

A. I. N° - 180460.0011/09-6
AUTUADO - SUPERMERCADOS RONDELLI LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ FERREIRA FILHO
ORIGEM - INFRAZ ILHÉUS
INTERNET - 29.09.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0255-04/11

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE SAÍDAS. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. Ilícito tributário reconhecido pelo autuado. Infração mantida. 2. EMISSOR DE CUPOM FISCAL. FALTA DE PEDIDO DE CESSAÇÃO DE USO. EQUIPAMENTOS ENCONTRADOS FORA DO ESTABELECIMENTO. MULTA. Legítima a aplicação da penalidade ao contribuinte que não solicitar cessação de uso de equipamento de controle fiscal com impossibilidade técnica de utilização por mais de 120 (cento e vinte) dias, ou que esteja tecnicamente impossibilitado de emitir o documento “*Leitura da Memória Fiscal*”, ou de exportar os dados da memória fiscal ou da memória de fita-detache para arquivo eletrônico, aplicada a penalidade por cada equipamento. Afastada a exigência relativa ao ECF que se encontrava na posse desta Secretaria. Re-enquadramento da multa para o art. 42, XIII-A, “c” da Lei nº 7.014/96. Infração parcialmente elidida. 3. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELAS ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos das informações prestadas 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 mesmo a prova da improcedência da presunção (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02). Infração parcialmente elidida após a revisão fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado no dia 29/09/2009 e exige ICMS, além de multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor histórico de R\$ 187.148,96, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades.

Infração 01 - Falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do imposto referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Está consignado que não foram lançadas na escrita as quantias constantes do equipamento emissor de cupons fiscais (ECF), relativas ao dia 02/01/2008. Valor lançado de R\$ 238,22 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 - Utilização irregular de diversos ECF, equipamentos impossibilitados de emitir o documento denominado “*Leitura da Memória Fiscal*”, tendo-se efetuado a verificação das memórias dos mesmos. Consta que não foram levadas a efeito as cessações de uso dos ECF URANO 70689A (CAIXA 01), 70698 (CAIXA 02), 70710 (CAIXA 05) e 80149 (CAIXA 08), todos encontrados fora do estabelecimento e sem registros há mais de dois anos. Multa de R\$ 55.200,00, prevista no art. 42, XV, “c” da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – Presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas através de cartões, em valores inferiores aos fornecidos por instituições financeiras ou administradoras (01/2007 a 07/2008). Valor lançado de R\$ 131.710,74 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.

Os documentos relativos ao início da ação fiscal (termo de início de fiscalização e intimação) encontram-se às fls. 72/73. À fl. 84 foi juntado recibo do Relatório Diário de Operações TEF.

Na defesa apresentada, de fls. 92 a 109, após descrever os ilícitos tributários de que é acusado, o autuado informa que não impugna a infração 01, embora registre que resultou de um mero equívoco, sem intenção de causar prejuízo ao Erário Público.

No que respeita à segunda infração, aduz que um dos equipamentos foi objeto de apreensão pela Secretaria da Fazenda e há muito tempo está em poder deste órgão, conforme documento apensado aos autos (de número 02). Dessa forma, a impossibilidade de emissão decorre da apreensão, em razão de que o ato infracional não resta caracterizado.

Os demais emissores de cupons fiscais estavam fora do estabelecimento por motivo de intervenção técnica junto a uma empresa devidamente credenciada, de acordo com o documento 03, também apensado ao processo.

Em virtude dos fatos acima alegados, no seu entendimento, não teria como providenciar a “*baixa ou promover a cessação de uso de ECF apreendido pelo próprio Estado e de ECFs que se encontravam na posse da empresa credenciada pelo Estado (...)*”.

Transcrevendo jurisprudência, observa que, apesar de não terem sido providenciadas as baixas (cessações de uso), disso não resultou qualquer prejuízo à Fazenda Estadual. Assim, reputa a multa aplicada de confiscatória, pois fere o art. 5º, *caput* e inciso XXII c/c art. 150, inciso IV da Constituição Federal. Requer a sua exclusão (fl. 100, “*fine*”).

Quanto à infração 03, pondera que houve erros de cálculo nos demonstrativos elaborados pelo auditor fiscal, pois, por intermédio da simples aplicação da alíquota de 17% sobre as diferenças tributáveis são alcançadas quantias de imposto devido inferiores às consignadas nas planilhas fiscais e lançadas no Auto de Infração (fls. 21/22), o que afirma fundamentado no levantamento de fl. 102.

Assevera também que não cometeu a citada infração, cuja nulidade requer (fls. 102/103).

No mérito dessa imputação, afirma que está autorizado por esta Secretaria a usar sistema eletrônico de processamento de dados para controle de registros fiscais e contábeis, bem como a fazer uso de equipamentos emissores de cupons fiscais (ECF).

A cada compra, o software do ECF exibe as modalidades possíveis de pagamento ao operador de caixa com seus respectivos códigos, que seleciona aquela escolhida pelo consumidor. Por questões do que denominou de “*parametrização dos softwares e dos ECF*”, pode ocorrer que uma venda com cartão seja a operação número 05 em um equipamento e a número 06 em outro, equívoco que é possível acontecer em função dos fatores que citou na fl. 104 (itens “a” e “b”), mas que, no entanto, não implica em omissão de saídas.

Em seguida, informa que recebeu, ao fim da auditoria, algumas planilhas em mídia CD que identificam, uma a uma, todas as vendas que realizou com cartão. Já que se pode constatar nas bobinas dos ECF cada operação informada pelas administradoras, deixa as mesmas à disposição do fisco, uma vez que não é razoável trazê-las ao PAF, em função da quantidade.

Anexa provas por amostragem. Por exemplo, nos documentos 04, 05, 06 e 07, conforme assevera, estariam todos os comprovantes relativos aos pagamentos de 01/05/2008 realizados por intermédio de cartão, inclusive os espelhos dos cupons fiscais, que o auditor considerou omitidos.

Colaciona também, no documento 08, mídia em CD que diz conter todos os cupons fiscais digitais emitidos por dia e por ECF dotados de “*uso interno de MFD*”, ou seja, de memória fiscal, com base em que, através de simples diligência, poder-se-á, nos seus dizeres, constatar a veracidade de suas alegações.

Por exemplo, dos cupons fiscais 076.814 (documento 09) e 059.372 (documento 10), impressos a partir de ECF com uso interno de MFD, constou que os pagamentos teriam se dado com ticket, equívoco gerado em virtude do que expôs, pois, em verdade, foram realizados através de cartões, conforme consta do relatório impresso pelo seu software de controle de ECF (documento 04), da relação extraída de planilha do fisco com pagamentos realizados mediante cartão informados pela Visanet e supostamente omitidos (documento 05), da relação extraída de planilha do fisco com pagamentos realizados mediante cartão informados pela Redecard e supostamente omitidos (documento 06), bem como dos respectivos espelhos de cupons fiscais – extraídos do seu próprio software de controle - onde assevera existir o registro de que as vendas acobertadas pelos cupons foram pagas através de cartões (documentos 07-A e 07-B).

Conclui requerendo a retificação dos equívocos demonstrados, a nulidade do Auto de Infração e a improcedência das infrações 02 e 03.

O autuante junta informação fiscal às fls. 237/238.

Quanto à apreensão efetuada pela Sefaz, que confirma, pergunta o motivo pelo qual tal fato não lhe foi informado quando da execução dos trabalhos de auditoria, período em que manteve diversos contatos com pessoas dos quadros da sociedade empresária.

Nessa linha de raciocínio, questiona como se pode explicar que um aparelho, 70710 (CAIXA 05), esteja em dois lugares ao mesmo tempo. Isso porque o impugnante alega que se encontraria na SEFAZ (fls. 114/115), enquanto a empresa credenciada declara estar no seu estabelecimento, impossibilitada de “*solicitar a cessação*” (fl. 16). Volta a perguntar: “*onde está a verdade*”?

Relativamente à infração 03, ratificando o método aplicado para obter o índice de proporcionalidade (fl. 238, 2º parágrafo), acata o demonstrativo de fl. 102, elaborado pelo sujeito passivo, mas diz desconhecer softwares de processamento de dados destinados ao controle de registros fiscais e contábeis pela SEFAZ. No seu entender, com fundamento no art. 824-D do RICMS/97, o que ocorre é a homologação do software básico.

Intimado (fls. 239 a 241), o contribuinte se manifesta às fls. 243 a 247.

Aduz a tempestividade da peça e, no que atina à infração 02, repetindo os argumentos acima expostos, manifesta surpresa com as alegações do auditor fiscal, de que os seus prepostos teriam dito que os equipamentos estariam ora com o Estado, ora sob intervenção técnica. O autuante foi informado, sim, que as máquinas não estavam no estabelecimento, tanto que consignou no corpo do Auto de Infração a localização fora do mesmo, muito embora em nenhum momento tenha questionado as causas dessa situação.

Com relação à infração 03, destaca ter informado à autoridade fiscal a inexistência de ilícito, mas este, no afã de encerrar a fiscalização, ao invés de apurar a verdade material, afirmou que efetuariam a autuação e que o defendente deveria expor as suas razões na defesa.

Coloca-se à disposição para eventual diligência e reitera os pedidos da impugnação.

Às fls. 251/252 foram colacionados comprovantes de pagamento parcial.

Conforme documento de fls. 260/261, na pauta de 28/10/2010 a 4ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal – decidiu converter o feito em diligência, para que autoridade estranha ao feito intimasse o sujeito passivo a apresentar documentos fiscais nos quais existisse correspondência de valores e datas com aqueles (as) informados (as) no Relatório Diário de Operações TEF, pelas administradoras.

De acordo com as informações de fls. 264 a 267, de responsabilidade da auditora fiscal Belanísia Maria Amaral dos Santos, com o fim de cumprir o quanto solicitado, a sociedade empresária foi intimada no dia 04/01/2011, pela também auditora Irlene Erci Lino.

Foram apresentadas duas planilhas, uma sintética, com as vendas totais diárias, e outra analítica, nas quais estão discriminadas as vendas efetuadas através de cartões, vinculando-as a cada equipamento emissor, com as respectivas datas e horas.

Ao analisar as sobreditas planilhas, em cotejo com as memórias MFD das impressoras térmicas, constatou as descrições de vendas em ECF designadas na primeira tabela da fl. 265. Segundo reporta, as informações do autuado não condizem com as descrições dos meios de pagamento das reduções Z, constantes das memórias MFD. Verifica que o impugnante trouxe planilhas *“com as descrições de Vasilhame (Finalizador/código 08), Ticket (Finalizador/código 08) como sendo vendas com cartão de crédito/débito. Na memória da impressora, a cada venda com cartão, logo em seguida vem o cupom identificador da operadora (Ex. Visa, Redecard, Mastercard...), enquanto que a cada venda com descrição Ticket ou Vasilhame não há identificação de operadora de cartão”*.

Ratifica o entendimento do autuante, pois, a seu ver, os levantamentos de fls. 21/22 estão de acordo com os documentos apresentados (reduções Z do período fiscalizado) e o acatamento do demonstrativo de fl. 102 foi pertinente.

Mais uma vez intimado (fls. 326 a 330), o autuado se manifesta às fls. 339 a 346. Reiterando as alegações atinentes à segunda infração, ressalta a importância da verdade material no processo administrativo fiscal.

Prossegue alegando que a diligente incorreu nos mesmos equívocos do autuante, decorrentes da singela leitura das reduções Z, sem levar em conta as informações prestadas na defesa, que transcreve, nos mesmos termos, às fls. 341 a 346, repetindo, ao fim, os pedidos já apresentados.

O autuante após ciência no verso da fl. 357.

VOTO

Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu os ilícitos tributários, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicou o embasamento jurídico.

Igualmente, não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos argumentos abordados nas peças de defesa e de informação fiscal, na conversão do PAF em diligência e nas diversas manifestações do sujeito passivo.

Fica, por conseguinte, rejeitada a preliminar de nulidade.

A infração 01 foi expressamente acatada pelo impugnante. Assim, com fundamento no art. 140 do RPAF/99, a mesma não terá o mérito apreciado neste julgamento.

Infração mantida.

Nego o pedido de exclusão da penalidade por descumprimento de obrigação acessória da infração 02, pois verifico que não estão delineados nem demonstrados os requisitos do art. 158 do RPAF/99. No que se refere ao alegado caráter de confisco, registro que a apreciação de constitucionalidade de dispositivos da legislação estadual não faz parte da atribuição legal deste órgão, de acordo com o art. 167, I do RPAF/99.

A alínea "c", do inciso XV do art. 42 da Lei nº 7.014/96, tomada como supedâneo jurídico da lavratura da infração 02 (campo *“Multa aplicada”*), foi revogada pela Lei nº 7.667, de 14/06/2000, publicada no Diário Oficial do Estado no dia 15/06/2000, com efeitos a partir dessa mesma data.

O texto original, cuja vigência cessou no dia 14/06/2000, estatuiu multa de R\$ 460,00 “nas hipóteses de violação do lacre do totalizador de máquina registradora, terminal ponto de venda (PDV) ou qualquer equipamento emissor de cupom fiscal (ECF), de sua utilização não autorizada ou outra utilização irregular de tais máquinas ou equipamentos na emissão de documentos fiscais ou para emissão de cupons fiscais em substituição à emissão de documentos fiscais, acrescida esta penalidade do valor de 2 (duas) Unidades Padrão Fiscal (UPF-BA) por cada máquina ou equipamento em uso irregular, sem prejuízo da aplicação da penalidade prevista na alínea “j” do inciso IV, quando constatada a sonegação do imposto”.

Entretanto, isso não implica em irregularidade no procedimento, pois a redação atual do inciso XIII-A do caput do art. 42, dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/2007, publicada no Diário Oficial do Estado de 28/11/2007, estabelece, no inciso “c”, a penalidade 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 (cento e vinte) dias, ou que esteja tecnicamente impossibilitado de emitir o documento “*Leitura da Memória Fiscal*”, ou de exportar os dados da memória fiscal ou da memória de fita-detache para arquivo eletrônico, aplicada a penalidade por cada equipamento.

Portanto, a multa deve ser re-enquadrada para o art. 42, XIII-A, “c” da Lei nº 7.014/1996.

No mérito, através do Termo de Apreensão de fl. 114, o defendente comprovou que – de fato – um dos quatro equipamentos que foram objeto da autuação estava em poder desta Secretaria da Fazenda, o que não foi contestado pelo autuante, visto que, fugindo ao escopo e à finalidade das informações fiscais, apenas perguntou o motivo de tal fato não lhe ter sido comunicado quando da auditoria. Ora, com o máximo respeito ao trabalho da autoridade fiscal, entendo que, conforme o próprio nome da peça está a mostrar, a oportunidade e o dever são de informar, e não de perguntar.

Os documentos concernentes às outras máquinas juntados pelo contribuinte ao processo, por exemplo, os de fls. 26 e 27, nada provam, visto que são meras declarações unilaterais não datadas e, portanto, destituídas de valor legal ou probatório.

De acordo com o art. 684 do RICMS/97, o usuário de sistema eletrônico de processamento de dados para emissão de documentos fiscais e / ou escrituração de livros fiscais (SEPD) comunicará o uso, a alteração do uso ou a cessação, por meio eletrônico, na página disponibilizada no endereço sítio da Internet da Sefaz, informando o livro ou o documento a ser utilizado, alterado ou cessado; a identificação do responsável pelo software; o sistema operacional; a identificação e o endereço do estabelecimento onde se localiza a unidade central de processamento (UCP) etc. Não encontrei nos autos elementos que demonstrassem o cumprimento dessa norma regulamentar.

Por isso, mantenho a exigência em relação a três das quatro máquinas, em virtude de que a infração 02 deve ser modificada de R\$ 55.200,00 para R\$ 41.400,00.

Infração parcialmente elidida.

A terceira imputação decorre da presunção estabelecida no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96. Assim sendo, o ônus da prova resta invertido, e o único modo de o autuado elidir a acusação é apresentar cupons fiscais que guardem correspondência de valores e datas com as informações, prestadas pelas administradoras, constantes do Relatório Diário de Operações TEF.

Não surtem qualquer efeito jurídico as alegações defensivas atinentes à “*parametrização dos softwares e dos ECF*”, equívocos no registro das formas de pagamentos etc. Através da diligência, em observância aos princípios encartados no art. 2º do RPAF/99, foi oferecida ao contribuinte a oportunidade de contrastar a acusação, apresentando elementos de prova com as características acima mencionadas, mas este não o fez.

Há um manifesto equívoco no cálculo do tributo devido no levantamento de fls. 21 e 22, observado entre as colunas “*Diferença c/ Abat. Proporc.*” e “*ICMS 17%*”, ou seja, a alíquota não foi corretamente aplicada. Em alguns meses, o percentual foi aplicado sobre a coluna “*Diferença*

Base Calc.”, quando o correto seria sobre “*Diferença com Abat. Proporc.*”.

O autuante e a diligente reconheceram o erro e acolheram a planilha de fl. 102.

A declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos das informações prestadas 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 mesmo a prova da improcedência da presunção (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02).

Acato o demonstrativo de fl. 102, elaborado pelo sujeito passivo, de modo que o imposto lançado na infração 03 seja reduzido de R\$ 131.710,74 para R\$ 51.605,37 (R\$30.858,89 + R\$ 20.746,48).

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no montante de R\$ 93.243,59, devendo ser homologado os valores já pagos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **180460.0011/09-6**, lavrado contra **SUPERMERCADOS RONDELLI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 51.843,59**, acrescido da multa 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 41.400,00**, prevista no art. 42, XIII-A, “c” da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei 9.837/05, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de setembro de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR