

A. I. Nº - 206948.0018/04-7
AUTUADO - LIVRARIA PAPELARIA CASTRO ALVES LTDA.
AUTUANTE - MARCO AURÉLIO DUTRA DE REZENDE
ORIGEM - INFAC CAMAÇARÍ
INTERNET - 18.03.05

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0055-03/05

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. **a)** DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO ECF. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. Infração não impugnada. **b)** EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS CONCOMITANTEMENTE AO USO DO EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL. MULTA. Os contribuintes usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) somente estão autorizados a emitir as notas fiscais de venda a consumidor ou modelo 1, por outro meio que não o ECF, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, por se encontrarem impedidos de emitir o cupom fiscal, ou concomitantemente ao ECF. Infração caracterizada. Não acatado o pedido de perícia. Não acatada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 22/11/04 para exigir o ICMS, no valor de R\$21.426,58, acrescido da multa de 70%, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$1.063,69, em decorrência de:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento da venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao montante fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito – R\$21.426,58;
2. Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado – multa de R\$1.063,69.

O autuado apresentou defesa por meio de advogados (fls. 40 a 46), alegando que está inscrito no SimBahia no ramo de “comércio varejista de livros e material escolar”, com maior movimento no início das aulas.

Discorre sobre a natureza jurídica e sobre os requisitos que devem ser obedecidos na lavratura de Autos de Infração e suscita a nulidade deste lançamento, sob o argumento que o autuante exigiu a penalidade relativa à infração 2 com fundamento no artigo 824-D, inciso II, do Decreto nº 6.284/02 e no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, mas “inexiste o enquadramento da infração indicada pela autoridade autuante”, “dificultando a defesa do recorrente”.

No mérito, relativamente à infração 2, alega que, nos termos do artigo 799, do RICMS/BA, “nada obsta a emissão da Nota Fiscal de Venda ao Consumidor – Série D-1, dentro da sua validade, pois trata-se também de documento fiscal, o qual estão sendo pagos o ICMS devido”, “NÃO

HAVENDO NENHUMA SONEGAÇÃO DE IMPOSTOS, CUJA PRATICA NÃO CARACTERIZA DOLO OU FRAUDE AO FISCO”.

Assegura que a multa de 5% sobre os valores das vendas realizadas no período de 01/01/03 a 31/08/04 é indevida, haja vista que “apesar de não ter sido utilizado o cupom fiscal, durante este período foram expedidas as respectivas NOTAS FISCAIS DE VENDA AO CONSUMIDOR – SÉRIE – D-1, sendo pagos e recolhido todos os impostos e tributos correspondentes as vendas realizadas durante este período”, conforme as cópias das notas fiscais anexadas em 5 volumes que diz estar juntando aos autos.

Argumenta que “pagar o valor da multa aplicada ao recorrente, uma vez que sobre estas vendas já foram pagos os impostos devidos, configura repetição de tributo (bis in idem)”.

Finalmente, requer a realização de perícia técnico-contábil por estranho ao feito e a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 1567 a 1569), quanto à infração 1, esclarece inicialmente que foi realizada auditoria fiscal do tipo “Sumária – Cartão de Crédito”, “cujo objetivo é apurar valores não oferecidos à tributação pelo ICMS, através da diferença entre os valores informados em meios magnéticos pelas administradoras de Cartões de Créditos à Base de Dados da SEFAZ e os valores efetivamente registrados pelo contribuinte em suas vendas no ECF-IF do estabelecimento, valores estes que, se registrados corretamente, ou seja, na forma do § 7º do art. 238 do RICMS/97-BA, aparecem nas Fitas-Detalhes do ECF-IF por ocasião das Reduções em ‘Z’ diárias”.

Relativamente à infração 2, afirma que o autuado está inscrito como empresa de pequeno porte (SimBahia) e, por ser usuário de ECF-IF somente pode emitir notas fiscais de venda a consumidor em decorrência de sinistro, por razões técnicas ou quando solicitado pelo adquirente das mercadorias e que, como não ficaram comprovadas as duas primeiras situações elencadas na legislação, “nem tampouco, existe algum Cupom Fiscal anexado às vias fixas das notas fiscais discriminadas no Auto de Infração, nos casos em que os adquirentes solicitam nota fiscal, concluímos, em princípio, que as 263 (duzentas e sessenta e três) Notas Fiscais D-1 objeto da autuação foram consideradas corretamente”.

Reconhece que houve uma incorreção na indicação da legislação, pois “consta impresso equivocadamente pelo Sistema de Emissão de Auto de Infração Informatizado (SEAI) o enquadramento no Decreto nº 6.284/02, ao invés de 6.284/97, já que o Decreto que regulamentou a Lei nº 7.014/96 é de 1997, e, tendo em vista que o art. 19 do RPAF/99, regulamentado pelo Decreto 7.629 de 09 de julho de 1999 não autoriza a nulidade de Ação Fiscal por conta do erro retro mencionada, uma vez que, pela descrição do fato, fica evidente o enquadramento legal, CONTESTAMOS às RAZÕES DE DEFEZA apresentadas”.

VOTO

Inicialmente, rejeito o pedido de perícia a fiscal estranho ao feito, formulado pelo autuado, porque já se encontram no processo todos os elementos formadores de minha convicção, de acordo com o artigo 147, inciso I, do RPAF/99.

Deixo de acatar, ainda, a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado em obediência às normas legais, atendendo às formalidades previstas no artigo 39, do RPAF/99. Embora tenha havido equívoco do autuante, na indicação do dispositivo infringido e do ano em que foi editado o Decreto nº 6.284, que aprovou o RICMS/BA, os fatos encontram-se bem descritos no Auto de Infração deixando evidente a irregularidade fiscal e o seu enquadramento legal, não implicando, portanto, a nulidade do lançamento, a teor

do artigo 19 do RPAF/99: “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”.

Observo, ainda, que o erro acima relatado, na menção dos dispositivos infringidos não impediu o autuado de adentrar o mérito da lide e de trazer aos autos todos os elementos documentais de que dispunha para comprovar que agiu de acordo com a legislação. Pelo exposto, entendo que não houve cerceamento de seu direito de defesa e, consequentemente, não há motivos para a declaração de nulidade da autuação.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória.

Na infração 1 exige-se o imposto em razão de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada pela diferença entre o somatório dos cupons fiscais emitidos e o valor informado pelas operadoras de cartões de crédito e de débito. O autuado não impugnou a irregularidade apontada e, portanto, entendo que está caracterizada a infração, devendo ser aplicada a regra dos artigos 142 e 143, do RPAF/99: “A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária” e “A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”. Observo, por oportuno, que não consta, nas notas fiscais de venda a consumidor anexadas pelo contribuinte ao PAF, nenhuma observação ou prova de que tais vendas foram pagas por meio de cartões de crédito ou de débito. Mantido o valor do débito exigido.

Na infração 2 exige-se a multa de 5% do valor das operações pelo fato de o contribuinte, usuário de equipamento de controle fiscal, ter emitido outro documento fiscal (notas fiscais de venda a consumidor) em lugar daquele decorrente do uso do citado ECF nas situações em que está obrigado, no período de janeiro a março de 2003.

O autuado alegou que: a) nos termos do artigo 799, do RICMS/BA, “nada obsta a emissão da Nota Fiscal de Venda ao Consumidor – Série D-1, dentro da sua validade, pois se trata também de documento fiscal”; b) a cobrança da multa caracteriza um *bis in idem*, uma vez que o imposto sobre as vendas já foi pago, conforme as cópias das notas fiscais anexadas em 5 volumes que diz estar juntando aos autos.

Quanto ao primeiro argumento do contribuinte, observo que toda a seção XIV do capítulo IV do título IV do RICMS/97, compreendendo os artigos 799 e 800, foi revogada pela Alteração nº 38 (Decreto nº 8.413/02, com efeitos a partir de 31/12/02), não podendo ser aplicados.

Em relação ao segundo argumento defensivo, deixo de acatá-lo, considerando que se está cobrando, neste Auto de Infração, ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, com fundamento em diferentes irregularidades tributárias (por falta de emissão de documentos fiscais – na infração 1 - e pela emissão de documento fiscal diferente daquele previsto legalmente – na infração 2), não havendo o alegado *bis in idem*.

O RICMS/97 disciplina o uso de ECF – Equipamento Emissor de Cupom Fiscal nos dispositivos abaixo transcritos:

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, observada a natureza da operação ou prestação, podendo também ser emitido, em relação a mesma operação e/ou prestação:

I - a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou o Bilhete de Passagem, se a Legislação

Federal dispuser desta forma;

II - a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, ou a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, quando houver solicitação do adquirente dos bens.

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos I e II, a 1ª via do documento fiscal emitido no ECF, deverá ser anexado à via fixa do documento fiscal emitido, no qual serão consignados o número seqüencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF.

§ 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.

Pela análise da legislação, constato que os contribuintes usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) somente estão autorizados a emitir as notas fiscais de venda a consumidor ou modelo 1, por outro meio que não o ECF, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, por se encontrarem impedidos de emitir o cupom fiscal.

Quando solicitado pelo adquirente da mercadoria, os contribuintes usuários de equipamento emissor de cupom fiscal podem também emitir notas fiscais, porém, neste caso, deve ser extraído, concomitantemente, o cupom fiscal e anexado à via fixa do documento fiscal emitido, no qual serão consignados o número seqüencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF.

Verifico, da análise dos autos, que o próprio autuado reconheceu a irregularidade, isto é, que emitiu notas fiscais de venda a consumidor, consoante os documentos juntados ao PAF, todavia, não trouxe as provas de que, no período fiscalizado, estava impossibilitado de utilizar o ECF, razão pela qual emitiu as notas fiscais referidas em substituição ao cupom fiscal, ou que também emitiu o cupom fiscal concomitantemente com as notas fiscais. Pelo exposto, entendo que está caracterizada a infração 2, devendo ser aplicada a penalidade prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, já que os valores não foram contestados pelo sujeito passivo.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206948.0018/04-7, lavrado contra **LIVRARIA PAPELARIA CASTRO ALVES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$21.426,58**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$1.063,69**, prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da citada Lei, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de março de 2005.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR