

PROCESSO - A. I. Nº 279696.0018/06-9
RECORRENTE - COMERCIAL YPIRANGUINHA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0121-02/07
ORIGEM - INFAZ VALENÇA
INTERNET - 09/11/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0376-11/07

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS AO CONSUMIDOR EM SUBSTITUIÇÃO A CUPONS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A legislação prevê que o contribuinte só deve proceder dessa forma quando o equipamento estiver paralisado em decorrência de sinistro ou por motivo técnico. Não foi comprovado o motivo para o procedimento adotado pelo contribuinte. Infração caracterizada. Decisão recorrida mantida. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 2ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0121-02/07, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epígrafado, lavrado para imputar ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

1. Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, nos exercícios de 2003 a 2005, conforme demonstrativos de fls. 15 a 17, sujeitando à multa no valor de R\$28.419,45, equivalente a 5% sobre o valor das notas fiscais série D-1 emitidas;
2. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88, sendo exigido imposto no valor de R\$1.271,52 e aplicada a multa de 60%;
3. Falta de estorno do crédito fiscal de ICMS relativo a mercadoria entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que, posteriormente, foram objeto de saídas com não incidência do imposto, sendo exigido o imposto no valor de R\$1.152,00 e aplicada a multa de 60% e;
4. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada a multa de 10% sobre o valor das operações, totalizando o valor de R\$1.597,88.

Em Primeira Instância, o relator da JJF de logo consignou que o sujeito passivo reconheceu o cometimento das infrações que lhe foram imputadas nos itens 2, 3 e 4, daí porque não havendo lide quanto a estas, as mesmas foram julgadas procedentes. No que pertine à infração imputada no item 1, contestada pelo contribuinte, a JJF manteve a exigência fiscal com os seguintes fundamentos, resumidamente:

- I. que constam dos autos que o autuado, através das cópias dos livros Registro de Saídas, fls. 18 a 175, emitira notas fiscais série 1 e D-1, ao longo de todo o período fiscalizado, nos exer-

cícios de 2003 a 2005, concomitantemente, ou seja, ora emitia cupom fiscal, ora notas fiscais série D-1 e 1;

- II. que a defesa alega que por questões alheias à sua vontade (sinistro/razões técnicas), ou por desinformação, não pôde emitir os cupons fiscais nas ocasiões em que foram detectadas pela fiscalização, sem, contudo, apresentar, objetivamente, comprovação alguma em seu arrazoadado.
- III. que o § 2º do artigo 238 do RICMS-BA/97 prevê que o contribuinte usuário de ECF só pode emitir Nota Fiscal de Venda a Consumidor, em substituição ao Cupom Fiscal, quando o equipamento estiver paralisado em decorrência de sinistro ou por motivos técnicos, e nesses casos, deve o estabelecimento proceder conforme determina o artigo 293, § 2º, do RICMS/97, a fim de documentar o fato;
- IV. que o contribuinte não procedeu como exigido na legislação e nem carrou aos autos comprovação alguma acerca das circunstâncias em que ocorreram eventuais sinistros ou razões técnicas alegadas, além das intervenções que constam do sistema de controle de “ECF – Detalhado” da SEFAZ, constante às fls. 13 dos autos, onde figuram os registros de intervenção no equipamento da empresa, e em relação aos quais o autuante teve o cuidado de excluir de seu levantamento, daí porque deve ser mantida a exigência fiscal.

Irresignado, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 3.364 a 3.368 – através de advogado regularmente constituído, onde em preliminar suscita nulidade do processo administrativo fiscal, por violação à ampla defesa e ao contraditório, alegando que:

- I. a empresa está sem poder consultar os documentos, livros e demais papéis referentes ao período de 2003 a 2007 para elaborar seu Recurso Voluntário, pois o mesmo fiscal autuante exigiu tal documentação em relação a outro procedimento fiscal, conforme intimação que acosta aos autos, o que viola a ampla defesa e o contraditório, razão pela qual requer a devolução do prazo recursal, após a devolução dos documentos fiscais apresentados pelo recorrente mediante intimação em referência;
- II. foi indeferido o pedido de produção de prova testemunhal, sem fundamentação, já que apenas no relatório da Decisão houve menção ao pedido, sem haver apreciação no voto, o que contamina de nulidade a Decisão, devendo a mesma ser anulada e determinada a produção da prova testemunhal requerida na defesa.

No mérito, alega que a empresa acobertou o fato gerador do tributo através da emissão de notas fiscais Séries D-1 e 1, tendo sido recolhido o tributo devido. Alega, ainda, que a inobservância aos artigos mencionados na autuação se deu por motivos alheios à sua vontade – sinistro/razões técnicas – o que levou a não emissão dos cupons fiscais nestas oportunidades, fato que poderia ter sido comprovado mediante oitiva de testemunhas, o que foi negado. Entende indevida a multa aplicada, por configurar verdadeira ilegalidade, eis que o recorrente se enquadra em situação de escusa legal de obrigação acessória.

A PGE/PROFIS – às fls. 3.380 a 3.383 – rechaça as nulidades suscitadas, consignando que os documentos arrecadados pela fiscalização para apurar as infrações fiscais descritas no presente lançamento foram devolvidos ao contribuinte, com comprova o documento constante às fl. 10 dos autos, não havendo cerceio de direito de defesa. Consigna, ainda, que não há no processo administrativo fiscal audiência para ouvida de testemunhas, já que as provas são todas documentais, além do que ainda que houvesse não seria suficiente a afastar a imputação, já que a legislação apenas prevê ao usuário do ECF a emissão de nota fiscal a consumidor, em substituição ao cupom fiscal, quando o equipamento estiver paralisado por motivos técnicos ou em decorrência de sinistro, não provando o contribuinte que a não utilização do ECF se deu por sinistro ou por motivos técnicos, aduzindo apenas genericamente a questões alheias à sua vontade.

Conclui que o recorrente apenas nega o cometimento da infração, com meras argumentações, desprovidas das provas exigidas pela legislação tributária, e insuficientes para afastar a infração corretamente apurada.

VOTO

Inicialmente, quanto às preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, de logo devemos rechaçá-las, seguindo o opinativo proferido pela PGE/PROFIS. E, de fato, o Auto de Infração foi lavrado sem qualquer mácula que o inquene de nulidade, já que a alegação de que houve cerceio de direito de defesa arrimado no fato de que houve entrega, através de intimação, de livros e documentos fiscais em procedimento fiscal outro, iniciado pelo mesmo fiscal autuante, e ainda não devolvidos, não dá guarida ao pedido de devolução do prazo recursal, pois às fl. 10 dos autos resta comprovado que os documentos arrecadados pela fiscalização para apurar as infrações fiscais descritas no lançamento de ofício ora em apreciação, foram devolvidos ao sujeito passivo, o que permitiu regulamente sua defesa e nem obistou a contestação em sede recursal; frisando-se, ainda, que os documentos correlatos à única infração contestada encontram-se nos autos através de cópias, permitindo a verificação do lastro fático da imputação.

Por outro lado, também não merece acolhimento a alegação de nulidade da Decisão recorrida pelo indeferimento da solicitação de prova testemunhal, ou até mesmo pela não citação expressa no voto do Relator de Primeira Instância de tal fato, a uma porque no processo administrativo fiscal – ao contrário do processo judicial ou até mesmo do processo administrativo disciplinar - não há previsão para oitiva de testemunhas, pois se apóia tão-somente em prova documental e, a duas porque diante da inexistência de previsão legal para esta prova, a não citação expressa do indeferimento do pedido pela JJF não tem o condão de macular a Decisão.

No mérito melhor sorte não assiste ao recorrente, posto que é expressa a determinação regulamentar – disposta no § 2º do artigo 238 do RICMS/BA – no sentido de que o contribuinte usuário de ECF só pode emitir Nota Fiscal de Venda a Consumidor, em substituição ao Cupom Fiscal, quando o equipamento estiver paralisado em decorrência de sinistro ou por motivos técnicos, e ainda que, na ocorrência destes eventos, deve o estabelecimento proceder conforme determina o artigo 293, § 2º, do RICMS/97, ou seja, quando da ocorrência de sinistro ou razões técnicas, fazer a comprovação deste fato mediante consignação no seu livro Registro de Ocorrências da intervenção técnica realizada. Registre-se que o autuante não incluiu na ação fiscal as notas fiscais emitidas no período em que há comprovação – mediante registro – das intervenções no equipamento ECF do contribuinte – vide fl. 13 dos autos - intervenções estas que devem ser autorizadas e informadas a SEFAZ, conforme arts. 824-H e 824-I do RICMS.

Ora, não logrou o contribuinte comprovar este fato, nem na sua defesa e nem agora na peça recursal, restringindo-se a negar o cometimento da infração ou alegando que a infração foi cometida por “questões alheias à sua vontade”, olvidando o quanto estabelece o art. 143 do RPAF, “*in verbis*”:

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Outra hipótese permitida pela legislação de emissão de nota fiscal de venda a consumidor quando o contribuinte é usuário de ECF é no caso de solicitação do adquirente dos bens – mas frise-se que não há a dispensa da emissão do cupom fiscal – devendo ser emitida a nota fiscal Série D, e ser anexada a primeira via do documento fiscal emitido no ECF à via fixa da nota fiscal de venda a consumidor emitida, no qual será consignado o número sequencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF.

Ao final, registre-se que o próprio sujeito passivo confessa ter cometido a infração em sua peça recursal, quando ao final da petição alega ilegalidade da exigência fiscal consignando que “*se enquadra em situação de escusa legal de obrigação acessória*”. E de fato o que se está exigindo

neste lançamento de ofício é multa por descumprimento de obrigação acessória, e não exigência de imposto, com lastro no art. 42, inciso XIII-A, alínea “h” da Lei nº 7.014/96, abaixo transcrito:

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 (Lei nº 7667/00):

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;

Assim, diante das razões acima aduzidas, somos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração epigrafado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade da presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279696.0018/06-9**, lavrado contra **COMERCIAL YPIRANGUINHA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.423,52**, acrescido de multas de 60%, previstas no art. 42, incisos II, “f” e VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$30.017,33**, previstas nos incisos IX, e XIII-A, “h”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos pelo sujeito passivo.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros (as): Sandra Urânia Silva Andrade, Fernando Antonio Brito de Araújo e Denise Mara Andrade Barbosa.

VOTO VENCIDO - Conselheiros: Fábio de Andrade Moura, Oswaldo Ignácio Amador e Valnei Sousa Freire.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de outubro de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

ÂNGELI MARIA GUIMARAES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS