

A. I. N° - 298948.0003/12-2
AUTUADO - DEIB OTOCH S.A. (ESPLANADA BRASIL S/A.)
AUTUANTE - PAULO ROBERTO CAMPOS MATOS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 12/12/2016

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0204-01/16

EMENTA: ICMS. 1. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Legalmente presume-se ocorrida operação tributável sem pagamento do imposto quando os valores de vendas forem inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, o que não ocorreu, no presente caso. O argumento defensivo de que as vendas declaradas na Redução Z (ECF) ou na DMA - Declaração e Apuração Mensal do ICMS estão em montante superior que o informado por administradoras dos cartões não elide a presunção. Constam em tais declarações a totalidade das operações, cujo pagamento foi feito mediante diversos meios, tais como: cartões, cheques, moeda, faturamento ou outros meios, que, isoladamente, não provam que tais operações se referem àquelas informadas por administradoras dos cartões. Infração caracterizada. **2. EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). FALTA DE APRESENTAÇÃO DO ECF.** Os equipamentos habilitados não foram cessados, conforme a legislação, em sua totalidade. Mantido o valor da multa exigida inicialmente (a menor) sobre os 54 equipamentos, cujo pedido de cessação não foi apresentado. Multa por descumprimento de obrigação acessória subsistente em parte. Rejeitadas as nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 28/09/2012 para constituir crédito tributário, no valor de R\$ 2.342.922,64 relativo aos exercícios de 2009 a 2011, em razão das irregularidades a seguir descritas:

INFRAÇÃO 1 – Omissão da saída de mercadorias tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora dos cartões, nos períodos de janeiro/dezembro 09, janeiro/dezembro 2010 e janeiro/dezembro 2011. Valor de R\$2.016.322,64 e multa de 70% e 100%.

INFRAÇÃO 2 – Deixou de solicitar a 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 de memória fiscal) ou de exportar os dados da memória fiscal ou da memória de fita-detelhe para arquivo eletrônico. Aplicada penalidade por cada equipamento. Multa de R\$ 326.000,00.

O autuado apresenta impugnação às fls. 34 a 57; preliminarmente, se identifica como uma sociedade empresarial nordestina dedicada ao comércio varejista de vestuário, com mais de 40 Lojas de Departamentos espalhadas pelo Brasil e responsável por mais de 1000 empregos diretos e que a autuação que lhe foi imposta é nula, pois o procedimento de fiscalização ultrapassou o prazo de 90 dias para a sua conclusão, nos termos do artigo 28 do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal) – RPAF BA.

Explica que no âmbito da atividade fiscal, impõe-se a vinculação da autoridade administrativa à lei, sob pena de responsabilidade funcional e nulidade dos atos praticados, nos termos do art. 142 do CTN e o RPAF BA (art. 28, §1º), ciente do seu dever à legalidade, estabelece o prazo de 90 dias para conclusão do procedimento fiscal. Aduz que, no caso em concreto, a impugnante foi intimada no dia 15/06/2012, através de AR, do Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, contudo, a intimação do Termo de Encerramento de Fiscalização só se deu em 24/01/2013, quase 5 (cinco) meses depois. Conclui que a extrapolação do prazo para encerramento de fiscalização, sem a prorrogação mediante comunicação escrita (art. 28, §1º, RPAF BA), acarreta a nulidade do auto de infração, ora impugnado.

Argumenta que a infração 1 decorre da suposta omissão de saídas entre 01/2009 e 12/2011, presumida em razão dos valores de vendas declarados pelos contribuintes terem sido inferiores aos informados por administradoras de cartão de crédito ou débito, contudo, as declarações transmitidas nesse período apresentaram vendas em montantes superiores aos informados instituições financeiras; em relação às competências de 02/2010 a 12/2011, o equívoco da autoridade fiscal decorre da não compreensão da operação societária que culminou na sucessão de todos direitos e obrigações da impugnante pela ESPLANADA BRASIL S.A. (CNPJ 10.238.042/0039-91), que assumiu os contratos da impugnante junto às administradoras de cartão de crédito e declarou vendas em montantes superiores aos informados por essas empresas.

Resume que em todo período da autuação foram apresentadas declarações de venda em montantes superiores aos informados pelas administradoras de cartão de crédito, seja pela impugnante ou pela sua sucessora, impossibilitando, assim, a presunção de omissão de saídas.

Relata a reorganização societária do grupo econômico de que faz parte, culminando com a sucessão pela Esplanada Brasil S/A, ficando como sócia fundadora a própria autuada (DOC 04 – Ata da Assembléia Geral de Constituição). Nesse modelo, a DEIB OTOCH S.A. integralizou no capital social da ESPLANADA BRASIL S.A. todo o seu acervo patrimonial (estoques, equipamentos, ativos, carteira de clientes, créditos a receber, funcionários) em troca de ações desta empresa. Diz que a sucessora assume as atividades a partir da Ata da Assembléia Geral Extraordinária realizada no dia 01/09/2008 (DOC. 05) e à medida que foram sendo abertas filiais da ESPLANADA BRASIL S.A., foram requeridas as baixas das respectivas filiais da DEIB OTOCH S.A., com a transferência das operações comerciais desta empresa para aquela.

Na Bahia, as atividades comerciais passaram a ser desenvolvidas pela ESPLANADA BRASIL S.A. em 02/2010, após a sua habilitação perante à SEFAZ, conforme o quadro abaixo:

| <i>ATÉ 01/2010</i> | | <i>A PARTIR DE 02/2010</i> | |
|---------------------------|-------------------|------------------------------|-------------------|
| <i>DEIB OTOCH S.A.</i> | | <i>ESPLANADA BRASIL S.A.</i> | |
| <i>CNPJ</i> | <i>I.E.</i> | <i>CNPJ</i> | <i>I.E.</i> |
| <i>04.735.457/0014-10</i> | <i>24.656.142</i> | <i>10.238.042/0039-91</i> | <i>85.153.080</i> |

Diz que a própria SEFAZ/BA habilitou a ESPLANADA BRASIL S.A. no mesmo endereço da autuada, o que pode ser contatado em diligência local. A partir de tal data, a autuada passou a apresentar declarações sem movimento e a ESPLANADA BRASIL S.A. (CNPJ 10.238.042/0039-91), que vinha apresentando declarações sem movimento, passou a informar a ocorrência de vendas. Claro que as informações prestadas pelas empresas de cartão de crédito, a partir de 02/10 referiam-se às vendas realizadas pela ESPLANADA BRASIL S.A. e não pela impugnante, o que deve ser levado em conta para fins da aludida presunção de omissão de saídas.

Afirma ainda que no período compreendido entre 01/2009 a 01/2010, diante do exposto no art. 4º, § 4º, VI, 'b' da Lei nº 7.014/96, que admite a presunção da ocorrência da omissão de saídas na hipótese das declarações de vendas do contribuinte em valores inferiores às informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito, conclui que, a *contrarii sensu*, nos casos em que a declaração de venda apresentada pelo contribuinte contenha valores superiores aos apresentados pelas administradoras de cartão de créditos não poderá haver presunção de omissão de saídas. Discorre sobre a Declaração e Apuração Mensal de ICMS (art. 255, RICMS/BA) para deduzir que, apenas nos casos em que os valores das vendas contidos na DMA tenham sido menores do que o montante de venda informado pelas administradoras de cartão de crédito é que se admitirá a presunção de omissão de saídas.

Alega que, no caso em concreto, o fiscal simplesmente comparou os valores declarados pelas administradoras de cartão de crédito e presumiu a ocorrência de omissão ante a falta de informações acerca das vendas de cartão de crédito/débitos nas "Reduções Z" da companhia, procedimento que, entende, não encontra respaldo legal, visto que não há nenhum normativo legal que obrigue a empresa a fazer a discriminação da modalidade de venda nas Reduções Z, o que torna impossível a atuação fiscal com base em tão somente esta informação, ademais, o dispositivo mencionado é claro em tomar a declaração do contribuinte como marco para comparação com as informações das administradoras de cartão de crédito. Diz que transmitiu as DMA s de 01/2009 / 01/2010 apresentando o valor das saídas em conformidade com os seus Mapa Resumo, livros Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS (DOC. 06 – CD ROM).

Assevera que os valores declarados nas DMA (CFOP 5.102) foram sempre maiores que aqueles informados pelas administradoras de cartão de crédito. Transcreve os valores em desde janeiro de 2009 até janeiro de 2010. Diz que tais pagamentos foram retirados do sistema da SEFAZ (DOC 07) e a exigência é improcedente.

Para o período compreendido entre 02/2010 a 12/2011, diz que devem ser consideradas as declarações prestadas por ESPLANADA BRASIL S/A e não pelo contribuinte autuado. Aduz que as informações das administradoras de cartão de crédito somente permaneceram sendo informadas como se as vendas estivessem ocorrendo pela autuada por mera desatualização cadastral e que a sucessora transmitiu DMA com o valor das saídas em conformidade com os Mapas Resumo, livros Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS de 02/2010 a 12/2011 (DOC 08).

Transcreve também os valores apurados e declarados pela ESPLANADA BRASIL S.A e aqueles informados pelas administradoras de cartão de crédito (fevereiro de 2010 até dezembro de 2011). Diz que os valores declarados ao fisco através de DMA (CFOP 5.102) foram sempre maiores e retirados do Sistema da SEFAZ e que também não procede o auto de infração, no período entre 02/2010 e 12/2011 (DOC 09).

Com relação à multa por não cessação de uso de equipamento de controle fiscal, alega que a autuação é nula, pois não possibilita a realização de qualquer defesa, uma vez que não fica claro em qual das infrações elencadas no art. 42, XIII-A, 'c', 1, 1.1 da Lei nº 7.014/96 incorreu. Diz que não se esclarece os motivos de imposição da multa (cessação de uso em): 1 - impossibilidade técnica de uso; 2 - impossibilidade de emissão o documento "Leitura da Memória Fiscal"; ou 3 – impossibilidade de exportação dos dados da Memória Fiscal ou da Memória de Fita-detelhe para arquivo eletrônico.

Argumenta que o relatório fornecido pela fiscalização não permite a perfeita identificação dos ECF s, pois o número de fabricação desses equipamentos não é inteiramente mostrado, impedindo que se apresente os pedidos de cessação de uso para os equipamentos corretos; não é informada a data em que teria surgido o dever de requerer o pedido de cessação de uso, impedindo que se analise a decadência do lançamento da multa tributária.

Observa que constam no relatório fiscal ECF,s habilitados para uso em 1997, 2000 e 2005, já tendo ultrapassado o prazo decadencial para lançamento de multa em relação àqueles cuja cessação de uso deveria ter ocorrido há mais de 5 (cinco) anos. Ressalta a improcedência da infração, pois,

em 04/03/2010, a impugnante requereu a cessação de uso de os equipamentos que utilizava, de acordo com os atestados de intervenção em anexo (DOC 10).

Diz, por fim, que a autuação é nula por impossibilitar a ampla defesa, ou improcedente em razão de já terem sido apresentados os pedidos de cessação para todos os ECF,s que utilizava. Nesse sentido, transcreve o art. 5º da Constituição Federal de 1988, que alçou as garantias de índole processual (o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa) ao posto de garantias fundamentais; o artigo 18 do RPAF BA (Decreto nº 7.629/99), reclamando que tão somente pela transcrição do art. 42, XIII-A, 'c', 1, 1.1. da Lei nº 7.014/96, não é possível identificar em qual daquelas situações, afinal, desencadeou a autuação da impugnante ou em que data surgiu para o contribuinte o dever de requerer o pedido de cessação de uso, impedindo que se analise a decadência do lançamento da multa tributária.

Defende que somente através de uma descrição clara dos fatos que levaram a autuação é que poderá o contribuinte se defender plenamente na via administrativa ou judicial. Diz que também o relatório não permite a perfeita identificação dos ECF s. Lembra que, nos termos do art. 115 do CTN, o fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que impõe a prática de ato que não configure a obrigação principal e que o prazo para lançamento das multas fiscais não é infinito, sendo regido pelo art. 173, I do CTN.

Assinala que conforme previsto no art. 824-H do RICMS/BA, o contribuinte deverá solicitar a cessação de uso através da internet, ocasião em que a empresa credenciada fará a intervenção necessária e, em até 10 (dez) dias após a intervenção comunicará a cessação de uso junto à SEFAZ/BA. O art. 824-K do RICMS/BA prevê que se considera cessado o uso de equipamento depois da remoção de lacre anteriormente colocado (a); desprogramação da Memória de Trabalho do ECF (b); remoção da Memória de Fita-detache do ECF, se possível (c); informação dos dados referentes à intervenção técnica de cessação no "Sistema Emissor de Cupom Fiscal (d)". Diz que tais procedimentos são adotados pela empresa credenciada.

Diz que requereu a cessação de uso de todos os ECF s utilizados pela impugnante; que anexou aos autos os atestados de intervenção de vários deles (DOC 10). Diz ainda que, conforme os aludidos atestados comprovam, Os ECF foram cessados, nos termos do art. 824-K do RICMS/BA, podendo haver, no máximo, alguma falta de comunicação da empresa credenciada junto à SEFAZ/BA, nos termos do art. 824-H, § 4º do RICMS/BA. Conclui que, diante a falta da plena identificação dos ECF,s, a autoridade fiscal entendeu não terem sido cessados; e o que restou à impugnante foi juntar aos presentes autos todos os atestados de intervenção de cessação de uso encontrados, sendo certo que a empresa requereu a cessação de uso de todos os equipamentos que estavam habilitados em seu favor, revelando-se a improcedência da autuação.

Reitera o pedido de nulidade, a improcedência da infração 1, o reconhecimento da prescrição da aplicação de penalidade em relação, aos ECF s, cuja cessação de uso deveria ter sido requerida há mais de 5 anos e improcedência da infração ante a cessação de uso de todos os ECF s em uso pela impugnante em 14/3/2010, conforme os atestados de intervenção de empresa credenciada.

A Informação Fiscal é prestada, fls. 133/134. Diz o Auditor que o autuado encerrou suas atividades e solicitou baixa em 14.06.2010, mas continuou exercendo atividade, inclusive com vendas em cartões até o final de 2011, sem a solicitar a cessação de uso de ECF. Quando da intimação de fiscalização do processo de Baixa da Inscrição (nº 484492/2010-6), a autuado não mais funcionava no local, o que motivou a intimação por AR.

Diz que a auditoria em cartões consiste em detalhada verificação nas notas fiscais emitidas e redução Z, mês a mês, as vendas do estabelecimento relativas às operações com cartão de débito ou de crédito, comparando com os valores informados pelas administradoras dos cartões. Constatou-se omissão de receita, apurou-se a Receita real do estabelecimento, através dos demonstrativos anexados aos autos.

Diz que o autuado não apresentou "redução z", nem nota fiscal de saída, implicando falta de

suporte para as vendas com cartões. Diz ainda que a falta de cessação de uso dos ECF elencados nas fls. 19/24 implicou penalidade prevista no art. 42 da Lei do ICMS. Ressalta que a Ordem de Serviço foi emitida em 07/12 para o trimestre julho/setembro e o auto de infração lavrado dentro do período fiscalizado. Ratificou as autuações procedidas.

O autuado anexa instrumento de Procuração, fl. 142/145.

Diante dos óbices apresentados para o julgamento da lide, o presente Auto de Infração foi convertido em diligência, na pauta suplementar (fls. 151/152).

Eis o teor do pedido de diligência:

Considerando a alegação defensiva que as declarações transmitidas (DMA) apresentaram vendas em montante superior ao informado pelas empresas administradoras dos cartões, no período 01/2009 a 01/2010; que o preposto fiscal não compreendeu a operação societária, no período seguinte, 02/2010 a 12/2011, que culminou na sucessão pela Esplanada Brasil (CNPJ 10.238.042/0039-91) e que a partir de 02/2010, as operações e as informações prestadas pelas empresas dos cartões referem-se às vendas realizadas pela Esplanada e não pela empresa autuada.

Na infração 2, sustenta que o relatório fornecido pela fiscalização não permite a identificação dos equipamentos Emissor de Cupom Fiscal - ECF,s pois, não foi informado o número de fabricação dos equipamentos, impedindo a apresentação correta dos pedidos de cessação de uso.

O Auditor Fiscal alegou que o contribuinte não apresentou reduções Z ou nota fiscal de saída que a substitua, implicando falta de suporte para as vendas com cartões; sobre a cessação de uso dos ECF,s, diz que a falta de tal providência implicou multa prevista no art. 42, XIII-A, Lei nº 7.014/96.

Diante desse quadro, o órgão julgador solicitou a investigação e emissão de Parecer conclusivo sobre a mudança societária da DEIB OTOCH S/A (CNPJ 04.735.457/0014-10), cuja atividade passou a ser exercida pela sucessora ESPLANADA BRASIL S/A (CNPJ 10.238.042/0039-91), a partir de 02/10; deve ainda ser esclarecido, efetivamente, se as operações com cartões de crédito, informadas pelas administradoras dos cartões de crédito e de débito, constantes dos Relatórios de Informações TEF (fls. 17 e 18) e cuja cópia fora entregue ao autuado (fl.31), foram as mesmas operações realizadas pela empresa sucessora;

Deve ainda ser intimado o autuado para apresentar comprovantes da redução Z constando o modo de pagamento “*cartão*”, além da emissão de documentos fiscais vinculados em valores e datas àqueles informados pelas administradoras dos cartões e constantes do relatório TEF por operações diárias. Tais provas devem ser consideradas no demonstrativo de débito. Assinalado no próprio pedido da diligência, que os valores constantes no DMA, isoladamente, não provam que as operações se referem aquelas informadas pelas empresas administradoras dos cartões.

Em relação à infração 2, o pedido é para que seja encaminhado ao autuado o relatório com os ECF,s que serviram de base para a exigência fiscal, com número e modelo de cada equipamento, de modo que possa identificá-los perfeitamente, permitindo a apresentação dos respectivos pedidos de cessação de uso.

O Parecer ASTEC 36/2014 (fls. 154/155) informou apenas que o autuado estava com a inscrição na situação “*inativo*”, não respondeu aos seus e-mails. Teceu algumas informações já constantes nos próprios sistemas da SEFAZ.

O autuado, através de advogado, apresentou considerações acerca da referida diligência (fls.189/201). Em primeiro lugar, pediu a nulidade da autuação, tendo em vista a extrapolação do prazo de 90 dias para conclusão do procedimento fiscal (art. 28, RPAF BA).

Em relação à infração 1, diz que a falta de apresentação dos documentos e demonstrativos decorreu de o diligenciador ter utilizado e-mail e telefone para intimar o impugnante, forma não prevista na legislação de processos.

Assevera que as informações na Redução Z apresentam as vendas com cartões em montante

superior aos declarados pelas administradoras dos cartões; diz ainda que a partir de 02/10 houve a sucessão pela Esplanada que continuou utilizando os ECF,s que eram, anteriormente, do autuado.

Em relação à infração 2, assente que deve se reconhecer a nulidade, pela falta de especificação sobre quais ECF,s teria havido descumprimento de obrigação acessória. Diz que os pedidos de cessação constam do DOC 10 (na primeira impugnação).

Insiste na nulidade dos autos pela extrapolação do prazo do art. 28, RPAF BA.; diz que deve ser feita nova intimação, conforme o art. 108, RPAF; reitera a impossibilidade de presunção diante da venda de cartões em montante superior aquele informado pela instituição dos cartões. Observa que no período de 11/2009, os pagamentos em cartões totalizaram R\$919.835,64 contra R\$600.778,55. Junta como provas arquivos magnéticos dos ECF,s (DOC 5), mapas resumos, livros fiscais (DOC 6).

Confirma a sucessão das suas atividades pela Esplanada Brasil (CNPJ 10.238.042/0039-91), a partir de 02/10 e que a sucessora continuou usando os seus ECF,s.

Com relação à infração 2, diz que o preposto da ASTEC juntou aos autos relatório com 74 ECF,s (fls. 165/170). Lembra que a multa aplicada por falta da cessação de ECF é de R\$13.800,00 por equipamento; dividindo-se o valor autuado pelo valor da multa chega-se ao número de 24 ECF,s, deduzindo que nem mesmo o diligente conseguiu identificar qual a origem da autuação.

Indaga, como poderá apresentar os pedidos de Cessação de uso para os equipamentos corretos ou mesmo apresentar contestação? Pede a nulidade da autuação, conforme art. 18 do RPAF BA.

Apresenta questões para serem respondidas em nova diligência. Pede nulidade ou improcedência dos autos.

O autuante concorda com o Parecer ASTEC 36/2014 (fl. 216).

Contudo, diante da permanência das lacunas para o julgamento da lide, o órgão julgador converte o processo em nova diligência (fls. 229/230), a fim da adoção de providências capazes de esclarecer as controvérsias, ainda existentes:

1. Reitera a intimação do contribuinte (conforme a legislação processual), para apresentar os documentos fiscais emitidos, em relação aos valores informados pelas administradoras dos cartões (período 01/2009 a 01/2010), conforme Relatórios TEF diário;
2. no período 02/2010 a 12/2011, deve ser feita criteriosa investigação, a fim de esclarecer se as operações com cartões de crédito, informadas pelas administradoras dos cartões, Relatórios TEF (fls. 17/18 e 31), correspondem as mesmas operações realizadas pela empresa sucessora, conforme é a alegação da defesa;
3. ressalta que o confronto dos valores constantes no relatório TEF com os valores nos comprovantes na redução Z deve ser, especificamente, os totais extraídos do modo de pagamento “cartão”, e não os valores das vendas que envolvam outros meios de pagamentos. Para os demais documentos fiscais, a vinculação deve ser feita considerando valores e datas, em confronto com aqueles informados pelas administradoras dos cartões. Ressalva que os valores constantes no DMA (Declaração e Apuração Mensal de ICMS) englobam vendas com pagamentos foram feitos através de diversos meios de pagamentos - cartões, cheques, moeda ou outro meio e, isoladamente, não provam que tais operações se referem aquelas informadas pelas empresas administradoras dos cartões;
4. deve ser ainda emitido Parecer conclusivo sobre a mudança societária da DEIB OTOCH S/A (CNPJ 04.735.457/0014-10), cuja atividade passou a ser exercida pela sucessora ESPLANADA BRASIL S/A (CNPJ 10.238.042/0039-91), a partir de 02/10;
5. Com relação à infração 2, deve ser encaminhado ao autuado o relatório com os ECF,s que serviram de base para a exigência fiscal, com número e modelo de cada equipamento, de modo que possa identificá-los perfeitamente, permitindo a apresentação dos respectivos pedidos de cessação de uso;

Exarado novo Parecer da ASTEC 30/2015 (fls. 235), a preposto fiscal diz que intimou o autuado, na pessoa do seu advogado, mas que parte da documentação não foi apresentada; diz que os documentos fiscais do período de 01/2009 a 01/2010 se referem à inscrição estadual 24.656.142 (do autuado), apesar de já constar o nome da sucessora, e Esplanada (fl. 97).

Informa que os dados a partir de 02/2010 são de Esplanada Brasil Ltda., inscrição 85.153.080, inclusa no cadastro em 22.12.2009, apesar de constar no cadastro da SEFAZ que a baixa de DEIB OTOCH (fls.99, 171 e 158/164). Os recolhimentos de ICMS nos meses de 02/2010 a 12/2011 constam dos extratos (fls. 101/108), confirmados no INC/SEFAZ (fls. 272/273).

Informa que verificou no livro Registro de Saída da DEIB OTOCH que foram recolhidos o ICMS dos meses 01/2009 a 01/2010 (fls. 249/259), com lançamentos através de cupons e notas fiscais, totalizando R\$1.410.147,01 (fl. 259), valor bem superior ao valor que foi autuado, lançado também no livro Registro de Apuração de ICMS (fl. 260). Destaca que os valores dos cupons fiscais são maiores que o total constante no TEF. Exemplifica: nos dias 02.01.2009 a 03.01.2009, as vendas com cartões somaram, respectivamente, R\$12.347,08 e R\$11.778,53, enquanto nos livros de saída, as vendas somaram R\$43.604,36 e R\$41.574,54.

Diz que examinou a Redução Z, por amostragem, em 10 dias do mês de janeiro de 2009 (fls. 292/327), constatando que não constam valores significativos no TEF. Apesar dos valores nos ECF.s no modo de pagamento "*dinheiro*" e "*cartão*" tais valores não constam no relatório TEF. Deduz que o autuado não procedeu corretamente o programa de automação comercial com o TEF nos equipamentos de cupons fiscais ou ocorreram falhas na rede de envio dos dados.

Diz também que os sócios (exceto Francisco Alves da Silva) são os mesmos nas duas inscrições (fls. 161v e 171v).

Com relação aos pedidos de Cessação de Uso dos ECF,s (fls. 110/129), 20 deles têm datas de 04.03.2010, que foram confrontadas com aquelas autorizadas pela SEFAZ (fls. 167/170 e 196).

Conclui que não ha falta de recolhimento do ICMS, no período de 01/2009 a 12/2011.

O autuado volta a se manifestar sobre o resultado da diligência. Com relação a infração 1, após o pronunciamento da diligenciadora, diz que se encontra desfeita a presunção de omissão de saída e pede a improcedência da autuação.

Em relação à infração 2, diz que fica claro, a partir do Parecer da ASTEC, que deverá ser excluída a multa relacionada a 20 ECF,s, para as quais houve a apresentação do correspondente documento de Cessação de Uso, diminuindo a multa aplicada em R\$276.000,00, o que resultaria na improcedência da infração.

Insiste na nulidade dos autos por conta da extrapolação do prazo de 90 dias para encerramento da fiscalização. Insiste na falta de identificação dos ECF,s passíveis de multa; sendo 74, o números dos equipamentos, a multa total seria de R\$1.021.200,00. Com tal contradição, não ode realizar com acerto, a sua defesa.

Conclui, pedindo a improcedência da infração 1, a nulidade da infração 2, ou que seja subtraído dessa infração, o valor de R\$276.000,00.

O Auditor Fiscal interveio nos autos (fls. 365/366), narra o procedimento fiscal, ressaltando que apesar do autuado pontuar que houve pagamento, sublinha que não emitiu notas fiscais de saídas ou cupons fiscais para venda com pagamento de cartões.

O Processo Administrativo Fiscal - PAF foi convertido numa terceira diligência (fls. 370/371), tendo em vista que o Parecer anterior da ASTEC nº 30/2015 (fls. 232/235) concluiu pela não existência da falta de pagamento do ICMS no confronto recebimentos com cartão (crédito/débito) X valores informados pelas administradoras de cartões (TEF operações diárias, fl.25).

1. O novo pedido sublinha que o autuado deve apresentar os documentos fiscais emitidos, em relação aos valores informados pelas administradoras dos cartões, alertando-o que não é

suficiente para elidir a presunção a simples alegação de que "*as declarações transmitidas apresentaram venda em montante superior aos informados pelas empresas administradoras dos cartões no período*". Ou ainda, que os valores extraídos da ECF (redução Z) a serem confrontados com os valores informados pelas administradoras de cartões (relatório TEF), devem ser aqueles constantes no "*modo de pagamento cartão*", além da emissão de documentos fiscais vinculados em valores e datas àqueles informados pelas administradoras dos cartões. Os valores constantes no DMA (Declaração e Apuração Mensal de ICMS) ou mesmo através do ECF implicam vendas, cujos pagamentos foram feitos através de diversos meios de pagamentos - cartões, cheques, moeda ou outro meio e, isoladamente, não provam que tais operações se referem aquelas informadas pelas empresas administradoras dos cartões.

2. Com relação à infração 2, é reiterado o pedido para que se encaminhe ao autuado o relatório com os ECF, s que serviram de base para a exigência fiscal, com número e modelo de cada equipamento, de modo que possa identificá-los perfeitamente, permitindo a apresentação dos respectivos pedidos de cessação de uso, esclarecendo o valor da multa aplicada, além da devida fundamentação legal, uma vez que a alegação defensiva é de CERCEAMENTO AO SEU DIREITO DE DEFESA.

A diligenciadora do ASTEC designada emite o Parecer nº 35/2016 (fls. 373/3750). Narra que intimou o autuado, através do seu advogado, que este apresentou uma mala grande contendo 4 meses de "reduções Z" e uma mídia CD (fl. 404) com tais arquivos, arguindo que toda a documentação é muito volumosa, o transporte e o armazenamento é difícil e custoso (fls. 396/397).

Reitera que nas "*diversas Reduções Z*" foram constatadas vendas por meio de cartões, que por motivos técnicos ou operacionais não constam registrados na TEF - diário. Diz que para comprovar foram anexadas cópias dessas reduções (405/444), constando os dados do autuado e a prova das vendas na modalidade "*cartão de crédito*".

No que refere a infração 02, informa que o autuante não identificou quais ECF,s foram multadas por falta de Cessação de Uso, constando nos autos uma relação de 71 ECF,s (fls. 19/24) e o autuado já tinha comprovado o pedido de cessação de 20 equipamentos.

Diz ainda que constam no "INC - Processos Tributários" duas consultas (fls. 485 e 486) sobre a possibilidade da continuação do uso dos equipamentos na sucessão/fusão/incorporação, demonstrando a intenção em reutilizar os ECF,s na empresa sucessora, Esplanada Brasil.

Concluiu que, como já informara, que a documentação é volumosa, o que impossibilita ao confronto do valores da redução Z x relatório TEF, a não ser por amostragem.

Consta às fls.396/397 manifestação do autuado em atendimento da intimação para a diligência supra referida. Reitera que o autuado foi sucedido por ESPLANADA BRASIL LOJAS DE DEPARTAMENTOS S.A, que acabou por entrar em Recuperação Judicial, que atualmente tramita perante a 1ª Vara de Recuperação de Empresas e Falência da Comarca de Fortaleza.

Informa que várias lojas já foram encerradas ou estão em procedimentos de baixa, por isso os arquivos foram remetidos para a sede do Grupo, em Fortaleza. Toda a documentação requerida implica 36 caixas, cujo transporte é difícil e custoso de ser realizado.

Resolveu atender a fiscalização entregando parte dessa documentação (DOC 2) que se junta aos documentos anteriores relativo a período 11/2009 (DOC 3), que já representa um grande acervo documental a ser analisada. Pede que a "perícia" ocorra de forma parcelada, de forma que se solicite documentos à medida que se encerre um anterior.

Diz que tal procedimento é melhor para as duas partes; em não sendo assim entendido, pede a prorrogação do prazo de entrega em 60 dias.

Intimado para conhecer do resultado da terceira diligência fiscal - Parecer ASTEC 35/2016 (fls. 496/503), o autuado, através dos seus advogados, volta a se manifestar nos autos, aduzindo que o processo já foi convertido duas vezes em diligências, que confirmou, em todos os termos, a

improcedência apontada na infração 1 e a nulidade da infração 2.

Reitera a arguição de nulidade do auto de infração pela extrapolação do prazo para encerramento da fiscalização. Com relação à infração 1, diz que na primeira perícia foi devidamente constatado que as declarações de venda da impugnante foram superiores aos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito, elidindo a presunção de omissão de venda. A perícia confirmou a ocorrência da sucessão empresarial, de modo que, a partir de 02/2010, a suposta omissão de vendas se tratou de mero desencontro entre as declarações das administradoras de cartão de crédito em nome DEIB OTOCH S.A. e as informações de vendas que foram apresentadas em nome de ESPLANADA BRASIL S.A.

Afirma que a segunda perícia foi mais além e confirmou que ESPLANADA BRASIL S.A. utilizou os ECF,s de DEIB OTOCH S.A. e que tal situação foi devidamente informada para a SEFAZ/BA.

Diz que em nova perícia, constatou-se que as vendas realizadas por meio de cartão foram devidamente registradas nas “Reduções Z” (fls. 405/444), mas, por algum motivo alheio a vontade do contribuinte tais vendas não foram informadas nas TEF – diário das administradoras do cartão de crédito.

Tal situação confirma que as vendas informadas nas “Reduções Z” eram superiores às informadas pela administradora de cartão de crédito, conforme fora demonstrado nas defesas anteriores da impugnante.

A infração 2 decorre da imposição da multa de R\$326.600,00, em decorrência da não solicitação de cessação de uso de equipamento de controle fiscal, com fulcro no art. 42, XIII-A, ‘c’, 1, 1.1. da Lei nº 7.014/96. Diz que desde as impugnações anteriores, tem afirmado a impossibilidade de saber quais eram os ECF,s que deveriam ter sido cessados e supostamente não foram, diante da inexistência de qualquer informação mais específica na autuação.

Assevera que a partir do novo relatório da "perita", fica clarividente que o Auto de Infração, no tocante a tal infração, é nulo, pois o seu lançamento foi realizado ferindo os princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, visto que não houve a descrição precisa da infração cometida, nem houve a identificação dos ECF,s que deveriam ter sido cessados.

Requer a nulidade de toda a autuação ante a extrapolação do prazo para encerramento da fiscalização, nos termos art. 28, §1º do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF); reconhecida a improcedência da infração 1 pelo desfazimento da presunção de omissão de saídas pela perícia; e o reconhecimento da nulidade na infração 2.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para constituir crédito tributário consubstanciado nas 02 infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, que serão o objeto da apreciação nas linhas procedentes.

Preliminarmente, reclama o sujeito passivo que é nula a presente autuação, sob o argumento que o procedimento fiscalização ultrapassou o prazo de 90 dias para a sua conclusão, determinado pelo artigo 28 do Decreto nº 7.629/1999 – RPAF BA.

O Auto de Infração em tela foi formalmente lavrado em obediência ao devido processo legal e na forma do art. 39, RPAF BA (Decreto 7.629/99), além do artigo 142, do Código Tributário Nacional - CTN. Não houve, no presente processo administrativo fiscal - PAF, qualquer lesão aos direitos do contribuinte, uma vez que revestido das formalidades legais, sem violação aos princípios que regem o direito administrativo, em particular, aos inerentes ao processo fiscal; quando houve necessidade de suprir lacunas existentes ou esclarecer pontos controversos, os autos foram convertidos em diligência fiscal, sendo entregues ao autuado as peças geradas do PAF e necessárias à sua defesa, que a exerceu amplamente, contraditando da forma que melhor lhe aprouve e em tantos momentos que entendeu necessários.

Não houve qualquer nulidade dos autos, em função de desatenção aos prazos processuais. A sustentação do autuado de intimação inicial em 15.06.2012, sendo intimado do encerramento de fiscalização somente em 24.01.2013, não ampara o seu pedido de nulidade. Antes, porque, o próprio autuado dificultou a sua localização, mesmo para a recepção das peças processuais inerentes ao presente processo, considerando que a baixa de sua inscrição estadual foi solicitada desde 14.06.2010 e os contatos somente foram possíveis através de Aviso de Recebimento dos Correios. Ademais, diante da presunção de omissão de receitas que lhe estava sendo imputada, construída na forma e no direito, como autoriza a lei, o comportamento esperado do sujeito passivo deveria ser de mais e melhor diligência, no atendimento à fiscalização e em trazer as provas das suas teses aos autos.

Depois, ainda que houvesse esgotado o prazo para conclusão da fiscalização sem prorrogação desse prazo ou o lançamento de ofício, isso não daria causa à nulidade dos autos; nessa hipótese, o sujeito passivo poderia exercer, sendo o caso, o seu direito à denúncia espontânea, nos termos do art. 28, §1º do RPAF BA, aprovado pelo Decreto Estadual nº 7.629/1999.

Sobre o pedido de decadência do direito de lançar as multas sobre o ECF,s que não foram cessados, melhor sorte não tem o sujeito passivo. A obrigação acessória tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, no interesse da arrecadação ou da fiscalização de tributos, e decorrem diretamente de lei, no interesse da administração tributária. Na hipótese, o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário é regido pelo art. 173, I, do CTN, tendo em vista tratar-se de lançamento de ofício, consoante a previsão do art. 149, CTN. Ausente a figura do lançamento por homologação, não há que se falar em incidência da regra do art. 150, § 4º, do CTN. Ou seja, nos casos de descumprimento de obrigação acessória, decai em cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, o direito da administração tributária constituir seus créditos.

A multa pela falta de cessação de uso de equipamento de controle fiscal com impossibilidade técnica de uso, somente poderia ser aplicada após a autoridade verificar a ocorrência do fato que implicou descumprimento obrigação acessória. O autuado comunicou o encerramento da sua atividade em 14.06.2010 e até 28.09.2012, data da lavratura do Auto de Infração, não tinha comunicado a cessação dos seus equipamentos para uso na sucessora.

Não há falar, por óbvio, em decadência da obrigação acessória, na infração 02 do presente Auto de Infração. Adentro nas questões substanciais.

No mérito, a infração 1 acusa o autuado de omissão de saída de mercadorias tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora dos cartões.

Nas razões, o sujeito passivo argumenta que a infração decorre da suposta omissão de saídas, no período da autuação, presumida em razão dos valores de vendas declarados pelos contribuintes terem sido inferiores aos informados por administradoras de cartão de crédito ou débito. Alega que os valores declarados nas DMA - operações CFOP 5.102 (01/2009 a 01/2010) são maiores que aqueles informados pelas administradoras de cartão de crédito.

No período compreendido entre 02/2010 a 12/2011, observa que o fiscal não compreendeu a operação societária que culminou na sucessão dos seus direitos e obrigações pela ESPLANADA BRASIL S.A. (CNPJ 10.238.042/0039-91), que assumiu os contratos junto às administradoras dos cartões e também declarou vendas em montantes superiores aos informados por tais instituições.

Consta que o GRUPO DEIB OTOCH é um conglomerado empresarial com Matriz em Fortaleza, detentor das marcas LOJAS ESPLANADA; passou por diversas modificações societárias, resultando na mudança para GRUPO ESPLANADA BRASIL que possui diversas lojas espalhadas pelo país. A decisão do GRUPO OTOCH de encerrar as atividades varejistas deu-se em função de mercado e da concorrência. A negociação das lojas foi feita de forma fragmentada, depois de frustrada a idéia de vender a empresa como um todo, conforme explicou um diretor da empresa. Hoje, o GRUPO

ESPLANADA BRASIL atua no varejo, formado pelas Lojas Esplanada, Lojas Express e Lojas OTOCH, possuindo 25 lojas localizadas no Nordeste e Distrito Federal.

Na Bahia, as atividades comerciais da DEIB OTOCH S.A passaram a ser desenvolvidas pela ESPLANADA BRASIL S.A. LOJAS DE DEPARTAMENTO, em 02/2010, após a sua habilitação perante à SEFAZ.

Nessa quadra, cabível repisar que as regras sobre responsabilidade tributária dos sucessores, mais precisamente aquela decorrente de operações societárias, encontram-se encartadas no Código Tributário Nacional (art. 132). Estabelece o diploma que a pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação é responsável pelos tributos devidos até a data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas. Por "*tributos devidos até a data do ato*" entende-se todos os tributos, cujo fato gerador tenha ocorrido até a data da operação societária (art. 129).

Vale ainda sublinhar que a figura da cisão não está expressamente elencada no rol do art. 132, porque à época da elaboração do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25.10.66), não se conhecia a figura da cisão, somente introduzida no ordenamento pela Lei nº 6.404/76. Entretanto, como o faz a doutrina e jurisprudência pátria, a cisão deverá ser incluída dentre as hipóteses de responsabilidade tributária em caso de operações societárias.

Em suma, com a extinção da sociedade incorporada, dá-se a absorção universal de seu patrimônio pela incorporadora, que passa a responder por todos os direitos e obrigações daquela, inclusive perante o Fisco.

No caso em concreto, o estabelecimento autuado, atuando na Bahia desde outubro de 1988 (fl. 158), em face das questões da organização societária do grupo empresarial do qual faz parte, já citadas, integralizou seu acervo patrimonial no capital social da ESPLANADA BRASIL S.A. LOJAS DE DEPARTAMENTO, com a conseqüente transferência das operações comerciais do autuado pela sucessora (fl. 171).

Diante de tais pressupostos, percebe-se que a omissão das operações de saídas tributadas apuradas por meio da Auditoria das vendas com pagamento em cartões, em debate, envolve o período de 01/2009 a 01/2010, cuja alegação defensiva reside nas vendas declaradas nas DMA - Declaração e Apuração Mensal do ICMS, em expressão monetária maior que o valor informado pelas administradoras de cartão de crédito. No período entre 02/2010 a 12/2011, cujas operações já foram praticas sob a gestão de ESPLANADA BRASIL S.A., as razões são as mesmas declarações de vendas em montantes superiores aos informados por tais instituições.

É a própria lei do ICMS do Estado da Bahia (Lei nº 7.014/96, art. 35-A) a determinar que as administradoras de cartão de crédito ou de débito deverão informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto através de seus sistemas de crédito, débito ou similares, dispositivo acrescentado pela Lei nº 9.837, de 19/12/05, DOE de 20/12/05, efeitos a partir de 01/01/06.

Nesses termos, a omissão de saídas de mercadorias, detectada por meio de levantamento das vendas com pagamento em cartão de crédito/débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, conforme previsto no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542/02, tem suporte nos demonstrativos acostados nos autos, de forma sintética (fls. 13/15) e de forma integral, na mídia CD (fl. 25), no valor total de R\$2.016.322,64, nos períodos de janeiro 2009 a dezembro 2011.

Portanto, a infração apontada encontra amparo nas disposições contidas no art. 4º, §4º, VI, "b" da Lei nº 7.014/96, a seguir descrito:

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;

Em se tratando de exigência de imposto por presunção legal, o dispositivo que a autoriza pressupõe que a diferença apurada pelo fisco não esteja comprovada e, em sendo uma presunção relativa, assim identificada por admitir prova em contrário, cabe ao contribuinte trazer aos autos as provas de que os fatos não ocorreram conforme é a convicção fiscal.

Justamente por isso, o ponto de partida nesse modelo de ação fiscal é a entrega pelo Fisco do relatório TEF de operações diários ao autuado, onde se encontram perfeitamente discriminadas todas as operações realizadas pelo contribuinte, cujo pagamento foi realizado mediante a forma de cartões, tanto de crédito ou de débito. O que ocorreu no presente caso, conforme faz prova o Recibo de Arquivos Eletrônicos (fl. 26), de sorte que permitiu ao autuado, de posse de cada valor denunciado pelas administradoras dos cartões, a apresentação dos elementos de prova com força capaz de elidir a presunção legal de venda através de cartões de crédito ou de débito, sem a emissão do correspondente documento fiscal.

Compete à administração fazendária o ônus da prova no ilícito tributário, mas a lei não autoriza ao contribuinte eximir-se de sua responsabilidade de trazer aos autos elementos materiais à apreciação objetiva e subjetiva estabelecida na legislação tributária. Cabe, portanto, a administração fazendária e ao contribuinte, alegar, mas, sobretudo, produzir provas que criem condições de convicção favoráveis à pretensão.

Na ocorrência das presunções legais, ainda mais, carece da diligência do autuado, pois ocorre a inversão do ônus da prova. A tributação com base em presunção somente é cabível nos casos expressamente previstos na lei. Ao ser acusado da omissão de receita por ter detectada, como no caso em concreto, diferença entre as vendas declaradas pelo contribuinte e aquelas constantes nos banco de dados das administradoras de cartões, o sujeito passivo deverá provar os fatos com repercussão inversa daquela proposta pelo fisco (presunção relativa), elidindo a autuação.

Diante da situação particular do contribuinte autuado, em que parcelas das operações alcançadas estão em nome da DEIB OTOCH, unidade sucedida, para o surgimento do estabelecimento ESPLANADA BRASIL S/A LOJAS DE DEPARTAMENTO, ainda mais zelo tributário deveria ostentar o autuado e mesmo o sucessor, isto porque, a responsabilidade tributária das operações havidas até janeiro de 2010 era, de fato, da DEIB OTOCH S.A e a partir de fevereiro de 2010 da sociedade sucessora. Contudo, no tocante às regras da sucessão societária (art. 132 do CTN) que pode responsabilizar a pessoa jurídica de direito privado que resultar dessa transformação ou regras da sucessão comercial (art. 133 do CTN), cuja responsabilidade tributária é compartilhada, objetiva a legislação tributária evitar qualquer espécie de elisão fiscal, ou seja, *"evitar que, através de mudança na roupagem societária da empresa, haja uma situação que caracterizaria o não-pagamento de tributos por meio da utilização de formas jurídicas lícitas e admitidas em direito"*.

Cabe ainda a ressalva de que ao encerrar as atividades e o contribuinte autuado solicitar a baixa da sua inscrição estadual, o sucessor continuou exercendo a mesma atividade, sem solicitar a cessação de uso de ECF; os sócios são os mesmos, exceto o Sr. Francisco Alves da Silva, conforme comprova o quadro societário (fls. 161v e 171v). Por isso mesmo, o relatório TEF contendo as operações de vendas com pagamento através de cartões, durante todo o período da autuação, foi informado pelas prestadoras dos cartões, em nome do contribuinte autuado (fls. 16/18).

Nesse sentido e em busca da verdade material, o PAF foi convertido em diligências, em diversas oportunidades, na tentativa de trazer aos autos as provas efetivas do pagamento do ICMS relativo àquelas operações informadas pelas administradoras dos cartões e independente da nome da sociedade que teria feito o recolhimento devido.

Disso não cuidou, diligentemente, o autuado. Não trouxe aos autos as provas em favor das suas teses; as planilhas e cópias de documentos acostados aos autos e mesmo os pagamentos constantes na "*Reduções Z*" que incluam as diversas formas de pagamentos no ECF não servem de provas da emissão de documentos fiscais em face aos valores indicados pelos administradoras dos cartões, válidos e aptos para elidir a presunção fiscal.

É cediço que a impressão de Comprovante de Crédito ou Débito referente ao pagamento efetuado por meio de cartão de crédito ou de débito realizado por meio de transferência eletrônica de fundos deverá ocorrer no ECF. A Redução Z é o documento fiscal destinado à escrituração do livro Registro de Saídas e que contém o resumo dos valores realizados no dia de movimento do ECF, emitido quando do encerramento das atividades diárias.

É obrigatória a realização da TEF via ECF. Quando se faz um pagamento via cartão de crédito ou cartão de débito ocorre uma operação que é considerada um TEF; esta operação deve ser realizada usando as impressoras de cada bandeira de cartão de crédito, o que aparece no modo de pagamento na redução Z emitido diariamente pelo ECF.

Mesmo na última diligência fiscal (fls. 370/371), solicitada porque a divergência existente não foi sanada, no anterior Parecer da ASTEC nº 30/2015 (fls. 232/235). Na oportunidade, concluiu em equívoco a diligente pela ausência da omissão detectada na inicial dos autos, partindo de pressupostos frágeis. Adotou como medida para o confronto das operações do contribuinte X valores indicados pelas administradoras dos cartões, uma amostra de apenas dois dias (02 e 03 de janeiro de 2009). A fiscal considerou ainda no confronto, todas as formas de pagamento na redução Z e não apenas, através do "*modo de pagamento de cartão*" o que, a rigor, não constitui uma forma de comparação válida como forma de elidir a presunção prevista na Lei nº 7.014/96.

O contribuinte autuado foi reiteradamente intimado para apresentação dos documentos fiscais emitidos, em relação aos valores informados pelas instituições administradoras de cartões, conforme constam dos relatórios TEF diários, sendo alertado que as declarações de movimento econômico (DMA) apresentados ou as saídas constantes no ECF com todos os meios de pagamentos não identificam as vendas com pagamentos efetuados com cartão.

Sob a justificativa das dificuldades de ordem societárias enfrentadas pelo grupo empresarial, do encerramento de lojas ou da existência de processo de recuperação judicial da sua sucessora, além de volumosa documentação e o custo para o seu transporte, o autuado voltou a apresentar apenas uma parte das "redução Z", sem os vínculos necessários que pudessem elidir a presunção.

As cópias das reduções Z que não constam no Relatório TEF, capturadas e expresso no Parecer ASTEC 35/2016 (fls. 373/375) não fazem provas da omissão de vendas por cartões identificada na inicial dos autos (fls. 405/444).

O processo administrativo tributário tem o objetivo de proteger a verdade material, garantir que os conflitos entre a Administração e o Administrado tenham soluções com total imparcialidade, garantindo ao particular que os atos praticados pela Administração serão revisados e poderão ser ratificados, dependendo das provas acostadas nos autos. Nesse sentido, todas as diligências foram designadas a fim de oportunizar ao contribuinte juntar as autos as provas da emissão dos documentos fiscais para as operações informadas pelas instituições do cartões de crédito e débito.

Os valores declarados pelo autuado que servem ao confronto válido com os valores apontados pelas administradoras dos cartões, de certo, são, por óbvio, as receitas declaradas, cujo recebimento pelo autuado tenha ocorrido através de cartões de crédito e de débito. Dessa forma, não se pode acatar a simples assertiva da defesa de que os valores declarados nas DMA são maiores que aqueles informados pelas administradoras de cartão de crédito. Disso, nunca se teve dúvida. Em momento algum. Dos valores das receitas globais declaradas na DMA, constam as operações de vendas, cujos pagamentos ocorreram através dos cartões, mas, também, através de dinheiro, cheques, fatura, além de outros modo de pagamento.

Observei, por outro lado, na apuração fiscal, algumas divergências entre os valores constantes

nos demonstrativos que sustentaram a exigência - R\$2.074.748,06 (fls. 13/15) e aqueles consignados na inicial dos autos (R\$2.016.322,64). As alterações não foram procedidas por conta do princípio da *imodificabilidade do lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo* (art. 146, CTN).

Por fim, após toda e pormenorizada apreciação, a acusação fiscal restou devidamente caracterizada, sendo inverossímeis os argumentos utilizados pelo autuado, no sentido de elidir a presunção legal da omissão de saída de mercadorias tributadas, por meio do levantamento de vendas com pagamento de cartões. A primeira infração resta devidamente caracterizada, no valor de R\$2.016.322,64.

O segundo item trata da imposição de penalidade por descumprimento da obrigação acessória, acusado o autuado de deixado de solicitar a 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 de memória fiscal) ou de exportar os dados da memória fiscal ou da memória de fita-detalle para arquivo eletrônico.

O total das penalidades aplicadas importou R\$ 326.000,00.

O autuado alegou inexistência de informações mais específica na autuação, firmando a impossibilidade de saber quais eram os ECF,s que deveriam ter sido cessados e não os foram.

Em outro momento, aduziu que, diante da falta da plena identificação dos equipamentos, que não teriam sido cessados, juntou aos autos todos os atestados de intervenção de cessação de uso encontrados, garantindo, contudo que requereu a cessação de uso de todos os equipamentos que estavam habilitados em seu favor, revelando-se improcedente a multa aplicada.

A fiscalização informou que constam nos autos a relação com ECF,s com respectivos pedidos de Cessação de Usos, com data de 04.03.2010.

Durante o curso processual, após as diligências realizadas e as várias intervenções do sujeito passivo e de prepostos do Fisco, constato que para os equipamentos emissor de cupom fiscal - ECF, Autorizados para Uso nas atividades comerciais do contribuinte, o autuado deveria requerer a cessação de uso do ECF, inclusive, no caso concreto, de encerramento de atividades.

A legislação do imposto considera cessado o uso de equipamento depois de adotados os seguintes procedimentos pela empresa credenciada: 1) remoção de lacre anteriormente colocado; 2) desprogramação da Memória de Trabalho do ECF; 3) remoção de Memória de Fita-detalle do ECF, se possível; 4) informação dos dados referentes à intervenção técnica de cessação à SEFAZ.

Foram acostados nos autos, cópias dos comprovantes de cessação de uso para 20 ECF,s (fls. 110/129), efetivamente feitos pela empresa credenciada, a mando do autuado.

Dessa forma, descabe o argumento defensivo da inexistência de informações sobre qual os equipamentos deveriam ser baixados, uma vez que o contribuinte deveria adotar tal providência, no encerramento de suas atividades, em relação a todos os ECF,s que lhe foram habilitados, conforme consta no Registro de ECF, constante dos sistemas da SEFAZ (fls. 165/170) e que totalizaram 74 unidades.

O direito também não assiste ao autuado, ao admitir a regular cessação de 20 equipamentos (fls. 110/129) e a multa que teria sido aplicada no valor individual de R\$13.800,00, que implicaria num abatimento de R\$276.000,00.

A penalidade, de fato, incidiu sobre os 74 equipamentos que foram habilitados para a inscrição do autuado, cuja multa aplicada, na época dos fatos, de fato, estava enquadrada no dispositivo anunciado no lançamento de ofício (art. 42, inciso XIII-A, alínea "c", item 1.1 da Lei nº 7.104/96)

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

(...)

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

(...)

c) R\$ 13.800,00 (treze mil e oitocentos reais):

1. ao contribuinte que:

1.1. 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-detelhe para arquivo eletrônico, aplicada a penalidade por cada equipamento;”

Ocorre que, por equívoco, o Auditor Fiscal, responsável pela ação fiscal, aplicou por cada um dos 74 equipamentos habilitado a multa de R\$4.600,00, considerando o valor que vigeu até 27/11/07.

Dessa forma, considerando que para 20 equipamentos de ECF foram apresentadas os respectivos pedidos de cessação, as multas correspondentes a esses equipamentos devem ser afastadas da exigência, na forma que segue: 20 ECF,s x R\$4.600,00 = R\$92.000,00

A penalidade deve ser exigida em relação aos 54 equipamentos restantes, que o autuado não comprovou a devida cessação, considerando também o mesmo princípio da imodificabilidade do lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo (art. 146, CTN), sem onerar o valor inicialmente exigido, uma vez que se trata de dispositivo relacionado com a previsibilidade e segurança jurídica. Assim, a multa deve ser exigida sobre os equipamentos sem comprovação da cessação de uso, da forma que segue: 54 ECF,s x R\$4.600,00 = R\$248.400,00.

Dessa forma, o Auto de Infração é PROCEDENTE EM PARTE com a exigência de R\$2.016.322,64 e a multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$248.400,00.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298948.0003/12-2**, lavrado contra **DEIB OTOCH S.A. (ESPLANADA BRASIL S/A.)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.016.322,64**, acrescido das multas de 70% sobre R\$994.715,47 e 100% sobre R\$1.021.607,17, previstas 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\$248.400,00**, prevista no inciso XIII-A, “c”, item 1.1, do mesmo diploma legal citado, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de outubro de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR