

A. I. Nº - 180573.0012/04-0  
AUTUADO - MADEIREIRA IMECOL LTDA.  
AUTUANTE - ARISTON ALVES DA SILVA  
ORIGEM - INFAS SIMÕES FILHO  
INTERNET - 27/12/05

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0477-03/05**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. 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 I, por outro meio que não o ECF, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, por se encontrarem impedidos de emitir o cupom fiscal. Autuante refez os cálculos, ficando reduzido o valor do débito. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 25/11/04 para exigir multa no valor de R\$36.498,34, pelo fato de o contribuinte, apesar de usuário de ECF, ter continuado a emitir notas fiscais (série EPP e série D-1), sem justificativa, e sem obedecer aos ditames legais, impedindo, com tal procedimento, a apuração de suas reais vendas por meio de cartões de crédito ou débito e a comparação com os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito, “objetivo maior da Operação Sumária Cartões de Crédito programada pelo órgão competente da SEFAZ” (janeiro de 2003 a março de 2004).

O autuado apresentou defesa (fls. 62 a 88), reconhecendo, inicialmente, a existência de um bom relacionamento entre o Fisco e a empresa e o respeito que o autuante demonstrou no decorrer da ação fiscal. Logo em seguida, discorre, inclusive transcrevendo a doutrina, sobre os princípios da legalidade objetiva, da verdade material (inserido expressamente no RPAF/99), da inquisitoriedade e da tipicidade cerrada, para concluir que espera que seus argumentos sejam apreciados pelo CONSEF, tendo em vista os retromencionados princípios.

Suscita a nulidade do lançamento pelas razões seguintes:

1. cerceamento de seu direito de defesa, tendo em vista que os demonstrativos que recebeu do autuante não são auto-explicativos, nem são claros e, portanto, não lhe permitiram elaborar uma impugnação ideal, com todos os argumentos aplicáveis à questão;
2. falta de descrição clara e precisa da acusação. Transcreve ementas de Acórdãos exarados pelo CONSEF sobre a matéria.

No mérito, argumenta que: o autuante cometeu alguns equívocos; está enquadrado no SimBahia; cumpriu todas as suas obrigações tributárias; os valores referentes às vendas por meio de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) são bem maiores que os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito; consta, no corpo das notas fiscais, a informação de que as vendas foram feitas por cartões; somente está obrigado a emitir cupom fiscal através do ECF nas operações ou prestações destinadas a não contribuintes do ICMS (artigo 1º, do Decreto nº 7.636/99 alterado pelo Decreto nº 8.882/04); emitiu as notas fiscais série D-1 e modelo 1, de acordo com o

artigo 218, incisos I e III, do RICMS/97, nas vendas a prazo ou quando a mercadoria não foi retirada pelo adquirente; emitiu notas fiscais de venda a consumidor em razão de defeito no ECF e em virtude de falta de energia elétrica. Solicita a realização de diligência se os membros desta Junta de Julgamento Fiscal entenderem necessária.

Requer a exclusão da base de cálculo da penalidade, do valor referente:

- a) às notas fiscais série D-1, quando emitidas por defeito do ECF ou por falta de energia elétrica;
- b) às notas fiscais modelo 1 ou 1-A emitidas nas vendas a contribuintes do imposto.

Transcreve ementas e a Súmula nº 1 do CONSEF, requerendo a conversão dos autos em diligência à Secretaria do CONSEF para a juntada da íntegra das decisões mencionadas.

Por fim, argumenta que a multa indicada no lançamento tem natureza confiscatória, pois não respeita os princípios constitucionais da capacidade contributiva e da não confiscatoriedade, e, para confirmar seu entendimento, transcreve o posicionamento da doutrina a respeito.

Por último, alerta o autuante para que produza a sua informação fiscal conforme o disposto no artigo 127, § 6º, do RPAF/99, sob pena de cerceamento do seu direito de defesa; ressalta que deve ser reaberto o prazo de defesa, “caso novos elementos sejam inseridos ou anexados, pelo autuante ou por qualquer outro funcionário fiscal em momento superveniente à apresentação da presente peça de caráter defensivo”; e pede a declaração de nulidade ou a improcedência do presente Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 161 a 164), esclarece que o contribuinte foi incluído na programação “Operação Sumária Cartões de Crédito” da Secretaria da Fazenda e, ao examinar a documentação, constatou que 66% da receita no exercício de 2003 era oriunda de vendas por meio de notas fiscais, o que “descaracterizou significativamente a utilização do ECF como instrumento de Controle Fiscal” e, ainda, que assim procedendo, o autuado dificultou a comparação entre os valores de vendas realizadas e aqueles informados pelas administradoras de cartões.

Quanto às alegações defensivas concernentes às preliminares de nulidade, aduz que nenhum princípio de Direito Tributário foi ferido; a autuação está fundamentada nos demonstrativos anexos e nas cópias de várias notas fiscais que, por amostragem, representam todo o período fiscalizado; os demonstrativos elaborados, além de mostrar o movimento diário das vendas, discriminam os valores por tipo de nota fiscal (PP e Consumidor) não havendo cerceamento do direito de defesa; os valores indicados nas planilhas têm o objetivo de mostrar a base de cálculo da multa de 5%, não havendo necessidade de indicação da quantidade de mercadorias; o contribuinte não contestou os valores diários apresentados; a descrição da infração não deixa nenhuma dúvida e se estriba no artigo 238, incisos I e II e §§ 1º e 2º, do RICMS/97; o sujeito passivo não emitiu nenhuma nota fiscal utilizando a hipótese do § 1º do artigo 238 do citado RICMS/97, isto é, anexando a 1ª via do cupom fiscal à via fixa da nota fiscal emitida; as decisões do CONSEF que foram transcritas não dizem respeito à presente autuação.

No mérito, afirma que o autuado tenta justificar seu procedimento irregular alegando a existência de erros que não ocorreram. Alega que é óbvio que os valores das vendas realizadas foram superiores aos montantes informados pelas administradoras de cartões, pois tais vendas foram feitas por meio de outras formas de pagamento que não o cartão de crédito ou débito.

Aduz que é inverídica afirmação defensiva, de que consta nas notas fiscais a informação de que as vendas foram feitas através de cartões, haja vista que tal informação foi colocada na forma de aposição de carimbo e de caneta em cópias após o início da ação fiscal (fls. 22 a 59).

Diz que o contribuinte não está desobrigado de cumprir o previsto no artigo 238, do RICMS/97 nas vendas a prazo e cujo transporte seja feito por terceiros e que, em qualquer situação ele é

obrigado a emitir o cupom fiscal, o qual valerá como controle fiscal, e anexá-lo à via fixa da nota fiscal quando necessária a sua emissão.

Conclui afirmando que o autuado pode emitir notas fiscais modelo 1 e 1-A, porém tem que anexar a via do cupom fiscal “para legitimar a nota extraída para dar trânsito à mercadoria”. Salienta que, pelos documentos fiscais acostados, percebe-se que a maioria das mercadorias é destinada a consumidor final.

Quanto à alegação defensiva, de defeito no ECF, diz que, apesar de intimado, o contribuinte não apresentou nenhum atestado de intervenção para justificar a utilização de nota fiscal.

Finalmente, alega que muitas vezes os valores das multas são aparentemente altos, porém isso é justificável pelo prejuízo que a Fazenda Estadual sofre com o descumprimento de obrigações acessórias.

Conclui dizendo que não tem fundamento o pedido de nulidade formulado pelo contribuinte e pede a procedência do Auto de Infração.

Considerando que o preposto fiscal não discriminou a base de cálculo da penalidade, por nota fiscal e por valor constante no documento fiscal, limitando-se a totalizar os valores diários que supostamente constam das notas fiscais emitidas de forma irregular, cerceando o direito de defesa do contribuinte, esta JJF converteu o processo em diligência, para que o autuante apresentasse novos demonstrativos da base de cálculo da multa, com a relação de todas as notas fiscais e seus valores, as quais foram emitidas em desacordo com a legislação vigente.

O autuante, em atendimento à diligência determinada por esta JJF, acostou às fls. 175 a 193, Demonstrativos indicando a data, número da nota fiscal e valor, relativo ao período fiscalizado (01/03 a 03/04).

A Inspetoria Fazendária, conforme documento juntado à fl. 194, expediu intimação ao autuado para tomar conhecimento dos novos documentos juntados ao PAF e reabriu o prazo de defesa de trinta dias.

O autuado manifestou-se às fls. 196 a 200, inicialmente reafirma todo o teor da defesa inicial e diz que o autuante se equivocou ao afirmar que era grande o volume de notas fiscais emitidas em comparação com a emissão de cupons fiscais, e sim que os valores constantes das notas fiscais são mais significativos dos que os dos cupons fiscais.

Afirma que não procede a acusação do autuante de que dificultou a ação fiscal, e que é apenas um juízo de valor emitido por aquele preposto fiscal, haja vista que colocou à sua disposição toda a documentação fiscal e contábil.

Alega que a autuação contém erros graves, tendo em vista que ele emitiu diversas notas fiscais destinadas a contribuintes do ICMS e o autuante, de forma indiscriminada considerou como vendas à não contribuintes do imposto, tendo indicado o número de diversas notas fiscais às fls. 197 e 198, que foram emitidas contra as empresas Milenium Inorganic, Madeireira Itapoan, Madereira Brotas, Abaeté Mineração, etc. Requer diligência no sentido de que fiscal estranho ao feito analise a planilha ora juntada às fls. 204 a 217.

Contesta a alegação do autuante de que as notas fiscais foram indicadas por amostragem e que na defesa inicial ficou impossibilitada de indicar todas as notas fiscais, pelo fato de que o autuante não tinha fornecido os demonstrativos discriminando todas as notas fiscais emitidas, o que no seu entendimento conduz à nulidade da autuação.

Diz que a multa aplicada engloba todas as notas fiscais emitidas, não tendo o autuante excluído da autuação as vendas realizadas a contribuintes e vendas a prazo, conforme determina o artigo 218, I e III, “a” e “b” do RICMS/BA.

Esclarece que as indicações apostas nas notas fiscais relativa ao meio de pagamento, tem como objetivo estabelecer um controle para escrituração discriminada nos livros contábeis de vendas a vista e à prazo.

Alega que a intenção do legislador ao colocar na legislação a multa de 5%, por emitir nota fiscal em vez de cupom fiscal que estava obrigado a emitir, foi de coibir a sonegação de pequenos comerciantes (padarias, mercadinhos, etc.), que não emitiam documentos fiscais com regularidade, e que no seu caso, não tendo o autuante apurado qualquer irregularidade, agiu com extremo rigor ao aplicar a mencionada multa. Afirma que não houve sonegação, haja vista que todas as notas fiscais emitidas estão devidamente registradas e o imposto correspondente recolhido.

Finaliza, requerendo a nulidade da autuação e pede que seja determinada a realização de diligência por fiscal estranho ao feito para comprovar suas alegações ou que a autuação seja julgada improcedente.

O autuante manifestou-se às fls. 218 e 219 e disse que após analisar a documentação apresentada pelo autuado, fez as seguintes constatações:

- 1) os valores apurados nas notas fiscais EPP, se aproximam dos constantes das planilhas juntadas às fls. 14 e 15;
- 2) as notas fiscais modelo D-1, confere com o demonstrativo original, ressalvando o mês 01/03, em que o valor de R\$4.521,51 está equivocado, sendo correto o valor de R\$10.528,29, conforme planilha suplementar juntada às fls. 175 e 176, valor próximo do total da planilha.
- 3) quanto aos demais meses, os valores apresentados originalmente estão corretos, apresentando apenas divergências nos meses de julho agosto e dezembro/03.

Informa que as novas planilhas foram fornecidas cópias ao autuado, as quais demonstram a vendas através de notas fiscais de vendas a consumidor e EPP, com inobservância do art. 238, § 1º do RICMS/BA, conforme folha resumo acostada às fls. 173 e 174 do PAF.

Ressalta que de forma detalhada, os demonstrativos juntados às fls. 180 a 192 indicam que “destinam-se a consumidores finais, não contribuintes do ICMS, ou seja, Construtoras, Associações, Clínicas, Escolas, Pessoas Físicas, etc, mesmo ocorrendo vários casos de possuírem inscrição estadual e/ou CNPJ”.

Alega que ao tomar conhecimento dos novos demonstrativos, o autuado contesta que não está obrigada de emitir cupom fiscal, apesar de ser usuária de ECF, mas que o amparo no art. 218, I e III do RICMS/BA não se aplica, por contrariar o art. 238, §§ 1º e 2º combinado com o art. 777 do citado diploma legal.

Conclui pedindo que sejam ratificados os termos da autuação e da informação fiscal.

## VOTO

Inicialmente, rejeito o pedido de diligência à Secretaria do CONSEF para a juntada da íntegra de algumas decisões, como formulado pelo autuado, porque tal providência é desnecessária em vista das outras provas produzidas, de acordo com o artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99.

Deixo de acatar as preliminares de nulidade, suscitadas pelo autuado, pelas razões a seguir elencadas:

Embora tivesse ficado configurado o alegado cerceamento do direito de defesa, haja vista que os demonstrativos acostados pelo autuante não demonstravam, por nota fiscal, a base de cálculo da multa indicada, esta 3ª JJF determinou ao autuante a elaboração de novas planilhas e a reabertura do prazo de defesa, saneando a irregularidade de caráter formal existente neste PAF.

Também não vislumbrei a falta de descrição clara e precisa da acusação, ao contrário, a irregularidade apontada foi bem descrita no Auto de Infração e o contribuinte a impugnou, demonstrando perfeito entendimento da acusação fiscal.

No mérito, verifico que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir multa por descumprimento de obrigação acessória, em decorrência da utilização da “prática de emitir notas fiscais de venda a consumidor e Modelo I concomitante com a emissão de cupom fiscal através de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal autorizado (sem justificativa), desvirtuando assim as normas regulamentares pertinentes ao uso do citado equipamento”, no período de janeiro de 2003 a março de 2004.

O RICMS/97 disciplina o uso de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) 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 I, 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 *quando houver solicitação do adquirente dos bens*.

Como o autuado não trouxe ao PAF 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, entendo que está devidamente caracterizada a infração apontada na autuação, 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”.

Quanto à alegação de que nas operações ou prestações destinadas a contribuintes do ICMS, nas vendas a prazo ou quando a mercadoria não foi retirada pelo adquirente, e que por isso deveria emitir Notas Fiscal, modelos 1 ou 1-A, observo que esta é uma regra geral que não restringe a

determinação contida no art. 238, § 1º do RICMS/BA, acima transcrita, ou seja quando a mercadoria:

- a) for retirada pelo próprio adquirente, o cupom fiscal constitui um documento hábil para transportar as mercadorias;
- b) for entregue pelo vendedor, além do cupom fiscal deve ser emitido a nota fiscal, haja vista que o cupom fiscal não identifica o adquirente;
- c) a mercadoria for destinada a contribuintes do ICMS, deve ser emitida a nota fiscal para que se possa identificar o contribuinte, principalmente para efeito de aproveitamento de crédito, tendo em vista que o cupom fiscal não identifica o adquirente das mercadorias.

Em qualquer situação, o estabelecimento usuário de ECF, ao emitir nota fiscal, deve, anexar a 1ª via do documento fiscal emitido no ECF, 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 e a inobservância desta regra configura o descumprimento de obrigação acessória, nos termos do art. 318, § 1º, exceto as ocorrências previstas no § 2º, do art. 318 do RICMS/BA.

Quanto à alegação de que a multa indicada no lançamento é de natureza confiscatória, observo que a mesma é legal, conforme previsto no art. 42, XIII-A, "h" da Lei 7.014/96.

Constato que após a realização de diligência fiscal, os cálculos foram refeitos pelo autuante, conforme demonstrativos juntados às fls. 173 e 174, cujas cópias foram entregues ao autuado, resultado que acato. Entretanto, tendo ocorrido agravamento do valor original exigido em alguns meses e redução do valor em outros, devem ser mantidos os valores originais quando ocorreu aumento do valor exigido e o valor para menos quando ocorreu redução, resultando em valor devido de R\$36.488,95, conforme demonstrativo abaixo:

Data Ocorr.	Data Vencido	Autuado	Refeito	Agravamento	Devido
31/01/03	09/02/03	2.823,43	2.864,16	40,73	2.823,43
28/02/03	09/03/03	3.015,18	3.014,94		3.014,94
31/03/03	09/04/03	1.456,64	1.453,44		1.453,44
30/04/03	09/05/03	1.511,54	1.566,84	55,30	1.511,54
31/05/03	09/06/03	3.885,41	3.885,41		3.885,41
30/06/03	09/07/03	1.568,04	1.573,05	5,01	1.568,04
31/07/03	09/08/03	1.169,71	1.241,51	71,80	1.169,71
30/08/03	09/09/03	2.319,98	2.323,41	3,43	2.319,98
30/09/03	09/10/03	3.930,53	3.929,56		3.930,53
31/10/03	09/11/03	3.113,46	3.113,47		3.113,46
30/11/03	09/12/03	2.056,82	2.056,83		2.056,82
30/12/03	09/01/04	2.828,91	2.834,16	5,25	2.828,91
31/01/04	09/02/04	1.994,91	1.991,45		1.991,45
28/02/04	09/03/04	2.236,79	2.234,30		2.234,30
31/03/04	09/04/04	2.586,99	2.587,24	0,25	2.586,99
Total		36.498,34	36.669,77	181,77	36.488,95

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 180573.0012/04-0, lavrado contra **MADEIREIRA IMECOL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor de R\$36.488,95, prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de dezembro de 2005.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA DO SOCORRO FONSECA DE AGUIAR - JULGADORA