

A. I. N° - 022073.0009/10-3
AUTUADO - HP COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - DANIEL ANTONIO DE JESUS QUERINO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 13.06.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0142-02/11

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração reconhecida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A legislação tributária estadual determina que os contribuintes do ICMS que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes desse imposto deverão utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações. O não atendimento resulta na aplicação da multa de 2% 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. Não acolhida argüição de nulidade. Refeitos os cálculos. Infrações parcialmente comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 09/12/2010, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$41.870,87, em razão de:

1- Multas no valor de R\$50,00, referente a omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurada através de levantamento quantitativo de estoque.

2- Multa no valor de R\$41.820,87, imputando ao autuado a acusação de emitir outro documento fiscal em lugar do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.

O autuado às folhas 129/142, impugnou o lançamento tributário parcialmente do lançamento tributário, informando que acata a infração 01.

Em relação a infração 02 arguiu nulidade, alegando que os dispositivos legais supostamente violados pelo defendente não possuem qualquer pertinência com o enquadramento fático descrito, relacionando-se com os requisitos técnicos necessários ao *software* destinado à impressão de cupons fiscais.

Aduz que o autuante sustenta uma suposta *‘emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado’*, o que a seu critério, constitui infração à legislação fiscal. Prossegue, nesta linha, afirmando que a “Empresa, usuária de ECF (equipamento emissor de cupom fiscal) emitindo nota fiscal de venda

a consumidor, nos anos de 2005, 2006, 2007, 2008 e 2009)”, a seguir indicando os exercícios em que ocorreu a infração. Ao final, fundamenta a lavratura do auto de infração nos artigos 824-D, inciso II, do Decreto 6.284/1997, cominando a penalidade inserta no art. 42, inciso XIII-A, alínea “H”, da lei 7.014/97. Ocorre que o referido art. 824-D, inciso II, do decreto 6.284/1997, o qual nada diz respeito a uma infração correspondente à emissão de uma espécie de documentação fiscal quando a lei determina que outra seja emitida. Não há, na verdade, a instituição de qualquer obrigação referente à documentação fiscal. O que se tem, em verdade, são requisitos referentes ao *software* que vai emitir esta documentação.

Salienta que a descrição dos fatos pela autoridade fazendária é inteiramente omissa quanto à observância ou não dos requisitos legais do meio eletrônico utilizado pelo contribuinte para a emissão de nota fiscal. Sequer fala a respeito. Não havendo razão, portanto, para afirma-se suposta violação ao art. 824-D, inciso II, do RICMS, de modo que a autuação se mostra manifestamente nula de pleno direito.

No mérito, aduz que o contribuinte teve alguns problemas com o equipamento emissor de cupom fiscal, necessitando remetê-lo à assistência técnica por diversas vezes ao longo do período objeto da fiscalização, conforme cópias dos atestados intervenção de manutenção, fls. 144 e 146. Assim sendo, o defendente utilizou em caráter eventual da nota fiscal de venda consumidor, conforme art. 691 do RICMS, o qual estabelece que no caso de impossibilidade técnica para a emissão dos documentos a que se refere o inciso I do art. 683, por sistema eletrônico de processamento de dados, em caráter excepcional, poderá o documento ser preenchido de outra forma.

Frisa que sobre a documentação emitida não há qualquer pecha de inidoneidade capaz de elidir a regularidade das atividades do contribuinte. Tanto assim que através dela foi possível à autoridade fazendária mensurar todas as operações realizadas, confrontá-las com as saídas registradas e apontar a omissão de saída de mercadorias efetuadas sem emissão da nota fiscal.

Aduz que existem incorreções na apuração da base de cálculo apurada pela fiscalização, sendo necessária a revisão do lançamento fiscal, pois entre os dias 01/11/2005 a 04/12/2005 houve um série de problemas com a impressora, retornando várias vezes a oficina, inclusive com a realização de intervenção no dia 08/11/2005, conforme consta do Atestado de Intervenção nº 006285. Neste período foram emitidas notas fiscais série D-1 no montante de R\$ 666.820,90, embora o autuante tenha indicado o valor de R\$671.717,27. Com a impressora parada de 01 a 30 de novembro, e mais R\$89.974,97, também devidos a paralisação da impressora entre os dias 01 a 04 de dezembro.

Em relação ao mês de janeiro de 2006, o autuante apontou o valor de R\$570.945,92, todavia, compulsando-se o livro Registro de Saída, verifica que o valor correto é R\$567.617,91.

Frisa que os dias 21 a 28 de abril foram registrados novos problemas na impressora, conforme Atestado de Intervenção nº 006541. Desta forma, dos R\$179.040,41, R\$173.512,80 são referentes à nota fiscal D-1 com CFOP 5656 e R\$ 5.527,60 com CFOP 5929.

No tocante ao período de agosto de 2006 a outubro de 2009, diz que não existem valores a serem autuados, pois são todos com CFOP 5929.

Alega inexistência de dolo e de prejuízo ao erário público como fundamento para a exclusão da penalidade imposta ou a sua redução, salientando que em situações semelhantes, reconhecendo à inexistência de dolo por parte do contribuinte e ausente qualquer prejuízo à arrecadação, este Egrégio Conselho excluiu ou reduziu em patamares consideráveis a multa aplicada, citando o Acórdão JJF Nº 0021-04/02 e ACÓRDÃO JJF Nº 0010-01/03.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 202 e 203, com relação a infração 02, aduz que a emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de ECF, descumprimento de obrigação tributária, resulta na aplicação de multa. Frisa que às folhas 30 a 112 dos autos,

encontram-se as cópias dos registros de saídas, e, as folhas 114 a 124 o livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência – RUDFTO.

Salienta que nos demonstrativos das notas fiscais de vendas aos consumidores finais emitidas irregularmente considerou os atestados de intervenções técnicas registradas no livro RUDFTO.

Ao final, requer a juntada de cópia do livro Registro de Saídas para demonstrar os erros de cálculo perpetrados e os atestados de intervenção e as notas de consertos dos equipamentos ECF.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir imposto e aplicar multa decorrente de 02 (duas) infrações.

Na peça defensiva, o autuado reconheceu integralmente a infração 01. Portanto, não existe lide em relação às referidas imputações, estando caracterizadas.

Assim, a lide no presente caso encontra-se restrita à acusação 02, consignadas no Auto de Infração.

Na infração 02 é imputado ao autuado a emissão de outro documento fiscal em lugar do uso de Equipamento de Controle Fiscal nas situações em que está obrigado, sendo aplicada a multa de 2% sobre as operações.

Inicialmente afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que a descrição do fato imputado encontra-se correta, apesar do erro no dispositivo indicado, o sujeito passivo entendeu corretamente a imputação e exerceu plenamente seu direito de defesa, como constatei na peça defensiva ao lançamento tributário, pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa do fato e correspondente infração imputada.

O autuante incorreu em equívoco, ao indicar na infração em tela como o dispositivo infringido o Artigo 824-D, inciso II, do RICMS/97, quando o correto é o artigo 824-B, do mesmo regulamento, o qual estabelece que os contribuintes do ICMS que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes desse imposto deverão utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF para documentar tais operações ou prestações, pelo que fica retificada. Quanto a descrição da infração nenhuma alteração a ser procedida, ela foi corretamente consignada na infração, sendo bastante clara e objetiva em relação ao fato imputado.

Também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite a decretação de nulidade.

No mérito, inicialmente devo ressaltar que o artigo 238 em seu § 2º estabelece que 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. Nesta situação, o contribuinte obrigado a escriturar livros fiscais registrará no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências – RUDFTO, o motivo e a data da ocorrência da impossibilidade de emissão do documento fiscal via ECF.

Em relação aos meses de novembro e dezembro de 2005, sujeito passivo aponta incorreções na apuração da base de cálculo por parte da fiscalização, alegando que nos dias 01/11/2005 a 04/12/2005 houve um série de problemas com a impressora, retornando várias vezes a oficina, inclusive com a realização de intervenção no dia 08/11/2005, conforme consta do Atestado de Intervenção nº 006285. Neste período foram emitidas notas fiscais série D-1 no montante de R\$ 666.820,90, embora o autuante tenha indicado o valor de R\$ 671.717,27. Com a impressora parada de 01 a 30 de novembro, e mais R\$ 89.974,97, também devidos a paralisação da impressora entre os dias 01 a 04 de dezembro.

Acato o argumento defensivo, uma vez que o autuado acostou aos autos cópia do atestado de intervenção, fl.144, planilha especificando as notas fiscais emitidas, fls.147 a 149, as quais encontram-se especificadas no livro fiscal próprio para registrar a impossibilidade do uso do ECF, livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência – RUDFTO, cópia acostado pelo fiscal autuante à folha 116. Portanto, os valores relativos aos meses de novembro e dezembro, respectivamente, de R\$13.434,35 e R\$1.799,50, ficam excluídos do lançamento.

Também entendo razão assistir ao contribuinte em relação ao mês de janeiro de 2006, pois o autuante apontado o valor de R\$ 570.945,92, como base de cálculo para aplicação da multa, quando o correto seria o valor R\$ 567.617,91, conforme demonstrativo acostado aos autos pela defesa às folhas 150 e 151, fato que não foi contestado pelo fiscal autuante quando da informação fiscal. Além disso, a defesa acostou cópia do livro Registro de Saídas, fls. 181 a 186. Assim, a multa aplicada fica reduzida de R\$ 11.418,92 para R\$11.352,36, corresponde ao percentual de 2% sobre o valor de R\$567.617,91.

Acolho o argumento defensivo em relação ao mês de abril de 2006, considerando que a defesa acostou aos autos, fl. 146, cópia do Atestado de Intervenção nº 006541, comprovando a impossibilidade de uso do ECF, ficando o valor excluído da autuação.

Não pode ser acolhido o argumento defensivo referente ao período de agosto de 2006 a outubro de 2009, no qual a defesa alega que não existem valores a serem autuados, pois são todos com CFOP 5929, uma vez que não foi acostado nenhum documento fiscal para comprovar a tese do impugnante.

Classificam-se no CFOP 5.656 os registros relativos aos documentos fiscais emitidos em operações ou prestações que também tenham sido registradas em equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF. Os registros fiscais e contábeis somente tem força probante quando lastrados em documentos. O simples registro, sem apresentação dos documentos fiscais, não é capaz de comprovar que para uma venda realizada, o contribuinte, efetivamente, emitiu nota fiscal ou cupom fiscal.

Caberia ao impugnante ter apresentado, pelo menos a título de amostragem caso fosse diversos documentos, cópia da nota fiscal com o respectivo cupom fiscal.

Devo ressaltar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

No mesmo sentido, o Art. 142, do regulamento acima citado, estabelece que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Os cupons fiscais e as notas fiscais são os elementos probatórios capaz de elidir a autuação, assim, caberia ao sujeito passivo apresentar cópias dos referidos documentos, mesmo que por amostragem, quando da sua defesa, o que não o fez. Assim, entendo que os valores relativos aos fatos gerados referente ao período de agosto de 2006 a outubro de 2009, restaram caracterizados.

Quanto ao pedido de cancelamento ou redução da multa, o mesmo não pode ser acatado, pois o art.158, do RPAF/99, ao tratar das multas por descumprimento de obrigação acessória, estabelece que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, condições que não foram

satisfeitas pelo contribuinte. Devo salientar que na infração 01 foi apurada a omissão de saída no valor de R\$246.289,35, conforme Demonstrativo de Calculo das Omissões da Auditoria de Estoques, folha 21 dos autos, sendo aplicada multa no valor de R\$ 50,00, situação bastante diferente das constantes nos acórdãos citados pela defesa, onde as diferenças apuradas foram de R\$10,00 (Acórdão JJF Nº 0010-01/03) e R\$9,15 (Acórdão JJF Nº 0021-04/02), sendo a multa de R\$600,00, além do fato de serem os contribuintes autuados microempresas. Portanto, situação totalmente diferente da presente lide.

Logo, a infração 02 restou parcialmente caracterizada no valor de R\$22.195,88, conforme abaixo:

DATA DE VENCIMENTO	VALOR HISTÓRICO DEVIDO (R\$)
9/4/2005	634,97
9/12/2005	0,00
9/1/2006	0,00
9/2/2006	11.352,36
9/3/2006	1.403,76
9/4/2006	41,01
9/5/2006	0,00
9/6/2006	38,11
9/8/2006	4,90
9/9/2006	3.700,77
9/9/2006	3,79
9/10/2006	116,08
9/11/2006	184,49
9/12/2006	289,60
9/1/2007	325,12
9/2/2007	206,61
9/3/2007	299,68
9/4/2007	173,02
9/5/2007	231,68
9/6/2007	249,38
9/7/2007	313,38
9/8/2007	344,49
9/9/2007	414,12
9/10/2007	103,29
9/11/2007	61,58
9/12/2007	144,01
9/1/2008	69,65
9/2/2008	58,90
9/3/2008	21,88
9/4/2008	50,29
9/5/2008	56,41
9/6/2008	131,05
9/7/2008	51,07
9/8/2008	213,42
9/9/2008	93,49
9/12/2008	50,08
9/1/2009	109,99
9/3/2009	20,31
9/4/2009	162,41
9/6/2009	29,48
9/7/2009	57,83
9/8/2009	73,28
9/10/2009	118,58
9/11/2009	191,56
TOTAL	22.195,88

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$22.245,88, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	VALOR HISTÓRICO DEVIDO
1	PROCEDENTE	50,00
2	PROCEDENTE EM PARTE	22.195,88

TOTAL	22.245,88
-------	-----------

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **022073.0009/10-3**, lavrado contra **HP COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$22.245,88**, previstas no art. 42, incisos XIII-A e XXII, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de maio de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

ANGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR