

**PROCESSO** - A.I. Nº 180573.0007/04-6  
**RECORRENTE** - LOJÃO MATA ESCURA DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0479-01/04  
**ORIGEM** - INFAZ SIMÕES FILHO  
**INTERNET** - 01/04/2005

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0071-11/05

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Caracterizada a insegurança na determinação da base de cálculo utilizada na apuração dos valores da multa aplicada, o que nulifica este item do Auto de Infração, à luz do que determina o art. 18, IV, “a”, do RPAF/99. Recurso **PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 1ª JJF – Acórdão JJF n.º 0479-01/04, que julgou o Auto de Infração Procedente, lavrado em razão da exigência:

1. Do ICMS, no montante de R\$7.465,10, decorrente da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através do confronto entre as leituras “Z” diárias e o Relatório de Informações TEF, extraído do Sistema INC da Secretaria da Fazenda, inerentes aos meses de março e agosto a dezembro de 2002.
2. Do ICMS, no montante de R\$15.895,78, decorrente da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, 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, inerente aos exercícios de 2003 e 2004.
3. Da multa, no valor de R\$20.299,19, correspondente a 5% do valor da operação, por ter o contribuinte, usuário de equipamento de controle fiscal, sem justificativa, emitido notas fiscais de venda a consumidor e modelo I concomitante com a emissão de cupom fiscal, nos meses de janeiro de 2003 a março de 2004.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente diante do seguinte entendimento:

1. Em relação às infrações 1 e 2, foram julgadas subsistentes por terem sido reconhecidas como devidas pelo autuado.
2. Quanto à infração 3, após considerar-se incompetente para análise da inconstitucionalidade da multa aplicada, a JJF entende que não pode ser acolhido o argumento defensivo de que não existe na legislação qualquer restrição a emissão de notas fiscais pelo contribuinte que se encontre obrigado a utilizar o ECF, uma vez que as operações do autuado não se enquadram em nenhuma das hipóteses elencadas no § 3º do art. 824-B do RICMS/97, sendo que o art. 42, XIII-A, “h”, da Lei 7.014/96, estabelece a multa específica de 5% do valor da operação ao caso concreto.

No Recurso Voluntário, às fls. 60 a 68, o recorrente requer a invalidação da multa aplicada na dita infração de nº 3 do Auto de Infração, objeto do presente Recurso Voluntário, onde aduz que embora o Convênio ECF de n.º 01/98 estabeleça a obrigatoriedade do uso do ECF pelos estabelecimentos que promovam vendas a varejo e pelos prestadores de serviço, devem ser

observadas as ressalvas a esta imposição, oriundas do anexo 8, art. 71, do Convênio ECF 02/98, no qual permite a emissão de documento fiscal por qualquer outro meio, inclusive o manual, por razões de força maior ou caso fortuito, como a falta de energia elétrica, quebra ou furto de equipamento.

Assim, entende que o recorrente foi autuado de forma contrária a lei, haja vista que jamais deixou de utilizar o equipamento de uso obrigatório, só emitindo outro documento fiscal, quando ocorridas situações de força maior.

Em seguida, assevera que em seu estabelecimento constantemente ocorre queda de sistema, impossibilitando a realização da emissão de cupons fiscais, razão pela qual eram expedidos outros tipos de notas fiscais.

Ressalta que o comerciante não pode estar totalmente sujeito ao uso do equipamento, tendo a própria legislação facultado a concomitância com outro meio, em caso de força maior.

Destaca que o autuante aduz que a emissão de notas foi feita de forma injustificada, porém, questiona como poderia justificar a infinidade de quedas de sistema, bem como, o número infinito de falta de energia elétrica, evidenciadas ao longo de um ano. Afirma que seria algo impossível, por serem situações que fogem ao controle do contribuinte e que não pode evitar.

Cita o art. 238, § 2º, do RICMS, no sentido de que a cominação na penalidade de multa disposta no art. 42, XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96, não se aplica ao caso concreto, pois restou demonstrado que o recorrente jamais deixou de utilizar o equipamento de uso obrigatório, só se utilizando de outros documentos fiscais, em casos extremos, o que é plenamente justificado pela legislação.

Por fim, salienta que o autuante deixou de ater-se para a questão de que o ECF não substitui todos os tipos de notas fiscais, só abrangendo as vendas a consumidor, sendo imprópria a multa aplicada sobre todas as notas apuradas, inclusive sobre as de série única de venda a pessoa jurídica, que não são substituíveis pelo ECF.

O Parecer PGE/PROFIS, às fls. 71 a 75, é no sentido do Não Provimento do Recurso Voluntário interposto, eis que o arrazoadado está desacompanhado de elementos probatórios capazes de desconstituir o lançamento fiscal.

Destaca que a argumentação do sujeito passivo de que a utilização de outra forma de documentação fiscal se deu em razão da ocorrência de situações qualificadas como força maior ou caso fortuito é merecedora de rechaço, em razão da ausência da apresentação de elementos de prova capazes de sustentá-la.

Cita que o artigo 314 do RICMS especifica os livros fiscais que todos os contribuintes deverão manter, dentre os quais se encontra o Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências (RUDFTO), o qual, de acordo com o art. 329 destina-se, dentre outras finalidades, à lavratura de termos de ocorrências pelo fisco ou pelo contribuinte, nos casos indicados. Já o seu § 5º dispõe que nas situações mencionadas no § 2º do art. 238 – impossibilidade de emissão de documento fiscal por meio de ECF, em decorrência de sinistro ou razões técnicas – o contribuinte, obrigado a escriturar livros fiscais, registrará no referido livro o motivo e a data da ocorrência da impossibilidade de emissão do documento fiscal via ECF.

Registra que apesar dos optantes do regime SimBahia sejam dispensados parcialmente da escrituração dos livros previstos no art. 314 como obrigatórios, a peça de fl 10 revela que o autuado escriturou o livro RUDFTO, do que seria razoável imaginar que dele faça uso para registrar a ocorrência de situações que ensejam responsabilização perante o Fisco. Enfim, a verdade é que compete ao interessado, por qualquer meio, provar que emitiu outro documento fiscal em substituição ao cupom fiscal em circunstâncias adversas à utilização do ECF.

Por fim, entende que o recorrente, apesar de ter alegado que foram incluídas no levantamento fiscal as notas destinadas a documentar a venda para pessoa jurídica, não cuidou de indicar quais notas seriam essas, bem assim de colacioná-las aos autos, pois a produção probatória é ônus do sujeito passivo, o qual limitou-se a alegar a existência de fatos capazes de desconstituir o lançamento, o que resulta por desfigurar o arrazoado impugnatório e fazer prosperar a exigibilidade fiscal.

### **VOTO VENCIDO**

Examinando as razões do Recurso Voluntário, o qual restringe-se unicamente à infração 3 do Auto de Infração, concluo que suas alegações carecem de provas, cujo ônus é do recorrente, visto que a existência de *infinidade de quedas de sistema, bem como, o número infinito de falta de energia elétrica, evidenciadas ao longo de um ano*, conforme citado em seu Recurso Voluntário, não foi comprovado com elementos capazes de sustentá-las, tratando-se apenas de simples conjecturas ou suposições, sem, contudo, ter sido demonstradas suas efetivas ocorrências e, em consequência, a elidir a acusação fiscal.

Como bem ressaltado no eminente Parecer PGE/PROFIS, o contribuinte, apesar de desobrigado, escritura o livro Registro de Ocorrências e Utilização de Documentos Fiscais (RUDFTO), conforme prova o Termo de Arrecadação à fl. 10 dos autos, o que, consoante § 5º do art. 329 do RICMS, o condiciona à lavratura de termos de ocorrências nas situações mencionadas no § 2º do art. 238 do RICMS, ou seja, o motivo e a data da ocorrência da impossibilidade de emissão do documento fiscal via ECF, em decorrência de sinistro ou razões técnicas.

Portanto, comungo com o referido Parecer PGE/PROFIS no sentido de que compete ao interessado, por qualquer meio, provar que emitiu outro documento fiscal em substituição ao cupom fiscal em circunstâncias adversas à utilização do ECF, a exemplo de atestado das empresas credenciadas a intervir no equipamento de controle fiscal, decorrente das inúmeras quedas de sistemas e falta de energia elétrica, conforme alegado, o que certamente o danificaria, como também através da consignação na própria nota fiscal da razão da impossibilidade de se produzir o cupom fiscal.

Também, entendo impertinente a alegação do recorrente de que foram incluídas no levantamento fiscal as notas destinadas a documentar a venda para pessoa jurídica, que não são substituíveis pelo ECF, uma vez que não restou provada a existência de notas fiscais acobertando operações de vendas destinadas à contribuinte do ICMS, pois a simples emissão de Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, destinada à pessoa jurídica não exime o contribuinte da multa aplicada, sendo necessária que o destinatário seja contribuinte do ICMS, conforme previsto no art. 824-B e no § 2º do art. 238 do RICMS, cujas provas não foram apensadas aos autos.

Assim, nos termos do art. 42, inciso XIII-A, alínea “h”, da Lei n.º 7.014/96, é cabível a multa de 5% do valor da operação ao contribuinte usuário de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento nas situações em que está obrigado, uma vez que não ficou comprovada a ocorrência da impossibilidade de emissão do documento fiscal via ECF, em decorrência de sinistro ou razões técnicas.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida, que julgou o Auto de Infração PROCEDENTE, diante das provas documentais constantes dos autos.

### **VOTO VENCEDOR**

Ouso discordar do relator do PAF.

A motivação da infração 3 é a emissão de notas fiscais de venda a consumidor e modelo 1 concomitante com a emissão de cupom fiscal, sem justificativa, sendo o contribuinte usuário de equipamento de controle fiscal – ECF.

Um dos argumentos trazido pelo recorrente é que o autuante deixou de ater-se para a questão de que o ECF não substitui todos os tipos de notas fiscais, só abrangendo as vendas a consumidor, sendo imprópria a multa aplicada sobre todas as notas apuradas, inclusive sobre as de série única de venda a pessoa jurídica, que não são substituíveis pelo ECF.

O relator do PAF, sobre este argumento, assim se pronunciou: *“Também, entendo impertinente a alegação do recorrente de que foram incluídas no levantamento fiscal as notas destinadas a documentar a venda para pessoa jurídica, que não são substituíveis pelo ECF, uma vez que não restou provada a existência de notas fiscais acobertando operações de vendas destinadas à contribuinte do ICMS, pois a simples emissão de Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, destinada à pessoa jurídica não exime o contribuinte da multa aplicada, sendo necessária que o destinatário seja contribuinte do ICMS, conforme previsto no art. 824-B e no § 2º do art. 238 do RICMS, cujas provas não foram apensadas aos autos.”*

Vejam os que dizem os dispositivos citados:

*“Art. 824-B. Os contribuintes do ICMS que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes desse imposto deverão utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações.*

*Art. 238. O contribuinte obrigado a utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) emitirá o Cupom Fiscal, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou o Bilhete de Passagem por meio deste equipamento, nas operações ou prestações destinadas a não contribuinte do ICMS [...]*

*§ 2º Quando não for possível a emissão de documento fiscal por meio do ECF, em decorrência de sinistro ou razões técnicas, serão emitidos de forma manual, datilográfica ou eletrônica, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, ou a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou o Bilhete de Passagem, observada a natureza da operação ou prestação.”*

Conclui-se que a obrigatoriedade da emissão do cupom fiscal por meio de ECF só existe quando a venda for efetuada à não contribuinte do ICMS. Assim, o argumento do recorrente procede quando reclama que a multa não poderia ter sido aplicada sobre as notas fiscais de venda à pessoa jurídica (contribuinte do imposto).

Mais ainda, o art. 218, III, “b”, do RICMS/97, determina que os contribuintes emitirão Nota Fiscal, modelos 1 ou 1-A, nas vendas a consumidor, a prazo ou a vista, quando as mercadorias não forem retiradas pelo comprador.

Fica claro, então, que o RICMS/97 tem previsão para emissão de nota fiscal, sem que ocorra o lançamento simultâneo no ECF, e, no caso específico, o contribuinte tem por atividade o comércio varejista de materiais de construção, onde, é óbvio, boa parte das mercadorias são entregues posteriormente a sua venda, em razão da impossibilidade do adquirente retirá-las do estabelecimento, devido ao seu volume e peso. Cito como exemplo, blocos cerâmicos, ferros para construção, pisos, entre outros.

Segundo o Termo de Arrecadação (fl. 11), o autuante teve acesso às notas fiscais de saída.

No entanto, ao elaborar o seu demonstrativo de apuração das vendas via nota fiscal (fls. 18 e 22), o fez de forma globalizada, impedindo que se conheça a que notas fiscais se referem os valores ali apontados.

Assim, considero caracterizada a insegurança na determinação da base de cálculo utilizada na apuração dos valores da multa aplicada, o que nulifica este item do Auto de Infração, à luz do que determina o art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Voto, então, pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, e NULO o seu item 3.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **180573.0007/04-6**, lavrado contra **LOJÃO MATA ESCURA DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$23.360,88**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, homologando-se os valores efetivamente recolhidos.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Ciro Roberto Seifert, Eratóstenes Macedo Silva, Eduardo Nelson de Almeida Santos, Marcos Rogério Lyrio Pimenta e Antônio Ferreira de Freitas.

VOTO VENCIDO: Conselheiro Fernando Antônio Brito de Araújo.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de março de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR/VOTO VENCIDO

CIRO ROBERTO SEIFERT – VOTO VENCEDOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS