

**PROCESSO** - A. I. Nº 178891.1009/04-7  
**RECORRENTE** - REGUEIRA COMÉRCIO LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0108-02/05  
**ORIGEM** - INFAZ IGUATEMI  
**INTERNET** - 11/08/2005

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0265-11/05

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. ESTABELECIMENTO USUÁRIO DE ECF. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS AO CONSUMIDOR EM SUBSTITUIÇÃO A CUPONS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Modificada a Decisão recorrida. Não constatada a falta de recolhimento do imposto comprovado que o contribuinte agiu sem dolo ou fraude, cabe a exigência da multa no valor de R\$6.400,81 com base no § 7º do art. 42, da Lei nº 7.014/96. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário com origem no Auto de Infração, lavrado em 30/12/04, e que diz respeito a emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado o sujeito passivo, sendo aplicada a multa de R\$12.801,62.

O contribuinte apresentou defesa em que pede a nulidade da autuação, alegando falta de embasamento legal para a multa aplicada, haja vista que o fato foi descrito como emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal, porém o enquadramento foi feito em dispositivos que não correspondem ao fato descrito.

Informa que inciso II do art. 824-D do RICMS trata de requisitos do programa para utilização do ECF, e que o programa aplicativo usado para enviar os comandos ao “software” básico do ECF atende àquele requisito.

Assegura que o dispositivo apontado no enquadramento da infração não guarda relação com a ação fiscal desenvolvida e a multa aplicada. Por tudo isso, diz que o Auto de Infração em análise falece de fundamentos legais e deve ser considerado nulo.

Afirma que a prova disso, está na planilha comparativa elaborada pelo fiscal autuante, onde se evidencia que o autuado emitiu todos os documentos fiscais exigidos para as operações de vendas de mercadorias. Considera que o fato descrito não corresponde à multa prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96. Havendo uma certa confusão entre a infração e a penalidade, com o cerceamento de defesa, de modo que, nos termos do art. 18 do RPAF, o lançamento é nulo.

Faz considerações sobre a ordem de serviço, e alega que não foram apuradas divergências entre as vendas registradas e os recebimentos de pagamento com cartão de crédito ou de débito, identificado na planilha comparativa da lavra do fiscal autuante

Diz, não ser verdade que a legislação permita o uso de notas fiscais em substituição aos cupons fiscais apenas na impossibilidade do uso do ECF, e afirma que o contribuinte pode, sim, emitir outros documentos legais como expressa os arts. 218 e 238 do RICMS/97.

Portanto, a empresa agiu corretamente ao emitir Nota Fiscal ou Nota Fiscal de Venda ao Consumidor, nas circunstâncias aludidas e estabelecidas na legislação citada.

Frisa que a obrigação tributária principal foi cumprida, e se isso não tivesse ocorrido o fiscal teria cobrado o imposto, e não aplicado multa. Fala da condição do comércio varejista de calçados, à luz do art. 353, II, item 32, do RICMS/97. Salienta que o seu estabelecimento exerce atividade enquadrada no código 5233-7/01 do CNAE. Chama a atenção para o fato de que, nos termos do art. 356 do RICMS/97, uma vez ocorrido o pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias.

Conclui com o pedido de nulidade ou, não sendo este acolhido, a improcedência do Auto de Infração.

O fiscal autuante prestou informação dizendo que o Auto de Infração foi elaborado a partir de uma ordem de serviço. Explica que foram usados os dados fornecidos pelas operadoras de cartões de crédito. Registra que as planilhas fiscais demonstram as diferenças do imposto lançado. Diz que o contribuinte não apresentou atestados ou outros documentos que justificassem a emissão de Nota Fiscal de Venda ao Consumidor, desacompanhada da via de Nota Fiscal, de modo que a autuação, a seu ver, é cabível.

A 2ª JJF através sua relatoria, manifesta-se dando razão ao autuado quanto à inadequação da capitulação do fato no dispositivo regulamentar. Realmente o inciso II do art. 824-D, (este artigo foi acrescentado ao regulamento pela Alteração nº 38), diz respeito a requisitos do programa aplicativo utilizado para envio de comandos ao ECF, o qual não deve ter função que faculte ao operador a não emissão do documento fiscal relativo aos registros realizados.

Aduz, entretanto que a descrição do cometimento foi feita de forma clara, não havendo cerceamento de defesa.

Quanto ao mérito, informa o relator da 2ª JJF, que o auditor fiscal agiu em acordo com os arts. 218 e 238 do RICMS, sendo que o art. 218 é regra geral: os contribuintes, excetuados os produtores rurais e os extratores não equiparados a comerciantes ou a industriais, devem emitir Nota Fiscal nas situações ali indicadas, especialmente nas saídas de mercadorias do estabelecimento. Já o art. 238, cinge-se a situação peculiar do contribuinte obrigado a utilizar equipamento emissor de cupom fiscal (ECF), determinando que este deve emitir 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, observada a natureza da operação ou prestação, podendo também ser emitido, em relação a mesma operação e/ou prestação.

De sorte, que não tendo o contribuinte procedido da forma como estabelece o art. 238 do RICMS, conclui ilustre relator, por está caracterizada a infração.

Considera, entretanto, aspecto suscitado pela defesa, desta ter cumprido a obrigação tributária principal, pois ao contrário, o fiscal teria cobrado o imposto em vez da multa.

Considera o relator que no caso particular, trata-se de empresa que comercializa calçados e como tal, enquadrada no Código nº 5233-7/01, sendo calçados mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária nos termos do art. 353, II, item 32, do RICMS/97.

No caso particular, aduz a JJF, com as saídas das mercadorias do estabelecimento encerra-se a fase de tributação das mesmas, e como no caso não houve falta de pagamento do imposto, verificando-se apenas o descumprimento de obrigação acessória.

Invocando § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96 vota o relator pela procedência do Auto de Infração com a redução da multa para 50% do valor proposto pelo autuante.

O voto vencedor tem seu fundamento baseado a inexistência de provas no processo, em especial atestado de intervenção, confirmando que existiram paralisações justificadas do equipamento, de modo que pudesse se proceder à emissão de outros documentos em substituição aos cupons fiscais, ou de solicitação de cliente para tal substituição.

De modo que nessa linha de conduta, não vê o i. presidente da 2ª JFJ como acolher a proposta do relator, para com base no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, promover a redução da multa estipulada no Auto de Infração.

Admite em seguida, que não consta dos autos elementos fiscais que possam atestar que todas as obrigações fiscais foram cumpridas, desde que, pode o contribuinte comercializar no seu estabelecimento outras mercadorias que não sejam enquadradas no regime de substituição tributária. Conclui dizendo, que o que se está exigindo é multa formal pelo descumprimento de obrigação acessória e, portanto suscetível à cominação legal, votando pela manutenção integral da multa, e por conseguinte pela Procedência do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão da 1ª Instância, o contribuinte interpõe Recurso Voluntário ratificando o pedido de nulidade da autuação, aduzindo que a inadequação da capitulação do suposto fato no dispositivo regulamentar correspondente a cerceamento de defesa. Adiante a Recorrente cita decisão da 3ª JFJ, sobre o mesmo assunto, acatando a preliminar de nulidade informando que ***“...a descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável”***

A recorrente reitera todos os termos de sua defesa, solicitando seu reexame em 2ª Instância e aduz que a fundamentação vencedora da JFJ foi no sentido de que o usuário do sistema ECF, só pode substituí-lo em caso de paralisação técnica e com a devida comprovação da ocorrência através atestado de intervenção. Disse mais a JFJ, que não existe no PAF comprovação de que a obrigação fiscal tenha sido inteiramente cumprida e que *“haveria que se fazer uma ação específica para o ramo da autuada, qual seja auditoria de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária”*.

Acrescenta que mesmo não constando nos autos prova de intervenção no equipamento emissor dos cupons fiscais, é de se admitir a impraticabilidade de em ocorrendo pequenos defeitos, fique o cliente a espera do seu saneamento, mesmo porque está demonstrado nos autos, mediante planilhas elaboradas pela fiscalização o caráter de exceção com que os cupons foram substituídos.

Acrescenta a recorrente, que conforme destaca o voto vencido, a autuada goza de presunção legal de que a maior parte de suas mercadorias vendidas, o são com a fase de tributação encerrada, o que de certo modo impede a evasão do ICMS. Diz que, especular que poderia existir sonegação na substituição, foge ao fulcro da exigência, além do mais assevera que se indícios de sonegação existissem, certamente seriam investigados na ação fiscal.

Assegura que o Auto de Infração não contempla a possibilidade da existência de evasão tributária, e não é por simples especulação do Julgador que o contribuinte será prejudicado, pois até prova em contrário o contribuinte cumpriu sua obrigação tributária principal. Indaga a Recorrente porque o relator do Voto Vencedor, não requereu diligência para averiguação do cumprimento de sua obrigação principal, até porque quem emite documentos fiscais quer seja ele cupons ou notas fiscais não pensa em sonegar.

Diz por último, que a única divergência entre o pensamento do relator do Voto Vencido e a autuada é que a fundamentação adotada permite o cancelamento da sanção, e não a redução. Por fim invocando o teor do art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, pede o cancelamento da multa ou pelo menos sua redução a 10% do valor cobrado.

A representante da PGE/PROFIS manifesta-se favorável a autuação, diz que a multa está corretamente aplicada ante a subsunção do fato à norma e que a previsão para imputação feita está art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, opinando pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

O Auto de Infração objeto desse julgamento, foi lavrado para cobrar multa em decorrência da recorrente, em algumas ocasiões deixar de emitir cupons fiscais (ECF), os substituindo pela emissão de Notas Fiscais e Notas Fiscais de Venda ao Consumidor.

O contribuinte apresentou defesa em que pede a nulidade da autuação, alegando falta de embasamento legal para a multa aplicada, haja vista que o fato foi descrito como emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal, porém o enquadramento foi feito em dispositivos que não correspondem ao fato descrito.

Embora a recorrente tenha razão quanto à inadequação da capitulação do fato ao dispositivo regulamentar, a descrição do cometimento foi feita de maneira clara, de modo que a alegação de cerceamento de direito de defesa fica prejudicado.

O contribuinte usuário do sistema (ECF) está obrigado perante o art. 238 do RICMS, a utilizar o equipamento emissor de cupom fiscal, determinando que este deve emitir o Cupom Fiscal, a Nota Fiscal de Venda ao Consumidor ou Bilhete de Passagem, por meio deste equipamento, nas operações ou prestações destinadas a não contribuinte do ICMS. Quando não for possível a emissão do documento fiscal por meio do ECF, por ocorrência de sinistro ou falhas técnicas, nestes casos se permite a emissão de Nota Fiscal, Nota Fiscal de Venda ao Consumidor, desde que apresentado atestado de intervenção no equipamento.

Entendo como correta a aplicação da penalidade, pois restou caracterizado o descumprimento do art. 238 do RICMS e, portanto cabível a multa aplicada, contudo, comungo com a opinião do ilustre relator da 2ª JJF que evocando o § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, propôs a redução do valor aplicado no Auto de Infração, já que em nenhum momento foi visualizada qualquer prática dolosa contra o Erário Estadual.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, pela redução de 50% da multa arbitrada no Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **178891.1009/04-7**, lavrado contra **REGUEIRA COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$6.400,81**, prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02, cujo valor foi reduzido com base no § 7º do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Eduardo Nelson de Almeida Santos, Marcos Rogério Lyrio Pimenta, Oswaldo Ignácio Amador, Fernando Antônio Brito de Araújo e Antônio Ferreira de Freitas.

VOTO VENCIDO: Conselheiro Ciro Roberto Seifert.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de julho de 2005.

ANTONIO FERREIRA FREITAS – PRESIDENTE

EDUARDO NELSON DE ALMEIDA SANTOS – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS