

A. I. Nº - 232948.0920/06-9
AUTUADO - COMERCIAL DE ALIMENTOS FERNANDES LEITE LTDA.
AUTUANTE - AVELINO PEREIRA DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 04/03/2008

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0038-03/08

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença apurada entre o valor das vendas registradas em cartão de crédito e o valor informado pela administradora do cartão indica que o sujeito passivo efetuou vendas sem emissão do documento fiscal correspondente. Refeitos os cálculos, o imposto apurado ficou reduzido. 2. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO USO DE 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 1, 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 concomitantemente ao ECF. Infração reconhecida pelo autuado. Efetuadas correções nos cálculos e alterado o percentual da multa para 2%, sendo devido o valor remanescente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 25/09/2006, refere-se à exigência de R\$32.589,94 de ICMS, acrescido da multa de 70%, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$50,12, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, 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, nos meses de janeiro a junho de 2006. Valor do débito: R\$32.589,94

Infração 02: Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, sendo exigido multa no valor total de R\$50,12.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 15 a 55), discorrendo inicialmente sobre os seguintes princípios: princípio da legalidade objetiva, princípio da verdade material, princípio da inquisitorialidade, princípio da tipicidade cerrada. O defendente apresenta preliminar de nulidade, com base no art. 18 do RPAF/99, por entender que no presente processo há vícios insanáveis e, amparado no princípio da legalidade objetiva e no art. 18, § 1º do RPAF/99, pede que seja realizada revisão fiscal (diligência ou perícia fiscal). Aduz que é condição “*sine qua non*” para que o Auto de Infração seja objeto de revisão fiscal, que as incorreções ou omissões existentes sejam eventuais e que a não observância de exigências digam respeito àquelas meramente formais. Por isso, argumenta que, sendo as omissões ou incorreções eventuais, e não

sendo as exigências não observadas meramente formais, não cabe revisão fiscal, e sim, nulidade do Auto de Infração. Assegura que as omissões e incorreções “de natureza grave” e as exigências não observadas pelo autuante no seu trabalho não são meramente formais, aproximando-se de exigências de natureza substancial. Por isso, alega que, somente na hipótese de a Junta de Julgamento fiscal não acolher o pedido de nulidade é que devem ser apreciados e deferidos os pedidos de diligência, se assim entender por bem. O defendente informa que o autuante, ao encerrar o trabalho fiscal, lhe forneceu uma cópia do demonstrativo de débito discriminando, mês a mês, as parcelas do ICMS que achava que a empresa era devedora. Entretanto, alega que, com base nesses elementos materiais, não é possível se elaborar uma defesa ideal e apresentar todos os argumentos defensivos aplicáveis à questão, haja vista que os demonstrativos fornecidos pelo autuante não são auto-explicativos. Diz que o autuante não forneceu cópia do Relatório de Informações TEF Operações, em formato de papel, onde constam todas as informações prestadas pelas administradoras de cartão de débito ou de crédito, dia a dia, administradora, número da autorização, valor da operação e a natureza da operação (débito e/ou crédito), e se o autuante não entregou os mencionados relatórios, cerceou o direito de ampla defesa. O impugnante salienta que ficou prejudicado no exercício do seu direito de defesa, por não ter sido permitido de forma clara e suficiente o perfeito entendimento do teor da autuação. Quanto ao cerceamento, fala sobre decisões judiciais e diz que o CONSEF, através de suas Juntas e Câmaras tem se manifestado constantemente a favor do contribuinte, conforme os diversos Acórdãos que citou e transcreveu ementas e parte dos votos às fls. 28 a 30 dos autos. O defendente alega também, que falta descrição clara e precisa da acusação, citando o art. 39 do RPAF/99. Salienta que o autuante entendeu que sua redação no Auto de Infração era suficiente para possibilitar uma descrição clara e precisa do fato gerador, mas a situação descrita pela autoridade fazendária não caracteriza fato gerador do ICMS. Afirma que o autuante não apresentou nenhum documento de emissão das instituições financeira e administradoras de cartão de crédito com a discriminação das operações dia a dia para que a empresa pudesse analisar e demonstrar que o autuante se equivocou em seu levantamento. Assim, o defendente entende que não há segurança no lançamento e a infração não está caracterizada. Diz que a infração deve estar bem escrita pelo autuante, possibilitando ao contribuinte se defender, ou seja, a descrição dos fatos deve ser clara e tão completa para que o autuado possa saber de que realmente está sendo acusado. Transcreve o art. 18, inciso V do RPAF/99 e assegura que o CONSEF, nas suas decisões, tem deixado claro que não é aceitável que uma acusação contida em um Auto de Infração seja obscura. Neste sentido, cita algumas decisões prolatadas neste Conselho, transcrevendo as respectivas ementas. Quanto ao mérito, o defendente pede que este órgão julgador atente para a existência do disposto no art. 155, parágrafo único do RPAF/99, que determina o julgamento pela improcedência do lançamento, mesmo merecendo o ato ser objeto de nulidade. Em relação à primeira infração, o defendente informa que atua no ramo de comércio varejista de produtos alimentícios, e a maioria dos produtos comercializados não sofre tributação nas saídas por estarem incluídos no art. 14 do RICMS como isentos. São produtos hortícolas como: abóbora, abobrinha, acelga, agrião, alface, aipim etc; frutas como: banana, laranja, melão, melancia, etc; produtos agropecuários, a exemplo de ovos, leite, produtos comestíveis resultantes da matança de caprinos e ovinos; pescados; farinha e cereais como feijão e arroz. Assegura que a empresa também negocia com grande quantidade de mercadorias que não sofrem tributação quando da sua saída em virtude de ter a sua fase de tributação encerrada, por motivo de o ICMS ter sido pago pelo regime de substituição ou de antecipação tributária. Além disso, o autuado informa que comercializa com grande quantidade de mercadorias que fazem parte da cesta básica, sendo a alíquota aplicada nas saídas, de apenas 7%. Há produtos que têm sua base de cálculo reduzida nas saídas, como óleo de soja, açúcar e charque. O defendente lembra que, recentemente, foi instituído o pagamento da antecipação parcial do ICMS sobre todas as compras que as empresas realizem fora do Estado. Assim, o impugnante entende que a exigência fiscal é nula, não tem procedência e sem a mínima condição de prosperar, pelos seguintes motivos:

- a empresa possui Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF devidamente registrado na Secretaria da Fazenda;
- o ECF utilizado não teve o meio de pagamento implantado e não discrimina na fita detalhe quando as operações são efetuadas utilizando cartão de crédito e/ou de débito, processando todas as vendas como se fossem recebimentos em dinheiro;
- quando o cliente efetua suas compras, as mesmas são digitadas pelo operador do ECF-MR, sendo emitido o cupom fiscal;
- o demonstrativo acostado aos autos pelo defendente comprova que os valores referentes às vendas através de ECF-MR são diferentes dos informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito;
- o defendente está anexando aos autos, por amostragem, cópias de alguns comprovantes dos boletos emitidos pelas maquinetas ou POS – Terminal Eletrônico, para comprovar que na mesma data há emissão de cupom fiscal no mesmo valor da operação;
- todas as bobinas de ECF-MR, cerca de setecentos, estão à disposição do fisco para que seja efetuada a fiscalização real, apurando a verdade material;
- as operações foram realizadas utilizando somente a tecla “dinheiro”, tendo em vista que a mão obra utilizada tem pouca escolaridade, e não é instruída para usar o equipamento com todos os seus recursos;
- o autuante, em nenhum momento, verificou os comprovantes de débito/crédito emitidos pelas maquinetas ou POS – Terminal Eletrônico, cerca de 1900 documentos mensais, aproximadamente onze mil documentos no período fiscalizado, nem as bobinas dos equipamentos ECF-MR;
- o autuante não atentou que a empresa comercializa com grande quantidade de mercadorias isentas e com o ICMS já pago pelo regime de substituição ou antecipação tributária;
- não existe na legislação obrigatoriedade de o contribuinte conservar ou guardar os comprovantes de débito/crédito assinados pelos clientes quando efetuarem suas compras;
- não existe na legislação do ICMS a obrigatoriedade da empresa que utiliza ECF-MR de determinar quanto vendeu em cartão de débito/crédito à Secretaria da Fazenda.

O autuado indica três casos práticos em que as informações prestadas pelas administradoras não são fidedignas e não se prestam a servir de base para a lavratura do Auto de Infração: a) pagamento em cartão e o registro da operação como se fosse em dinheiro; b) pagamentos através de dois cartões de crédito ou de débito e o registro no ECF como se fosse em dinheiro; c) pagamento parte em dinheiro e outra parte com um ou dois cartões de crédito/débito. O defendente cita Acórdãos do CONSEF decidindo pela nulidade do lançamento por falta de certeza e liquidez, apresentando o entendimento de que há inadequação do roteiro de fiscalização aplicado pelo autuante para apuração dos fatos, em virtude da natureza da atividade da empresa, transcrevendo diversas ementas de decisões prolatadas pelo CONSEF. Em relação à proporcionalidade entre as saídas das mercadorias tributadas, isentas, da cesta básica, já tributadas pelo regime da substituição e/ou antecipação tributária, diz que o CONSEF vem aceitando a aplicação do princípio da proporcionalidade, conforme Acórdão CJF Nº 0291-12/06 que transcreveu às fls. 51/52 do PAF. Pede que esta Junta de Julgamento Fiscal solicite à Secretaria deste Conselho a cópia na íntegra do mencionado Acórdão, e que este órgão julgador analise e aplique o princípio da proporcionalidade ao presente processo. O impugnante informa que aplicou o citado princípio da proporcionalidade e apurou valores do débito divergentes do levantamento fiscal, no período fiscalizado, conforme fls. 52 a 54 do PAF. Quanto à infração 02, o autuado informa que reconhece o cometimento da irregularidade apontada. Finaliza, requerendo a nulidade da autuação, e caso não seja aceito o pedido de nulidade, que seja aplicado o princípio da proporcionalidade conforme demonstrado nas razões de defesa, consoante decisão do CONSEF através do Acórdão CJF Nº 0291-12/06.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 785 a 788 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que não é pertinente o argumento de que houve agressão ao direito do exercício de ampla defesa, na medida em que os cálculos foram efetuados com base nas leituras “Z” da fita detalhe e talonários de notas fiscais D-1, documentos do autuado, além dos relatórios mensais das vendas realizadas com cartões de crédito. Afirma que, ao contrário do que alega o autuado, os relatórios estão disponíveis a qualquer momento nas administradoras. Assim, por ser possuidor de todos os elementos materiais necessários para elaboração de sua impugnação, o autuado jamais poderia alegar cerceamento de defesa. Quanto ao argumento do defendente de que o equipamento ECF não teve o meio de pagamento implantado e não discrimina na fita detalhe quando as operações são efetuadas através de cartão de crédito/débito, processando todas as operações como se fossem recebimentos em dinheiro, tal alegação é inverídica, na medida em que todos os meios de pagamento estão devidamente cadastrados, conforme comprovam as cópias às fls. 73 a 733. Em relação à proporcionalidade das vendas, o autuante esclarece que ao optar pelo benefício fiscal do SIMBAHIA, em virtude do tratamento tributário diferenciado e simplificado, o autuado perde o direito de calcular o imposto com base no regime normal. Portanto, jamais poderia ser aplicado o princípio da proporcionalidade, tendo em vista que não existe na legislação do SIMBAHIA tal possibilidade. Cita os arts. 386-A e 387-A do RICMS/97. Informa também, que o fato de o autuado não classificar as mercadorias vendidas, tendo em vista que utiliza o código 008000 de “diversos” para identificar a maioria das vendas impede a aplicação da proporcionalidade. Assim, pelas saídas seria impossível aplicar a proporcionalidade. E pelas entradas, pergunta como a fiscalização irá saber se foram apresentadas todas as notas fiscais de compras, devido à não obrigatoriedade de escrituração de livros fiscais e se as compras forem realizadas dentro do Estado não são identificadas normalmente no CFAMT. O autuante entende que as tabelas e as cópias das notas fiscais acostadas aos autos comprovam que os cálculos da proporcionalidade das vendas perdem a sua validade. Finaliza, informando que foram entregues, conforme recibo que acostou aos autos (fls. 966/967), os relatórios TEF, e em virtude da entrega dos mencionados relatórios, sugere a renovação do prazo de trinta dias para que o autuado possa realizar a sua defesa. Pede a procedência do presente Auto de Infração.

Intimado quanto à reabertura do prazo de defesa, com a entrega de cópia da informação fiscal e do Relatório TEF correspondente ao período de janeiro a junho de 2006, o autuado apresentou nova manifestação às fls. 969 a 985, alegando cerceamento ao direito de exercício da ampla defesa, e que o autuante não forneceu cópia do Relatório de Informações TEF Operações em formato de papel. Apresenta as mesmas alegações defensivas da impugnação inicial, dizendo que a autuação fiscal é nula e não tem procedência, nem a mínima condição de prosperar; há inadequação do roteiro de fiscalização aplicado pelo autuante para apuração dos fatos indicados no Auto de Infração. Finaliza reiterando o pedido de nulidade, e se não for acatado o pedido, requer a aplicação do princípio da proporcionalidade conforme demonstrativo anexado à impugnação, consoante decisão do CONSEF através do Acórdão CJF Nº 0291-12/06.

Nova informação fiscal foi prestada pelo autuante às fls. 997/999, aduzindo que de acordo com a sua informação fiscal de fls. 785 a 788, foi atendida a solicitação do autuado no que se refere à entrega do relatório TEF, assegurando o seu direito de defesa. Diz que não subsiste a alegação do autuado de que foi aplicado roteiro inadequado, tendo em vista que o levantamento fiscal foi realizado utilizando os meios legalmente estabelecidos, mas o defendente tenta confundir o julgador, acostando aos autos cópia do Acórdão CJF Nº 0291-12/06, referente ao julgamento de uma empresa do regime normal de apuração do ICMS. O autuante argumenta que as demais alegações apresentadas pelo impugnante não têm pertinência, na medida em que o autuado é contribuinte do SIMBAHIA, e tal benefício lhe assegura o recolhimento do imposto com base na receita bruta mensal sem estabelecer que será aplicada alguma redução na base de cálculo, em relação à proporcionalidade, em função das características das mercadorias vendidas. Cita os arts. 384 a 387 do RICMS/BA, e apresenta o entendimento de que se fosse admitida a proporcionalidade, estaria sendo dispensado duplo benefício ao contribuinte. Concluindo o autuante diz que, o autuado não

acostou ao PAF nenhum argumento ou prova que pudesse implicar na revisão do presente lançamento, e por isso, pede a sua procedência.

Considerando a alegação do autuado de que foram emitidos cupons fiscais correspondentes aos boletos emitidos pelas vendas realizadas com pagamento em cartão de crédito ou de débito, tendo anexado aos autos cópias de diversos cupons e correspondentes boletos para comprovar as alegações defensivas, esta Junta de Julgamento Fiscal, converteu o presente processo em diligência à ASTEC para que o diligente:

- 1 – Intimasse o autuado a apresentar demonstrativo referente aos boletos das operações com cartões de crédito ou de débito e correspondentes Notas Fiscais ou Cupons Fiscais emitidos.
- 2 – Confrontasse o demonstrativo do item anterior com os documentos originais do autuado, fazendo as exclusões em relação aos documentos apresentados pelo defendente, que comprovem a efetiva existência de documentação fiscal correspondente à venda efetuada com cartão de crédito ou de débito.
- 3 – Apurasse a exatidão aos cálculos de proporcionalidade acostados aos autos pelo defendente (fls. 59 a 69). Em caso negativo, elaborasse demonstrativo apurando os percentuais, de acordo com os documentos fiscais apresentados pelo contribuinte.
- 4 – Elaborasse demonstrativo do débito remanescente.

Conforme Parecer ASTEC Nº 156/2007 (fls. 1003 a 1005), o autuado foi intimado a apresentar demonstrativo referente aos boletos dos cartões de débito/crédito para cumprir a diligência solicitada. Os demonstrativos apresentados pelo defendente (fls. 1015 a 1022) foram confrontados com os documentos originais, sendo refeitos os cálculos em relação aos documentos apresentados pelo contribuinte. Com base nos valores extraídos dos demonstrativos do autuado foi elaborado novo demonstrativo para excluir as operações que, comprovadamente, foram realizadas por meio de cartão de crédito. Em relação à proporcionalidade, a diligente informa que constatou erros nos cálculos efetuados pelo defendente, por isso, foram elaborados novos demonstrativos e apurados novos percentuais, com base nos documentos fiscais apresentados pelo contribuinte, conforme planilha que elaborou à fl. 1004. Foram aplicados os percentuais obtidos na mencionada planilha sobre os valores apurados no primeiro demonstrativo, ficando reduzido o imposto originalmente apurado para o total de R\$17.315,25, conforme planilha à fl. 1005. Concluindo, a diligente informa que foram realizados os ajustes nos valores da base de cálculo e ICMS devido para excluir as parcelas referentes às mercadorias sujeitas à substituição tributária e isentas, bem como os valores referentes às operações com cartões de crédito informadas como realizadas em dinheiro, sendo elaborado novo Demonstrativo de Débito da infração 01 à fl. 1005.

À fl. 1040 o contribuinte foi comunicado quanto ao PARECER ASTEC Nº 156/2007, e o autuante também tomou conhecimento, conforme recibo à fl. 1042 do PAF. Entretanto, não houve qualquer manifestação das partes, em relação ao resultado da citada revisão efetuada por preposto da ASTEC.

VOTO

Quanto à preliminar de nulidade suscitada pela defesa do autuado, constatei que o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário apurado e a natureza da infração, sendo que, eventuais incorreções alegadas pela defesa não implicam nulidade haja vista que, pela descrição dos fatos e enquadramento legal, ficaram evidentes as infrações apuradas.

Vale salientar que por determinação desta Junta de Julgamento Fiscal, foi realizada diligência fiscal por preposto da ASTEC, sendo efetuada revisão dos cálculos e intimado o defendente com a cópia do Parecer ASTEC respectivas planilhas, e concedido o prazo de dez dias para o mesmo se

manifestar em relação aos elementos a ele fornecidos, de acordo com o art. 149-A, c/c § 1º, do art. 18, do RPAF/99. Entretanto, o defendente não apresentou qualquer contestação aos novos cálculos efetuados pelo diligente.

Assim, não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento, ficando rejeitada a preliminar de nulidade apresentada pelo defendente.

No mérito, a primeira infração trata exigência de ICMS, por omissão de saída de mercadoria tributável apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no período de janeiro a junho de 2006.

Sendo apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96:

“Art. 4º

§ 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”.

Considerando as alegações defensivas e informação fiscal prestada pelo autuante, esta 3ª JFJ converteu o presente processo em diligência à ASTEC/CONSEF (fl. 1129) para Auditor Fiscal estranho ao feito, após analisar os livros e documentos fiscais do autuado em confronto com o levantamento fiscal, dirimir as divergências, fazendo as necessárias correções, elaborando demonstrativo de débito.

Assim, conforme Parecer ASTEC Nº 156/2007, foi elaborado novo demonstrativo para excluir as operações que, comprovadamente, foram realizadas por meio de cartão de crédito, e em relação à proporcionalidade, foram elaborados novos demonstrativos e apurados novos percentuais, com base nos documentos fiscais apresentados pelo contribuinte, conforme planilha que elaborou à fl. 1004, ficando reduzido o imposto originalmente apurado para o total de R\$17.315,25, sendo elaborados novos demonstrativos, inclusive o de Débito desta infração 01 à fl. 1005.

Observo que, estando o autuado enquadrado no SIMBAHIA, na condição de microempresa, e sendo apurada operação realizada sem documentação fiscal, a legislação prevê a perda do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração, ficando o contribuinte obrigado a recolher pelo regime normal em decorrência da prática da infração definida na legislação como de natureza grave. Neste caso, tendo sido apurado que houve omissão de saídas, mediante levantamento fiscal, a exigibilidade do imposto foi efetuada aplicando a alíquota normal, de 17%, e considerado o crédito de 8% sobre o valor das saídas apuradas, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos, conforme previsto no § 1º do art. 19, da Lei 7.753/98. Portanto, os cálculos efetuados por preposto da ASTEC, estão de acordo com a legislação em vigor.

Entendo que não ficou parcialmente comprovada nos autos a alegação defensiva, haja vista que após a revisão efetuada por preposto da ASTEC não houve qualquer contestação pelo autuante e pelo defendente. Portanto, é parcialmente subsistente a infração, nos valores apurados nos demonstrativos às fls. 1004/1005, totalizando R\$17.315,26.

A segunda infração se refere à aplicação da multa de 5% do valor das operações realizadas, pelo fato de o contribuinte, usuário de equipamento de controle fiscal, ter emitido outro documento fiscal (notas fiscais de venda a consumidor) em lugar daquele decorrente do uso do citado ECF, nas situações em que está obrigado.

Em relação ao uso de ECF, o RICMS/97 estabelece:

***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.

De acordo com os dispositivos regulamentares acima reproduzidos, os usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) estão autorizados a emitir nota fiscal modelo 1 em três situações elencadas nos incisos I e II, e no § 2º do art. 238.

Observo que legislação não impede a emissão de notas fiscais, devendo o contribuinte, para tal procedimento, observar as regras estabelecidas, e no caso em exame, não foi comprovado o motivo que levou o autuado a emitir outro documento fiscal.

Em relação aos cálculos, constatei que houve equívoco do autuante tendo em vista que foram apurados os totais de notas fiscais emitidas, sendo R\$2.323,18 (janeiro), R\$2.774,68 (fevereiro), R\$3.465,02 (março), R\$3.022,83 (abril), R\$4.606,81 (maio) e R\$3.870,82 (junho) e calculada a multa devida em cada mês, conforme planilha de fls. 09/10 e verso. Entretanto, foram transportados para o demonstrativo de débito os valores da multa como base de cálculo, apurando erroneamente o débito de R\$5,80 (janeiro), R\$6,93 (fevereiro), R\$8,66 (março), R\$7,55 (abril), R\$11,51 (maio) e R\$9,67 (junho).

Além disso, constato que o percentual da multa aplicável ao caso em exame, foi alterado para 2%, conforme art. 42, inciso XIII-A, alínea “h” do RICMS/97, e de acordo com o art. 106, inciso II, alínea “c” do Código Tributário Nacional, aplica-se a lei a fato pretérito quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática. Assim, fazendo as correções nos cálculos e aplicando-se o percentual de 2%, fica alterado o valor da multa exigida, conforme quadro abaixo:

MESES	VENDAS NFVC S/EMIÇÃO CF	MULTA 2%
JAN	2.323,18	46,46
FEV	2.774,68	55,49
MAR	3.465,02	69,30
ABR	3.022,83	60,46

MAI	4.606,81	92,14
JUN	3.870,82	77,42
TOTAL	-	401,27

Considerando que originalmente foi aplicada penalidade no o valor de R\$50,12, concluo pela subsistência desta infração, recomendando a renovação do procedimento fiscal para complementar o valor da penalidade na quantia de R\$351,15.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232948.0920/06-9**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS FERNANDES LEITE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$17.315,26**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$50,12**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “h”, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal para complementar o valor da penalidade indicada a menos no presente Auto de Infração.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de fevereiro de 2008

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR