A. I. Nº - 232185.0201/08-2
AUTUADO - AGROFERRO AGRÍCOLAS E FERRO LTDA.
AUTUANTE - MARCOS GOMES LOPES
ORIGEM - INFAZ BRUMADO
INTERNET - 20.03.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0039-04/09

EMENTA: ICMS. 1. PASSIVO FICTÍCIO. CONTA "FORNECEDORES". PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Infração reconhecida. **2.** EMISSOR DE CUPOR FISCAL (ECF). CANCELAMENTO IRREGULAR DO CUPOM FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Documentos juntados ao processo não comprovam a regularidade de operações de cancelamento de cupom fiscal na forma prevista na legislação do imposto. Infração subsistente. **3.** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EMISSÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL EM LUGAR DA EMISSÃO DE CUPOM FISCAL QUE ESTÁ OBRIGADO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Restou comprovado que não foram registrados no ECF os valores correspondentes às notas fiscais emitidas, o que justifica a imposição da multa aplicada. Refeito os cálculos com aplicação do porcentual de 2% previsto na legislação atual. Infração não elidida, com redução do débito. Rejeitada à preliminar de nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/08, exige ICMS no valor de R$151.321,97, acrescido da multa de 70%, além da aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R$31.535,57 em decorrência das seguintes irregularidades:

01. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes (2006/2007). Consta na descrição dos fatos, que se trata de divergência entre o saldo da conta fornecedor do balanço patrimonial e os saldos informados pelos fornecedores – R$121.170,78.

02. Omissão de saída de mercadorias tributáveis apuradas por cancelamento do cupom fiscal em desacordo com as normas em vigor, sem que fosse apresentada a via do cupom do cliente para comprovação da não saída de mercadoria objeto de cancelamento do cupom fiscal lançado nas reduções Z de ECF (2006/2007) - R$30.151,19.

03. Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado - R$31.535,57.

O autuado na defesa apresentada, por meio de advogado legalmente constituído (fls. 73 a 81), inicialmente discorre sobre as infrações, reconhece o cometimento da primeira infração e informa que efetuou o seu pagamento conforme documento de arrecadação que junta ao processo.

No tocante à infração 2, afirma que não procede a acusação de que "não apresentou a via do cupom do cliente para comprovação da não saída de mercadoria objeto de cancelamento de cupom fiscal lançado na redução Z do ECF", conforme cupons de leitura "Z", constante em anexo (fl. 98), que ora junta com a defesa para comprovar os registros de cancelamento das vendas ocorridas nos exercícios objeto da ação fiscal, ocorrendo exata correspondência em data, número de documento e valor do cancelamento. Requer a improcedência desta infração por faltar motivo para proceder a referida exigência fiscal.

No que se refere à infração de 3, admite que efetivamente emitiu notas fiscais de seus talonários em substituição aos cupons fiscais, toda vez que os consumidores de outros municípios, solicitava a referida nota fiscal, a fim de transitar com as mercadorias e não serem apenados pela fiscalização de trânsito, sob a alegação de que se encontravam com mercadorias desacompanhadas de notas fiscais.

Afirma que o demonstrativo elaborado pelo autuante relacionando notas fiscais, a exemplo de números 345, 358, 362, 365, 366 etc, que ora anexa a título de exemplo (fl. 692), provam que os destinatários ou são contribuintes que efetuaram compras para revenda ou são consumidores finais de outros municípios da região sudoeste da Bahia.

Alega que as referidas notas fiscais estão devidamente escrituradas no livro Registro de Saída (fl. 698) e teve o ICMS apurado e recolhido como se constata no livro Registro de Apuração do ICMS (fl. 804), faltando motivo para se proceder a exigência fiscal relativa a esta infração.

Argumenta que faltam motivos para a imputação das infrações 2 e 3, tendo em vista que foi acusado de não ter apresentado a via do cupom do cliente para a comprovação da não saída de mercadorias objeto de cancelamento, mas que de fato a apresentação do cupom cancelado não ocorreu. No entanto, tal imputação é uma mera presunção uma vez que o autuado prova os cancelamentos ocorridos através dos cupons de leitura "Z" anexados. Da mesma forma, na infração 3 efetivamente emitiu notas fiscais de seus talonários nas vendas efetuadas para consumidores de outros municípios da região para que os mesmos pudessem transitar com as referidas mercadorias, evitando dessa forma, problemas com a fiscalização.

Transcreve textos de autoria de Hely Lopes Meireles, Celso Antônio Bandeira de Mello e Seabra Fagundes acerca dos princípios que regem a administração pública, a atividade vinculada, o processo administrativo fiscal e a fundamentação das infrações em motivos para exigir tributos ao invés de presunção. Requer a improcedência do Auto de Infração.

O autuante na sua informação fiscal (fls. 864/865) inicialmente faz um resumo das infrações e argumentações defensivas, passando a contestá-las conforme passo a relatar.

Quanto à infração 1, afirma que o autuado reconheceu o seu cometimento, porém recolheu apenas a parcela inicial no valor de R$4.170,00 relativo ao parcelamento solicitado.

Com relação à infração 2, diz que o contribuinte foi acusado de ter lançado na redução Z, cancelamentos de cupons fiscais, mas não procedeu em conformidade com o disposto no art. 210, §3º do RICMS/BA, que prevê a juntada do cupom fiscal com indicação do motivo do cancelamento e se foi emitido outro documento fiscal, deveria ser conservada a via do cliente junto com a redução Z.

Argumenta que o autuado não juntou com a defesa a via do cliente que comprovaria o cancelamento regular, mantendo a exigência fiscal.

Relativamente à infração 3, afirma que o art. 238 do RICMS/BA prevê a obrigatoriedade de emissão de cupom fiscal pelo contribuinte usuário de ECF e o § 1º do citado dispositivo e diploma legal estabelece que ao emitir nota fiscal, deve ser emitido o cupom fiscal correspondente, fato que não ocorreu. Referencia o Acórdão JJF 0191-03/08 que tratou desta matéria. Requer a procedência do Auto de Infração.

O autuado foi intimado para tomar conhecimento da informação fiscal (fl. 866), tendo se manifestado às fls. 869/870.

Com relação à infração 2, contesta o argumento do autuante de que não juntou a via que comprovaria a regularidade do cancelamento do cupom fiscal, dizendo que não foram "observados nos cupons de leitura Z em anexo (doc. 04), os registros de cancelamento das vendas ocorridas nos exercícios objeto da ação fiscal".

No que se refere à infração 3, afirma que efetivamente emitiu notas fiscais em substituição aos cupons fiscais, a pedido dos clientes que são contribuintes ou consumidores finais domiciliados em outros municípios da região sudeste do Estado da Bahia e estão devidamente registradas nos livros fiscais. Requer a decretação de nulidade ou improcedência das "infrações n^{os} 03 e 04", por entender ser justo e de direito.

A Secretaria do CONSEF apensou à fl. 874 cópia do detalhamento do parcelamento da infração 1, constante do Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária (SIGAT).

VOTO

O autuado ao tomar conhecimento da informação fiscal, suscitou a nulidade das infrações 2 e 3, sem que tenha fundamentado um motivo específico. Observo que o Auto de Infração foi lavrado para exigência de tributos, com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos), em conformidade com os artigos 38 a 41 do RPAF/BA (Dec. 7.629/99). O contribuinte entendeu e se defendeu do que foi acusado e não vislumbro inobservâncias formais que conduzam à sua nulidade nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal, motivo pelo qual rejeito o pedido de nulidade formulado.

No mérito, o presente processo faz exigência de ICMS em decorrência da omissão de saídas de: mercadorias tributáveis a título de presunção apuradas através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes; relativo a cancelamento do cupom fiscal em desacordo com as normas em vigor e aplica multa por ter emitido outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.

No que se refere à infração 1, na defesa apresentada o autuado reconheceu o seu cometimento e solicitou parcelamento, motivo pelo qual deve ser mantida, não sendo apreciada.

Com relação à infração 2, o impugnante contestou dizendo que as operações de cancelamento de cupom fiscal foram registradas na redução Z do ECF e que não existe motivo para a exigência do imposto, o que foi rebatido pelo autuante dizendo que não foram comprovados os cancelamentos em conformidade com o que determina a legislação tributária.

Pela análise dos elementos constantes do processo, verifico que o autuante elaborou os demonstrativos acostados às fls. 48 a 56, nos quais relacionou as datas, número do cupom cancelado, base de cálculo e ICMS devido relativo a registro de cancelamento de cupom fiscal na redução Z sem que tivesse apresentado a via do cliente.

Na defesa apresentada o autuado juntou às fls. 104 a 691, cópia das reduções Z em que foram registrados os cancelamentos de cupons fiscais.

Conforme ressaltado pelo autuante, o art. 210 do RICMS/BA estabelece:

> Art. 210. Quando o documento fiscal for cancelado, conservar-se-ão no talonário, formulário contínuo ou jogos soltos todas as suas vias, com declaração do motivo que houver determinado o cancelamento, e referência, se for o caso, ao novo documento emitido.
>
> ...
>
> 3º No caso de cancelamento de Cupom Fiscal ou Comprovante Não Fiscal no próprio equipamento que o emitiu, conservar-se-ão todas as vias dos documentos fiscais, inclusive o emitido para cancelamento.

Na hipótese de ocorrer cancelamento de cupom fiscal, o contribuinte deve reter a primeira via do documento e declarar o motivo do seu cancelamento. Caso seja emitido novo documento fiscal em substituição ao cancelado, deve ser indicado no documento tal fato. Esse procedimento é previsto na legislação tributária para que a fiscalização possa certificar-se de que efetivamente ocorreu a operação de cancelamento do documento fiscal e da sua motivação.

Na situação presente, o autuado juntou com a defesa as cópias dos demonstrativos elaborados pelo autuante no qual relacionou os cupons cancelados registrados na redução Z (fls. 98/103) e também as cópias das leituras da mencionada redução (fls. 104/691). Observo que em alguns casos os registros de cancelamentos indicam valores elevados a exemplo da redução 1152 (fl. 104) que registra valor de R$1.272,43 para vendas de R$20.474,15 no dia 02/01/06 e valor de cancelamentos totalizando R$2.637,75 na redução 1157 para vendas de R$16.790,55 no dia 07/01/06.

Ressalto que conforme disposto no art. 211 do RICMS/BA, não poderá ser cancelado o documento fiscal que tiver sido escriturado no livro fiscal próprio, ou que tiver dado trânsito à mercadoria.

Concluo que as cópias das reduções Z juntadas ao processo não fazem prova de regularidade do cancelamento de cupom, visto que se trata de mero registro fiscal, sem comprovação documental. O que comprovaria a regularidade do cancelamento seria a juntada ao processo das vias dos cupons cancelados com a declaração dos motivos que determinou o seu cancelamento, fato que não ocorreu. Por isso, a infração deve ser mantida na sua totalidade.

No tocante à infração 3, o autuado admitiu que efetivamente emitiu notas fiscais em substituição aos cupons fiscais, quando solicitado pelos clientes para acobertar o trânsito das mercadorias, com objetivo de evitar conflito com a fiscalização.

Quanto à alegação de que os documentos foram lançados e recolhido o imposto, ressalto que a infração indica multa aplicada pelo fato de o autuado ter emitido nota fiscal de venda a consumidor em lugar do cupom fiscal que estava obrigado a emitir, fato admitido pelo autuado. Portanto, não se trata de exigência de imposto e sim multa por descumprimento de obrigação acessória prevista no art. 42, XIII-A, "h" da Lei nº 7.014/96.

Segundo o disposto no art. 238, do RICMS/97 os contribuintes obrigados a utilizarem 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, podendo também ser emitido, em relação à mesma operação e/ou prestação, notas fiscais de venda a consumidor ou nota fiscal modelo 1 nas seguintes situações:

A) A Nota Fiscal Modelo 1, quando a legislação federal dispuser a respeito;
B) A Nota Fiscal de Venda a Consumidor (série D-1), quando houver solicitação do adquirente das mercadorias;

Conforme disposto no § 1º do mesmo dispositivo e diploma legal, nestas hipóteses a 1ª via do documento fiscal emitido no ECF, deverá ser anexado à via fixa do documento fiscal emitido, no qual será consignado o número seqüencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF. A obrigatoriedade de emissão do cupom fiscal de forma concomitante com a nota fiscal somente será dispensada caso haja, comprovadamente, sinistro ou o ECF apresente defeito técnico. Nessa situação, o contribuinte está autorizado a emitir a nota fiscal de venda a consumidor em substituição ao cupom fiscal.

Neste processo, o autuado não trouxe a comprovação de que emitiu o cupom fiscal concomitantemente com as notas fiscais de venda emitidas e escrituradas, a exemplo das juntadas às fls. 693/697. Portanto, mesmo que o imposto relativo às operações objeto da autuação tenha sido apurado corretamente e pago, ocorreu descumprimento de obrigação acessória o que justifica a aplicação da multa imputada nesta infração, visto que não está sendo exigido imposto e sim aplicação de multa.

Entretanto, verifico que tendo sido lavrado o Auto de Infração em 30/06/08, o autuante aplicou o porcentual de 5% sobre a base de cálculo (valor das notas fiscais emitidas e não emitido cupom fiscal) apurada até 31/10/07 e de 2% sobre os valores apurados nos meses de novembro e dezembro/07.

Observo que a redação atual do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96 foi dada pela Lei nº 10.847 com efeitos a partir de 28/11/07, tendo reduzido o porcentual da multa prevista na alínea "h" de 5% para 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.

Tratando-se de situação em que a inobservância da obrigação acessória só ficou caracterizada no momento em que foram desenvolvidos os trabalhos de fiscalização, que resultou na imposição da multa apontada no Auto de Infração, interpreto que deve ser aplicada a penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática (art. 106, II, "c" do CTN), tendo em vista que se trata de ato não definitivamente julgado. Portanto, retifico o porcentual da multa aplicada de 5% para 2%, tomando como base o demonstrativo elaborado pelo autuante (fls. 57/70), o que resulta em valor devido de R$13.567,68 conforme demonstrativo de débito abaixo. Infração subsistente em parte.

Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo	Aliq %	Valor do Débito
31/01/06	09/02/06	43.517,80	2,00	870,36
28/02/06	09/03/06	34.912,38	2,00	698,25
31/03/06	09/04/06	51.003,45	2,00	1.020,07
30/04/06	09/05/06	40.012,83	2,00	800,26
31/05/06	09/06/06	24.597,43	2,00	491,95
30/06/06	09/07/06	27.998,05	2,00	559,96
31/07/06	09/08/06	31.524,24	2,00	630,48
31/08/06	09/09/06	30.136,73	2,00	602,73
30/09/06	09/10/06	18.949,12	2,00	378,98
31/10/06	09/11/06	15.917,46	2,00	318,35
30/11/06	09/12/06	10.302,49	2,00	206,05
31/12/06	09/01/07	20.304,88	2,00	406,10
31/01/07	09/02/07	29.853,30	2,00	597,07
28/02/07	09/03/07	52.018,47	2,00	1.040,37
31/03/07	09/04/07	41.888,72	2,00	837,77
30/04/07	09/05/07	22.147,97	2,00	442,96
31/05/07	09/06/07	6.042,56	2,00	120,85
30/06/07	09/07/07	18.907,58	2,00	378,15
31/07/07	09/08/07	25.478,06	2,00	509,56
31/08/07	09/09/07	15.679,99	2,00	313,60
30/09/07	09/10/07	19.004,57	2,00	380,09
31/10/07	09/11/07	18.735,60	2,00	374,71
30/11/07	09/12/07	37.193,30	2,00	743,87
31/12/07	09/01/08	42.256,83	2,00	845,14
Total				13.567,68

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232185.0201/08-2**, lavrado contra **AGROFERRO AGRÍCOLAS E FERRO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o

pagamento do imposto no valor de **R$151.321,97,** acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei n.º 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R$13.567,68**, prevista no art. 42, XIII-A "h", da citada Lei e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de março de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR