

A. I. N° - 281317.0012/07-0
AUTUADO - ADELINO LUIZ SOUTO E CASTRO
AUTUANTE - JONEY CÉSAR LORDELLO DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 19/06/2009

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0153-03/09

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 de ofício o valor lançado. Auto de Infração **PROCEDENTE. EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/06/2007 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 fevereiro a dezembro de 2004. Relatório de notas fiscais emitidas às fls. 44 a 53. Demonstrativo do levantamento fiscal à fl. 08. Multa no valor de R\$2.498,40.

O autuado, em sua impugnação à fl. 61, afirma que não houve omissão de vendas, e seus impostos foram pagos em dia. Que quanto às Notas Fiscais de Venda a Consumidor - NFVC série D-1, legalmente em uso, conforme Autorização para Impressão de Documento Fiscal - AIDF n° 1741-0006.421/2002 e AIDF n° 9941.010.837/2004, sua utilização por ele, autuado, deu-se por vários motivos, que cita como “interrupção por queda no sistema operacional; clientes que exigem nota fiscal com identificação dos produtos adquiridos, etc.” Aduz não ter havido dolo; manifesta sua inconformidade com a multa aplicada, e pede o arquivamento do Auto de Infração lavrado.

O autuante, na informação fiscal prestada às fls. 68 e 69, relata as afirmações defensivas e assevera que a lei apenas autoriza a emissão de nota fiscal quando não seja possível a emissão de cupom fiscal via equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF, exceto em caso de parada involuntária do equipamento e queda de energia elétrica, afirmando que qualquer parada involuntária do equipamento ECF deve ser tempestivamente registrada para não restar dúvida quanto ao fiel cumprimento da legislação, e que tais registros têm que ser feitos através dos competentes atestados de intervenção técnica, cujas notas fiscais de prestação de serviços devem ser emitidas nas épocas correspondentes às prestações dos mesmos.

Aduz que a penalidade aplicada está relacionada ao descumprimento de obrigação acessória, por parte do contribuinte, de emitir cupom fiscal em todas as operações de venda a consumidor, por ser usuário e ECF, e que este equipamento estava em funcionamento. Que não cabem as argumentações defensivas porque o contribuinte está obrigado a cumprir as determinações legais. Conclui mantendo integralmente a imputação.

À fl. 71, a Coordenação Administrativa deste Conselho enviou o processo à INFAZ de origem para que o autuante entregasse cópia do Relatório de Transferência Eletrônica de Fundos - TEF ao autuado, reabrindo-lhe o prazo de defesa.

À fl.73, o autuante expõe os termos da imputação e explica que no presente processo não há infração vinculada às operações com transferência eletrônica de fundos, porque a imputação trata de emissão de outro documento fiscal em lugar do cupom fiscal, sendo o contribuinte usuário de ECF. Que, para elidir a imputação, o autuado precisaria comprovar que o seu equipamento ECF não estava em condições de uso quando os documentos fiscais foram por si emitidos, e que isto não se faz com base no relatório TEF, e sim através de Atestados de Intervenção Técnica, que o contribuinte não apresentou. Que por isto ele, autuante, não atendeu à solicitação da Coordenação Administrativa/CONSEF. Que a defesa foi realizada, e a informação fiscal prestada. Mantém os termos da autuação e da informação fiscal e sugere que o processo seja encaminhado para julgamento.

VOTO

O Auto de Infração trata 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 não contesta. Conforme demonstrativo de fls. 44 a 53 emituiu, no período fiscalizado, Notas Fiscais de Venda a Consumidor - NFVC, dado que também não contesta, aduzindo que seus documentos fiscais foram impressos com autorizações para impressão que cita à fl. 61, no que lhe assiste razão.

Embora não tenha sido mencionado pelo defendente, assinalo que, tal como relatado pelo preposto do Fisco, apenas a emissão destas notas fiscais modelo NFVC, relacionadas às fls. 44 a 53, foi objeto da presente autuação, sendo desnecessária, para a fundamentação da defesa, o Relatório TEF, posto que este não embasa a autuação.

Observe 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 sua Cláusula Primeira determina o uso obrigatório de ECF nas vendas a varejo:

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.

§ 1º As especificações do equipamento ECF de que trata esta cláusula são as definidas no Convênio ICMS 156/94, de 7 de dezembro de 1994, devendo o equipamento ter a capacidade de satisfazer as condições estabelecidas neste convênio.

§ 2º Somente será permitida a emissão de documento fiscal por qualquer outro meio, inclusive o manual, por razões de força maior ou caso fortuito, tais como falta de energia elétrica, quebra ou furto do equipamento, e nas condições previstas no Convênio SINIEF S/Nº de 15 de dezembro de 1970, devendo o usuário anotar o motivo no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência (RUDFTO), modelo 6.

§ 3º O contribuinte, pessoa física ou jurídica, com receita bruta anual de até R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), sem estabelecimento fixo ou permanente, portando o seu estoque de mercadorias, com ou sem utilização de veículo, que exerça atividade comercial na condição de barraqueiro, ambulante, feirante,

mascate, tenda e similares, poderá ser desobrigado do uso de ECF pelas unidades federadas.

§ 4º O disposto no caput não se aplica:

I - às operações:

a) com veículos sujeitos a licenciamento por órgão oficial;

b) realizadas fora do estabelecimento;

c) realizadas por concessionárias ou permissionárias de serviço público relacionadas com fornecimento de energia, fornecimento de gás canalizado e distribuição de água;

II - às prestações de serviços de transporte de carga e valores e de comunicações.

§ 5º As unidades federadas poderão dispensar as empresas usuárias de sistema eletrônico de processamento de dados para emissão de Bilhete de Passagem nas prestações de serviços de transporte intermunicipal, interestadual e internacional de passageiros do uso do ECF.

Em consonância com o determinado no citado Convênio ECF nº 01/98, prevê o artigo 238 do RICMS/BA, em redação vigente a partir de 01/01/2003, portanto durante o exercício de 2004, período objeto da autuação:

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.

O Fisco verificou que o contribuinte emitiu notas fiscais de venda a consumidor, em operações de vendas 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, e o seu equipamento ECF estava em funcionamento no período objeto da autuação, fato este comprovado com as cópias das leituras Reduções “Z”, do contribuinte, emitidas ao longo do período objeto da autuação pelo mencionado equipamento ECF do contribuinte e acostadas pelo Fisco às fls. 10 a 33, concomitantemente com a emissão de notas fiscais nas vendas objeto desta autuação.

Consoante verificado no sistema informatizado de Informações do Contribuinte INC/SEFAZ, constam no cadastro do autuado nesta SEFAZ dois Atestados de Intervenção em seu equipamento ECF em uso no período de fevereiro a dezembro/2004, qual seja este equipamento o ECF marca Sweda modelo IF S 7000I, versão 1.0, com autorização de uso nº 17411999003867/98, conforme

dados de suas leituras Reduções “Z” de fls. 10 a 33. Tais Atestados referem-se, ambos a serviço de Ajuste de Relógio, um realizado na data de 11/05/2004, e outro realizado na data de 08/10/2004, datas de períodos mensais, maio e outubro/2004, que não foram incluídos na presente autuação.

Caso o contribuinte possua outros Atestados de Intervenção técnica em seu equipamento ECF que não tenham sido enviados a esta SEFAZ em tempo hábil, e que comprove que o mencionado ECF encontrava-se impossibilitado para uso em parte do período objeto da autuação - vez que emitiu Reduções “Z” ao logo do período autuado - pode apresentá-los, caso deseje, em grau de recurso.

Nas hipóteses em que seus clientes exijam, e tenham exigido, a emissão de Nota Fiscal, conforme alega o contribuinte em sua defesa, o sujeito passivo deve agir, e assim deveria ter procedido à época, em conformidade com o disposto no parágrafo primeiro do artigo 238 do RICMS/BA, acima transcrito, emitindo também o devido cupom fiscal, e não está comprovado que o fez, nem o contribuinte o afirma.

Observo ainda, embora não tenha sido tal fato argüido pelo sujeito passivo, 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.

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 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 está descrito na Infração 01, à fl. 02 do Auto de Infração. 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.

Assinalo que 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 - 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.

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

Assinalo que o preposto do Fisco indicou, 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, fevereiro a dezembro de 2004, 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
28/02/2004	885,00	2%	17,70
31/03/2004	2.748,52	2%	54,97
30/04/2004	7.491,90	2%	149,84
30/06/2004	3.192,90	2%	63,86
31/07/2004	20,00	2%	0,4
31/08/2004	6.961,80	2%	139,24
30/09/2004	3.219,10	2%	64,38
30/11/2004	18.966,70	2%	379,33
31/12/2004	6.482,90	2%	129,66
TOTAL			999,02

Nestes termos, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração reduzindo, de ofício, o valor da multa por descumprimento de obrigação acessória de R\$2.498,40, para R\$999,02.

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 **281317.0012/07-0**, lavrado contra **ADELINO LUIZ SOUTO E CASTRO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa pelo descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$999,02**, 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, 08 de junho de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR