

A. I. Nº - 232943.0006/08-8
AUTUADO - ISAAC ANDRADE MATOS
AUTUANTE - REGINALDO CAVALCANTE COELHO
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 09/08/2011

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0174-03/11

EMENTA: ICMS. 1. EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). FALTA DE PEDIDO DE CESSAÇÃO DE USO. MULTA. Não ficaram caracterizadas nos autos as hipóteses previstas na legislação para se considerar cessado o uso do ECF. É nulo o procedimento que não contenha elementos suficientes para determinar, com precisão a infração apontada. Infração nula. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. 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 e o valor informado pela administradora do cartão indica que o sujeito passivo efetuou vendas sem emissão do documento fiscal correspondente. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/03/2008, refere-se à exigência de R\$12.721,00 de ICMS, acrescido da multa de 70%, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$4.600,00, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Deixou de cumprir as exigências legais para a cessação de uso de equipamento de controle fiscal, sendo exigida a multa no valor de R\$4.600,00, com data de ocorrência em 15/02/2008.

Infração 02: 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, no período de janeiro de 2006 a dezembro de 2007. Valor do débito: R\$12.721,00.

O autuado, por meio de procurador com mandato à fl. 190, apresentou impugnação (fls. 181 a 189), alegando que o Fisco extrapola na cobrança do imposto quando não reconhece o princípio da proporcionalidade, relativamente às saídas de mercadorias isentas, cesta básica e mercadoria da substituição tributária, além do fato de as mercadorias tributadas terem sido objeto de antecipação parcial. Fala sobre ensinamentos de Ives Gandra, Hugo de Brito Machado e Roque Antônio Carraza sobre o tema “confisco”. Comenta sobre o regime SIMBAHIA, transcrevendo os arts. 1º, 7º e 8º da Lei 7.357/98 e assegura que o legislador baiano quis “desafogar o peso tributário”, e sobre a carga tributária, reproduz ensinamento de Ives Gandra em seu artigo divulgado no NF *on line*, de agosto de 2004. Assevera que é justo o tratamento diferenciado ao micro e pequeno empresário baiano, inclusive a dispensa de obrigações acessórias, a exemplo da escrituração dos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e RAICMS.

Quanto à primeira infração, o autuado alega que houve equívoco do autuante. Diz que os equipamentos não estão sendo usados, simplesmente porque “as vendas caíram e o movimento

despencou”. Pergunta se o contribuinte é obrigado a pedir cessação de uso porque em decorrência da redução das vendas não está utilizando o ECF.

Em relação à infração 02, o autuado diz que é empresa de pequeno porte, um mercadinho de um município do interior, vem enfrentando dificuldades financeiras; é sempre obrigado a manter seu estoque em quantidade suficiente e a preço convidativo para a demanda existente, e isto acaba gerando uma situação bastante desconfortável no caixa da empresa. Argumenta que, por força de lei, não precisava manter alguns controles, e nunca se preocupou em registrar em seu ECF, de forma precisa, a forma de pagamento da venda efetuada. Diz que é possível que uma mesma venda seja efetuada por outras formas de pagamento, sendo uma parte em dinheiro e outra em cartão e até mesmo com vale transporte ou ticket restaurante. Neste caso, o operador do ECF escolhia qualquer tipo de pagamento, dinheiro ou cartão. Alega também, que é comum um cliente informar antes da compra que o pagamento será feito a vista e em dinheiro, mas no final da compra, em virtude do montante a ser pago, o cliente altera a forma de pagamento para cartão, e a venda já estaria registrada como dinheiro. Afirma que é praticamente impossível coincidir perfeitamente o valor do ECF com o relatório apresentado pelas administradoras, e que o autuante não indicou os valores diários e por operadora, impedindo uma análise mais precisa. Reafirma que nunca se preocupou em fazer esse tipo de controle, e que considerava importante registrar a venda, independente da forma de pagamento, tendo em vista que na condição de inscrito no SIMBAHIA, o seu recolhimento é sobre a receita bruta mensal. Entende que a forma mais justa seria verificar se os valores das vendas estão compatíveis com o obtido junto às operadoras de cartões, e qualquer cálculo diferente disso não representa a realidade justa. Por fim, o defendente cita sobre ensinamentos de Sacha Calmon e pede a improcedência do presente Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 192/193 dos autos, após citar as infrações e fazer uma síntese das alegações defensivas argumenta que o defendente apenas nega o cometimento das infrações. Transcreve o art. 143 do RPAF/BA e diz que o contribuinte ficou cerca de dois anos sem utilizar os ECFs e alega que deixou de utilizá-los devido à queda das vendas, sem apresentar provas. Afirma que o relatório “Detalhamento da Receita Bruta” à fl. 11 do presente PAF, demonstra exatamente o contrário, tendo em vista que as vendas do autuado aumentaram vertiginosamente, mês a mês, saindo de um valor de R\$72.123,00 em janeiro de 2006 e chegando a R\$645.999,47 em dezembro do mesmo ano, ou seja, um incremento de 795,69%. Quanto ao argumento do defendente de que a empresa nunca se preocupou em registrar em seu ECF, de maneira precisa, a forma de pagamento da venda executada, diz que o autuado infringiu o disposto no § 7º do artigo 238 do RICMS/BA. Por fim, assegura que os demonstrativos diários e por operadora foram entregues ao autuado e constam das folhas 49 a 177 do presente PAF. Ratifica a exigência fiscal.

Considerando que não constava no PAF comprovação de que o autuado recebeu as cópias do Relatório Diário de Operações TEF (fls. 49 a 177), esta 3ª Junta de Julgamento fiscal converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 203), para que a repartição fiscal intimasse o autuado e lhe fornecesse, mediante recibo, os mencionados Relatórios Diários, com a indicação do prazo de 30 (trinta) dias para o autuado se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa. Foi solicitado, também, para constar na intimação ao defendente, que deveria ser apresentado demonstrativo da proporcionalidade das entradas de mercadorias tributáveis, isentas ou não tributáveis e mercadorias sujeitas à substituição tributária.

Se apresentados os elementos solicitados, que o autuante intimasse o defendente a apresentar os boletos e respectivos documentos fiscais originais, e fizesse o confronto com os demonstrativos do autuado, excluindo do levantamento fiscal os valores efetivamente comprovados, aplicando também, a determinação contida na Instrução Normativa 56/2007.

O autuado apresentou nova impugnação, alegando que o Fisco, de forma aleatória e sem observar o princípio da proporcionalidade, apurou diferenças entre os valores fornecidos pelas

administradoras de cartão e o que foi registrado no ECF; tributou tudo a 17%, sem considerar a proporcionalidade da vendas de cesta básica, mercadorias isentas ou mercadorias da substituição tributária. Diz que se trata de um mercadinho, a maioria dos clientes tem renda que varia entre 01 e 04 salários. Do total vendido no período fiscalizado, somente 14% foram mercadorias que tiveram tributação normal, ou seja, baseando-se na proporcionalidade, apenas 14% do valor reclamado seria devido. Assegura que não deixou de informar na DME o total de suas vendas, tendo recolhido o imposto sobre o valor declarado, que supera em muito o informado pelas administradoras de cartões. Comenta sobre a Lei 7.357/98 (Lei do SIMBAHIA) e reafirma que registrava sem qualquer preocupação a forma de pagamento, já que sua forma de tributação é diferenciada. Elabora quadro demonstrativo entre os valores declarados nas DMEs dos exercícios de 2006, 2007 e 2008 e os totais informados pelas administradoras nestes exercícios. Quanto à primeira infração, o defendente ratifica os argumentos apresentados na impugnação anterior, confirmando que não solicitou a cessação de uso de equipamento de controle fiscal, porque a máquina não está sendo usada porque as vendas caíram, e a empresa não é obrigada a pedir cessação de uso porque as vendas diminuíram. O defendente informa que possui outros equipamentos ECF e emite cupom fiscal através destes outros. Cita ensinamentos de Sacha Calmon e conclui pedindo a improcedência do presente Auto de Infração.

Nova informação fiscal foi prestada pelo autuante à fl. 348, dizendo que o autuado se limitou a repetir os termos de sua impugnação inicial, mesmo tendo recebido o Relatório Diário das Operações TEF. Diz que nada foi apresentado que pudesse elidir a exigência fiscal.

À fl. 352 esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à ASTEC para que Auditor Fiscal estranho ao feito:

1. Intimasse o autuado a apresentar demonstrativo referente aos boletos das operações com cartões de crédito ou de débito e correspondentes Notas Fiscais ou Cupons Fiscais emitidos.
2. Confrontasse o demonstrativo do item anterior com os documentos originais do autuado, fazendo as exclusões em relação aos documentos apresentados pelo defendente, que comprovem a efetiva existência de documentação fiscal correspondente à venda efetuada com cartão de crédito ou de débito, de acordo com as respectivas datas e valores.
3. Que fosse solicitado o demonstrativo da proporcionalidade das entradas de mercadorias tributáveis, isentas ou não tributáveis e mercadorias sujeitas à substituição tributária. Sendo apresentados os elementos solicitados, aplicasse a determinação contida na Instrução Normativa 56/2007.
4. Elaborasse novo demonstrativo indicando o débito remanescente.

De acordo com o PARECER ASTEC Nº 237/2010 (fls. 353/354 do PAF) foram exauridas todas as possibilidades de contato com o autuado sem êxito. O diligente diz que conseguiu um contato com o Sr. Raimundo, contador, que informou que o autuado mudou-se para local desconhecido. No telefone cadastrado nesta SEFAZ o diligente diz que foi atendido pela Sra. Sirlene, que se identificou como funcionária de estabelecimento diverso, com outra inscrição estadual. Posteriormente, em visita local, no endereço cadastrado na Secretaria da Fazenda, foi confirmada a ausência do autuado, Isaac Andrade Matos, tendo sido constatado que no endereço funciona o estabelecimento E DOS SANTOS DE ITABUNA, Inscrição Estadual 56.351.767. Também disse que a Infaz Itabuna informou que foi determinada a fiscalização do estabelecimento que opera no endereço do autuado e que foi providenciada a exclusão cadastral do estabelecimento objeto desta diligência, conforme documentos acostados aos autos. Diante da impossibilidade de localização do estabelecimento autuado, após sucessivas tentativas o diligente informa que não foi possível apresentar respostas aos questionamentos da diligência solicitada.

À fl. 369 foi intimado o procurador do autuado no endereço constante na procuração à fl. 213 do PAF, quanto ao PARECER ASTEC Nº 237/2010, constando Aviso de Recebimento à fl. 370,

comprovando que o representante do autuado recebeu cópia do mencionado Parecer. Decorrido o prazo concedido, o defendente não se manifestou.

VOTO

A primeira infração trata da exigência da multa no valor de R\$4.600,00 pela falta do Pedido de Cessação de Uso dos ECFs de números 001, 002 e 004, ou seja, o autuado deixou de cumprir as exigências legais para a cessação de uso de equipamento de controle fiscal em situação de inativo, conforme demonstrativo à fl. 34 do PAF.

De acordo com o art. 824-H, inciso III, do RICMS/BA, o contribuinte obrigado ao uso de ECF deverá, mediante acesso via *Internet* ao sistema “Emissor de Cupom Fiscal”, no endereço eletrônico www.sefaz.ba.gov.br, solicitar a cessação do uso do equipamento.

O art. 824-K do RICMS/BA prevê que se considera cessado o uso de equipamento depois de adotados os seguintes procedimentos pela empresa credenciada: a) remoção de lacre anteriormente colocado; b) desprogramação da Memória de Trabalho do ECF; c) remoção de Memória de Fita-detelhe do ECF, se possível; d) informação dos dados referentes à intervenção técnica de cessação no “Sistema Emissor de Cupom Fiscal”.

Observo que de acordo com o art. 42, inciso XIII-A, alínea “c”, item 1.1, da Lei 7.014/96, deve ser exigida a multa de R\$13.800,00 ao contribuinte que não solicitar cessação de uso de equipamento de controle fiscal com impossibilidade técnica de uso por mais de 120 dias ou que esteja tecnicamente impossibilitado de emitir o documento “Leitura da Memória Fiscal” ou de exportar dados da Memória fiscal ou da Memória da Fita-detelhe para o arquivo eletrônico, sendo aplicada a penalidade por cada equipamento.

O autuado alega que os equipamentos não estavam sendo usados porque “as vendas caíram e o movimento despencou”. Apresenta o entendimento de que o contribuinte não é obrigado a pedir cessação de uso porque em decorrência da redução das vendas não está utilizando o ECF.

O autuante contestou a alegação, afirmando que o relatório “Detalhamento da Receita Bruta” à fl. 11 do presente PAF, demonstra exatamente o contrário do que foi afirmado nas razões de defesa, tendo em vista que as vendas do autuado aumentaram mês a mês, apresentando um incremento de 795,69%.

Entendo que no caso em exame, não ficou caracterizada nos autos nenhuma das hipóteses previstas na legislação para se considerar cessado o uso do ECF, e o documento à fl. 34 indica que os equipamentos objeto da autuação encontravam-se inativos.

Conforme já foi dito anteriormente, o art. 42, inciso XIII-A, alínea “c”, item 1.1, da Lei 7.014/96 estabelece prazo e condições para aplicação de multa por falta de cessação de uso, inclusive citando a impossibilidade técnica de uso do equipamento. Neste caso, deveria a fiscalização realizar a necessária verificação no sentido de apurar se os valores acumulados nos equipamentos em questão foram declarados pelo contribuinte e se o respectivo imposto foi recolhido, exigindo-se os valores porventura não recolhidos.

Entendo que não ficou caracterizada a irregularidade apontada, por inexistência no presente PAF dos elementos necessários à comprovação referente à obrigatoriedade de cessação de uso do ECF, em decorrência de falta de utilização do equipamento quando o estabelecimento ainda está em plena atividade.

É nulo o procedimento que não contenha elementos suficientes para determinar, com precisão a infração apontada. Assim, concluo pela nulidade deste item do Auto de Infração, com base no art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA.

A autoridade competente poderá decidir pela verificação da existência de débito tributário a recolher, renovando o procedimento fiscal a salvo de incorreções.

Infração 02: 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, no período de janeiro de 2006 a dezembro de 2007.

Observo que, sendo apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96:

Trata-se de exigência de imposto por presunção legal, o que poderia ser elidido pelo sujeito passivo, cabendo ao impugnante exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99, e não cabe a este órgão julgador buscar provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração, conforme art. 143 do mencionado Regulamento.

Saliento que foram fornecidos ao sujeito passivo os Relatórios Diários por Operação TEF, o que possibilitou fazer o confronto dos valores obtidos nas reduções “Z” e notas fiscais de vendas com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito, e o defendente deveria apresentar, além das fotocópias dos documentos fiscais por ele emitidos, a cópias dos correspondentes comprovantes de débito dos cartões com indicação das respectivas formas de pagamento, o que possibilitaria a análise quanto à exclusão do valor efetivamente comprovado.

O autuado alegou que por força de lei, não precisava manter alguns controles, e nunca se preocupou em registrar em seu ECF, de forma precisa, a forma de pagamento da venda efetuada. Diz que é possível que uma mesma venda seja efetuada por outras formas de pagamento, sendo uma parte em dinheiro e outra em cartão e até mesmo com vale transporte ou ticket restaurante. Disse que o operador do ECF escolhia qualquer tipo de pagamento, dinheiro ou cartão, e que é comum um cliente informar antes da compra que o pagamento será feito a vista e em dinheiro, mas no final da compra, em virtude do montante a ser pago, o cliente alterar a forma de pagamento para cartão, mas a venda já estaria registrada como dinheiro.

Considerando as alegações apresentadas nas razões de defesa, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à ASTEC para que Auditor Fiscal estranho ao feito intimasse o autuado a apresentar demonstrativo referente aos boletos das operações com cartões de crédito ou de débito e correspondentes Notas Fiscais ou Cupons Fiscais emitidos e confrontasse o mencionado demonstrativo com os documentos originais do autuado, fazendo as exclusões em relação aos documentos apresentados pelo defendente, que comprovem a efetiva existência de documentação fiscal correspondente à venda efetuada com cartão de crédito ou de débito, de acordo com as correspondentes datas e valores. Também foi solicitado que o diligente intimasse o autuado a apresentar o demonstrativo da proporcionalidade das entradas de mercadorias tributáveis, isentas ou não tributáveis e mercadorias sujeitas à substituição tributária, e que fosse aplicada a determinação contida na Instrução Normativa 56/2007.

Entretanto, não foi possível atender ao solicitado, tendo em vista que de acordo com o PARECER ASTEC Nº 237/2010 (fls. 353/354 do PAF) foram exauridas todas as possibilidades de contato com o autuado sem êxito. O diligente disse que conseguiu um contato com o Sr. Raimundo, Contador, que informou que o autuado mudou-se para local desconhecido e que foi constatado que no endereço funciona o estabelecimento E DOS SANTOS DE ITABUNA, Inscrição Estadual 56.351.767.

Assim, não foi acostada aos autos qualquer comprovação das alegações defensivas, nos termos do art. 123 do RPAF/BA, e não foi possível realizar a diligência encaminhada por esta JJF.

Vale salientar, que o art. 167 do RICMS/BA estabelece os procedimentos que devem ser adotados pelo contribuinte que encerrar suas atividades, estando previsto no § 3º deste mesmo artigo, que o contribuinte deve indicar no pedido de baixa o local em que serão mantidos o estoque de mercadorias, os bens e os livros e documentos fiscais referentes ao estabelecimento, e não é

razoável que o órgão julgador fique aguardando o contribuinte comprovar o que alegou a qualquer tempo, inclusive, porque se deve cumprir os prazos processuais.

Quanto ao argumento do autuado de que não deixou de informar na DME o total de suas vendas, tendo recolhido o imposto sobre o valor declarado, que supera em muito o informado pelas administradoras de cartões, observo que não se trata de comparar todas as vendas efetuadas com o montante das operações realizadas por meio de cartões de crédito/débito, e sim, o confronto entre o total de vendas efetuadas pelo contribuinte, de acordo com os documentos fiscais emitidos e os correspondentes valores dos cartões de crédito/débito, fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito. Ademais, as administradoras não teriam como informar outras operações além daquelas realizadas com cartões de crédito ou de débito.

Considerando que se trata de contribuinte inscrito na condição de Empresa de Pequeno Porte, enquadrado no SIMBAHIA, e sendo apurado o imposto exigido decorrente de entradas de mercadorias não registradas, a legislação prevê a perda do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração. Neste caso, a exigibilidade do tributo foi efetuada considerando a alíquota normal, de 17%, e sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito foi aplicada a dedução de 8% a título de crédito fiscal presumido, de acordo com o previsto no § 1º, do art. 19, da Lei 7.357/98, alterada pela Lei 8.534/2002.

Assim, acatando os valores apurados no levantamento fiscal, concluo pela subsistência deste item do presente lançamento.

Face ao 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 nº 232943.0006/08-8, lavrado contra **ISAAC ANDRADE MATOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$12.721,00**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de julho de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA