não omitida. Portanto, trata-se de informação declarada ao fisco, inserida na escrita fiscal digital. Em decorrência, procedo o reenquadramento da multa da infração 02, para 50%, considerando a disposição expressa contida no art. 42, inciso I da Lei 7.014/96, com a seguinte redação:

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

I - 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, na falta do seu recolhimento nos prazos regulamentares se o valor do imposto apurado tiver sido informado em declaração eletrônica estabelecida na legislação tributária;

Mantida a infração 02, que no mérito, quanto à exigência do imposto, não foi objeto de contestação pelo contribuinte. Mas reduzo a multa de 60% para 50%, considerando o equivocado enquadramento legal realizado pelo auditor fiscal autuante.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, para alterar tão somente a multa lançada no item 02 do A.I, de 60% para 50% do imposto lançado.

Os representantes da empresa recorrente apresentam Recurso Voluntário às fls. 157 e 158 (frente e verso), tecendo os seguintes argumentos:

Inicialmente relata quanto à tempestividade, descreve os fatos da autuação.

Quanto a infração 01, a defesa argumenta que a empresa possui várias filiais, cada uma equipada com suas respectivas maquinetas de cartão. No entanto, é comum realizar a troca e remanejamento das maquinetas entre filiais quando há defeitos técnicos.

Essa prática resultou em registros de vendas em maquineta de uma filial, enquanto a escrituração e a emissão de cupons fiscais foram feitas em outra filial, levando ao que a empresa considera uma “falsa detecção” de omissões.

A defesa enfatiza que a simples comparação entre os dados fornecidos pelas administradoras de cartões e os lançamentos contábeis não é suficiente para comprovar a omissão, uma vez que as informações devem considerar a escrituração real nas diferentes filiais.

Argumenta-se que a fiscalização deveria ter sido realizada de modo abrangente, examinando todas as filiais da empresa simultaneamente, para considerar o remanejamento das maquinetas e a correta emissão de documentos fiscais.

A recorrente sublinha que concluir pela omissão de saída de mercadorias apenas com um levantamento isolado e sem considerar a totalidade das operações e filiais é um erro metodológico que compromete a validade do auto de infração.

Já com relação a infração 02, o autuado argumenta que a multa aplicada deveria ser de 50% sobre o valor do imposto, conforme disposto no art. 42, I da Lei Nº 7.014/96, em vez de 60%, pois não houve dolo e a infração consistiu na falta de recolhimento do ICMS.

Solicita a redução da multa, tendo em vista a inexistência de má-fé ou descumprimento intencional das obrigações tributárias.

Conclui requerendo o julgamento pela improcedência do auto de infração.

Registrada impedimento do conselheiro Eduardo Ramos de Santana devido à participação do julgamento de piso.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo recorrente para modificar o julgamento de piso, proferido pela 5ª JJF através do Acórdão nº 0107-05/20-VD que julgou pela Procedência [em Parte] do auto de infração. O recurso é cabível e tempestivo, conforme art. 169, inciso I, “b” e art. 171 do RPAF/99.

O auto de infração é composto por duas infrações, sendo que a infração 02 o recorrente questiona

apenas o percentual da multa aplicada, não adentrando ao mérito.

Em análise a infração 01, que acusa o autuado de “*Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito*”, o recorrente afirma que tal cobrança não é devida, ocorrendo bitributação, pelo fato abaixo descrito:

“Apesar de cada filial possuir maquineta própria, excepcionalmente, quando se identifica uma maquineta com defeito, é realizado um remanejamento das maquinetas, de modo a atender à demanda da filial com a maquineta defeituosa.”

“Como consequência desse remanejamento, por vezes são lançadas compras na maquineta de determinada filial, que foram objeto de escrituração e emissão de cupom fiscal em filial diversa.”

É imprescindível acrescentar que tal operação, acima citada pelo recorrente, é vetada pelo Decreto nº 13.780/2012 (RICMS) através do seu artigo 107-D § 5º, *in verbis*:

“§ 5º Não é permitido o uso de equipamento POS (Point of Sale) ou qualquer outro equipamento para registro de pagamento efetuado com cartão de crédito ou de débito automático em conta corrente que não esteja vinculado ao número de inscrição no CNPJ do estabelecimento usuário.”

Considerando a afirmação do recorrente de que “*caso contrário restará configurada verdadeira bitributação, na medida em que, estar-se-á tributando receita que já foi devidamente declarada, o que é vedado pelo ordenamento jurídico*”. No entanto, não vejo como possível identificar tal operação como correta, visto que a legislação baiana veta esse tipo de prática. Não havendo o que se falar em bitributação pelo fato de que a entrada de Receita através de maquineta é oriunda de venda que tem a incidência do ICMS.

Quanto a multa aplicada à infração 02, a própria JJF já havia acatado a redução de 60% para 50%, reenquadrando a penalidade ao art. 42, I da Lei nº 7.014/96.

Pelo exposto, mantém-se subsistentes as infrações 01 e 02, julgo prejudicado as razões de enquadramento da multa para a infração 02 prevista no art. 42, I da Lei nº 7.014/96, no percentual de 50%.

Deste modo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e, de ofício, corrigir em relação à PROCEDÊNCIA para PROCEDENTE EM PARTE, conforme erro material disposto no art. 164, §4º do RPAF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 298921.0011/16-5, lavrado contra ÔMEGA BAHIA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E VESTUÁRIOS EIRELI - ME, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$ 46.557,77, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 24.523,01, e de 100% sobre R\$ 22.034,76, previstas no art. 42, incisos I e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de fevereiro de 2025.

JOÃO FELIPE FONSECA OLIVEIRA DE MENEZES – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

GABRIEL HENRIQUE LINO MOTA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS