

A. I. N° - 206952.0010/04-1
AUTUADO - G & Z MERCADINHO LTDA.
AUTUANTE - TELMA PIRES CIDADE DE SOUZA
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 07/02/06

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JF N° 0023-03/06

EMENTA: ICMS. EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). UTILIZAÇÃO IRREGULAR. FALTA DE AUTORIZAÇÃO DO FISCO. Na constatação da utilização de Emissor de Cupom Fiscal sem autorização, é devido o ICMS relativo às operações registradas no equipamento de responsabilidade do contribuinte. Diligência fiscal reduziu o valor do débito. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 05/08/04 e exige ICMS de R\$85.422,45 acrescido da multa de 100%, em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurado através de arbitramento da base de cálculo do imposto, por utilização de máquina registradora em desacordo com as disposições regulamentares.

Consta, no campo da descrição dos fatos, que a fiscalização decorreu da Denúncia Fiscal n° 4538/04, foi flagrado o uso indevido dos Equipamentos marca Yanco modelo 6000-PLUS tipo ECF-MR n°s. de fabricação 00523961 e 00527316, sem ter sido solicitado pedido de uso para os mesmos, conforme requer determinação da SEFAZ. Com base nos “artigos 938, III, “b”; 915, XIII-A, “c-3”, combinado com os art. 115, IV; 119 e 937, VI, foi apurado a base de cálculo para os referidos equipamentos considerando o acumulado apresentado no cupom fiscal da Leitura X extraída no dia da fiscalização. Para o equipamento de n° 00523961 a base de cálculo foi de R\$689.833,23 deduzido do valor de R\$228.007,94 (TG) totalizador geral apresentado na época da cessação, dando uma diferença de R\$461.825,29. Quanto ao equipamento de n° 00527316 o valor de base de cálculo considerado é de R\$40.659,70” .

Ressalta que os equipamentos foram apreendidos conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos de n° 103095 (fl. 05) e que a empresa JJL Automação Comercial e Serviços Ltda, que dava assistência técnica e fazia intervenção nos referidos equipamentos, foi suspensa pela SEFAZ por não atender aos critérios exigidos.

Esclarece que os equipamentos ora apreendidos, conforme cadastro da SEFAZ, pertenciam ao contribuinte Gilson da Silva Souza IE 39.606.655, que entrou com pedido de cessação de uso do primeiro em 02/04/04 e do segundo em 07/05/04, cuja inscrição se encontrava ativa no mesmo endereço da G&Z.

O sujeito passivo, na defesa apresentada às fls. 25 a 31 dos autos disse que em 06/08/04 foi surpreendido com a autuação e que a presunção fiscal apurada pela autuante está amparada em premissa errônea, pelos motivos que passou a expor.

Diz que, em relação aos equipamentos ECF-MR apreendidos pelo fisco, referente ao de n° 523.961, a fiscalização deduziu do montante de R\$689.833,23 apenas o valor de R\$228.007,94 que foi apresentado na época da cessação o que resultou em suposta base de cálculo de R\$461.825,29. Relativo ao equipamento de n° 527316, foi apurado uma base de cálculo de R\$40.659,70.

Alega que, os valores levantados pelo fisco foram baseados em suposições não amparadas pela legislação em contradição com as provas que ora são apresentadas:

- a) Que o autuante em relação ao equipamento 523.961, levou em consideração o GT de R\$228.007,94, que foi o valor apresentado pelo proprietário anterior do equipamento a Gerência de Automação Fiscal (GEAFI) em 07/05/04, não tendo considerado “a cópia da fita detalhe que deveria instruir o pedido de cessação de uso sobre o qual a autuante se baseou o seu levantamento”.
- b) Alega que, não é difícil deduzir que um pequeno mercadinho tenha vendido R\$461.825,29 num período de 18 (dezoito) dias, principalmente considerando que está situado numa das comunidades mais pobres de Salvador (Rio Sena).
- c) Esclarece que, foi pedido baixa do ECF no dia 07/05/04, que era uma Sexta Feira e que o mesmo passou a ser utilizado pelo autuado a partir de 12/05/2004, apresentando um GT acumulado de R\$678.766,72, conforme cópia de cupom fiscal apresentado junto com a defesa (fl. 32). Alega que a presunção do autuante não pode prosperar, tendo em vista que não poderia ter realizado vendas num montante de mais de R\$400.000,00 entre os dias 10 e 12/05/04.
- d) Diz que, para provar o alegado anexa cópia do cupom leitura do equipamento relativo ao período de 10/05/04 a 22/05/04, que segundo ele, comprova que foram realizadas vendas registradas neste equipamento de R\$12.134,75. Atenta que, ocorreu uma intervenção no equipamento apreendido, onde consta um registro acumulado de R\$450.879,25 em 10/10/1998 e novo registro de R\$226.796,33 em 13/02/2004, valores que não foram apagados do equipamento.
- e) Pondera que, o GT do equipamento apreendido não poderia ser menor do que R\$677.675,58, quando da última intervenção técnica e que possivelmente o valor informado pelo proprietário anterior do equipamento dizia respeito ao período de 10/01/98 a 13/02/04.

Diante destas informações diz que refez a base de cálculo, tomando como base a diferença da leitura inicial de R\$677.833,23 e deduziu o valor de R\$689.833,23 que foi o encontrado no momento da apreensão, resultando em base de cálculo de R\$12.157,65. Somado este valor ao de R\$40.659,70 que foi encontrado no ECF nº 527316 resulta em base de cálculo de R\$52.817,35.

Alega que conforme disposto no art. 409 do RICMS/BA, deve ser deduzido o crédito presumido de 8%, por se tratar de microempresa, e que aplicada a alíquota de 17% resulta em valor devido de R\$8.976,95 que deduzido o crédito presumido de R\$4.225,39 ($R\$52.817,35 \times 8\%$) resulta em ICMS devido de R\$4.751,56.

Conclui dizendo que a autuante equivocou-se na apuração da base de cálculo da autuação e pede que a mesma seja julgada parcialmente procedente e requer ainda, provar tudo que foi alegado por qualquer meio de prova previsto em direito, inclusive pericial.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 45 a 47 dos autos, diz que o autuado encontra-se cadastrado na SEFAZ como Microempresa – 4, como Minimercado e foi flagrada utilizando dois equipamentos ECF sem que os mesmos estivessem autorizados para uso.

Diz que, tendo sido constatado a utilização irregular dos ECFs e, não sendo possível determinar com precisão a data em que foi utilizado irregularmente, foi considerado o valor acumulado no equipamento constante no cupom fiscal da data em que o equipamento foi apreendido, conforme disposto no art. 938 do RICMS/97.

Afirma que, tendo a empresa Gilson da Silva Souza pedido baixa do ECF de nº 523961 em 07/05/04 com totalizador de R\$228.007,94, considerou este valor mesmo sabendo que “após a intervenção a máquina fica zerada”, deduzindo do valor acumulado de R\$689.833,23 apurado no momento da

apreensão do equipamento. Afirma que, ao considerar o valor acumulado beneficiou o contribuinte.

Assevera que, os pedidos de Cessação de Uso só são considerados pela SEFAZ quando dão entrada na GEAFI acompanhado dos Atestados de Intervenção e cupons fiscais dos valores acumulados e que o documento da fl. 14 e os documentos das fls. 47 a 49 provam que o equipamento que foi apreendido tinha valor acumulado de R\$228.007,94 e se não considerado este valor teria que considerar o total acumulado de R\$689.833,23 extraído do cupom fiscal feito na hora da apreensão.

Ressalta que, o proprietário dos equipamentos apreendidos é a empresa Gilson da Silva Souza, que na data da fiscalização encontrava-se com sua inscrição cadastral ativa na SEFAZ e funciona no mesmo endereço do autuado e tem ligações de parentesco com seus sócios.

Diz que, a alegação do autuado de que o ECF apreendido apresentava valor acumulado de R\$678.766,72 em 12/05/04, conforme documento juntado à fl. 32, é infundada, por se tratar de um fotocópia enquanto o documento juntado por ele à fl. 06 é um documento original.

Conclui, afirmando que o levantamento feito pelo autuado não tem fundamento e tem como objetivo apenas confundir a apreciação da autuação, motivo pelo qual requer que o Auto de Infração seja julgado procedente.

A Inspetoria Fazendária, conforme documento juntado à fl. 55 intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal, tendo sido entregue ao contribuinte as cópias dos documentos acostados ao processo pelo autuante às fls. 44 a 52. Foi concedido 10 (dez) dias para se manifestar-se caso quisesse.

O autuado apresentou nova manifestação às fls. 58 a 61 e disse que não é verdadeira a alegação da autuante de que não apresentou documentação comprobatória que fizesse jus ao pleito. Diz que, o ônus da prova é de quem acusa, salvo nos casos de presunções.

Ressalta que, no caso de utilização irregular de ECF só é permitido fazer o arbitramento da base de cálculo quando houver impossibilidade de apurar o montante real do imposto, que entende não ser o caso. Diz que, tal descumprimento pode descaracterizar a infração e conduzir a nulidade do feito, conforme reiteradas decisões do CONSEF.

Salienta que, a autuante afirmou que “após qualquer intervenção, o equipamento fica zerado”, o que não é verdade, tendo em vista que após diversas intervenções os equipamentos permanecem com seus valores acumulados, salvo quando há substituição da memória EPROM ou similar.

Afirma que, o equipamento tinha valor acumulado de R\$678.766,72 em 12/05/04 (fl. 32) e que qualquer fiscal estranho ao feito poderá aferir isto no equipamento. Diz que o documento apresentado pelo autuado não contrapõe ao do autuante, tendo um sido emitido em 12/05/04 e o outro emitido em 25/05/05. Reitera que seria impossível um mercadinho de bairro efetuar vendas aproximadas de R\$461.825,29 em 18 (dezoito) dias.

E por fim, ratifica integralmente a peça defensiva inicial e acrescenta o pedido de nulidade à peça original. Requer, provar tudo que foi alegado por meio de provas previsto em direito, inclusive perícia.

A Inspetoria Fazendária, conforme documento juntado à fl. 63, encaminhou o processo para que a autuante se manifestasse quanto à defesa apresentada pelo autuado e não tendo o mesmo o feito, o processo retornou ao CONSEF para julgamento.

Considerando as alegações defensivas de que o ECF apreendido não poderia ter vendido mais de R\$400.000,00 em três dias, e ainda que o referido equipamento encontrava-se apreendido, esta JF

determinou que o mesmo fosse encaminhado para a Gerência de Automação Fiscal (GEAFI), para providenciar uma vistoria e emissão de um laudo técnico, devendo o autuado ser intimado para acompanhar estes procedimentos.

A Inspetoria Fazendária intimou o contribuinte para comparacer no dia 17/08/05 às 09:00 hs, conforme documento juntado às fls. 76 e 77. A GEAFI, acostou às fls. 78 a 94 o relatório circunstanciado da vistoria que foi feita com o acompanhamento do autuado (fl. 95), tendo constatado as seguintes irregularidades:

- a) o visor de usuário não estava soldado ao gabinete;
- b) a resina de fixação do dispositivo de armazenamento da Memória Fiscal estava quebrado; diverge da original; a placa de armazenamento estava visível;
- c) o software encontrado no equipamento é diferente do fabricante para a versão 7.0;
- d) da análise dos documentos emitidos durante a vistoria, concluiu-se que o software utilizado para sua emissão era falso, conforme documentos juntados às fls. 84 a 93;

Por fim, juntou à fl. 98, uma leitura da Memória Fiscal do equipamento, emitida em 19/08/05, na qual foram apostas as assinaturas do Sr. Rubem Gomes (representante do autuado), Ednilton Meireles e Walter Lúcio (representantes do fisco).

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento do resultado da vistoria do ECF, conforme documento acostado à fl. 98 e reabriu o prazo de trinta dias para apresentar nova defesa.

O contribuinte manifestou-se às fls. 101 a 105, inicialmente ratificou os termos apresentados na defesa inicial e disse que com a vistoria realizada no seu equipamento, foi confirmado que ele só o utilizou a partir da leitura Z de nº 430 a 442, totalizando um montante de R\$12.157,65 conforme demonstrativo apresentado à fl. 103 e que somado a base de cálculo de R\$40.659,70 encontrada no ECF de nº 527316, resulta em base de cálculo total de R\$52.817,35 que aplicada a alíquota de 17% resulta em ICMS devido de R\$8.976,95 e deduzido o crédito presumido de 8% (R\$4.225,39) previsto no art. 409 do RICMS/BA, reconhece como devido o valor de R\$4.751,56.

A autuante na segunda informação fiscal (fl. 108), afirma que após a análise da vistoria procedida no ECF apreendido ficou constatado que a situação é mais grave do que a percebida inicialmente, como a utilização de software falso e adulteração da constituição básica do equipamento, devendo ser encaminhado à Inspetoria Fazendária de Investigação (IFIP) e encaminhamento ao Ministério Público para apuração do crime contra a ordem tributária.

Quanto à determinação da base de cálculo, diz que no momento acata o valor acumulado de R\$12.157,65 encontrado no ECF nº 523961 e que somado à base de cálculo de R\$40.659,70 apurada no ECF nº 527316, com a dedução do crédito presumido de 8% previsto para as infrações graves praticadas por Microempresa, resulta em ICMS devido de R\$4.753,56 acrescido da multa de 100% prevista no art. 42, IV, “i” da Lei nº 7.014/96.

Por fim, requer que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

A presente autuação exige ICMS em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurado através de arbitramento da base de cálculo do imposto, por utilização de máquina registradora não autorizada pelo fisco.

O autuado admitiu o cometimento da infração, acatando na defesa o valor exigido em relação ao valor acumulado de R\$40.659,70 encontrada no ECF de nº 527316, no entanto contestou a base de cálculo apurada pela fiscalização em relação ao ECF apreendido da marca Yanco de nº 523961 que apresentava GT acumulado de R\$689.833,23, e que a autuante considerou o GT de R\$228.007,94 do pedido de cessação de uso anterior, mas não levou em conta a leitura da fita detalhe, ressaltando que não poderia na condição de mercadinho ter vendido R\$461.825,29 num período de dezoito dias.

Em atendimento a diligência determinada por esta JJF, a GEAFI procedeu uma vistoria técnica do equipamento e constatou a utilização de software falso no ECF acima mencionado, além de outras irregularidades. Quanto a leitura dos valores acumulados na memória fiscal do equipamento verifíco que pelo confronto do Atestado de Intervenção da Cessação de Uso, juntado à fl. 13 que indica término de uso em 07/05/04 e da leitura da Memória Fiscal do ECF juntado à fl. 98, indica valor acumulado de R\$12.157,65 entre os dias 11/05/04 a 24/05/04, valor este que deve constituir a base de cálculo do imposto apurado de R\$4.753,56, a qual foi acatada pela autuante, conforme demonstrativo abaixo:

ECF	VALOR ACUMULADO	ALÍQUOTA 17%	CRÉDITO 8%	VALOR DEVIDO
527316	40.659,70	6.912,15	3.252,78	3.659,37
523961	12.157,65	2.066,80	972,61	1.094,19
TOTAL	52.817,35	8.978,95	4.225,39	4.753,56

Quanto à constatação feita na vistoria técnica do equipamento, de que o Software utilizado pelo equipamento era falso, em decorrência da diligência determinada por esta JJF, cabe a Inspetoria Fazendária, adotar as providências necessárias.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.º **206952.0010/04-1**, lavrado contra **G & Z MERCADINHO LTDA LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.753,56** acrescido da multa de 100% prevista no art. 42, IV, “i” da Lei n.º 7.014/96 e dos acréscimos moratórios.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de fevereiro de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

MARIA DO SOCORRO FONSECA DE AGUIAR -JULGADORA