

PROCESSO - A. I. Nº 300200.0309/05-5
RECORRENTE - MARIAN COMÉRCIO E CONSTRUÇÕES LTDA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0087-03/06
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 19/09/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0298-11/06

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS EM LUGAR DE CUPONS FISCAIS NAS VENDAS A NÃO CONTRIBUÍNTES. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A legislação prevê a multa de 5% 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, salvo em decorrência de sinistro ou razões técnicas. Não comprovada pelo contribuinte suas alegações da impossibilidade da emissão do cupom fiscal. Modificada a Decisão recorrida, com redução da penalidade aplicada, com fulcro no § 7º, art. 42, da Lei nº 7.014/96. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 3ª JF – Acórdão JF nº 0087-03/06, que julgou o Auto de Infração Procedente, lavrado em razão da exigência de multa, no valor de R\$60.900,00, correspondente a 5% do valor da operação, por ter o contribuinte, usuário de equipamento de controle fiscal, sem justificativa, emitido notas fiscais de venda a consumidor em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento nas situações em que está obrigado (cupom fiscal), inerente ao período de janeiro de 2003 a março de 2005, cuja ação fiscal decorreu da Denúncia de nº 7.740/2005.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente, após deixar de acatar as preliminares de nulidade do Auto de Infração, suscitadas pelo sujeito passivo, de que a Inspeção de Trânsito não tem competência para proceder fiscalização em estabelecimentos comerciais; por ter sido a ação fiscal iniciada sem respaldo de uma Ordem de Serviço e pela inobservância do devido processo legal, por ter indicado a ocorrência em única data, relativo a fatos geradores de períodos diversos.

No mérito, a JF ressaltou que o autuado não trouxe ao processo nenhuma prova da sua alegação de que ocorria quedas de energia provocando dano no seu equipamento, o que o motivou a emitir nota fiscal de saída através de talonário.

Quanto ao pedido para que a multa seja cancelada ou reduzida, nos termos do art. 42, § 7º, da Lei nº. 7.014/96, sob o argumento de que os documentos foram lançados e o imposto recolhido, a Decisão foi de que a infração indica a multa aplicada pelo fato do autuado ter emitido nota fiscal de venda a consumidor em lugar de cupom fiscal, ao qual estava obrigado a emitir, não podendo ser acatada este pleito, tendo em vista que o fato que motivou a ação fiscal foi a apuração da Denúncia Fiscal nº 7.740/05 (fl. 16), de que “o estabelecimento não emite nota fiscal, mesmo quando é solicitado”, sendo que não ficou comprovado a regularidade do imposto pago no período considerado.

Assim, aduz que os contribuintes usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) somente estão autorizados a emitir as notas fiscais de venda a consumidor ou modelo 1, nas situações previstas no art. 238 do RICMS/97.

Por fim, ressalta que ficou provado que o autuado possuía Equipamento de Controle Fiscal (ECF) Bematech de nº. 4728010400522, devidamente autorizado, conforme declarado no documento à fl. 20, e não trouxe a comprovação de que emitiu o cupom fiscal concomitantemente com as notas fiscais de venda a consumidor – série D-1, conforme previsto na legislação.

No Recurso Voluntário, às fls. 231 a 245 dos autos, o recorrente se insurge contra a Decisão recorrida, em relação às nulidades suscitadas a seguir:

1. Aduz que o ilustre relator se fundamenta em premissas equivocadas sobre a esfera de atuação da Inspeção de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito. Primeiro porque o simples ingresso em cargo de auditor fiscal não tem o condão de autorizar a atuação ou atribuir competência para as diversas atribuições da Secretaria da Fazenda. Segundo porque demonstra desconhecer conceito elementar do Direito Administrativo, relacionado à organização da administração pública. Cita o Decreto nº 7.921/01, que estabelece o Regimento da Secretaria da Fazenda Estadual. Assim, ratifica a imprescindibilidade da ordem de serviço para deflagrar o procedimento administrativo fiscal, sob pena de se questionar a legitimidade de procedimento que tem início sem estar amparado em ato administrativo que autorize ou habilite determinado servidor para aquela atividade específica.
2. Na mesma sorte incorreu o ilustre relator sobre a alegação de nulidade referente à falta de discriminação do débito em períodos mensais, sob o argumento de que *“o fato de ter sido aplicada multa sobre os fatos geradores mensais do período levantado, não prejudicou o autuado, tendo em vista que foi indicada na infração o último dia do período, ou seja, 09/03/05 [...]”*. Sustenta o patrono do recorrente que a alegação de nulidade não decorre da existência ou não de prejuízo para o contribuinte, mas de evidenciar que a fiscalização cometeu uma série de erros formais que não podem passar despercebidos. Ressalta que a totalização do débito no termo final do período fiscalizado, ao contrário do que afirmou o relator, prejudicou o autuado só porque violou dispositivo legal, mas também porque, tratando-se de levantamento fiscal que *“englobou o período de 01/03 a 03/05”*, configurou tentativa de transformar a fiscalização prolongada da escrita fiscal em fiscalização instantânea, visto que a autoridade fiscal não tinha competência para fiscalizar livros e o documentário fiscal de períodos pretéritos, como exposto anteriormente. Assim, entende ser nulo o Auto de Infração por vício de forma na autuação, vez que alterou os meses do descumprimento da obrigação acessória, e por violação ao art. 39, § 2º, do RPAF, quanto à determinação da discriminação do mês da infração e o valor da multa por período mensal.

No mérito, aduz o recorrente não merecer guarida às conclusões alcançadas pelo relator, devendo a multa ser cancelada ou reduzida nos termos do art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, uma vez que as informações prestadas pela própria fiscalização demonstram a total improcedência da denúncia de que o estabelecimento não emitia notas fiscais, conforme lista das notas fiscais emitidas no período, as quais servem ao mesmo fim daquele emitido a partir de ECF. Assim, entende que a infração deixou de apresentar o mesmo objeto da denúncia, transmutando-se para alcançar simplesmente a forma ou tipo do documento fiscal que, inquestionavelmente, era emitido.

Sustenta que o fato do contribuinte não ter cumprido da forma correta a obrigação acessória referente ao registro em documento fiscal próprio a venda de mercadorias, não implicou no não recolhimento de imposto e, conseqüentemente, em prejuízo ao estado. Uma vez que não tenha seguido as formalidades exigidas pelo legislador, o imposto foi pago corretamente.

Reitera sua informação, ainda que sem esperanças quanto ao acolhimento do argumento, que o equipamento emissor de cupom fiscal não foi utilizado por impossibilidade técnica, em razão das repetidas quedas de energia ocasionadas pelas falhas na corrente elétrica no prédio onde funciona

a empresa. Isto posto, aduz que não nega o fato de que não houve emissão de cupom fiscal, mas, que em substituição, foram emitidas as correspondentes notas fiscais de saídas de mercadorias, do que entende não ser razoável a aplicação da multa prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da Lei 7.014/96, por ser desproporcional diante do fato de que a conduta do recorrente não causou qualquer prejuízo aos cofres públicos do estado da Bahia, pois os tributos relativos às notas fiscais que serviram de base de cálculo da multa exigida foram regularmente pagos, visto que o recorrente não agiu com dolo, fraude ou simulação, sendo justo o seu pleito de redução ou cancelamento da multa. Cita decisões do CONSEF.

Assim, requer que seja declarada a nulidade do Acórdão recorrido em razão:

1. da incompetência da Inspetoria de Mercadorias em Trânsito para fiscalizar o autuado na forma ocorrida;
2. da inexistência de Ordem de Serviço;
3. da violação do § 2º do art. 39 do RPAF.

Caso ultrapassadas as nulidades, adentrando no mérito, seja cancelada ou reduzida a multa aplicada por falta de emissão de cupons fiscais, uma vez que em substituição foram emitidas manualmente notas fiscais, havendo sido regularmente recolhido todo o imposto devido pelas operações de saídas de mercadorias.

Por fim, protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, em especial e caso se entenda necessário, a realização de diligência para certificar a ausência de prejuízo ao Estado da Bahia, no recolhimento do ICMS com base nas notas fiscais emitidas em substituição aos cupons fiscais.

O Parecer PGE/PROFIS, às fls. 254 a 257, é no sentido do Não Provimento do Recurso Voluntário interposto, eis que não ocorreu a elisão da imputação infracional, uma vez que:

1. Em primeiro plano, forçoso se faz delinear que a ordem de serviço não se presta a delimitar competência funcional de quem quer que seja, pois serve tão-somente como instrumento de organização administrativa, não se podendo emprestá-la como elemento definidor de atribuição institucional definida em texto legal. Cita o art. 156 da Constituição do Estado da Bahia e o art. 107 do COTEB, do que conclui que definida a competência para a fiscalização pelo COTEB, não há que se falar em qualquer delimitação absoluta a esta atribuição institucional por qualquer Regimento, instrumento normativo inferior e, por conta disto, subordinado ao que dispõe o Texto Legal regente da matéria.
2. Em relação ao argumento de que o Auto de Infração seria nulo por vício de forma na autuação, também não encarece abrigo a tese recursal, pois, conforme se verifica da leitura total dos autos, o mesmo transcorreu integralmente dentro das normas legais que conduzem o processo administrativo fiscal, respeitando os princípios basilares do contraditório e da ampla defesa, por sinal bem exercidos pelo recorrente.
3. Quanto ao mérito, o opinativo é de que também não procedem as alegações verberadas pelo recorrente, pois, conforme se verifica ao compulsar os autos, o autuado não se desincumbiu em elidir o descumprimento da obrigação afligida aos usuários do ECF (Convênio ECF 01/98), não demonstrando solidamente os motivos para não utilização do equipamento fiscal, com a devida anotação no RUDFTO e, muito menos, o disposto no art. 238 do RICMS.

Assim, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente, comungo com o entendimento do ilustre representante da PGE/PROFIS, Dr. José Augusto Martins Júnior, de ser absolutamente destituída de qualquer alicerce jurídico a alegação

recursal de que a fiscalização estaria eivada de nulidade, por conta da inexistência de uma ordem de serviço, pois o referido ato administrativo não se presta a delimitar competência funcional, cuja atribuição institucional é definida em texto legal, conforme estabelecida através do art. 156 da Constituição do Estado da Bahia e do art. 107 do COTEB.

Quanto ao argumento de que o Auto de Infração seria nulo por vício de forma na autuação, referente à falta de discriminação do débito em períodos mensais, uma vez que a fiscalização cometeu uma série de erros formais que não podem passar despercebidos, também deixo de acolhê-los, pois vislumbro que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, estando à acusação fiscal fundamentada em demonstrativo e documentos fiscais, dos quais o sujeito passivo tomou ciência.

Quanto às razões de mérito, examinando as razões do Recurso Voluntário, concluo que carece de prova, cujo ônus é do recorrente, sua alegação de que *“o equipamento emissor de cupom fiscal não foi utilizado por impossibilidade técnica, em razão das repetidas quedas de energia ocasionadas pelas falhas na corrente elétrica no prédio onde funciona a empresa”*, conforme citado em seu Recurso, contudo, sem ser comprovado com elementos capazes de demonstrar as efetivas ocorrências e, em consequência, a elidir a acusação fiscal.

Há de ressaltar que o estabelecimento do recorrente encontra-se localizado à Avenida Vasco da Gama, uma alameda central de Salvador, onde funcionam diversas empresas que emitem, certamente, seus cupons fiscais, além de que se deve considerar o extenso período da ação fiscal (01/2003 a 03/2005).

Também devo salientar que as emissões de notas fiscais em substituição aos cupons fiscais são contínuas no período, conforme relação às fls. 22 a 157, inexistindo nos autos a comprovação de qualquer documento fiscal pelo equipamento emissor de cupom fiscal (ECF), numa prova inequívoca da predeterminação do contribuinte em não cumprir a referida norma.

Ademais, como bem ressaltado no eminente Parecer PGE/PROFIS, o contribuinte, estaria obrigado a consignar o motivo, no livro de Registro de Ocorrências e Utilização de Documentos Fiscais (RUDFTO), das razões de força maior ou caso fortuito, tais como: falta de energia elétrica, quebra ou furto do equipamento, quando da emissão de documento fiscal por qualquer outro meio, consoante previsto no § 5º do art. 329 do RICMS, o qual condiciona à lavratura de termos de ocorrências nas situações mencionadas no § 2º do art. 238 do RICMS, ou seja, o motivo e a data da ocorrência da impossibilidade de emissão do documento fiscal por meio do ECF, em decorrência de sinistro ou razões técnicas.

Portanto, compete ao interessado, por qualquer meio, provar que emitiu outro documento fiscal em substituição ao cupom fiscal em circunstâncias adversas à utilização do ECF, a exemplo de atestado das empresas credenciadas a intervir no equipamento de controle fiscal, decorrente das inúmeras quedas de sistemas e falta de energia elétrica, conforme alegado, o que certamente o danificaria, como também das prováveis intercessões do usuário junto a empresa concessionária de energia elétrica pleiteando a normalidade do fornecimento de energia elétrica, assim como através da consignação na própria nota fiscal da razão da impossibilidade de se produzir o cupom fiscal.

Assim, entendo que tal razão recursal não teve o condão de eximir o contribuinte da multa aplicada, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, a qual é específica ao caso concreto, decorrente da não observância das regras contidas no art. 824-B e no art. 238, § 2º, do RICMS, submetendo-se, assim, à multa de 5% do valor da operação, prevista 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, uma vez que não ficou comprovada a ocorrência da impossibilidade de emissão do documento fiscal via ECF, em decorrência de sinistro ou razões técnicas.

Contudo, considerando que a própria fiscalização também contribuiu para ocorrência desta infração em período tão extenso, janeiro de 2003 a março de 2005, em razão de não acompanhar o contribuinte em tal período, e de forma educativa e precisa coibir tal descumprimento de obrigação tributária acessória, entendo, no caso concreto, cabível a redução da multa prevista no § 7º, art. 42 da Lei nº 7.014/96, em respeito ao Princípio da Proporcionalidade.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, reduzindo a multa para 10% do valor exigido, correspondente a R\$6.090,00.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **300200.0309/05-5**, lavrado contra **MARIAN COMÉRCIO E CONSTRUÇÕES LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$6.090,00**, prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96, cujo valor já reduzido com fulcro no § 7º do mencionado dispositivo legal, e dos acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de agosto de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS