

**A. I. N°** - 206933.0075/07-0  
**AUTUADO** - COMPROU LEVOU MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.  
**AUTUANTE** - PAULO SÉRGIO RODRIGUES  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 19/02/2009

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0016-03/09**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. ESTABELECIMENTO USUÁRIO DE EMISSOR DE CUPOM FISCAL – ECF. EMISSÃO DE NOTA FISCAL EM LUGAR DA EMISSÃO DE CUPOM FISCAL A QUE ESTÁ OBRIGADO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Redução do percentual de multa de 5% para 2% do valor da operação por força da alteração introduzida na alínea “h” do inciso XIII-A da Lei n° 7.014/96 pela Lei n° 10.847, de 27/11/2007, c/c o artigo 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional. Refeitos os cálculos, foi reduzido o valor do débito. Indeferidas as preliminares de nulidade argüidas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 11/06/2007 e aplica penalidade por descumprimento de obrigação acessória em decorrência da emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal, nas situações em que está obrigado. Meses de janeiro a dezembro de 2006. Multa no valor de R\$8.960,15.

Está anexado, à fl. 06, Relatório anual/2006 das operações com pagamentos realizados por meio de Transferência Eletrônica de Fundos – TEF; às fls. 07 e 08, Relatório 2006 das Vendas constantes nas Reduções “Z”; às fls. 09 a 19, Relatório das Notas Fiscais de Vendas modelos D-1 e Série Única emitidas pelo autuado no período fiscalizado; às fls. 20 a 28, documento intitulado “Relatório das Notas Fiscais de Vendas Emitidas Indevidamente” pelo autuado no período fiscalizado; à fl. 29, Relatório de apuração mensal de vendas informadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito e Reduções “Z”; às fls. 30 a 221, Relatório TEF por Operações individualizadamente informadas no exercício de 2006.

O autuado, em sua impugnação às fls. 224 e 225, relata os termos da autuação e argúi que a alegação do Fisco e o Auto de Infração seriam vazios, estando o Auto de Infração amparado por dispositivo legal que não mereceria “lograr êxito”.

Afirma utilizar o equipamento ECF-IF, modelo MP-20 FI II, marca Bematech, versão 3.31, previamente cadastrado na SEFAZ, atendendo a todos os critérios exigidos, pelo que não prevaleceria “a alegação” do autuante. Afirma que o Fisco tenta punir a empresa, porque tanto o seu equipamento ECF, quanto o seu programa aplicativo, encontram-se dentro das normas estabelecidas pelo Decreto n° 6.284/97, em seu artigo 824-D, inciso II, não possuindo “nenhum tipo de função que faculte ao operador a não emissão do documento fiscal, não restando provado no auto tal alegação.” Diz que o autuante confirma que ele, autuado, emitiu o documento fiscal exigido pela legislação do ICMS, e que está sendo multado “baseado no montante das operações realizadas com emissão de notas fiscais de vendas ao consumidor e notas fiscais série única, conforme demonstrativo anexo ao auto.”. Assevera que as operações estavam amparadas por documentos fiscais idôneos, lançadas nos livros fiscais, e com os impostos pagos, pelo que não houve prejuízo ao erário.

Afirma que as operações de vendas com emissão de notas fiscais série única foram feitas, na loja-sede da empresa, a contribuintes do ICMS, e cuja entrega de mercadorias ele, autuado, realiza com seus veículos. Afirma “que o enquadramento da infração não condiz com a realidade dos fatos, que possuímos equipamentos ECF e software dentro dos padrões exigidos pelo artigo 824-D, do Decreto 6.284/97”, e repete que não causou prejuízo aos cofres públicos. Conclui requerendo o acolhimento da impugnação.

O autuante, na informação fiscal prestada à fl. 230, afirma que o contribuinte não apresentou documentos fiscais que sustentem seus argumentos no sentido de impugnar o Auto de Infração em lide, que diz referir-se ao preceituado nos artigos 140 e 141 do RICMS/BA, que transcreve. Diz que a multa aplicada está em conformidade com o artigo 42, inciso XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02.

Diz que a planilha “Notas Fiscais de Venda Emitidas Indevidamente”, às fls. 20 a 28 dos autos, demonstra com clareza as notas fiscais modelo D-1 que foram emitidas para clientes que não são contribuintes do ICMS. Mantém a autuação.

À fl. 233, considerando inexistir comprovação, no processo, de que o contribuinte recebera cópia dos demonstrativos de fls. 07 a 29, e do Relatório TEF de fls. 30 a 221, esta 3ª JJF deliberou por converter o processo em diligência à INFAZ de origem para que a entrega fosse realizada, reabrindo-se o prazo de defesa. A diligência foi cumprida, conforme documento de fl. 236.

O contribuinte apresenta nova impugnação ao lançamento de ofício, às fls. 240 a 242, inicialmente expondo os termos da imputação e, em seguida, afirmando que os relatórios emitidos por administradoras de cartões de crédito não demonstram que ele, autuado, agiu de forma irregular. Que a imputação de ter emitido outro documento fiscal não tem elementos probatórios, o que é exigido pelo RPAF/99 em seus artigos 2º, caput; 18, inciso IV, alínea “a”, e 41, inciso II, que transcreve. Discorre sobre as condições necessárias ao exercício do direito de defesa. Copia a Ementa do Acórdão JJF nº 0101-02/02. Alega ter sido autuado não por sonegação de imposto, mas por ter emitido notas fiscais em vendas realizadas para clientes diversos, o que aduz se constituir em arbitrariedade. Aduz que seu equipamento ECF e o respectivo programa aplicativo obedecem ao disposto no Decreto nº 6.284/97, pelo que não está provada, nos autos, a alegação do Fisco relativa ao artigo 824-D, inciso II, do mencionado Decreto. Diz que realizou vendas amparadas por documentos fiscais idôneos, escriturados nos livros fiscais, tendo sido efetuado o respectivo recolhimento de imposto. Que as emissões de notas fiscais foram feitas atendendo ao previsto no artigo 201 do RICMS/BA, e que grande parte das mesmas foi feita a empresas e a pessoas físicas que fazem o pedido das mercadorias, que são entregues no domicílio do adquirente, no prazo médio de seis dias. Afirma que a ação fiscal contrariou os princípios da segurança jurídica e da moralidade, alegando haver sido lavrado um Auto de Infração destituído de elementos probatórios, invertendo-se o ônus da prova para o contribuinte “que se vê obrigado a fazer prova do que não fez.” Conclui requerendo a anulação do Auto de Infração.

O autuante presta nova informação fiscal às fls. 249 e 250, preliminarmente descrevendo os termos da imputação e da sua impugnação, aduzindo que, em relação ao argumento defensivo de que teriam faltado elementos probatórios, às fls. 09 a 19 estão relacionadas todas as notas fiscais modelos D-1 e Série Única, usadas indevidamente em substituição ao cupom fiscal emitido pela máquina ECF, sem estarem acompanhadas de seus respectivos cupons fiscais, ou de Atestado de Intervenção, além do fato de terem sido emitidas ao mesmo tempo em que eram emitidos cupons fiscais, tal como comprovado pelas Planilhas de Apuração das Vendas em Cartões de Débito/Crédito, às fls. 07 e 08, constantes nas Reduções “Z”.

Quanto à alegação defensiva de nulidade, o preposto do Fisco argúi que às fls. 01 e 02 estão determinados, com segurança, a infração e o infrator, trasladando os termos do Auto de Infração. Afirma que o Auto de Infração refere-se ao que preceitua os artigos 140 e 141 do RICMS/BA, que copia. Em relação à argumentação do contribuinte acerca das provas necessárias à demonstração dos fatos, o auditor fiscal relata que o Auto de Infração possui, originalmente, 221 folhas e foi

assinado em 16/06/2007 e que, no mesmo dia, e mesma hora, os mesmos foram entregues ao contribuinte. Que, contudo, por não constar, nos autos, recibo desta entrega, a SEFAZ encaminhou ao contribuinte todos os documentos, inclusive a Informação Fiscal de fl. 230, conforme recibo à fl. 236. No que diz respeito à argumentação do contribuinte de que grande parte das vendas foi efetuada a empresas e pessoas físicas, o autuante expõe que às fls. 09 a 19 estão relacionadas todas as notas fiscais modelo D-1 e Série Única e, às fls. 20 a 28, as notas fiscais que foram utilizadas indevidamente e que apenas estas, das fls. 20 a 28, foram objeto da autuação. Conclui mantendo a imputação.

## VOTO

O Auto de Infração encontra-se revestido das devidas formalidades processuais, estando definidos o autuado, o montante do débito apurado e a imputação, inclusive não estando incurso, este Processo Administrativo Fiscal, nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99. Ademais, o contribuinte teve assegurado o seu direito de ampla defesa, tendo-lhe sido reaberto o prazo de impugnação, por determinação desta 3ª JF, quando da entrega de todos os demonstrativos e Relatórios TEF que basearam a imputação. O contribuinte descreveu, em suas duas manifestações no processo, a imputação que lhe foi feita, demonstrando, com isto, ter da mesma pleno conhecimento. Por conseguinte, não acato as alegações defensivas no sentido de irregularidade insanável no processo, nem de cerceamento de seu direito de defesa.

Quanto à alegação defensiva de que foi indicado, no Auto de Infração, dispositivo regulamentar no qual não se enquadraria o procedimento do contribuinte, por tratar-se de questão de mérito, a analisarei oportunamente, neste voto.

No mérito, trata-se da exigência da multa de 5% sobre os valores dos documentos fiscais (notas fiscais) emitidos em lugar de cupons fiscais, quando de vendas realizadas pelo estabelecimento usuário de equipamentos emissores dos mencionados cupons.

O contribuinte era usuário, à época dos fatos basilares das imputações, de equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF, fato que admite. Conforme demonstrativo de fls. 20 a 28 emituiu, no período fiscalizado, notas fiscais modelo D-1, dado que também confessa. Assinalo que, tal como relatado pelo preposto do Fisco, apenas a emissão destas notas fiscais modelo D-1, relacionadas às fls. 20 a 28, foi objeto da presente autuação.

O autuante também anexou Relatórios emitidos pelas administradoras de cartões de débito e de crédito que demonstram que o contribuinte promoveu operações de vendas com pagamento por meio dos mencionados cartões, ou seja, por meio de Transferência Eletrônica de Fundos – TEF, emitindo notas fiscais modelo D-1 em lugar de cupons fiscais e o contribuinte não comprova que tais Relatórios TEF, emitidos pelas empresas administradoras de cartões com as quais operava, à época objeto da ação fiscal, e cujas cópias recebeu, contivessem erros. O Fisco tem o dever de ofício de utilizar todos os elementos dos quais disponha, na verificação da regularidade do cumprimento das obrigações principal e acessórias, e os mencionados Relatórios, enviados à SEFAZ pelas administradoras de cartões de débito/crédito, constituem-se em elementos probatórios da realização das operações comerciais a que se referem, o que ocorre no caso presente.

Observo que o Convênio ECF nº 01/98, com produção de efeitos a partir de sua publicação no Diário Oficial da União em 25/02/1998, e que dispõe sobre a obrigatoriedade de uso de Equipamento ECF por estabelecimento que promova venda a varejo - situação em que se enquadra o autuado - em suas Cláusulas Primeira e Quarta determina o uso obrigatório de ECF nas vendas a varejo e com pagamento por meio de cartões de crédito/débito, e sua Cláusula Sexta fixou em 31/12/2000 o termo final do maior dos prazos concedidos para que os estabelecimentos que praticassem vendas, ou revendas, de bens e mercadorias, passassem a apenas vender mercadorias com pagamentos por meio de cartões de crédito ou de débito utilizando equipamento ECF:

*Convênio ECF nº 01/98:*

*Cláusula primeira Os estabelecimentos que exerçam a atividade de venda ou revenda de mercadorias ou bens, ou de prestação de serviços em que o adquirente ou tomador seja pessoa física ou jurídica não contribuinte do imposto estadual, estão obrigados ao uso de equipamento emissor de Cupom Fiscal - ECF.*

*Cláusula quarta. A partir do uso de ECF pelas empresas a que se refere a cláusula primeira, a emissão do comprovante de pagamento de operação ou prestação efetuado com cartão de crédito ou débito automático em conta corrente somente poderá ser feita por meio de ECF, devendo o comprovante estar vinculado ao documento fiscal emitido na operação ou prestação respectiva, conforme disposto na legislação pertinente.*

Em consonância com o previsto no citado Convênio ECF nº 01/98, prevê o artigo 238 do RICMS/BA:

*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:*

*(...)*

*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 sequencial 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.*

O Fisco verificou que o contribuinte emitiu notas fiscais, em vendas com pagamento por meio de cartões de crédito e de débito, que realizou no período objeto da ação fiscal, e que não emitiu os cupons fiscais a que estava obrigado em cada uma daquelas vendas, pelo que ficou caracterizado o descumprimento de obrigação acessória. Este descumprimento gerou a lavratura do presente Auto de Infração.

O contribuinte não comprovou que estava impossibilitado de utilizar o seu equipamento ECF quando deixou de fazê-lo tendo, inclusive, tal como afirma o preposto do Fisco, emitido cupons fiscais em outras vendas, concomitantemente com a emissão de notas fiscais nas vendas objeto desta autuação, fato também não contestado pelo sujeito passivo.

Observe, ainda, que no Auto de Infração lavrado pelo Fisco está indicado de forma equivocada, no campo “Enquadramento”, à fl. 02, o artigo 824-D, inciso II, do RICMS/BA, dispositivo este que dispõe:

*art. 824-D. O programa aplicativo utilizado para envio de comandos ao Software Básico do ECF deverá estar previamente cadastrado na SEFAZ e atender aos seguintes critérios:*

*II - não possuir função que faculte ao operador a não emissão do documento fiscal relativo aos registros realizados.*

Uma vez que houve a emissão de notas fiscais modelo D-1, de venda a consumidor em vendas com pagamentos por meio de cartões de débito/crédito - tal como comprovado pelos Relatórios TEF de fls. 06, 30 a 221, comparados com o demonstrativo fiscal de fls. 20 a 28, já mencionado neste voto - o equipamento que registrava o pagamento das vendas com pagamentos por meio de cartões de débito/crédito, pelo contribuinte, permitiu-lhe realizar operações de vendas a varejo, no período fiscalizado, sem a emissão dos necessários cupons fiscais. Assinalo que o contribuinte não contestou ter emitido as notas fiscais modelo D-1, apenas expôs que emitiu tais documentos, registrou-os em seus livros fiscais, e realizou o pagamento do imposto devido pelas operações.

No presente processo, a multa corretamente aplicada, indicada no mesmo campo “Enquadramento” à fl. 02 do Auto de Infração, é aquela prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, que cinge-se ao descumprimento da obrigação acessória de emitir cupom fiscal em tais operações:

*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 de sistema eletrônico de processamento de dados:*

*h) 2% (dois 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, embora o programa aplicativo do equipamento utilizado pelo contribuinte tenha permitido-lhe deixar de emitir cupom fiscal quando realiza vendas por meio de cartões de crédito e de débito, e tenha sido indicado equivocadamente o artigo 824-D, inciso II, do RICMS/BA, a imputação objeto deste lançamento de ofício, e que encontra-se descrita com clareza no Auto de Infração, não é a de utilização de programa aplicativo, ou equipamento, em situação irregular, e sim é a de emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal, nas situações em que está obrigado, ou seja, tal como descreveram o contribuinte e o autuante, e comprovam os documentos acostados a este processo, a autuação deu-se em razão de que o sujeito passivo emitiu exclusivamente notas fiscais em vendas nas quais deveria ter emitido, obrigatoriamente, cupons fiscais. Assim, embasa a autuação o artigo 238, inciso II e § 1º, já transcritos neste voto, e não o artigo 824-D, inciso II, do mesmo RICMS/BA.

Assim, ainda que a obrigação acessória descumprida esteja descrita no mencionado artigo 238, inciso II e § 1º, do RICMS/BA, da descrição dos fatos está clara a imputação - emissão de outro documento em lugar do cupom fiscal emitido pelo equipamento ECF - transcrita e combatida pelo sujeito passivo, tal como já mencionado neste voto, tendo o contribuinte defendido-se pontualmente, embora não tenha trazido, ao processo, provas que a pudessem elidir. E, nos termos do artigo 19 do RPAF/99, o erro de indicação de dispositivo não implica em nulidade desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal, o que ocorre no caso presente, pelo que não acolho as alegações do sujeito passivo em contrário.

Diante de tudo quanto exposto, e pelos documentos acostados ao processo, está documentada a ocorrência da infração.

Assinalo que o preposto do Fisco indicou inicialmente, no Auto de Infração, o percentual de 5% previsto, à época da autuação, para mencionada infração. Contudo, o artigo 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional - CTN, prevê:

*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.*

O Auto de Infração não teve esgotadas as suas possibilidades de recurso administrativo, nos termos dos artigos 166 e 169 a 173, do RPAF/99, bem como assiste, ao contribuinte, o direito à possibilidade de busca da esfera judicial, pelo que não se trata de ato definitivamente julgado. Ao tempo da prática da infração, janeiro a dezembro de 2006, a multa prevista na alínea “h” do inciso XIII-A da Lei nº 7.014/96 impunha a aplicação do percentual de 5% sobre o valor da operação, ou serviço. Mas a Lei nº 10.847/07, com efeitos a partir de 28/11/2007, modificou este dispositivo, reduzindo de 5% para 2% o percentual a ser aplicado pelo descumprimento desta obrigação acessória. Pelo exposto, passam a ser os seguintes os valores a serem exigidos pela infração:

DATA DE OCORRÊNCIA	BASE DE CÁLCULO	MULTA	VALOR
31/01/2006	25.045,77	2%	500,92
28/02/2006	7.694,68	2%	153,89
31/03/2006	13.994,98	2%	279,90
30/04/2006	13.090,15	2%	261,80
31/05/2006	29.986,80	2%	599,74
30/06/2006	17.344,40	2%	346,89
31/07/2006	7.508,80	2%	150,18
31/08/2006	17.182,51	2%	343,65
30/09/2006	12.396,16	2%	247,92
31/10/2006	12.205,24	2%	244,10
30/11/2006	6.228,10	2%	124,56
31/12/2006	16.526,54	2%	330,53
TOTAL			3.584,08

Nestes termos, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração reduzindo, de ofício, o valor da multa por descumprimento de obrigação acessória de R\$8.960,15, para R\$3.584,08.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206933.0075/07-0**, lavrado contra **COMPROU LEVOU MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa pelo descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$3.584,08**, prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, reduzida de ofício por força da aplicação da retroatividade benéfica com base na Lei nº 10.847/07, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de fevereiro de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA - JULGADOR