

A. I. Nº - 09292837/03
AUTUADO - COSMOFARMA SUPRIMENTOS FÁRMACOS LTDA.
AUTUANTE - CARLOS DE BRITO SILVA
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 04. 03. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0045-04/04

EMENTA: ICMS. 1. ARBITRAMENTO. EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). UTILIZAÇÃO IRREGULAR. FALTA DE AUTORIZAÇÃO DO FISCO. É vedada a utilização de equipamento emissor de cupom fiscal sem que o equipamento esteja devidamente autorizado pela repartição fazendária competente. Justifica-se o arbitramento efetuado. 2. EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL. UTILIZAÇÃO NÃO AUTORIZADA PELO FISCO. MULTA. A multa pelo descumprimento da obrigação acessória fica absorvida pela decorrente do descumprimento da obrigação principal. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/03 pela fiscalização do trânsito de mercadorias, exige imposto no valor de R\$ 12.268,32 e impõe a multa de R\$ 4.600,00, em virtude de ter sido encontrado equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) em uso por estabelecimento diverso daquele que obteve a autorização de uso, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 111493 (fl. 3).

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 23 a 30) e, preliminarmente, suscitou a nulidade do lançamento, por inobservância do devido processo legal, uma vez que não foi lavrado o Termo de Fiscalização. Transcreve parte do Acórdão JJF Nº 0219-01/03, em defesa de sua alegação. Assevera que o Auto de Infração também é nulo por ilegitimidade passiva, pois não era o autuado o responsável pelo uso do equipamento apreendido. Diz que não há nos autos prova material do uso do ECF. Cita os Acórdãos JJNº 2490/00 e JJF Nº 05-01/01.

Sustenta que o Auto de Infração está baseado em presunção, tornando inseguro o lançamento e incerto o crédito tributário. Após transcrever trecho de livro jurídico, diz que o dispositivo tipificado no Auto de Infração descreve procedimentos fiscais a serem aplicados a contribuintes usuários de ECF, porém não há descrição que implique terceiros. Frisa que o fisco utilizou um método não previsto no RICMS-BA/97, já que o art. 758 manda fazer o arbitramento, o que não foi feito. Frisa que o autuante não observou as normas contidas nos arts. 937 e 938 do RICMS-BA/97. Diz que o disposto no art. 938, III, “b”, do já citado Regulamento, não se aplica ao caso em tela. Aduz que está enquadrado como empresa de pequeno porte e que recolhe o ICMS devido segundo os critérios previstos no art. 386-A do referido Regulamento. Juntou, às fls. 31 a 45, fotocópia de fitas de redução “Z” e de notas fiscais, dentre outros documentos já acostados ao processo (cópia do Auto de Infração, do Termo de Apreensão, da intimação, etc).

Em relação à multa fixa indicada na autuação, o defendente diz que a mesma não é cabível, pois se trata de dupla pena. Ao final, solicita a improcedência ou a nulidade da autuação.

Na informação fiscal, fl. 48, o autuante salienta que os dispositivos regulamentares citados no Auto de Infração estão corretos. Fiz que a condição de empresa de pequeno porte do autuado não elide a

autuação e não o desonera de cumprir as suas obrigações tributárias. Ao final, solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Inicialmente, afasto as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, pois, no presente lançamento não houve ilegitimidade passiva e nem foi desrespeitado o devido processo legal, conforme passo a expor.

O Termo de Início de Fiscalização serve para demarcar o início da ação fiscal, excluindo a espontaneidade do sujeito passivo. Todavia, esse citado termo não é o único instrumento que se presta a tal fim, pois, de acordo com o art. 26, I, do RPAF/99, o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos também serve para demarcação do início da ação fiscal e, em consequência, para excluir a espontaneidade. Dessa forma, entendo que a ausência do Termo de Início de Fiscalização não causou prejuízo à presente ação fiscal e foi suprida pelo Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 111493. Quanto ao Acórdão JJF Nº 0219-01/03, saliento que o mesmo tratava de situação que não se relaciona com o presente lançamento, pois, naquela autuação, não havia Termo de Início de Fiscalização e nem Termo de Apreensão válidos.

Considerando que o ECF foi autorizado para um outro contribuinte e, no entanto, foi encontrado no estabelecimento do defendente, o sujeito passivo da presente relação jurídico tributária é o autuado, pois foi ele que estava utilizando o ECF sem a devida autorização. Assim, considero que não há nenhum vício de ilegitimidade passiva no presente Auto de Infração. Quanto aos Acórdãos citados pela defesa, os mesmos tratam de situações diferentes da que se encontra em lide. Ressalto que o ECF apreendido mediante o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 111493 é uma prova material da infração imputada ao autuado, não prosperando, portanto, a alegação defensiva de que a autuação foi baseada em presunção. Ademais, conforme documento de fl. 4 o ECF apresentava violação no lacre.

Quanto ao alegado erro no enquadramento legal da infração imputado ao autuado, saliento que a descrição dos fatos no Auto de Infração é satisfatória e deixa evidente o enquadramento legal. Portanto, nos termos do art. 19 do RPAF/99, não há motivo para a nulidade do lançamento.

No mérito, observo que o imposto exigido no lançamento foi apurado mediante arbitramento. Entendo que foi correto o procedimento do autuante, uma vez que a irregularidade detectada pela fiscalização justifica o arbitramento, conforme dispõe o art. 937, VI, do RICMS-BA/97, o qual reza:

Art. 937. A fiscalização estadual poderá fazer o arbitramento da base de cálculo do ICMS, quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação do imposto e não for possível apurar o montante real da base de cálculo, desde que se comprove qualquer dos casos seguintes:

[...]

VI - utilização irregular de sistema eletrônico de processamento de dados, processo mecanizado, máquina registradora, equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) ou terminal ponto de venda (PDV), inclusive na condição de emissor autônomo, de que resulte redução ou omissão do imposto devido, inclusive no caso de falta de apresentação do equipamento;

Relativamente ao valor adotado como base de cálculo do imposto, constato que o autuante considerou o valor acumulado no ECF apreendido. Esse procedimento do auditor também está correto e se encontra amparado no art. 938, III, “b”, do RICMS-BA/97, cujo teor transcrevo abaixo:

Art. 938. O arbitramento da base de cálculo do ICMS poderá ser feito por qualquer um dos métodos a seguir:

III - no caso de uso irregular de máquina registradora, de terminal ponto de venda (PDV) ou de outro equipamento emissor de cupom fiscal (ECF):

b) no caso de equipamento não autorizado pelo fisco, não se podendo precisar o período em que houve utilização irregular, por falta de registros ou documentos confiáveis, os valores acumulados no equipamento consideram-se relativos a operações ou prestações ocorridas no período da execução da ação fiscal e realizadas pelo respectivo estabelecimento, ficando a critério do fisco optar pela exigência do imposto não recolhido com base nos valores acumulados no equipamento ou com base em qualquer dos métodos de que cuidam os incisos I e II;

Quanto ao enquadramento do autuado como empresa de pequeno porte, esse fato não o desonera do cumprimento de suas obrigações tributárias e não elide a autuação. Saliento que a irregularidade cometida pelo contribuinte, cuja multa está prevista no art. 42, IV, da Lei nº 7014/96, autoriza a exigência do imposto com base no regime normal de apuração, ao teor do artigo 408-L, V, do RICMS-BA/97.

No que tange à multa no valor de R\$ 4.600,00 indicada pelo autuante, entendo que a mesma deve ser excluída da autuação, pois, nos termos do art. 42, § 5º, da Lei 7014/96, ela fica absorvida pela multa prevista para o descumprimento da obrigação principal, já que o descumprimento da obrigação principal foi uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória, servindo a infração relativa à obrigação acessória como circunstância agravante da falta de recolhimento do imposto.

Ressalto que a multa cabível para a infração está prevista no art. 42, IV, “i” da Lei 7.014/96, pelo que fica retificada.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$ 12.268,32.

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 **09292837/03**, lavrado contra **COSMOFARMA SUPRIMENTOS FÁRMACOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 12.268,32**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “i”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR