

A. I. Nº - 300200.0309/05-5
AUTUADO - MARIAN COMÉRCIO E CONSTRUÇÕES LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ CARLOS ALMEIDA DE ABREU
ORIGEM - IFMT DAT/METRO
INTERNET - 04/04/06

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0087-03/06

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EM LUGAR DE CUPOM FISCAL QUE ESTÁ OBRIGADO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Comprovado nos autos, que o contribuinte possuía ECF, devidamente autorizado e não emitiu cupom fiscal concomitantemente com as notas fiscais de venda a consumidor, conforme previsto na legislação. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 22/06/05, em decorrência do autuado ter emitido outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal, nas situações em que está obrigado. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte emitiu notas fiscais de vendas ao consumidor em substituição ao ECF (cupom fiscal), em desacordo com a legislação vigente, conforme demonstrativos anexos aos autos, sendo aplicada multa de R\$60.900,40.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 163 a 164), inicialmente diz que o procedimento por ele praticado não causou nenhum prejuízo à Fazenda Pública Estadual, tendo em vista que embora não tenha emitido o cupom fiscal, todas as operações de vendas de mercadorias foram acobertadas por documentação fiscal hábil.

Alega que foi intimado para apresentar livros e documentos fiscais decorrente de operação de monitoramento fiscal, sem que em momento algum tivesse sido tratado de ECF.

Esclarece que durante mais de dez anos teve problemas com queda de tensão na rede, o que ocasionava interrupções de fornecimento de energia elétrica, provocando danos nos equipamentos, o que a obrigou a emitir notas fiscais ao invés do cupom fiscal na forma regulamentar. Afirma que depois de diversas solicitações à Coelba, a rede foi regularizada e que o ECF está funcionando normalmente.

Alega que, mesmo que a fiscalização tenha envolvido três fiscais, as intimações não mencionam a redução Z ou leitura X e tão somente as notas fiscais de saídas. Questiona qual a finalidade da fiscalização, que apesar de ter mencionado o ECF só no término da fiscalização, lhe impôs uma multa sem indagar quais as causas da emissão das notas fiscais no lugar do cupom fiscal, ou que lhe concedesse um prazo para regularizar as operações.

Pondera que foi indicado nos autos que a ação fiscal foi decorrente da Denúncia nº 7740/05, o que leva a questionar se a origem foi o monitoramento ou a denúncia, haja vista que dias antes da ação fiscal, um revendedor esteve no estabelecimento e afirmou que o ECF em uso deveria ser substituído imediatamente porque já tinha deixado de ser fabricado e retornou ao estabelecimento após o início da ação fiscal, o que levou a duvidar se se tratava de fiscalização ou uma estratégia de Marketing.

Ressalta que o demonstrativo de débito que expõe a multa de R\$60.900,40 indica no lugar de Mercadorias "outros"; da Marca Modelo "conforme relação" e Unid. "Lot", que este último termo entende ser uma palavra inglesa a qual não sabe o que significa.

Por fim, requer que seja dado resposta aos questionamentos formulados, para que possa fazer uso de seus direitos.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 181 a 183), inicialmente ressalta que a ação fiscal decorreu da Denúncia nº 7.740/05, na qual é relatado por um consumidor que o estabelecimento não emitia nota fiscal quando solicitado, mesmo possuindo Equipamento de Controle Fiscal (ECF) cadastrado na SEFAZ desde 14/12/01. Diz que tendo constatado que o autuado não vinha emitindo cupons fiscais com regularidade, levantou então, as vendas realizadas através de notas fiscais de venda a consumidor relativas ao período de 01/01/03 a 09/03/05 e aplicou a multa formal por descumprimento de obrigação acessória de 5% sobre o montante das vendas apuradas no período, consoante o disposto no art. 824-B, do RICMS/BA e art. 42, XIII-A, "h" da Lei nº 7.014/96, que transcreveu às fls. 181 e 182.

Afirma que ao contrário do que foi afirmado pelo impugnante, não é necessário a apresentação da redução Z ou leitura X, tendo em vista que nos termos do art. 238 do citado Regulamento, que transcreveu à fl. 182: " ainda que o consumidor solicite a nota fiscal de contribuinte usuário de equipamento Emissor de Cupom Fiscal, o Cupom deverá ser anexado à via fixa da nota fiscal emitida, onde será anotado o nº do documento emitido no ECF", procedimento este, que não foi identificado junto às notas fiscais apresentadas durante a fiscalização.

Quanto à alegação defensiva de que a fiscalização foi realizada por diversos prepostos fiscais, afirma que o trabalho foi feito em equipe, tendo a intimação feita por um membro da equipe e o visto foi apostado no Auto de Infração pelo supervisor de fiscalização, o que é perfeitamente regular.

Esclarece que o demonstrativo de débito (fl. 03) é uma síntese do levantamento fiscal acostado às fls. 22 a 157, onde já tem imprimido os itens "mercadoria, marca/modelo, quantidade, unidade", que para se adaptar a síntese do levantamento procedido, grafou respectivamente a palavra "outros, conforme relação e lot", sendo que a última se refere a lote de notas fiscais.

Afirma que não pode considerar a alegação defensiva de que durante muito tempo conviveu com quedas de tensão na rede elétrica que ocasionava interrupções e danos nos seus equipamentos, haja vista que o local onde está instalada a empresa, trata-se de uma avenida central onde funcionam diversas empresas que emitem regularmente cupons fiscais, inclusive considerando o período longo de janeiro de 2003 a março de 2005.

Finaliza mantendo integralmente a ação fiscal.

Esta JJF decidiu converter o processo em diligência (fl. 188), para que fosse entregue ao autuado, cópia da do levantamento e informação fiscal constante das fls. 22 a 157 e 181 a 183, inclusive do encaminhamento desta diligência, mediante recibo a ser anexado ao processo e reabrir o prazo de defesa.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado (fl. 188) para tomar conhecimento da diligência, sendo fornecidas cópias dos documentos acima mencionados.

O autuado manifestou-se às fls. 192 a 206, inicialmente discorreu sobre a infração e disse que embora tenha sido correta a tipificação da infração, no seu entendimento, a autuação apresenta grave erro de origem, pelo fato de que a Inspetoria de Trânsito não tem competência para proceder a autuação na forma que ocorreu. Afirma que a multa aplicada tem caráter confiscatório e que deve ser reduzida ou relevada por não ter causado prejuízo ao Estado, nos termos do art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96.

Diz que a Constituição Federal ao equiparar os processos administrativos aos judiciais, incorporou ao primeiro, os princípios constitucionais da objetividade, impessoalidade, lealdade e transparência dos atos praticados pela administração (art. 5º, LV da CF88) e que a autuação deve ser declarada nula, em virtude de ter sido iniciada sem o respaldo de uma Ordem de Serviço.

Cita trecho de autoria do professor Antonio Bandeira de Melo sobre procedimentos administrativos (fl. 194), alega que a fiscalização de trânsito de mercadorias só tem atribuições para apurar infrações instantâneas e que não poderia fiscalizar períodos pretéritos, sem portar uma Ordem de Serviço expedida pela autoridade fazendária de fiscalização de comércio.

Salienta que a menção de uma Denúncia Fiscal e Termo de Apreensão e Ocorrências (TAO) não substituem a indispensável Ordem de Serviço com definição de competência, tarefa, prazo e que no Auto de Infração pode-se constatar a ausência de informação quanto ao período fiscalizado, das datas do início e fim da fiscalização, e também que a autuação decorreu do TAO.

Ressalta que a fiscalização apresentou demonstrativos do período de janeiro/03 a março/05, mas que considerou apenas uma infração datada do fim do período. Diz que o preposto fiscal, tomou a iniciativa de fiscalizar a empresa, sem que tivesse uma Ordem de Serviço o que no seu entendimento fere a hierarquia administrativa e os princípios constitucionais, motivo pelo qual requer que seja anulado por inobservância do devido processo legal.

Alega que o preposto da IFMT extrapolou os limites de sua atuação e no seu entendimento é incompetente para lavrar o Auto de Infração nos termos do art. 18, I e 20 do RPAF/BA (fl. 199).

Requer também a nulidade da autuação sob argumento de que o autuante procedeu um levantamento diário de operações e atribuiu a um dia a ocorrência da infração o que no seu entendimento colide com o disposto no art. 39, parágrafo segundo do RPAF/BA.

Transcreve parte de texto de autoria do professor Sacha Calmon Navarro Coelho (fl. 200/201), para reforçar o seu posicionamento de que a multa aplicada de 5% sobre os valores consignados nas notas fiscais da série D-1, pela impossibilidade de emitir cupom fiscal, é escorchante e assume característica de confisco. Diz que a multa prevista no art. 42, XIII-A, “h” da Lei 7.014/96, deve ser declarada inconstitucional, por violar o princípio da vedação de utilização de tributos e multas com efeito de confisco, previsto no art. 150, IV da CF.

Diz que não podendo ser apreciada a inconstitucionalidade na esfera administrativa; tendo satisfeito a obrigação principal e não ficando caracterizado que agiu com dolo, fraude ou simulação, requer que se aplique o princípio da razoabilidade, para que a multa seja cancelada ou reduzida nos termos do art. 42, § 7º da Lei 7.014/96, que transcreveu à fl. 203, bem como as ementas dos Acórdãos CJF 0198-12/05 e CJF 0197-12/05.

Conclui pedindo a revisão da autuação, acolhimento das preliminares de nulidades, e se vencida, pela improcedência da autuação com o fundamento do art. 42, § 7º da Lei 7.014/96, bem como, protesta por todos os meios de provas em direito admitidos, além de juntada de novas provas, diligências, exames, vistorias e revisão do lançamento.

O autuante, manifestou-se às fls. 212 a 214, inicialmente tece comentários sobre a diligência determinada pelo CONSEF e a ulterior manifestação do autuado e esclarece que na ação fiscal empreendida, foram observados todos os aspectos legais. Afirma que a Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito “é responsável pela fiscalização do trânsito de mercadorias” na Região Metropolitana de Salvador e que o contribuinte sediado em Salvador, está dentro de sua área de autuação.

Esclarece que as denúncias recebidas no Call Center da SEFAZ/BA, são encaminhadas à IFMT para averiguação por diversas equipes e que não há nenhuma limitação de atuação por parte dos prepostos fiscais.

Acrescenta que no presente caso, foi aplicada uma penalidade de caráter acessório, decorrente de apuração sumária, em consequência da apuração da Denúncia Fiscal de que o estabelecimento autuado não emitia nota fiscal regularmente, quando foi constatado que apesar de possuir Equipamento de Controle Fiscal (ECF) Bematech de nº 4728010400522 devidamente autorizado pela Secretaria da Fazenda, não vinha utilizando o equipamento, por ocasião da realização de vendas a consumidor final.

Diz que o levantamento das vendas através de notas fiscais englobou o período de 02/01/03 a 09/03/05, tendo sido aplicado multa de cinco por cento sobre o montante apurado, prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96, conforme disposto nos art. 824-B, combinado com o art. 238 do RICMS/BA, que transcreveu às fls. 213 e 214.

Ressalta que as notas fiscais de vendas a consumidor, apresentadas pelo contribuinte não estão devidamente acompanhadas dos cupons fiscais correspondentes, configurando que não houve emissão dos cupons fiscais, motivo pelo qual não acata as alegações defensiva da impossibilidade de utilização do ECF.

Finaliza dizendo que diante das provas existentes, mantém a ação fiscal nos termos da informação fiscal prestada.

VOTO

O autuado, na manifestação feita após a informação fiscal, suscitou a nulidade da autuação sob o argumento de que a Inspetoria de Trânsito não tem competência para proceder fiscalização em estabelecimentos comerciais; em virtude de ter sido iniciada sem o respaldo de uma Ordem de Serviço e pela inobservância do devido processo legal, por ter indicado a ocorrência em única data, relativo a fatos geradores de períodos diversos.

1. O artigo 8º, inciso II, da Lei nº 8.210/02, que estruturou o Grupo Fisco da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, exige para o ingresso no cargo de Auditor Fiscal, formação de nível superior em diversas áreas, e desconheço qualquer limitação para lavratura de Auto de Infração, por qualquer pessoa legalmente habilitado para exercer o cargo de auditor fiscal, como alegado pelo contribuinte;
2. O art. 26, III, do RPAF/BA, estabelece que considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da “intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização”. Os documentos acostados às fls. 7 e 8 deste processo, demonstram o cumprimento formal desta regra e a ausência da citação da ordem de serviço nos autos não se enquadra nas situações de nulidades previstas no art. 18 do mencionado diploma legal, mesmo porque, reveste-se em questão meramente administrativa;

O levantamento fiscal englobou o período de 01/03 a 03/05. O fato de ter sido aplicada multa sobre os fatos geradores mensais do período levantado, não prejudicou o autuado, tendo em vista que foi indicada na infração o último dia do período, ou seja, 09/03/05 e neste caso não pode ser acolhida a alegação de nulidade, invocando o princípio de inobservância do devido processo legal.

Ademais, verifico que a fiscalização efetuada em decorrência da Denúncia Fiscal de nº 7740/05 (fl. 16), ficou esclarecido pelo autuante, que por determinação da autoridade administrativa, foi encaminhado à fiscalização de mercadoria em trânsito (IFMT), para averiguação pelos prepostos fiscais localizadas naquela unidade.

Portanto, deixo de acatar as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado pelas razões acima expostas.

No mérito, o Auto de Infração em lide, foi lavrado para aplicar multa de 5% sobre o valor do documento fiscal emitido em lugar daquele ao qual estava obrigado o contribuinte, neste caso o cupom fiscal.

O autuado impugnou o lançamento alegando que ocorria sucessivas quedas de energia, provocando dano no seu equipamento, o que motivou a emitir nota fiscal de saída através de talonário, e não através do equipamento de controle fiscal. Verifico que, conforme ressaltado pelo autuante, não foi trazido ao processo nenhuma prova dessa alegação. Portanto, não pode ser acatada, nos termos do art. 123 do RPAF/BA.

Quanto ao pedido formulado, para que a multa seja cancelada ou reduzida nos termos do art. 42, § 7º da Lei 7.014/96, sob argumento de que os documentos foram lançados e o imposto recolhido, ressalto que a infração indica multa aplicada pelo fato do autuado ter emitido nota fiscal de venda a consumidor em lugar do cupom fiscal ao qual estava obrigado a emitir, não podendo ser acatada este pleito, tendo em vista que o fato que motivou a ação fiscal foi a apuração da Denúncia Fiscal nº 7.740/05 (fl. 16), de que “o estabelecimento não emite NF, mesmo quando é solicitado” e não ficou comprovado a regularidade do imposto pago no período considerado.

Segundo o disposto no art. 238, do RICMS/97 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 nas seguintes situações:

1. a Nota Fiscal Modelo 1, quando a legislação federal dispuser a respeito;
2. a Nota Fiscal de Venda a Consumidor (série D-1), quando houver solicitação do adquirente das mercadorias;
3. nas situações acima, o contribuinte deve emitir, também, o cupom fiscal através do ECF e anexar a 1ª via do cupom fiscal à via fixa do documento fiscal emitido (Modelo 1 ou Série D-1);
4. a obrigatoriedade de emissão do cupom fiscal de forma concomitante com a nota fiscal somente será dispensada caso haja, comprovadamente, sinistro ou o ECF apresente defeito técnico. Nessa situação, o contribuinte está autorizado a emitir a Nota Fiscal de Venda a Consumidor em substituição ao cupom fiscal.

Neste PAF, ficou provado que o autuado possuía Equipamento de Controle Fiscal (ECF) Bematech de nº 4728010400522, devidamente autorizado, conforme declarado no documento à fl. 20, e não trouxe a comprovação de que emitiu o cupom fiscal concomitantemente com as notas fiscais de venda a consumidor - série D-1, conforme previsto na legislação.

Pelo exposto, 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 300200.0309/05-5, lavrado contra **MARIAN COMÉRCIO E CONSTRUÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa de **R\$60.900,40** prevista no art. 42, XIII-A, “h” da Lei nº 7.014/96, com incidência dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de março de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA DO SOCORRO FONSECA DE AGUIAR – JULGADORA