

PROCESSO - A. I. Nº 281401.0077/15-6
RECORRENTE - COMERCIAL GOOD SUPERMARKET - EIRELI.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF nº 0048-06/16
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 16/02/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0004-11/17

EMENTA: ICMS. 1. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL COM VALORES INFORMADOS POR FINANCIERA / ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Razões de defesa não elidem a infração. Mantida a Decisão recorrida neste item. 2. EMISSOR DE CUPOM FISCAL. IMPOSSIBILIDADE DE EMITIR “LEITURA DA MEMÓRIA FISCAL”. UTILIZAÇÃO IRREGULAR. MULTA. Razões assistem ao recorrente, pois não está comprovada que a conduta foi alteração dos valores ou dados armazenados na área da memória interna do equipamento, mas sim a não solicitação de cessação de uso de equipamento com impossibilidade de emitir o documento “Leitura da Memória Fiscal”. Reduz a multa conforme determina a lei, por não ter apresentado a solicitação de cessão de uso de 4 máquinas impossibilitadas de emitir a “Leitura da Memória Fiscal”. Modificada a Decisão recorrida neste item. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 6ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/03/2015 para cobrar ICMS no valor histórico de R\$ 464.707,27, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento de sete infrações, das quais só são objeto do presente Recurso às infrações 4 e 7, a seguir transcritas:

Infração 04. Omissão de saída de mercadoria tributada, com ICMS exigido de R\$288.726,51, 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, em todos os meses dos exercícios de 2011 e 2012.

Infração 07. Multa, no valor de R\$110.400,00, por utilizar irregularmente ECF – Equipamento Emissor de Cupom Fiscal impossibilitado de emitir o documento “Leitura da Memória Fiscal”.

Após o lançamento, foi apresentada defesa tempestiva às fls. 548 a 567, e a correspondente informação fiscal às fls. 595 a 601.

Concluída a instrução, a 6ª JJF julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, julgando Nula a infração 2, Parcialmente Procedente a infração 1 e Procedente as demais infrações.

Reproduzimos parcialmente voto de piso, no que concerne as infrações 4 e 7, objeto do presente recurso:

VOTO

(...)

Inerente à infração 4, relativa à omissão de saída de mercadoria tributada, apurada, nos exercícios de 2011 e 2012, por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, o autuado, em síntese, limita-se a alegar que a exação decorre de defeito na memória fiscal dos ECF: 19, 20, 21 e 22, que

impossibilitou a extração total dos dados nelas constantes, do que salienta que teve o devido cuidado de fazer um pedido de cessação de uso fiscal das referidas máquinas, conforme documentos anexos às fls. 576 a 591 dos autos.

Há de se ressaltar que o art. 4º, §4º, VI, da Lei nº 7.014/96 estabelece que, salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por: a) instituições financeiras; b) administradoras de cartões de crédito ou débito; c) “shopping centers”, centro comercial ou empreendimento semelhante.

Em consequência, cabe ao contribuinte o ônus da prova ao contrário da elisão da presunção legal, ou seja, de comprovar a efetiva tributação das operações, analiticamente demonstradas às fls. 45 a 140 dos autos, em cujo relatório consta a instituição financeira ou a bandeira do cartão, modalidade de pagamento a crédito ou a débito, número da autorização, valor e data da operação.

Limita-se o autuado apenas a alegar impossibilidade da memória fiscal do equipamento fiscal; a insinuar um cotejamento com os totais de vendas lançados em sua escrita fiscal e enviados nos arquivos do SINTEGRA e quebra de sigilo bancário.

Quanto ao argumento de que houve quebra indevida de seu sigilo bancário, há de se esclarecer que as informações utilizadas no presente lançamento de ofício foram fornecidos à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, com base no artigo 35-A, da Lei nº 7.014/96, que determina 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, débitos ou similares”. Portanto, as informações foram obtidas com amparo legal específico, não cabendo a este colegiado questionar a constitucionalidade desse dispositivo de lei, a teor do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99. Assim, descebe o pedido de nulidade da infração sob o argumento de que foi fundamentada em prova ilicitamente produzida, decorrente da quebra do sigilo bancário.

Também, há de se salientar que, por se tratar de uma presunção “*juris tantum*”, que consiste na presunção relativa, válida até prova em contrário, o contribuinte não logrou êxito em elidi-la, já que só deve-se comparar valores de uma mesma grandeza, ou seja, vendas declaradas com modalidade de pagamento através de cartão de crédito/débito devem ser confrontadas com os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito/débito, não sendo lógico e nem pertinente a pretensão de comparar todas as modalidades de pagamento de vendas (em espécie, cheque, etc.) com modalidade única de pagamento em cartão de crédito/débito, salvo se todas as vendas fossem sob à modalidade exclusiva de pagamento em cartões de crédito/débito, razão do indeferimento da diligência requerida com esse fim.

Inerente à impossibilidade da memória fiscal dos ECF: 19, 20, 21 e 22, há de se registrar que, nos termos do art. 319, §7º, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, vigente até 31/04/2012, assim como do art. 215 e 236, parágrafo único, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, “A escrituração dos livros fiscais será feita com base nos documentos relativos às operações ou prestações realizadas pelo contribuinte, sob sua exclusiva responsabilidade e na forma estabelecida pela legislação tributária. (...) §7º Independente da sistemática de escrituração utilizada pelo contribuinte usuário de ECF, este deve emitir uma Leitura da Memória Fiscal por período de apuração e mantê-la à disposição do fisco juntamente com as Reduções Z emitidas no respectivo período.” (grifo nosso)

Diante de tais considerações, são frágeis as alegações de defesa para elidir a infração, sendo impertinente a arguição de nulidade do sujeito passivo, pois a acusação fiscal foi devidamente fundamentada em prova documental lícitas.

Também, no caso concreto, é indiferente à prova da improcedência da presunção legal, de ônus do autuado, a sua alegação de que em razão do defeito na memória fiscal “não foi possível apresentar integralmente as informações solicitadas”, pois, conforme dispositivos regulamentares citados, o contribuinte estava obrigado a emitir uma Leitura da Memória Fiscal por período de apuração (que é mensal) e mantê-la à disposição do fisco juntamente com as Reduções Z, o que não ocorreu, usando os equipamentos fiscais de modo irregular nos exercícios de 2011 e 2012, para depois asseverar, às fls. 553 dos autos, que, “No tocante, a Impugnante ainda teve o devido cuidado de fazer um pedido de cessação de uso fiscal das referidas máquinas, conforme documentos anexos (doc. 04), em virtude da detecção de erro na memória fiscal das máquinas (MFD), uma vez impossível a extração dos dados dos equipamentos.”, cujos documentos de cessação estão datados de 28/10/2013 (fl. 576); 18/09/2014 (fl. 582/583) e 07/10/2014 (fl. 587), sendo a escrituração, na forma estabelecida pela legislação tributária, de exclusiva responsabilidade do contribuinte. Item procedente.

Quanto à infração 7, relativa à multa de R\$110.400,00 por utilizar irregularmente os ECFs nº 19, 20, 21 e 22, impossibilitados de emitir o documento “Leitura da Memória Fiscal”, o autuado alega que “...teve o devido cuidado de fazer um pedido de cessão de uso fiscal das referidas máquinas...” e que “... não houve a utilização irregular destes ECF’s, tal como imputado pela Fiscalização Tributária”, como também arguiu a nulidade da infração por indicar dispositivo legal já revogado.

Inerente ao enquadramento legal da penalidade, há de se ressaltar que já foi objeto de análise nas razões

preliminares, tendo sido esclarecido que, nos termos do art. 19 do RPAF, “A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.”, como também que o demonstrativo, à fl. 149 dos autos, é autoexplicativo e contém todos os dados esclarecedores da exação, inclusive o enquadramento correto da penalidade, não merecendo guarida a arguição de nulidade da sétima infração.

No tocante ao argumento de que não houve a utilização irregular dos ECFs nº 19, 20, 21 e 22, restou comprovado que lacração inicial dos equipamentos é de 05/11/2007 (fl. 149) e que os documentos relativos à cessação de equipamento, às fls. 576 a 591 dos autos, estão datados de: 28/10/2013 (fl. 576), relativo ao ECF com chassis nº BE050772800700003008; 18/09/2014 (fl. 582/583), ECF com chassis nº BE050772800700003007; 07/10/2014 (fl. 587), ECF com chassis nº BE050772800700003011, e que o ECF com chassis nº BE050772800700003013 não houve pedido de cessação (fl. 149), o que denota a infração de alteração do valor armazenado na memória interna do equipamento de controle fiscal em extenso período, sendo aplicada a penalidade de R\$27.600,00, por equipamento, nos termos previstos no art. 42, XIII-A, alínea “b”, item 1.2, da Lei nº 7.014/96, conforme consta à fl. 149 dos autos, cuja cópia o autuado recebeu.

Inerente ao pedido do autuado de redução ou cancelamento da manutenção da multa, conforme estabelecido no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, o indefiro por não preencher os requisitos para a benesse fiscal, especificamente porque restou comprovado que a infração implicou em falta de recolhimento do imposto, consoante se constata da quarta infração.

Do exposto, voto PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, no valor de R\$441.408,67, em razão da redução da infração 1 para R\$16.993,56 e da nulidade da infração 2, oportunidade que, nos termos dos artigos 21 e 156 do RPAF, represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal observando-se o prazo legal do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário, relativos aos exercícios de 2011 e 2012, considerando-se tratar de nulidade por vício material.

Inconformado com a Decisão, a empresa interpõe tempestivamente Recurso Voluntário, às fls. 145 a 154, objetivando a revisão do julgamento, com base no art. 169, I, b do RPAF, repisando parte dos argumentos defensivos.

Após breve exposição dos fatos vividos nos autos e alertar que só recorrerá das infrações 4 e 7, passa a expor seus argumentos recursais.

Quanto à infração 4, referente a omissão de saídas, apurada por levantamento quantitativo de estoques, aduz que “ocorreu um defeito técnico nos equipamentos ECF, especificamente em sua memória fiscal, que impossibilitou a extração total dos dados nelas constantes”.

Alega que, ainda durante a fiscalização, informou que “as máquinas ECF nº 19, 20, 21 e 22, apresentaram problemas técnicos que não conseguiram ser resolvidos, envolvendo a memória destes equipamentos, único motivo pelo qual não foi possível apresentar integralmente as informações solicitadas exatamente pela impossibilidade física de apresentar esta memória fiscal”.

Assevera que este erro gerou a suposta omissão de saída de mercadoria tributada, mas que toda a sua escrita impressa está “devidamente feita e escorreita, especialmente os arquivos enviados ao SINTEGRA, motivo pelo qual se a Fiscalização Tributária apurasse a contabilidade comum (impressa) da Recorrente ou os arquivos magnéticos do SINTEGRA, perceberia que não houve a indicada omissão de recolhimentos”.

Refaz o pedido de diligência, para então reafirmar que os defeitos apresentados nos equipamentos o impossibilitaram, de forma absoluta, na comprovação dos fatos.

No que tange a infração 7, relativa à multa por utilização irregular de ECF, lembra inicialmente que a decisão de primeira instância aplicou a multa prevista art. 42, XIII-A, “b”, item 1.2 da Lei nº 7.014/96, cuja conduta tipificada é o contribuinte: “alterar valor armazenado em área de memória interna de equipamento de controle fiscal, exceto na hipótese de intervenção técnica praticada por empresa credenciada, aplicada a penalidade por cada equipamento”.

Entretanto, propala que a “Recorrente não alterou o valor armazenado e tampouco foi esta a infração descrita pela Fiscalização Tributária, eis que imputou à Recorrente ter utilizado irregularmente ECF impossibilitado de emitir o documento “Leitura da Memória Fiscal”, entendendo que deve ser aplicada a penalidade prevista no item 1.1 da alínea “c” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96, cujo valor é inferior ao aplicado, qual seja R\$ 13.800,00”.

Adiante, pede pela redução da multa ou que a mesma seja cancelada.

Ao final de seu arrazoado, clama pelo provimento do seu apelo, com a realização de diligência para demonstração da improcedência da infração 4, bem como a improcedência da infração 07 em função da Recorrente ter cessado o uso das ECF's com defeito.

VOTO

Temos sob apreciação Recuso Voluntário interposto contra a Decisão da 6ª JJF que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe. O apelo tem como cerne as infrações 4 e 7.

A infração 4 diz respeito a 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, em todos os meses dos exercícios de 2011 e 2012.

Em suma síntese, o Sujeito Passivo alega que restou impossibilitado de comprovar a correção de seus cálculos devido a defeito técnico na memória fiscal das ECF nº 19, 20, 21 e 22.

Compulsando os autos, entendo que não merecem guaridas as teses recurais relativas a essa infração, pois, o problema técnico apresentado em suas máquinas não elide a acusação fiscal ora posta.

Como bem dito no julgamento de piso, a infração vergastada tem como base a presunção legal estabelecida no art. 4º, §4º, VI, da Lei nº 7.014/96, onde cabe prova em contrário por parte do Contribuinte.

Ademais, era dever legal do Contribuinte manter e emitir uma Leitura da Memória Fiscal, por período de apuração, justamente para prevenir contra essas ocorrências de quebra e mau funcionamento, que, como dito, não eximem o estabelecimento das imputações fiscais.

Neste ponto, cabe colacionar trecho do voto de piso, *in litteris*:

"Inerente à impossibilidade da memória fiscal dos ECF: 19, 20, 21 e 22, há de se registrar que, nos termos do art. 319, §7º, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, vigente até 31/04/2012, assim como do art. 215 e 236, parágrafo único, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, "A escrituração dos livros fiscais será feita com base nos documentos relativos às operações ou prestações realizadas pelo contribuinte, sob sua exclusiva responsabilidade e na forma estabelecida pela legislação tributária. (...) §7º Independente da sistemática de escrituração utilizada pelo contribuinte usuário de ECF, este deve emitir uma Leitura da Memória Fiscal por período de apuração e mantê-la a disposição do fisco juntamente com as Reduções Z emitidas no respectivo período." (grifo nosso)"

Neste ponto, cabe dizer que o pedido de diligência não pode ser deferido, uma vez que, trata-se de análise de fatos vinculados à escrituração do contribuinte, que poderiam ser juntadas pelo mesmo, aos autos, conforme previsto no art. 147, inciso I, alínea "b" do RPAF/BA.

Quanto à comunicação de pedido de cessação de uso fiscal, este se deu muito após as ocorrências lançadas, como também posteriormente ao início da presente fiscalização.

Portanto, entendo que a infração é Subsistente, conforme julgamento de piso.

No que tange a infração 7, lançada por suposta utilização irregular do ECF, "impossibilitando de emitir documento fiscal", o Sujeito Passivo alega erro no enquadramento da multa ao fato jurídico, eis que, a multa aplicável ao caso concreto seria aquela prevista no item 1.1 da alínea "c" do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96, ao invés do item 1.2, da alínea "b".

Vejamos.

A conduta ora em lide é a falta de emissão da Leitura de Memória Fiscal.

O item 1.2 da alínea "b" do inciso XIII-A do artigo 42 tem a seguinte redação:

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:

(...)

b) R\$ 27.600,00 (vinte e sete mil e seiscentos reais):

1. ao contribuinte que:

1.2. alterar valor armazenado em área de memória interna de equipamento de controle fiscal, exceto na hipótese de intervenção técnica praticada por empresa credenciada, aplicada a penalidade por cada equipamento;

(grifo nosso)

Já o item 1.1 da alínea “c” do inciso XIII-A do artigo 42 dispõe:

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-detalhe para arquivo eletrônico, aplicada a penalidade por cada equipamento;

(grifo nosso)

Pela leitura das mencionadas normas, entendo que está correto o Contribuinte, pois, não está comprovada que a conduta do contribuinte foi alteração dos valores ou dados armazenados na área da memória interna do equipamento, mas sim a não solicitação de cessação de uso de equipamento com impossibilidade de emitir o documento “Leitura da Memória Fiscal”.

Portanto, modifico a multa aplicada para aquela inserta no item 1.1 da alínea “c” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96, no valor de R\$ 13.800,00 reais por equipamento, ou seja, a infração é procedente no valor total de R\$ 55.200,00, conforme determina a lei, por ter o contribuinte não apresentado a solicitação de cessão de uso de 4 máquinas impossibilitadas de emitir a “Leitura da Memória Fiscal”, conforme o entendimento exarado pela Representante da PGE/PROFIS, a Drª Ana Carolina Isabela Moreira, em sessão, no mesmo sentido.

Pelo tudo quanto acima exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para alterar o valor da multa aplicada na infração 7, que agora totaliza R\$ 55.200,00, consoante o item 1.1 da alínea “c”, inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281401.0077/15-6**, lavrado contra **COMERCIAL GOOD SUPERMARKET - EIRELI**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$331.008,67**, acrescido das multas de 60% sobre R\$42.282,16 e 100% sobre R\$288.726,51, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “d” e “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$55.200,00**, prevista no inciso XIII-A, “b”, item 1.2, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios, conforme disciplina a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor recolhido com o parcelamento do débito.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de janeiro de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS