

PROCESSO	- A. I. Nº 232948.0092/05-0
RECORRENTE	- CIDREIRA LUSTRES E UTENSÍLIOS PARA O LAR LTDA. (CIDREIRA UTILIDADES PARA LAR)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0126-03/06
ORIGEM	- INFAS VAREJO
INTERNET	- 14/09/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0288-12/06

EMENTA: ICMS. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO USO DE EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL. MULTA. Modificada a Decisão recorrida. Reduzida a multa aplicada para 10% do valor originalmente exigido. Infração parcialmente caracterizada. Indeferido o novo pedido de diligência fiscal. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário inconformado com a Decisão da JJF que julgou Procedente a o Auto de Infração em epígrafe o contribuinte através de advogado legalmente habilitado apresenta o presente Recurso.

O lançamento de ofício foi lavrado em 30/09/2005 e refere-se à exigência de multa no valor de R\$22.781,31, tendo em vista que foi constatada a emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.

Em seu voto o Sr. relator na 1ª Instância indefere com base no art. 147, I, do RPAF/99, o pedido formulado pelo defendant para a realização de diligência fiscal, tendo em vista que considerou os elementos constantes dos autos como suficientes para as suas conclusões acerca da lide.

Observou “que a autuação é decorrente da falta de emissão de Cupons Fiscais, e se não houve utilização do equipamento, não foi emitido documento fiscal. Assim, além de o autuado estar inscrito na condição de Empresa de Pequeno Porte, não dispensado de uso de ECF, reconhece que adquiriu o equipamento, e não utilizou, alegando questões técnicas, mas não fez qualquer comunicação à repartição fiscal, nem comprovou que foi efetuada qualquer intervenção no sentido de adequar o equipamento às suas necessidades”. Cita e transcreve o art. 238 do RICMS 97 acrescentando “de acordo com a legislação , os usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) estão autorizados a emitir nota fiscal modelo 1 em três situações elencadas nos incisos I e II, e no § 2º do art. 238. A legislação não impede a emissão de notas fiscais, devendo o contribuinte, para tal procedimento, observar as regras estabelecidas, e no caso em exame, embora o defendant tenha alegado que somente adquiriu o equipamento em 2004, consta autorização de uso de equipamentos desde o exercício de 2000, conforme indicado pelo autuante à fl. 45 e Informações do Contribuinte às fls. 46 a 53 dos autos.” E conclui: “quanto às alegações defensivas de que jamais deixou de recolher ou recolheu a menos o ICMS, mesmo impossibilitado de utilizar o ECF, emitiu documento fiscal por meio manual; que tal fato denota a sua boa fé, e em nenhum momento esquivou-se de honrar suas obrigações fiscais, saliento que não está sendo exigido imposto, e sim a multa estabelecida na legislação em decorrência da emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de ECF na situação em que está obrigado, estando esta irregularidade, devidamente caracterizada. Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado com a Decisão o contribuinte através de advogado legalmente habilitado interpõe o presente Recurso Voluntário onde basicamente repete a argumentação já analisada.

Renova o pedido de diligência “vez que os elementos constantes nos autos de forma alguma dão subsídios para que se verifique a quantidade de itens presentes nas dependências do autuado e se constatar que o equipamento não se destina ao controle da mesma”. Comenta a respeito do

“princípio do dever de investigação”. Diz que o equipamento foi adquirido em 2004 e constar que desde 2000 existia a autorização. Aduz que não há nos autos prova de que o equipamento estava sendo utilizado e apenas uma “afirmação do agente fiscal” a respeito da matéria e que não é, segundo ele, uma prova cabal. Alega que embora a multa seja exigida desde o ano de 2003 pelo fato da autorização ser de 2000 “*a simples autorização de uso não significa que o recorrente já vinha utilizando o equipamento desde então*”. Diz que fez prova de que o equipamento só foi adquirido em 2004 conforme nota fiscal que anexou. Diz inexistir lei “*descrevendo até mesmo o momento que será obrigatório o uso do citado equipamento por determinada atividade comercial*”. Afirma que o equipamento nunca entrou em atividade, considerando que o mencionado equipamento não se adequava à realidade da empresa, que comercializa com mais de 5.000 itens e o citado equipamento destina-se ao controle de apenas 4.000 itens. Salienta que o princípio da proporcionalidade e razoabilidade deve ser observado. Transcreve textos de doutrinadores a respeito do assunto. Acrescenta que “*o faturamento mensal do recorrente é bastante inferior r à própria multa aplicada, o que denota caráter confiscatório e ausência de razoabilidade e proporcionalidade*”. Comenta sobre o princípio da vedação ao confisco, transcrevendo o art. 150, IV, da Constituição Federal, e ensinamentos doutrinários sobre a questão, além de jurisprudência em favor da tese apresentada. Conclui pedindo uma diligência a fim comprovar que o equipamento fiscal não se adequa a sua realidade, que o valor do faturamento é inferior a multa aplicada e em que data o equipamento foi adquirido. E por fim que o Auto de Infração seja julgado Improcedente e anulada a exigência da multa.

A Sra. procuradora após breve relatório sobre o ocorrido, conclui pelo não acolhimento dos argumentos laborados pelo autuado e opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário. Em seu Parecer aduz que “*encontram-se, nos autos, todos os elementos suficientes para a conclusão acerca da lide em questão, pelo que não vislumbro a necessidade*” de uma diligência. E sobre este fato transcreve parte da Decisão recorrida: “*a autuação é decorrente da falta de emissão de Cupons Fiscais, e se não houve utilização do equipamento, não foi emitido documento fiscal. Assim, além de o autuado estar inscrito na condição de Empresa de Pequeno Porte, não dispensado de uso de ECF, reconhece que adquiriu o equipamento, e não utilizou, alegando questões técnicas, mas não fez qualquer comunicação à repartição fiscal, nem comprovou que foi efetuada qualquer intervenção no sentido de adequar o equipamento às suas necessidades*”. Menciona os art. 238 e 824-B do RICMS e o art. 42, XIII-A, h, da Lei nº 7.014/96 e afirma que “*não há como acolher a tese sustentada pelo autuado*”. Da mesma forma como não tem sentido falar-se em bi-tributação, pois a imposição é apenas de multa por descumprimento de obrigação acessória. Entende também inaplicável a aplicação do princípio esculpido no art. 150, IV mencionado pelo recorrente bem como a jurisprudência acostada, pois esta diz respeito a multa moratória e o lançamento é de multa sancionatória. Opina pelo Não Acolhimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Como vimos no relatório a infração descrita refere-se a “*à exigência de multa tendo em vista que foi constatada a emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado*”. Desde a tentativa de impugnação o contribuinte tem insistido na necessidade de uma diligência para comprovar que o equipamento fiscal não se adequa a sua realidade, que o valor do faturamento é inferior a multa aplicada e em que data o equipamento foi adquirido. Ora, pelo próprio teor do pedido constata-se a sua desnecessidade. A decisão recorrida deixou claro que a infração cometida refere-se exclusivamente ao descumprimento de uma obrigação acessória e em momento nenhum o recorrente demonstrou o seu não cometimento. A sua argumentação não elide de modo algum a acusação. O fato de um dos equipamentos ter sido adquirido em 17.02.2004 e ter iniciado operações nesta data já que havia sofrido intervenção com este objetivo desde o dia 13.02.2004 em nada interfere, pois a empresa já possuía um outro equipamento (Daruma –FS 345) desde 29/02/2000 indicando a cessação de atividades somente em 30/03/2004. Em seguida surge um outro equipamento e logo depois um outro. Quantos aos fatos não há como contestá-los.

No que concerne ao direito posto, independente de uma análise mais profunda, não é difícil concluirmos que se a multa aplicada não tem caráter confiscatório está bem próximo disto. Ora, o contribuinte efetuou o pagamento do ICMS que lhe cabia fazê-lo por enquadramento legal neste período. A imposição desta pesada multa representa um pesado ônus que corresponde a um elevado percentual da sua receita. Desta forma entendo que buscando a aplicação de uma sanção mais próxima à gravidade do ocorrido e acrescendo-se a isto o fato de que não houve falta de pagamento do imposto, a multa deve ser reduzida para 10% do valor originalmente exigido.

Voto, portanto, pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

VOTO EM SEPARADO

Peço *venia* para discordar do ilustre relator, pois o fato do ICMS se encontrar pago no período objeto da aplicação da multa não é fato por si só suficiente para excluir ou reduzir as penalidades previstas na legislação tributária. Há que se verificar a conjugação dessa circunstância com outras previstas no dispositivo legal, inserido no § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, mais especificadamente, a ausência de dolo, fraude ou prática de simulação. No caso concreto, restou demonstrado que o contribuinte autuado deixou de utilizar o ECF “*alegando questões técnicas, mas não fez qualquer comunicação à repartição fiscal, nem comprovou que foi efetuada qualquer intervenção no sentido de adequar o equipamento às suas necessidades*”. A inércia do contribuinte não pode evidentemente beneficiá-lo, pois todos poderiam alegar essa “excludente” para se eximir de cumprir a lei. Considerando, assim, que a conduta do sujeito passivo, desde a aquisição do equipamento fiscal, não foi no sentido de cumprir os mandamentos previstos na legislação do ICMS, e considerando, também, que o mesmo poderia adquirir ECF mais adequado às suas necessidades fiscais, na hipótese de admitir ser verdadeira a alegação de impedimentos técnicos, não provados nos autos, não vislumbro, no caso concreto, a possibilidade de redução da penalidade. Deixo de considerar, neste exame, a questão da confiscatoriedade da multa, por envolver análise de constitucionalidade da norma estadual, face à expressa vedação contida no art. 167, I, do RPAF/99.

Voto, portanto, de acordo com a fundamentação acima delineada, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232948.0092/05-0, lavrado contra **CIDREIRA LUSTRES E UTENSÍLIOS PARA O LAR LTDA. (CIDREIRA UTILIDADES PARA O LAR)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa no valor de R\$2.278,13, prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Helcônio de Souza Almeida, Fauze Midlej, Nelson Antonio Daiha Filho e Bento Luiz Freire Villa-Nova.

VOTO VENCIDO: Conselheiros Álvaro Barreto Vieira e Tolstoi Seara Nolasco.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/VOTO DIVERGENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS