

A. I. Nº - 232185.0065/06-5
AUTUADO - EDLENE SILVA RIBEIRO
AUTUANTE - MARCOS GOMES LOPES
ORIGEM - INFAZ BOM JESUS DA LAPA
INTERNET - 17. 06. 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0208-01/08

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. INADEQUAÇÃO DO MÉTODO DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. FALTA DE ELEMENTOS NECESSÁRIOS PARA SE DETERMINAR A INFRAÇÃO. Em razão da incorreta aplicação do método de apuração, não constam os elementos necessários para se determinar o recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na base de cálculo. Infração NULA. 2. CUPONS FISCAIS. CANCELAMENTO IRREGULAR. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Caracterizado o erro na emissão dos cupons fiscais. Infração insubsistente. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. ESTABELECIMENTO USUÁRIO DE ECF. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE VENDA A CONSUMIDOR CONCOMITANTEMENTE AO USO DO EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Os contribuintes usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) somente estão autorizados a emitir notas fiscais de venda a consumidor, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, ou por se encontrarem impedidos de emitir o cupom fiscal. Não ficou comprovada a alegação de defeito no equipamento. Infração subsistente. Multa modificada de 5% para 2%, conforme alteração introduzida pela Lei nº 10.847/07, em face da retroatividade benéfica da lei. 4. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. a) FALTA DE ESCRITURAÇÃO DO LIVRO CAIXA. b) FALTA DE ESCRITURAÇÃO DO LIVRO REGISTRO DE INVENTÁRIO. MULTAS. O autuado apresenta cópias dos livros na defesa. Não consta nos autos a intimação para suas apresentações, inexistindo a obrigação de entregá-los. Infrações improcedentes. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 24/12/2006, reclama o crédito tributário relativo à obrigação principal e acessória no valor total de R\$ 29.611,69, concernentes às seguintes infrações:

1) recolheu a menos o ICMS no valor de R\$18.602,04, em decorrência de erro na determinação na base de cálculo do imposto, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Multa de 60%. Períodos de setembro a dezembro de 2002, janeiro a dezembro de 2003, janeiro a novembro de 2004, abril e maio de 2005;

- 2) omissão de saídas de mercadorias tributáveis, por cancelamento de Cupom Fiscal em desacordo com as normas em vigor. ICMS no valor de R\$4.129,33. Multa de 70%. Períodos de setembro e novembro de 2002;
- 3) emitiu outro documento fiscal no lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$5.960,32. Períodos de janeiro de 2003 e junho a novembro de 2004;
- 4) Microempresa e Empresa de Pequeno Porte com Receita Bruta Ajustada superior a R\$30.000,00. Não escriturou o livro de Caixa. Multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 460,00. Período de março de 2006;
- 5) Deixou de escriturar livro fiscal. Registro de Inventário. Multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 460,00. Período de março de 2006;

O autuante, à fl. 66 dos autos, solicita, com base no artigo 15 inciso V da Lei 7.357/98, combinado com o artigo 408-L inciso V e com o artigo 915 inciso IV alínea “g” do RICMS/BA, o imediato desenquadramento de ofício do contribuinte da condição de empresa de Pequeno Porte para a condição de empresa normal para o lançamento mediante auto de infração nos termos do artigo 408-P combinado com o artigo 408-S do RICMS/BA. Afirma, para tanto, que, ao proceder a fiscalização do contribuinte, foi constatada redução fraudulenta no faturamento do contribuinte por meio de diminuição de valores lançados pela máquina registradora nas reduções Z, através de adulteração a tinta de caneta nos campos vendas líquidas e cancelamentos, infringindo o disposto no artigo 88 e artigo 202 do RICMS/BA.

Ressalta, ainda, que os cupons fiscais das reduções Z adulteradas foram apreendidos para documentar a infração cometida para efeito de constituição de prova material do ilícito tributário, nos termos do artigo 40 § 5º da Lei 7.357/98, combinado com o artigo 940 inciso VII do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97, mediante a lavratura do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 060577.

O Supervisor da Infaz Bom Jesus da Lapa, à fl. 68, informa que não é possível tal desenquadramento, visto que a empresa encontra-se em processo de baixa.

O impugnante apresentou defesa, às fls 72 a 78, alegando, em relação à infração 01, que o autuante apurou o débito da infração em referência, considerando que a empresa prestou declaração inexata ou falsa, havendo dolo, fraude ou simulação, retirando o direito de tratamento tributário diferenciado, que é apuração do ICMS Simplificado – SIMBAHIA.

Lembra que a atividade exercida pelo administrador fiscal, bem como os demais funcionários públicos, é regulamentada em lei, não podendo agir fora dos parâmetros legais. Acredita que o autuante não utilizou de qualquer interesse particular com exercício de sua função legal, pois impulsionado pelo dever de ofício, tentou apurar o valor do tributo de acordo com os fatos reais, sem qualquer interesse no resultado final.

Afirma que, ao verificar as leituras de reduções Z da máquina registradora, onde se encontram observações feitas a tinta de caneta nos campos cancelamentos, há, apenas, evidências das infrações que levaria a empresa a perder o tratamento tributário diferenciado que a Lei lhe credencia. Recorda que, a presunção do autuante de que a empresa cometeu infração de natureza grave, não pode gerar tributos e muito menos punições. Acrescenta que faltou um maior aprofundamento investigatório, apurando os fatos que impulsionou a autuada a cometer o lapso sem dolo e sem nenhum intuito de diminuir tributos.

Argumenta que a empresa não cometeu fraude e sim lapso ao emitir cupons fiscais, chegando a vender uma sandália Dumond, por R\$11.400,00, e por falta de conhecimento de operacionalização da máquina emissora, não conseguiu cancelar a operação irregular, conforme determina o §3º do art. 210 do RICMS/BA. Ao final do dia ao emitir a leitura das reduções Z, fez o desconto da venda indevida com tinta de caneta.

Assevera que a fita detalhe, não verificada pelo autuante, prova que a empresa cometeu lapso, apresentando alguns cupons fiscais contendo valores de sandálias que variam de R\$ 1.380,00 a R\$ 11.400,00.

Com estas razões, afirma não existir cometimento de infração que leve o contribuinte a perder o direito de tratamento diferenciado e simplificado (SIMBAHIA). Não podendo, segundo ele, se falar em apuração do ICMS pelo regime normal.

Quanto à infração 02, alega que é consequência da infração anterior, sendo as mesmas reduções Z que serviram como base para apuração do imposto, aplicando-se as mesmas justificativas à infração antecedente.

No tocante à infração 03, relata que o autuante aplicou uma penalidade de 5% sobre as vendas efetuadas, utilizando notas fiscais D 1 de venda a consumidor. Afirma que reconhece a obrigação de utilizar equipamento de Emissor de Cupom Fiscal (ECF) mas que tem conhecimento também, quando não for possível a emissão por meio da ECF em decorrência de razões técnicas, de forma normal, datilografada ou eletrônica, a nota fiscal de venda a consumidor, conforme preceitua o § 2º do art. 238 do RICMS-BA.

Relata que as notas fiscais de venda a consumidor emitidas foram em virtude de razões técnicas ocorridas durante períodos alternados, as vezes até dos problemas simples de operacionalização, que levou a máquina a ficar paralisada. Assinala que se pode observar a não ocorrência de vendas efetuadas utilizando NF e ECF em um mesmo dia, o que seria uma presunção de ocorrência de vendas complementares com intuito de cobrir o Caixa ou acobertar uma irregularidade cometida anteriormente.

Afiança que não há evidência da real infração para que lhe seja atribuída a penalidade de pagar a multa de 5%, não podendo, desta forma, prosperar esta infração.

Quanto às infrações 04 e 05, afirma que o impugnante cometeu um lapso lamentável, quando refere que a empresa deixou de cumprir a Notificação por inteiro, pois os livros Caixa e Inventário foram escriturados e enviados conforme protocolo que anexa aos autos, anexando cópias dos livros de inventários e caixa, bem como fita detalhe.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, às fls. 155 e 157, apresenta a informação fiscal, afirmando ter ficado evidente que a empresa errou ao emitir os cupons fiscais, entretanto, restou devido pequenos valores. Assim, entende que descabe a cobrança da infração 02, devendo persistir a cobrança da infração 01, por ter incorrido no constante do art. 408-L, inc. V e VII c/c o art. 915, IV “g” do RICMS-BA. Sujeitando-se ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento do SIMBAHIA, de acordo com o art. 408-P c/c o art. 408-S do RICMS-BA.

Quanto à infração 03, argúi que o impugnante não provou a ocorrência de sinistros ou razões técnicas que justificassem a não emissão dos cupons fiscais.

No que se refere às infrações 04 e 05, consigna que o autuado não apresentou os livros caixa e inventário. Afirma que não há, conforme alegado na defesa, protocolos de entrega ou devolução dos

livros e documentos e que suas afirmações são fantasiosas. O que consta à fl. 09, é um termo de arrecadação de livros e documentos, arrecadando todos os documentos utilizados na fiscalização, o que prova, segundo ele, que os livros caixa e registro de inventário não foram arrecadados, porque não foram entregues pelo contribuinte.

A 1ª JJF, à fl. 160, em pauta suplementar, deliberou que o processo fosse encaminhado à ASTEC-CONSEF, para que o diligente:

“1 – apure se efetivamente ocorreram os erros nas emissões dos aludidos cupons fiscais, bem como, qual a sua repercussão em relação às infrações 01 e 02;

2 – efetue, se necessário, novo demonstrativo de débito do Auto de Infração, contemplando os ajustes necessários, decorrentes das conclusões originárias do pedido anterior.”

O pedido de diligência, entretanto, foi atendido, conforme consta à fl. 164, por auditor estranho ao feito (Walter Kuhn) da própria Inspetoria de origem, o qual consigna que fica evidente o erro cometido pelo autuado ao emitir os cupons fiscais. Entende que o contribuinte, diante dos erros cometidos, deveria comunicar a Inspetoria, o que não ocorreu. Consigna que, em seu juízo, o autuado não prestou declarações falsas, não havendo dolo, fraude ou simulação, não incorrendo no que dispõe o art. 408-L, inciso V e VII do RICMS-BA, não cabendo a apuração do imposto através dos critérios normais.

Conclui afirmando que não cabe a infração 01, tendo em vista que o imposto deve ser apurado através do regime de empresa de pequeno porte. Descabendo, também, a cobrança da infração 02, pois o erro no cupom fiscal não corresponde a uma saída efetiva.

O autuado tomou conhecimento do teor da diligência, voltando a se manifestar à fl. 175, mantendo todos os argumentos, acrescentando que, de acordo com o diligente, foram eliminadas as infrações 01 e 02, e, quanto às infrações 03, 04 e 05, mantém seus argumentos iniciais.

VOTO

A infração 01 traz a exigência do imposto com base nos critérios normais de apuração, tendo em vista erro na determinação da base de cálculo. Conforme ficou demonstrado, o autuado cometeu erro na emissão dos cupons fiscais -fato ratificado pelo diligente-, chegando a emitir cupom fiscal de uma sandália com valor superior à R\$ 11.000,00, sem, contudo, saber efetuar os seus cancelamentos. Ficam evidente que o autuado não prestou declarações falsas, não havendo dolo, fraude ou simulação, não cabendo a apuração do imposto através dos critérios normais, nos termos do art. 408-L, inciso V e VII do RICMS-BA, conforme efetuado pelo autuante.

O método aplicado para a apuração do imposto, portanto, não cabe ao presente caso, e em razão disso, não foram levantados, ou mesmo consignados nos autos, os elementos necessários para se determinar, na condição do contribuinte, a existência da infração. Sendo assim, considero nula a infração 01, nos termos do Art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.

Amparado no que alinha o art. 21 do RPAF/BA, recomendo a Infaz de origem que determine a repetição dos procedimentos fiscais, relativos à infração 01, a salvo de falhas.

A infração 02, por sua vez, é improcedente, tendo em vista que foram confirmados os erros nas emissões dos cupons fiscais, não cabendo a exigência do imposto com base nos valores erradamente consignados nos cupons fiscais.

Caberia a multa por descumprimento de obrigação acessória por efetuar o cancelamento dos cupons em descordo com os dispositivos da legislação tributária estadual. Não havendo tal aplicação, entretanto, tendo em vista a decisão pelo seu cancelamento, com base no art. 158 do RPAF/BA, uma

vez que ficou provado que a infração foi praticada sem dolo, fraude ou simulação e não implicou, ao menos não ficou demonstrado, na falta de recolhimento de tributo.

Quanto à infração 03, o autuado emitiu nota fiscal em lugar do documento fiscal decorrente do uso de equipamento de controle fiscal (ECF). Cabe razão ao autuante, pois o impugnante não demonstrou, ou mesmo provou que os equipamentos, acima referidos, foram sinistrados ou vitimados por problemas técnicos (art. 238, §2º do RICMS/BA), o que poderia ser efetuado mediante apresentação dos atestados de intervenções. Sendo assim, considero subsistente a infração 03.

Ocorre, entretanto, que, em relação à penalidade aplicada na infração 03, era vigente, à época em que foi lavrado o Auto de Infração, a redação do art. 42, XIII-A, alínea “h”, da Lei 7014/96, que determinava, nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e de sistema eletrônico de processamento de dados, a aplicação da multa de 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. A redação atual, entretanto, desse dispositivo foi dada pela Lei 10.847, de 27/11/2007, DOE de 28/01/2007, com efeito a partir de 28/11/2008, conforme segue:

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

...

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou sistema eletrônico de processamento de dados:

...

h) 2% (cinco por cento) do valor da operação ou prestação de serviço ao contribuinte obrigado ao uso de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento;”

Assim, fica modificada a penalidade aplicada para 2% do valor da operação ou prestação de serviço ao contribuinte, em conformidade com a nova redação dada ao art. 42, XIII-A, alínea “h”, da Lei 7014/96, amparado no que dispõe a alínea “c”, II, do art. 106 do CTN, a seguir reproduzido:

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

...

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

...

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”

Diante das considerações, acima alinhadas, cabe redução da multa por força da nova lei, passando de 5% pra 2%, conforme indica, a seguir, o demonstrativo de débito ajustado:

Infração	Ocorrência	Vencimento	Base Cálculo	Multa (%)	Valor Julgado (R\$)
16.12.16	31/1/2003	9/2/2003	519,90	2	10,40
16.12.16	30/6/2004	9/7/2004	9.997,60	2	199,95
16.12.16	31/7/2004	9/8/2004	11.715,00	2	234,30
16.12.16	30/8/2004	9/9/2004	12.230,30	2	244,61
16.12.16	30/9/2004	9/10/2004	13.949,20	2	278,98
16.12.16	30/10/2004	9/11/2004	14.509,30	2	290,19
16.12.16	30/11/2004	9/12/2004	56.285,42	2	1.125,71
TOTAL DA INFRAÇÃO 03					2.384,14

Em relação às infrações 04 e 05, respectivamente, por falta de escrituração do livro caixa e do livro de inventário, o autuando apresenta cópia de tais livros na defesa. Apesar de constar nos autos, á fl. 09, o Termo de Arrecadação de Livros e Documentos, não indicando a arrecadação dos aludidos livros, também não foi identificado, nos autos, a intimação para que o autuado apresentasse tais livros. Em outro dizer, o autuante não intimou o contribuinte, ou pelo menos não trouxe as provas de que o fez, não havendo, portanto, para o contribuinte, a obrigação de entregá-los. Fica consignado, também, que o autuado apresentou cópias dos aludidos livros em sua defesa. Sem obrigação não há infração. Razões pelas quais considero improcedentes as infrações 04 e 05.

Restou, portanto, procedente, com a adequação do valor exigido, apenas a infração 03, já que foi considerada nula a infração 01, e improcedentes as infrações 02, 04 e 05. O presente Auto de Infração passa a exigir apenas a multa no valor de R\$ 2.384,14, devidamente ajustada à nova legislação pertinente.

Voto pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232185.0065/06-5**, lavrado contra **EDLENE SILVA RIBEIRO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.384,14**, prevista no art. 42, XIII-A, aliena “h”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, conforme estabelecido na Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de junho de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR