

A. I. N° - 206908.0017/04-3
AUTUADO - TEKA BABY IND. E COM. DE ARTIGOS DE DECORAÇÕES LTDA
AUTUANTE - ANDRÉ LUIZ FACCHINETTI DIAS SAMPAIO
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 23/09/05

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0325-03/05

EMENTA: ICMS. 1. VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO OU DE DÉBITO. DECLARAÇÃO EM VALOR INFERIOR ÀS OPERAÇÕES REALIZADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. A declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. O autuado reconhece a infração. **2** USUÁRIO DE EMISSOR DE CUPOM FISCAL - ECF. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE VENDAS À CONSUMIDOR EM LUGAR DE CUPOM FISCAL. Os contribuintes do ICMS que realizarem vendas de mercadorias ou prestação de serviços à não contribuintes desse imposto estão obrigados a utilizar Emissor de Cupom Fiscal para documentar tais operações. Correta a aplicação da multa de 5% sobre o valor das operações não registradas no equipamento Emissor de Cupom Fiscal. Não acolhidas as arguições de nulidade. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 16/08/2004, para exigir ICMS e multa pelo cometimento das seguintes infrações:

- 1) Omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento com cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito no valor de R\$2.608,10, acrescido da multa de 70%;
- 2) Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, na multa de R\$ 2.518,18.

O autuado, em sua defesa às fls. 23 a 26, em relação à primeira infração reconhece a sua procedência e informa que já realizou o parcelamento do débito, dizendo juntar aos autos comprovantes do parcelamento e cópias dos DAEs.

Em relação a segunda infração, contesta a ação fiscal, dizendo que a infração cometida não trouxe qualquer prejuízo ao fisco estadual. Transcreve os artigos 824-D e 824-E do RICMS, e salienta “ que todas as operações foram corretamente escrituradas e lançadas nos livros fiscais

próprios com total e completo recolhimento do ICMS, posto que a empresa autuada utilizou-se das Notas Fiscais, série D-1, em todas as vendas no período. “

Transcreve, também, os Artigos 824-U e 146 do RICMS/97 e o Art. 159 do RPAF/BA, para mostrar que não tinha, com seu procedimento, causado prejuízo ao fisco, e que houve excesso e arbitrariedade do fiscal autuante em relação a multa aplicada, e, conclui, requerendo a total improcedência do Auto de Infração, como também uma diligência pela ASTEC .

O autuante, ao prestar sua informação fiscal às fls.33 e 34, informa o reconhecimento, por parte da autuada, da primeira infração.

Em relação a segunda infração, reconhece que houve um equívoco no enquadramento legal dos fatos irregulares apontados, mas conforme dispõem o artigo 19 do RPAF, não justifica a nulidade do presente Auto de Infração, entretanto, tal erro, provocou por parte do autuado argumentos incoerentes com a realidade da infração, e de imediato, solicita que seja reaberto prazo para o autuado se manifestar no presente processo, tendo em vista o novo enquadramento.

Prossegue emitindo a seguinte correção “Apuramos que o contribuinte deixou de emitir cupom fiscal, quando estava obrigado, substituindo-o por nota fiscal de venda a consumidor, no exercício de 2003 no valor de R\$ 43.241,65 e em 2004 no valor de R\$ 7.122,00, conforme anexos às fls. 11, descreve corretamente tal infração da seguinte forma “ emitiu outro documento em lugar daquele do uso de equipamento de controle fiscal”, entretanto enquadrámos erradamente no Artigo 824-D, II do Decreto 6.284/02, quando deveria enquadrar no art. 238. Segue transcrevendo o citado artigo.

Enfatiza a necessidade de reabertura de prazo de defesa e ressalta que não houve por parte do autuado contestação dos valores apresentados.

O processo foi encaminhado a esta 3ª. Junta de Julgamento, para a Relatora Denise Mara Andrade Barbosa, que de acordo com a documento de fl. 43, solicitou Diligência à Inspetoria de Origem, requerendo a reabertura do prazo de defesa, ressaltando, que foi solicitada pelo próprio autuante, ao reconhecer o erro no enquadramento legal da infração 2.

Consta nos documentos de fls. 45 a 49, que o contribuinte foi intimado, por duas vezes, para tomar conhecimento da Diligência requerida pela julgadora, porém não se pronunciou.

Na sessão de julgamento, compareceu o patrono do autuado, Dr. Adriano de Amorim Alves, que suscitou nulidade da intimação à fl. 49, por entender que somente o patrono da empresa deveria ser intimado dos atos processuais.

VOTO

Inicialmente, constato que não há motivo a nulidade para o Auto de Infração, haja vista que o equívoco ocorrido no enquadramento legal dos fatos apontados foi objeto de correção pelo autuante e posterior abertura de prazo de defesa.

Quanto à diligência à ASTEC requerida pelo autuado, fica indeferida com base no artigo 147, I do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para a minha convicção.

Em relação ao pedido do patrono do autuado, de nulidade da intimação à fl. 49, fica rejeitado o pedido, tendo em vista que de acordo com o artigo 108 do RPAF/99 a intimação ao sujeito passivo de qualquer ato, fato ou exigência fiscal deverá ser feito mediante aposição de data e assinatura do próprio sujeito passivo, seu preposto ou representante legal. No caso em exame a intimação

foi assinada pelo Sr. Roberto Campello dos Santos, que é um dos sócios da empresa, conforme dados cadastrais desta SEFAZ.

No mérito, o Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir o ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, em decorrência de duas infrações. O autuado reconheceu a infração 1, porém impugnou a infração 2, que exige multa de 5% sobre o total de operações de saídas acobertadas por notas fiscais de venda ao consumidor porque não ficou comprovada a ocorrência dos fatos elencados na legislação para a utilização do equipamento do emissor de cupom fiscal.

O autuado contestou a infração 2, argumentando como se o tributo estivesse sendo cobrado, e não a multa por descumprimento de obrigação acessória, sendo reconhecido pelo próprio autuante, que requereu abertura do prazo da defesa, devido ao equívoco causado ao autuado em sua defesa.

Decorrente do enquadramento errado da infração 2, esta JJF solicitou diligência à Infaz de origem, indicando a reabertura do prazo de defesa de 30 dias, ressalvando que fosse fornecido ao autuado, mediante recibo, cópia da informação fiscal.

Constato às fls. 45 a 49, que o autuado foi intimado em atendimento à diligência solicitada, entretanto não se manifestou.

Os dispositivos do RICMS/97, abaixo transcritos, objeto da autuação, disciplina a matéria:

“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.”

Sendo assim, entendo que está caracterizada a infração apontada e deve ser aplicada a penalidade prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, de 5% (cinco por cento) 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.

A penalidade se explica pelo fato de que, para os contribuintes usuários de ECF, a regra é a emissão do cupom fiscal nas vendas realizadas e, somente excepcionalmente, é que a legislação autoriza a emissão da nota fiscal, nas condições ali estabelecidas.

Face ao exposto voto pela Procedência do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já pagos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n.º **206908.0017/04-3**, lavrado contra **TEKA BABY IND. E COM. DE ARTIGOS DE DECORAÇÕES LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 2.608,10** acrescido da multa 60% de prevista no art. 42, II, “d”, da Lei n.º 7.014/96 e dos acréscimos legais e da multa de **R\$ 2.518,18**, prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da Lei n.º 7.014/96. Devem ser homologados os valores que, efetivamente, foram pagos.

.Sala das Sessões do CONSEF, 14 de setembro de 2005.

ARIVALDO DE SOUZA PEREIRA - PRESIDENTE

MARIA DO SOCORRO FONSECA DE AGUIAR - RELATORA

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR