

A. I. N° - 934701-1/04
AUTUADO - SUPER MERCADO COMPRE BEM LTDA.
AUTUANTE - WALTER LÚCIO CARDOSO DE FREITAS
ORIGEM - IFMT - METRO
INTERNET - 28.12.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0462-02/05

EMENTA: ICMS. EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL - ECF. UTILIZAÇÃO IRREGULAR. USO DO EQUIPAMENTO COM VIOLAÇÃO DA RESINA PROTETORA DA MEMÓRIA. MULTA. Relatórios de Vistoria e Laudos Técnicos, comprovam a infração. Rejeitada a preliminar de nulidade argüida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 23/10/2004, pelo uso de ECF com violação da resina de proteção da memória permitindo alteração dos valores armazenados na área de memória do equipamento, sendo aplicada a multa fixa de R\$ 13.800,00.

O autuado em seu arrazoado defensivo, colacionado aos autos tempestivamente e por ele próprio subscrito, fls. 28 a 35, informa inicialmente que ao tomar conhecimento do presente Auto de Infração compareceu à IFMT-METRO onde lhe fora entregue o Relatório de Vistoria em ECF, fls. 37 a 46. Observa que consta dos autos menção sobre o Termo de Apreensão n° 0124505, lavrado em 23/10/04, porém a ele não fora apresentado como peça anexada ao Auto de Infração. Ressalta ainda ser o aludido Termo de Apreensão uma peça sem validade alguma, pois cita o § 2º do art. 28 do RPAF que preceitua uma vez lavrado o Termo de Apreensão, este perderá sua validade, se, no prazo de 30 dias, não for lavrado o Auto de Infração. Solicita que, caso sejam aduzidos fatos novos ou se forem anexados novos demonstrativos ou levantamentos na informação fiscal seja observado o quanto disposto no § 1º do art. 18 do RPAF.

Depois de descrever a infração, os dispositivos infringidos e o dispositivo da multa aplicada suscita a preliminar de nulidade do Auto de Infração invocando a alínea “a” do inciso IV do art. 18 do RPAF, segundo o qual é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Insiste o autuado em afirmar que nos presentes autos não se conhece o ECF utilizado sem autorização do fisco estadual, não há prova do cometimento da infração, ou seja, uso de ECF com violação de resina de proteção da memória e que não é possível identificar o infrator. Acrescenta que pelo dispositivo citado apenas a falta de um dos elementos essenciais para se afirmar a ocorrência da infração é suficiente para se afirmar que não há delito e, no presente caso, faltam todos os elementos para se conhecer com segurança a infração e o infrator. Por entender que diante da imaterialidade dos fatos assevera que há de ser considerado nulo o presente Auto de Infração.

Alega, também, que fora contemplado com dois Autos de Infração versando sobre o mesmo fato, pois no dia 11/01/05 fora lavrado o A. I. n° 9347700-03, para impor penalidade de uso irregular de ECF, cujos elementos constitutivos são idênticos aos elementos dos presentes autos, fls. 48 a 64. Aduz que pelos elementos trazidos e pelo descriptivo indicado no auto de infração, está impossibilitado de se defender adequadamente, pois não consegue vislumbrar os fatos com clareza, e a acusação com a certeza requerida. Adicione-se a tudo isso o fato de que o fiscal autuante não apresenta uma única prova sequer de suas acusações, nem tão pouco o insuficiente descriptivo acusativo se relaciona com os dispositivos apontados para a inventada infração.

Alega a falta de prova para a infração, ora em lide, de acordo com a tipificação apontada no Auto

de Infração depois de transcrever os artigos 824-P e 824-H e 39 do RICMS/97-BA, pois afirma que não entendeu absolutamente nada e não conseguira relacionar tais dispositivos com a descrição a infração apontada.

Observa a existência de uma regra em direito que obriga a quem acusa o dever de oferecer provas para sua acusação. Acrescenta que em nenhum dos elementos que lhe foram entregues e relacionados no Auto de Infração apresentam: a indicação expressa do ECF utilizado com violação da resina; a prova de alteração de valores e prova de que o ECF foi por ele utilizado. Ademais, assevera o autuado, não pode defender-se daquilo que desconhece, pois, existe apenas no Auto de Infração a acusação de uso de ECF com violação de resina de proteção sem, no entanto identificar qual o ECF, não se apresentando prova do uso pela autuada, e nada se prova. Além disso, o autuado assevera que teve contra si outro auto de infração para os mesmos elementos fáticos apontados nesse processo. Portanto, a acusação é infundada. Não há embasamento legal.

Conclui requerendo a declaração de nulidade do Auto de Infração e, caso seja vencida a preliminar de nulidade, requer que o fiscal autuante aponte os fatos com clareza e apresente provas para os fatos apontados. Exige prova da competência de quem assina laudo técnico e relatório de vistoria. Por fim, requer a concessão do direito de defesa, a partir de fatos concretos, bem descritos e fundamentados, inclusive com apresentação de provas para as acusações e que este auto de infração seja considerado nulo, em razão de procedimento fiscal adotado com a lavratura do auto de infração de número 9347700-03.

O autuante ao proceder sua informação fiscal esclarece que a ação fiscal iniciou-se em 23/10/2004 com a lavratura do Termo de Apreensão nº 124505 no estabelecimento do autuado, sendo apreendidos naquela data dois equipamentos do tipo Emissor de Cupom Fiscal (ECF) Yanco 6000-Plus, sem plaquetas com números de fabricação e sem os adesivos com autorização de uso de ECF's fornecidos pela SEFAZ-BA, para posterior vistoria por técnico da GEAFI da SEFAZ-BA e técnico representante da Yanco, fabricante dos ECF's apreendidos. Acrescenta que a vistoria ocorreu em 28/10/2004 contando com o comparecimento do representante credenciado pelo contribuinte, Sr. Ricardo Seixas Hughes Junior, conforme prova documento da folha 07 deste PAF. Aduz ainda que o Termo de Apreensão 124505 descreve como fatos que motivaram a apreensão: "equipamentos encontrados sem plaqueta de identificação, declarados, contendo em apenas um dos equipamentos um lacre com numeração partida, estando os dois ECF's com suas memórias fiscais violadas, visores soltos". Enfatiza também que o Sr. Ricardo Seixas Hughes Junior assinou no Termo como detentor dos equipamentos e lhe foi entregue uma via do Termo, como representante da empresa, fl. 03. Assevera o autuante, fica claro que os equipamentos pertenciam à empresa Supermercado Compre Bem Ltda. e que a mesma já havia recebido uma via do Termo de Apreensão 124505, tornando-se, portanto, desnecessário que fosse entregue ao autuado, cópia do Termo de Apreensão.

Afirma o autuado que no momento da ação fiscal foram emitidas, as "Leitura X" de ambos os ECF's, a pedido do proposto fiscal, Alfredo Rheinschmitt, que lavrou o Termo 124505, fls. 10 e 16. Acrescenta que as leituras dos dois ECF's foram emitidas às 09:35 h e 09:37 h do dia 23/10/04 e o Termo 124505 foi lavrado às 10:00 h daquele mesmo dia, onde se constata que houve venda de produtos até aquele momento, comprovando, assim que os ECF's estavam em uso pelo estabelecimento, inclusive identificado nos cabeçalhos das "Leitura X" como Supermercado Compre Bem Ltda.

Redargui o autuante que o Termo de Apreensão 124505 foi lavrado para circunstanciar o início da ação fiscal, pois se detectou naquele dia irregularidades nos equipamentos (falta de lacres, falta de autorização, violação flagrante da resina de proteção da memória), mas a confirmação efetiva destas irregularidades só ocorreria com a constatação material detectada na vistoria técnica feita nos equipamentos, vistoria esta que embasou e, cujos laudos e relatórios correspondentes é que sustentam a autuação. Afirma que também foi lavrado o Termo para que os ECF's pudessem ser levados do estabelecimento do contribuinte proprietário para a IFMT-METRO para posterior

vistoria, ficando o contribuinte com via do termo que indicava o ocorrido e permitiria que reclamasse pelos ECF's posteriormente, no caso de conseguir regularizá-los, pois o imediato transporte dos ECF's justificava-se para evitar que o possível autuado viesse a alterar as características materiais das irregularidades a se detectar nos ECF's apreendidos se os mesmos permanecessem no estabelecimento. Observa o autuante que o descumprimento de obrigação acessória já permite que o Auto de Infração não careça da anterior lavratura de um Termo de Apreensão, conforme prevê o Art. 29 do RPAF. Acrescenta que o Art. 945 do RICMS/97-BA, que trata da validade do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, utilizado no presente caso pelos motivos explanados, determina que o referido Termo perderá a validade em 30 dias se não for lavrado o correspondente Auto de Infração neste prazo, mas apenas tratando-se de apreensão de mercadorias, que não foi o presente caso, pois os ECF's apreendidos não se destinavam a comercialização. O presente Auto de Infração refere-se à constatação de irregularidade em ECF que permite alteração de valor armazenado na área de memória do equipamento, pois não se pode conhecer os valores alterados. Neste caso, foi aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória, trata-se, portanto da permissão de alteração, independente de comprovação da efetiva alteração, e por isto de natureza de descumprimento de obrigação acessória.

Esclarece que a ação fiscal foi promovida pela fiscalização do Trânsito de Mercadorias por orientação da GEAFI, gerência desta SEFAZ-BA, que estabeleceu listagem de contribuintes a serem visitados para vistoria preliminar em seus ECF's e, em se encontrando indícios de irregularidades, deveriam ser apreendidos para que se procedesse à vistoria técnica efetuada conjuntamente pelo Sr. Elias Lima dos Santos técnico representante da Yanco, fabricante do equipamento apreendido, e devidamente credenciado por esta empresa e pelo Sr. Ednilton Meireles de Oliveira Santos, Agente de Tributos Estaduais da SEFAZ-BA lotado na Gerência de Automação Fiscal (GEAFI) que executa as atividades de administração e controle de equipamentos Emissores de Cupom Fiscal. Informa que a vistoria técnica ocorreu em 28/10/04 e, ambos os técnicos concluíram de maneira idêntica e sem dúvidas que a resina de proteção da memória fiscal dos dois ECF's não era original de fábrica, conforme Relatórios de Vistoria e Laudos Técnicos, cujas cópias nas folhas 11 a 15 e 17 a 21 do PAF.

Explica que atualmente na lavratura de Auto de Infração modelo 2 - trânsito, é obrigatória a inserção do código do Sistema de Emissão de Auto de Infração de Transito (SEAIT), que já está referenciado a dispositivos da legislação pertinente como dispositivos infringidos. E no presente caso, para a infração detectada, citou no Auto de Infração o código do SEAIT número 60.05.07 ("Alteração ou permissão de alteração, por contribuinte ou credenciado a intervir em equipamento de controle fiscal, do valor armazenado na área de memória de trabalho de equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), salvo na hipótese de necessidade técnica.") que esta referenciado ao "Artigo 824-P combinado com 824-H e 39, incisos XII e XIII do SEFAZ-BA, aprovado pelo Decreto nº 6284/97" como enquadramento, dispositivos infringidos. Acrescentou a Cláusula 48 do Convênio ICMS 85/01 por referir-se a características exigidas nos ECF's, em especial o inciso V, alínea "b", incisos VII e IX e o § 2º daquela Cláusula. Aduz que no Auto de Infração consta a descrição precisa dos fatos que ensejaram a autuação de maneira clara e objetiva e, portanto, conforme o artigo 19 do RPAF ficou evidente o enquadramento legal da infração cometida. O dispositivo da multa aplicada corresponde exatamente aos fatos detectados na ação fiscal, pois a violação da resina de proteção da memória dos equipamentos permite a alteração dos valores armazenados na memória. A multa prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea "b", item 2 é aplicável ao estabelecimento e não por cada ECF encontrado com aquela irregularidade, daí porque não indicou para qual ECF seria, inclusive, também, porque ambos tinham a mesma irregularidade descrita nos laudos.

Quanto a alegação, por parte do autuado, da lavratura de dois Autos de Infração para a mesma ocorrência, justifica o autuante que o Auto de Infração "modelo 2" lavrado na fiscalização do trânsito de mercadorias comporta apenas a indicação de uma única infração, diferentemente do

que ocorre na fiscalização de estabelecimentos. Por isto, nos casos em que a fiscalização de trânsito encontrar mais de uma infração, lavra-se tantos Autos quantas forem as infrações e foi isto que ocorreu ao lavrar o presente Auto de Infração e também o de número 9347700-03 que refere-se ao uso, pelo mesmo autuado, dos ECF's sem autorização da SEFAZ para tanto.

Assevera ainda o autuante que a aplicação do artigo 39 do RICMS/97-BA é pertinente, pois foi o autuado, usuário dos ECF's apreendidos, que ao adulterar os ECF's, disponibilizou para si equipamentos de controle fiscal que possibilitaram ao usuário, ele próprio, a alteração indevida de valores neles registrados. O § 4º do mesmo artigo determina que "o responsável por solidariedade sub-roga-se nos direitos e obrigações do contribuinte, estendendo-se a sua responsabilidade à punibilidade por infração tributária...". A solidariedade é aplicável ao caso, pois o artigo 141 do mesmo RICMS/97-BA prescreve que "A obrigação, pelo simples fato de sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária".

Aduz o autuante que o autuado em sua peça defensiva afirma o seu comparecimento à IFMT-METRO para conhecer os elementos da autuação, observando que lhe fora entregue cópias dos documentos que agora ele considera como imprestáveis para análise dos fatos. Indaga o autuante, por que não solicitou então cópias que prestassem se realmente pretendia uma defesa fundamentada. Deveria o autuado requisitar novas cópias que julgassem como prestáveis para fazer sua defesa e não o fez. O autuante assegura também que o autuado mandou um representante seu para acompanhar a vistoria dos equipamentos quando os mesmos foram abertos na sua presença e onde lhe foram mostradas as irregularidades encontradas e os técnicos explicaram ao representante as sanções previstas para aquelas irregularidades, fls. 4 a 7. Não vê, por isto, motivos para as alegações de desconhecimento das causas da autuação agora trazidas pelo autuado.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Trata-se o presente Auto de Infração do uso de ECF com violação da resina de proteção da memória fiscal permitindo alterações dos valores armazenados.

Quanto a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, não atendo ao pleito tendo em vista que nenhum dos pontos argüidos subsiste, ante a farta comprovação contida nos elementos que constituem o Auto de Infração. Eis que se encontra claramente explicitada a descrição infração, identificado o infrator e perfeitamente caracterizados os dispositivos infringidos. Restaram também comprovados a origem e a identificação dos equipamentos apreendidos, bem como as irregularidades constatadas através dos Termo de Apreensão e Relatório de Vistoria em ECF, ambos devidamente de conhecimento do preposto do autuado, Sr. Ricardo Seixas Hughes Junior, fls. 3 a 7. Portanto, não há que se falar em falta de provas e, muito menos de cerceamento de defesa como argüi o autuado. Por tudo isto é que não acolho a reclamada preliminar de nulidade por falta de prova e cerceamento de defesa.

Adentrando ao mérito, verifico que os elementos que integram o presente Auto de Infração afiguram-se devidamente instruídos e atendem às exigências legais pertinentes.

Constatou também, que todos os questionamentos apontados pelo autuado encontram-se sobejamente evidenciados nos autos se não vejamos:

1. O Termo de Apreensão e o Relatório de Vistoria em ECF, ambos de conhecimento do autuado, revelam claramente que os dois ECF's foram apreendidos no estabelecimento do autuado, em uso conforme atesta a "Leitura "X" efetuada por ocasião da ação fiscal, fls. 10 e 16, bem como, nos fatos verificados – "Constatação de equipamento com a resina de fixação de fixação do dispositivo de armazenamento de dados da memória fiscal, violada e adulterada", fls. 11e 17– e na "Descrição dos Equipamentos", fls. 15 e 21, consignados nos Relatórios de Vistoria em ECF, fls. 11 a 15 e 17 a 21. Com estas evidências restam descabidas as alegações do autuado de que não se conhece a identificação dos ECF's, objeto dos

- presentes Auto de infração, de que não há prova do cometimento da infração e de que não é possível identificar o autor da infração;
2. Não procede também a alegação de que existe dois Autos de Infração lavrados para a mesma ocorrência, pois o Auto de Infração de nº 9347700-03 citado pelo autuado refere-se ao cometimento de outra infração, distinta da ora em lide, ou seja, trata-se de uso de ECF sem autorização da SEFAZ;
 3. Não procede também a tentativa, por parte do autuado, de descharacterizar a competência técnica da equipe que, na presença do preposto do autuado, procedeu aos exames técnicos nos equipamentos em questão. Tendo em vista que, a equipe foi formada por técnico representante autorizado pelo fabricante do equipamento pelo Agente de Tributo da SEFAZ, Sr. Ednilton Meireles de Oliveira Santos, especialista em equipamento ECF. Remanesce, portanto, inócuas a pretendida desqualificação por afigurar-se inteiramente desprovida de fundamentação a alegação da defesa;
 4. Também não produz repercussão alguma na integridade formal do Auto de Infração, ante a clareza da discriminação do fato concreto ocorrido e as respectivas comprovações, qualquer óbice à compreensão como alega o autuado em relação aos dispositivos infringidos, ou seja, os artigos 824-P e 824-H e os incisos XIII e XII do art. 39 do RICMS/97-BA, bem como do dispositivo da multa aplicada, a alínea “b” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Pelo exposto, conlucio dos exames realizados nas peças dos presentes autos, que restou efetivamente comprovado o cometimento, por parte do autuado, da infração cuja multa foi devidamente tipificada na forma preconizada pela legislação vigente e aplicável.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **934701-1/04**, lavrado contra o **SUPERMERCADO COMPRE BEM LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$ 13.800,00**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “b”, item 2 da Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR