

A. I. N° - 281240.0007/05-9
AUTUADO - ALIBEBI ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
AUTUANTE - AURELINO ALMEIDA SANTOS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 28/09/2006

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0274-05/06

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 sujeito passivo em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, vez que indica que o contribuinte efetuou pagamentos com recursos não registrados decorrentes de operações anteriores realizadas e também não registradas. Entretanto, no caso presente, o autuado apresentou levantamento analítico das operações efetuadas com pagamentos através de cartões de crédito, demonstrando a inexistência da diferença apontada pelo fisco. Infração elidida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL. EMISSÃO DE NOTA FISCAL DE VENDA À CONSUMIDOR, EM SUBSTITUIÇÃO AO CUPOM FISCAL. USUÁRIO AUTORIZADO A UTILIZAR ECF. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Os usuários de ECF somente estão autorizados a emitir notas fiscais de venda à consumidor nas situações excepcionais previstas na legislação tributária estadual, e mesmo assim, o fato deve ser registrado. Infração parcialmente comprovada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/06/2005, cobra ICMS no valor de R\$60.422,58, acrescido da multa de 70%, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$5.476,04, em decorrência das seguintes infrações:

1. Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao que foi fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.
2. Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.

O autuado, através de sua advogada, apresenta impugnação, às fls. 28 a 44, inicialmente descrevendo as infrações, bem como os artigos infringidos.

Suscita como preliminar de nulidade que o enquadramento legal da infração 2, corresponde a questão absolutamente diversa da imputação descrita nos autos. Diz que o art. 824-D, II, do RICMS, parece ser dirigido ao cadastramento na SEFAZ do programa aplicativo utilizado no ECF, e que a multa imposta não deve ser baseada neste dispositivo legal. Entende, também, que o art. 42, XIII-A, da Lei nº 7.014/96 não se aplica à situação, já que diz respeito às infrações com uso irregular de ECF, e destoa do dispositivo supostamente violado que diz respeito à irregularidade do “software”. Entende que esta não correspondência torna impossível identificar, com segurança, a infração imputada, prejudicando seu direito de defesa.

No mérito, considera uma incoerência ser autuado por emissão de documentos diverso daquele que estaria obrigado, e ao mesmo tempo ser exigido o imposto pela divergência de informações dos valores de vendas em relação às operadoras de cartão de crédito.

No que diz respeito à primeira infração, reclama que o autuante apenas computou as vendas registradas através das notas fiscais, descartando os valores que foram escriturados na ECF. Afirma que os valores relativos às vendas constantes na redução “z” informados pelo autuante não correspondem aos valores totais de vendas escriturados na contabilidade do autuado e informado às autoridades fazendárias. Informa que está anexando aos autos os registros efetuados na contabilidade, bem como DMA e DME’s, para comprovar sua afirmação. Apresenta também planilha à fl. 36, indicando mensalmente o total de suas vendas com notas fiscais e realizadas através do equipamento emissor de cupom fiscal. Diz também está acostando ao processo, como amostra (um dia de cada mês), o casamento perfeito entre os dados referentes aos cartões constantes da redução “z” e os boletos de cartão correspondentes. Expõe que como é impossível levantar toda a documentação relevante para comprovar os dados, coloca toda a contabilidade da empresa à disposição para perícia. Aduz que caso não seja entendido que inexistiu omissão, apenas para assegurar a completa defesa, salienta que foi efetuado um arbitramento em desconformidade com os fatos. Discorda do procedimento do autuante quando só concedeu o crédito de 8% para os meses de janeiro a abril, quando a empresa estava sujeito ao regime do SIMBAHIA. Entende que nos demais meses, quando não mais era optante do mencionado regime simplificado de apuração do imposto, também deveria lhe ser concedido algum crédito. Considera também que nos meses de outubro a dezembro, como estava sujeito ao regime simplificado para bares e restaurantes, deveria ser adotada a alíquota de 5%, e não a de 17% aplicada pela autoridade fazendária.

Quanto à segunda infração, diz que se por impossibilidade técnica, em alguns momentos não pode utilizar o ECF para escriturar operações de vendas, também é inequívoco que para manter a idoneidade de sua escrituração emitiu notas fiscais. Afirma que a emissão das notas fiscais obedeceu ao que determina o art. 218, §2º, do RICMS/97, ou seja, em virtude de problemas técnicos com o ECF. Diz que está anexando aos autos declaração da empresa Help Digital Consultoria em Informática, que informa as datas nas quais houve solicitação do autuado para reparos. Salienta que nem todos os defeitos técnicos do ECF apresentam reparos de responsabilidade da Fazenda Pública. Acrescenta que também para assegurar a completa defesa, deve ser observado que a multa em questão não pode ser aplicada ao mês de janeiro/04. Alega que a irregularidade vislumbrada foi introduzida na legislação através da alteração nº 51, mediante o Decreto nº 8.882, de 21/01/04.

Ao final, requer a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

O autuante em informação fiscal às fls. 167/168, diz que o autuado deveria discriminar a forma de pagamento na leitura “z” do ECF, mas que apresentou o valor de suas vendas zerado, conforme documentos às fls. 18/19. Acrescenta que há divergência entre as informações TEF prestadas pelas Administradoras de Cartões de Crédito e o resumo “z” do ECF, o que se presume na realização de vendas, através de cartão de crédito, sem a emissão do cupom fiscal. Quanto à documentação acostada ao processo pelo autuado, entende que a mesma não influencia no valor do imposto devido.

No que diz respeito à infração 2, expõe que apesar das notas fiscais terem sido emitidas em desacordo com a legislação, pois não foram apresentados os laudos de intervenção do equipamento (apenas uma declaração da empresa que faz a manutenção do ECF – fls. 116 a 121), seus valores foram considerados para reduzir a base de cálculo da primeira infração.

Ao final, ratifica o procedimento fiscal.

Considerando o fato dos demonstrativos apresentados pelo autuante não indicarem qualquer emissão de cupom fiscal, tendo em vista que as reduções “z” do equipamento do sujeito passivo apresentaram valor de vendas através de cartão de crédito zerado;

Considerando a alegação do autuado de que tal informação não corresponde aos valores totais de vendas escriturados em sua contabilidade;

Considerando que o autuado informou ter acostado ao processo, como amostra, uma caixa de documentos, denominada “Doc. 5”, onde alega constar o casamento entre os dados referentes aos cartões constantes da redução “z” e os boletos de cartão correspondentes;

Considerando que a referida documentação não se encontrava anexada ao PAF;

Considerando, ainda, que o autuado alega ter ocorrido diversos problemas com o seu sistema informatizado de Emissão de Cupom Fiscal;

Esta JJF, em pauta suplementar, decidiu converter o presente processo em diligência à INFAZ Iguatemi, a fim de que fossem adotadas as seguintes providências:

1. Anexasse ao processo os documentos constantes da caixa denominada “Doc. 5”;
2. Entregasse ao autuado, mediante recibo específico, cópia dos Relatórios de Informações TEF constando a discriminação de suas operações, além de informá-lo da reabertura do prazo de defesa por 30 (trinta) dias, solicitando, ainda, que o mesmo apresentasse demonstrativo, relacionando os comprovantes de pagamento mediante cartão de crédito e/ou débito com os respectivos documentos fiscais emitidos para acobertá-los, resumindo-os mensalmente e comparando-os com o valor informado pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito anexado ao processo, referente ao período em exame, a fim de que pudesse comprovar se as planilhas apresentadas às fls. 103 a 114 são fidedignas;
3. Informasse, ainda, ao autuado, que todas as cópias dos comprovantes de pagamento mediante cartão de crédito e/ou débito e dos respectivos documentos fiscais devem ser anexados aos autos, a fim de comprovarem suas alegações.
4. Intimasse também o autuado a apresentar os laudos de intervenção do seu equipamento fiscal, caso possuísse, relativo às declarações prestadas às fls. 116 a 121, pela empresa que faz a manutenção da ECF;
5. Havendo manifestação do autuado, fosse dada ciência ao autuante, para que o mesmo também se manifestasse.

Após o autuado ter sido intimado a prestar as informações supra (fl. 174), o mesmo apresentou manifestação às fls. 178 a 188, inicialmente tecendo comentários a respeito do princípio da realidade e citando ensinamentos do Professor Alberto Xavier. Entende que o procedimento adotado pelo fisco é nulo, pois não retrata os elementos da configuração efetiva do fato gerador ou da hipótese de incidência. Entende que o fisco deveria adotar outros meios para apuração do imposto porventura devido, como, por exemplo, levar em consideração o total das operações de vendas realizadas no período, constantes dos documentos fiscais regularmente emitidos, contabilizados e registrados nos livros fiscais. Alega que não se pode transferir para o autuado o dever de elaborar demonstrativos analíticos dessas operações de vendas, instruindo-os com os respectivos documentos fiscais emitidos para acobertá-los. Afirma que tal demonstrativo não tem utilidade, considerando que o valor total das vendas realizadas (R\$946.065,24), no período, é em

montante significativamente superior às operações com pagamento através de cartões de crédito/débito (R\$497.200,01), e concluindo que o saldo remanescente foi pago de forma diversa (cheques, dinheiro e vale refeição). Reafirma que não há pertinência na apresentação dos documentos requeridos na diligência, uma vez que não houve omissão e, ressalta que tal exigência também não está prevista em lei, sendo demasiadamente onerosa e sem qualquer utilidade prática. Expõe que sendo microempresa, apenas está obrigada a proceder o arquivamento, em ordem cronológica, durante cinco anos, dos documentos relativos às entradas e às saídas de mercadorias, despesas em geral, etc.

No que diz respeito à infração 2, reafirma que diversos problemas que podem ocorrer na ECF não envolvem a necessidade de laudos de intervenção de equipamento. Alega que a emissão de notas fiscais, que tiveram o objetivo de manter a idoneidade dos negócios do autuado, não causaram nenhum prejuízo para o Estado. Entende que deve ser aplicada a regra contida no §7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Ao final, voltando a dizer que não está obrigada elaborar demonstrativos, cuja competência entende ser exclusiva do fisco, acrescentando ser encargo excessivamente oneroso, requer que seja realizada diligência por fiscal estranho ao feito.

O atuante em nova manifestação às fls. 191/192, mantém a autuação, ressaltando quanto a informação do autuado de seu faturamento no exercício de 2004, que isto nada comprova, haja vista que teria que discriminar na redução “Z” todas as vendas através de cartão de crédito/débito.

Considerando que o autuado acostou ao processo uma caixa de documentos, denominada “Doc. 5”, onde constam alguns boletos (comprovantes de pagamento mediante cartão de crédito/débito) devidamente relacionados com os documentos fiscais emitidos pelo ECF, comprovando que algumas operações, apesar de não constarem no mencionado equipamento como vendas através de cartão de crédito/débito (redução “Z” zerada), foram devidamente registradas e não devem ser objeto de nova cobrança de imposto;

Considerando que a referida documentação, só acostada ao processo por ocasião de uma solicitação anterior de diligência, não devidamente analisada pelo atuante;

Esta JJF, na assentada do julgamento, decidiu converter o presente processo em diligência à INFAZ Iguatemi, a fim de que fossem adotadas as seguintes providências:

1. Encaminhasse o processo para o atuante, a fim de que o mesmo examinasse a caixa de documentos acima mencionada, excluindo da infração 1 as operações em que o autuado comprovou, através da associação entre alguns boletos (comprovantes de pagamento mediante cartão de crédito/débito) e os documentos fiscais emitidos pelo ECF, que apesar de não constarem no mencionado equipamento como vendas através de cartão de crédito/débito (redução “Z” zerada), foram devidamente registradas e não devem ser objeto de nova cobrança de imposto;
2. Fosse elaborados novos demonstrativos, após as retificações necessárias;
3. Intimasse o autuado a se pronunciar no prazo de 10 (dez) dias, caso quisesse, fornecendo-lhe, nessa oportunidade, fotocópias de demonstrativos e/ou documentos, porventura juntados pelo atuante.

O atuante em manifestação às fls. 199/200 informou que elaborou novos demonstrativos para a primeira infração excluindo os valores que não devem ser objeto de nova cobrança, resultando na redução do montante exigido para R\$ 52.374,61 (fls. 201/202). Esclarece que foi entregue ao contribuinte cópia do arquivo magnético para que pudesse efetuar seu levantamento da movimentação de vendas através de cartão de crédito/débito e comparasse com os valores fornecidos pelas administradoras.

Em relação à segunda infração diz que nada foi alterado.

O autuado (fls. 210/212) alegou que a caixa de documentos, denominada “Doc. 5”, anexado ao processo, onde constam alguns boletos (comprovantes de pagamento mediante cartão de crédito/débito devidamente relacionados com os documentos fiscais emitidos pelo ECF), era apenas uma amostra dos equívocos cometidos na autuação. Informou que contratou profissionais para procederem aos levantamentos necessários, fato que ensejou a elaboração das relações às fls. 214 a 393 que afirma comprovar a improcedência da autuação.

O atuante em manifestação às fls. 397, diz que o contribuinte após se manifestar sobre a diligência informou ter apresentado o levantamento de todas as operações com cartões e respectivos cupons. Entende que cabe ao CONSEF decidir se prevalece o contido na legislação que obriga a discriminação da forma de pagamento na redução “Z” ou “a efetiva emissão de cupons casados com o TEF”.

No que diz respeito à segunda infração, aduz que o autuado apresentou o temo de intervenção do dia 09/12/04, o que reduz a multa aplicada no mês de dezembro/04 para R\$1.194,00.

Considerando que o autuado informou que a caixa de documentos, denominada “Doc. 5”, anexado ao processo, onde constam alguns boletos (comprovantes de pagamento mediante cartão de crédito/débito devidamente relacionados com os documentos fiscais emitidos pelo ECF), era apenas uma amostra dos equívocos cometidos na autuação;

Considerando que ficou comprovado nos autos que efetivamente diversas operações, apesar de não constarem no mencionado equipamento como vendas através de cartão de crédito/débito (redução “Z” zerada), foram devidamente registradas;

Considerando que o próprio atuante declarou em sua última informação fiscal (fl. 397) que o contribuinte após se manifestar sobre a diligência apresentou o levantamento de todas as operações com cartões e respectivos cupons (“Doc. 01” da defesa às fls. 210/212);

Considerando que estes últimos documentos não foram analisados pelo atuante, assim como procedeu em relação aos documentos denominado “Doc. 5”;

Esta JJF, decidiu converter o presente processo em nova diligência à INFAZ Iguatemi, a fim de que fossem adotadas as seguintes providências:

1. Encaminhasse o processo para o atuante, a fim de que, após examinar os documentos a que se referem o “Doc. 01” da defesa às fls. 210/212, pudesse excluir da infração 1 as operações em que o autuado comprovou, através da associação entre os boletos (comprovantes de pagamento mediante cartão de crédito/débito) e os documentos fiscais emitidos pelo ECF, que apesar de não constarem no mencionado equipamento como vendas através de cartão de crédito/débito (redução “Z” zerada), foram devidamente registradas e não devem ser objeto de nova cobrança de imposto;
2. Fossem elaborados novos demonstrativos, após as retificações necessárias;
3. Intimasse o autuado a se pronunciar no prazo de 10 (dez) dias, caso queira, fornecendo-lhe, nessa oportunidade, fotocópias de demonstrativos e/ou documentos, porventura juntados pelo atuante.

O atuante em manifestação às fls. 403, reconheceu que o autuado apresentou o levantamento de todas as operações com cartões e respectivos cupons fiscais, anulando os valores levantados para a primeira infração.

No que tange à segunda infração, ratifica a informação anterior de que o autuado apresentou apenas o temo de intervenção do dia 09/12/04, o que reduz a multa aplicada no mês de dezembro/04 para R\$1.194,00.

Ao final, apresentou novos demonstrativos às fls. 404/405, reduzindo o valor da multa exigida na segunda infração para R\$5.058,06.

O autuado tomou ciência (fl. 406) da informação fiscal prestada, bem como dos novos demonstrativos apresentados pelo autuante, e manifestou-se mais uma vez, dizendo que o autuante concluiu com acerto a inexistência da infração 1.

Quanto à infração 2, volta a argumentar que não praticou qualquer ato comissivo ou omissivo ao substituir cupons fiscais por notas fiscais, alegando que tal conduta teve o objetivo de manter a idoneidade de suas operações de fornecimento de alimentos. Expõe que o que causaria prejuízo ao Erário seria o fechamento do estabelecimento nas situações de eventuais avarias da emissora de cupom fiscal.

Ao final, invocando a aplicação da regra contida no art. 42, §7º, da Lei nº 7.014/96, pede a Improcedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente rejeito as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, uma vez que a redação do A.I. é clara, e o autuado recebeu cópias das planilhas comparativas de vendas por meio de cartão de crédito/débito, elaboradas pelo autuante, bem como dos Relatórios de Informações TEF diários, constando as informações prestadas pelas Administradoras de cartão de crédito, não havendo do que se falar em cerceamento de defesa.

Quanto à alegação do sujeito passivo de que o enquadramento legal da infração 2, não está correto, entendo que o art. 824-D, do RICMS/97 foi aplicado corretamente, bem como a multa prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96. Ademais, mesmo que houvesse algum equívoco no enquadramento legal das infrações, tal fato também não acarretaria a nulidade do feito, pois a pela descrição dos fatos o autuado demonstrou ter entendido perfeitamente do que se tratava a autuação, tanto é que a contestou no mérito, por ocasião de sua defesa. Vale ainda destacar, que conforme dispõe o art. 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 ou indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal”.

Diante do acima exposto, ficam afastadas as preliminares de nulidade argüidas pelo impugnante.

No mérito, a primeira infração exige ICMS em virtude da constatação de omissão de saída de mercadorias tributadas, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

A respeito da infração em comento, o art. 4º, § 4º, da Lei n.º 7.014/96, alterado pela Lei nº 8.542, de 27/12/02, dispõe o seguinte:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

[...]

§4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de 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 (grifo não original).

O autuado alegou que o autuante apenas computou as vendas registradas através das notas fiscais, descartando os valores que foram escriturados na ECF. Afirmou que os valores relativos às vendas constantes na redução “Z” informados pelo autuante não correspondem aos valores totais de vendas escriturados na contabilidade do autuado e informado às autoridades fazendárias. Apresentou planilha à fl. 36, indicando mensalmente o total de suas vendas com

notas fiscais e realizadas através do equipamento emissor de cupom fiscal, informando que também acostou ao processo, como amostra (um dia de cada mês), o casamento perfeito entre os dados referentes aos cartões constantes da redução “z” e os boletos de cartão correspondentes.

Dessa forma, considerando o fato dos demonstrativos apresentados pelo autuante não indicarem qualquer emissão de cupom fiscal, tendo em vista que as reduções “z” do equipamento do sujeito passivo apresentaram valor de vendas através de cartão de crédito zerado;

Considerando a alegação do autuado de que tal informação não corresponde aos valores totais de vendas escriturados em sua contabilidade;

Considerando que o autuado informou ter acostado ao processo, como amostra, uma caixa de documentos, denominada “Doc. 5”, onde alega constar o casamento entre os dados referentes aos cartões constantes da redução “z” e os boletos de cartão correspondentes;

Considerando que a referida documentação não se encontrava anexada ao PAF;

Considerando, ainda, que o autuado alegou ter ocorrido diversos problemas com o seu sistema informatizado de Emissão de Cupom Fiscal;

Esta JJF, em pauta suplementar, decidiu converter o presente processo em diligência à INFAZ Iguatemi, a fim de que fossem adotadas as seguintes providências:

1. Fosse anexado ao processo os documentos constantes da caixa denominada “Doc. 5”;
2. Entregasse ao autuado, mediante recibo específico, cópia dos Relatórios de Informações TEF constando a discriminação de suas operações, além de informá-lo da reabertura do prazo de defesa por 30 (trinta) dias, solicitando, ainda, que o mesmo apresentasse demonstrativo, relacionando os comprovantes de pagamento mediante cartão de crédito e/ou débito com os respectivos documentos fiscais emitidos para acobertá-los, resumindo-os mensalmente e comparando-os com o valor informado pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito anexado ao processo, referente ao período em exame, a fim de que pudesse comprovar se as planilhas apresentadas às fls. 103 a 114 são fidedignas;
3. Informasse, ainda, ao autuado, que todas as cópias dos comprovantes de pagamento mediante cartão de crédito e/ou débito e dos respectivos documentos fiscais devem ser anexados aos autos, a fim de comprovarem suas alegações.
4. Intimasse também o autuado a apresentar os laudos de intervenção do seu equipamento fiscal, caso possuísse, relativo às declarações prestadas às fls. 116 a 121, pela empresa que faz a manutenção da ECF;

O autuado apesar de inicialmente não ter atendido por completo ao que lhe foi solicitado na intimação específica, alegando que não se pode transferir para o autuado o dever de elaborar demonstrativos analíticos dessas operações de vendas, instruindo-os com os respectivos documentos fiscais emitidos para acobertá-los, posteriormente apresentou novo levantamento de suas operações com cartões e respectivos cupons (demonstrativos às fls. 214/393).

Dessa forma, considerando a juntada desses novos elementos, aliado ao fato de restar evidenciado que diversas operações, apesar de não constarem no ECF como vendas através de cartão de crédito/débito (redução “z” zerada), foram devidamente registradas;

Considerando que estes últimos documentos não foram analisados pelo autuante, esta JJF decidiu converter o presente processo em nova diligência à INFAZ Iguatemi, a fim de que o autuante, após examinar os documentos a que se referem o “Doc. 01” da defesa às fls. 210/212, pudesse excluir da infração 1 as operações em que o autuado comprovou, através da associação entre os boletos (comprovantes de pagamento mediante cartão de crédito/débito) e os documentos fiscais emitidos pelo ECF, que apesar de não constarem no mencionado equipamento como vendas

através de cartão de crédito/débito (redução “z” zerada), foram devidamente registradas e não devem ser objeto de nova cobrança de imposto.

O atuante, atendendo a solicitação supra, após efetuar o exame requerido, reconheceu que o autuado apresentou o levantamento de todas as operações com cartões e respectivos cupons fiscais, anulando os valores levantados para a primeira infração, com o que concordo.

Dessa forma, o contribuinte conseguiu comprovar a improcedência da presunção legal em exame.

No que diz respeito à segunda infração, que exige multa pelo fato do autuado emitir notas fiscais de venda, série D-1, apesar de possuir ECF devidamente autorizado pela SEFAZ, o autuado alegou que a emissão das notas fiscais obedeceu ao que determina o art. 218, §2º, do RICMS/97, ou seja, em virtude de problemas técnicos com o ECF. Anexou aos autos declaração da empresa Help Digital Consultoria em Informática, que informa as datas nas quais houve solicitação do autuado para reparos. Alegou, ainda, que a irregularidade não pode ser aplicada ao mês de janeiro/04, pois foi introduzida na legislação através da alteração nº 51, mediante o Decreto nº 8.882, de 21/01/04. Por fim, entendendo que não causou nenhum prejuízo para o Estado, requer que seja aplicada a regra contida no §7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

O art. 824-B, do RICMS/97 determina que os contribuintes do ICMS que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes desse imposto deverão utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações, e somente nos casos em que a nota fiscal seja solicitada pelo comprador, por sinistro ou razões técnicas (art. 238, II, §§ 1º e 2º e art.329, § 5º do RICMS/97) é que pode ser emitida nota fiscal de Venda à Consumidor, sendo o fato obrigatoriamente, registrado.

No entanto, o autuado acostou ao processo apenas declarações da empresa que faz a manutenção do ECF (fls. 116 a 121), quando deveria apresentar os competentes laudos de intervenção do equipamento, ou mesmo ter comprovado a ocorrência de alguma das situações legalmente previstas (art. 238, II, §§ 1º e 2º e art.329, § 5º do RICMS/97), fato que não ocorreu.

Isto posto, o art. 42, XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96 (a alínea “h” foi acrescentada ao inciso XIII-A do referido artigo pela Lei nº 8.534, de 13/12/02, DOE de 14 e 15/12/02, efeitos a partir de 01/01/03 e não a partir de janeiro/04 como entende o autuado), dispõe textualmente:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

XIII-A - nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e de sistema eletrônico de processamento de dados:

h) 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.

Quanto à alegação de que com a falta de emissão de cupom fiscal não houve qualquer prejuízo ao Erário, observo que a infração em análise não cuida de cobrança do imposto e sim da aplicação de uma penalidade por descumprimento de obrigação acessória, que tem previsão específica na legislação, não havendo, dessa forma, também como dispensá-la, conforme solicitou o autuado.

Por fim, ressalto que como por ocasião da última diligência o autuado apresentou o temo de intervenção do dia 09/12/04, concordo com a redução da multa aplicada no mês de dezembro/04, proposta pelo atuante, para R\$1.194,00.

Dessa forma, o valor da multa exigida na segunda infração fica reduzido para R\$5.058,07, conforme demonstrativos às fls. 404/405.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281240.0007/05-9**, lavrado contra **ALIBEBI ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor de **RS\$5.058,07**, prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios estabelecidos a partir da edição da Lei nº 9837/05.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de agosto de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR