

PROCESSO - A. I. Nº 206933.0045/06-5
RECORRENTE - MADEIREIRA IMECOL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0250-04/07
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 09/07/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0188-12/08

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. ESTABELECIMENTO USUÁRIO DE ECF. EMISSÃO IRREGULAR DE NOTAS FISCAIS DE VENDA MODELO 1. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. O contribuinte comprovou que parte das notas fiscais emitidas para contribuintes do ICMS foram também registradas no Equipamento Emissor de Documento Fiscal – ECF. Modificada a Decisão recorrida. Reduzido o débito a 1% do valor efetivamente devido na autuação, com base no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96 c/c a Lei nº 10.847/07. Infração parcialmente caracterizada. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado pelo contribuinte contra a Decisão proferida pela 4ª JJF, Acórdão nº 0250-04/07, que julgou Procedente em Parte o presente lançamento de ofício, lavrado para exigir multa pecuniária no valor de R\$39.929,61 (trinta e nove mil novecentos e vinte e nove reais e sessenta e um centavos), pelo fato do contribuinte estar emitindo outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal, nas situações em que está obrigado.

A 4ª JJF ao analisar a impugnação interposta pelo sujeito passivo julgou o Auto de Infração procedente em parte, proferindo o seguinte voto:

“...O Emissor de Cupom Fiscal (ECF) é o equipamento de automação comercial com capacidade para emitir documentos fiscais e realizar controles de natureza fiscal, referentes a operações de circulação de mercadorias ou a prestações de serviços. Deve ser utilizado quando da realização de vendas de mercadorias a não contribuintes do ICMS, para documentar tais operações ou prestações, consoante a legislação contida nos artigos 824-A e 824 B do RICMS/97, dentre outros que rege a matéria.

Em virtude destas disposições legais, o autuado, na sua peça de defesa, comprovou que parte das notas fiscais emitidas teria sido para contribuintes do ICMS, situação em que não estaria obrigado à utilização do ECF, argumento que foi acatado pelo autuante que reduziu o valor da multa aplicada, considerando como legítimas as notas fiscais daquele modo emitidas.

A planilha de fls. 13 a 20 demonstra de forma individualizada as notas fiscais da série única que foram emitidas no período fiscalizado e que fazem parte da autuação ora em comento, e de forma sintética, na planilha de fl. 21.

O contribuinte ao formular sua peça defensiva procedeu à juntada de algumas notas fiscais nas quais comprova que teria emitido a nota fiscal em substituição aos cupons fiscais, consoante documentos de fls. 303 a 316, a exemplo da nota fiscal nº 2661, fl. 315 e cupom fiscal n. 19351, de fl. 316, sendo que o autuante as acatou e reduziu o valor da multa originariamente aplicada, no que concordo, sendo que o demonstrativo de débito assumiu a seguinte configuração, conforme explicitado às fls. 321 a 322:

Data Ocorrência	Data Venc	Base de calculo	Multa	Valor
30/01/2006	09/02/2006	21.085,96	5%	1.085,96
28/02/2006	09/03/2006	20.977,20	5%	1.048,86
30/03/2006	09/04/2006	20.932,80	5%	1.046,64
30/04/2006	09/05/2006	44.539,59	5%	2.226,97

30/05/2006	09/06/2006	19.387,38	5%	969,36
30/06/2006	09/07/2006	43.571,12	5%	2.178,55
30/07/2006	09/08/2006	82.054,76	5%	3.656,89
30/08/2006	09/09/2006	73.137,88	5%	3.656,89
30/09/2006	09/10/2006	83.888,47	5%	4.194,42
30/10/2006	09/11/2006	73.407,79	5%	3.670,38
30/11/2006	09/12/2006	30.403,10	5%	1.520,15
30/12/2006	09/01/2007	40.497,14	5%	2.024,85
TOTAL				27.279,92

Quanto ao pedido de redução da multa, previsto no art. 42, § 7º, a planilha elaborada pelo autuante, fl. 21, embora, inicialmente demonstre que não houve diferenças entre os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito, e os valores registrados pela empresa, através do ECF e através de notas fiscais, os documentos constantes nos autos não permite inferir que o procedimento adotado pelo contribuinte não tenha implicado em falta de recolhimento do ICMS.

Outrossim o contribuinte obrigado a utilizar ECF, que utilizar nota fiscal de saída, deve cumprir as determinações contidas no art. 238, e § 1º do RICMS/97, como segue:

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.”*

Irresignado com a Decisão proferida em Primeira Instância administrativa, o autuado ingressou com Recurso Voluntário reconhecendo o cometimento da infração, se insurgindo, apenas sobre o percentual da multa aplicada.

Segundo o recorrente, o valor da multa arbitrada é superior a três vezes o valor da folha mensal de salários, assevera que possui um custo fixo elevado, e que a manutenção da multa certamente comprometerá as atividades da empresa.

Fundamenta o seu pedido no art. 915, § 6º do RICMS, e assevera que o seu pedido é pertinente, “já que não houve falta de emissão de documento fiscal, conseqüentemente não houve falta de recolhimento do imposto, simplesmente se emitiu um outro documento que não o cupom fiscal, qual seja, notas fiscais de saídas Serie Única em poucas operações de venda recebidas à vista.” Aduz que não houve dolo, fraude ou simulação no ato de emissão das notas fiscais em detrimento dos cupons, relativamente a operações realizadas com não contribuintes do ICMS no exercício de 2006.

Para comprovar as alegações trazidas no seu Recurso Voluntário, juntou documentos comprovando as suas despesas fixas.

Ao se manifestar acerca do Recurso Voluntário, a PGE/PROFIS opinou pelo seu Não Provimento, aduzindo, em síntese que:

“...não há, nos autos, prova suficiente de que a infração não foi praticada com dolo, fraude ou simulação. Aliás, o fato de constar expressamente na legislação a obrigação da emissão de cupom fiscal sempre que realizadas operações a não contribuintes do ICMS e utilizados os equipamentos respectivos, já conduz a uma presunção de que é do conhecimento do contribuinte esta obrigação, cabendo a ele a demonstração do não dolo, o que não ocorre nos autos. Contrariamente, ele mesmo admite o cometimento da infração no próprio Recurso.

VOTO

No mérito, o contribuinte reconheceu o cometimento da infração, restando, apenas a análise, no Recurso Voluntário do pedido de cancelamento ou redução da multa aplicada.

Inicialmente venho destacar que a Lei Estadual nº 10.847/07 reduziu a penalidade aplicada ao sujeito passivo do percentual de 5% para 2% do valor da operação ou prestação de serviço.

O art. 42, no seu parágrafo 7º, da Lei nº 7.014/96, prevê a redução ou o cancelamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

A análise de todo o *in fôlio*, observo que o recorrente preenche todos os requisitos previstos no artigo supracitado, pois a infração imputada ao sujeito passivo se refere a descumprimento de obrigação acessória e não restou devidamente comprovado que a infração não foi praticada com dolo, fraude ou simulação, bem como não implicou falta de recolhimento do imposto.

Discordo do entendimento da d. Procuradoria no tocante à presunção do dolo por parte do autuado, pelo simples fato de constar, expressamente, na legislação a obrigação da emissão de cupom fiscal através de equipamento próprio, sempre que realizadas operações a não contribuintes do ICMS, isto porque o dolo não deve ser presumido, mas sim comprovado.

O autuante, na informação fiscal de fl. 321, informa que o contribuinte não obstruiu a fiscalização, ao contrário, apresentou prontamente todos os documentos e as informações durante a fiscalização. Observo, ainda, que houve o destaque do ICMS nas notas fiscais decorrentes das comercializações de mercadorias com terceiros não contribuintes do ICMS. Caso o Auditor Fiscal percebesse a ausência de pagamento de imposto provavelmente iria lavrar o Auto de Infração exigindo o ICMS. Desta forma, resta comprovado que não houve prejuízo ao erário.

Vale, ainda, destacar que a auditoria realizada na empresa, os valores apurados com as vendas à vista mais cartões de crédito/débito comprovam que não houve sonegação de ICMS, fls. 21.

No caso em análise, verificado preenchimento dos requisitos previstos no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96 para a redução da penalidade, entendo que a multa aplicada deve ser reduzida, para o percentual de 1% do valor das operações ou prestações de serviços considerando que o contribuinte não elidiu a infração que lhe foi imputada, mas demonstrou que a sua conduta não implicou em falta de pagamento de tributos. Em consequência, face a redução a metade da multa originalmente lançada, o débito exigível passa para o valor de R\$5.538,83, conforme planilha abaixo:

Data Ocorrência	Data Venc	Base de calculo	Multa	Valor
30/01/2006	09/02/2006	21.085,96	1%	210,86
28/02/2006	09/03/2006	20.977,20	1%	209,77
30/03/2006	09/04/2006	20.932,80	1%	209,33
30/04/2006	09/05/2006	44.539,59	1%	445,39
30/05/2006	09/06/2006	19.387,38	1%	193,87
30/06/2006	09/07/2006	43.571,12	1%	435,71
30/07/2006	09/08/2006	82.054,76	1%	820,54
30/08/2006	09/09/2006	73.137,88	1%	731,38
30/09/2006	09/10/2006	83.888,47	1%	838,88
30/10/2006	09/11/2006	73.407,79	1%	740,08
30/11/2006	09/12/2006	30.403,10	1%	304,03
30/12/2006	09/01/2007	40.497,14	1%	404,97
TOTAL		553.883,19		5.538,83

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

VOTO DIVERGENTE

Comungo com o nobre relator no que diz respeito à necessidade de redução da multa aplicada no Auto de Infração, tendo em vista estarem presentes os requisitos insculpidos no §7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, invocando, para tanto, os mesmos argumentos sustentados pelo mesmo no seu *decisum*.

Todavia, discordo do ilustre conselheiro no que pertine à “dosimetria” da penalidade pela mesma aplicada. Isso porque, em acórdãos outros, semelhantes ao que ora se analisa, tenho me manifestado no sentido de que a multa aplicada deve ser reduzida a 10% (dez por cento) do montante objeto de autuação que, no caso em comento, foi reduzido pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal e adaptado à nova penalidade, mais benigna ao contribuinte, ou seja, R\$2.727,99, calculado sobre o montante do débito julgado pela Primeira Instância.

Isso porque o recorrente, desde o início da ação fiscal, entregou ao autuante todos os livros e documentos fiscais da empresa, submetendo-se ao início e fim da fiscalização, sem que tenha o autuante apurado qualquer falta de recolhimento do imposto por parte daquele.

Ora, por tal razão, a despeito do cometimento da infração, o ilícito praticado pelo recorrente se encontra “relativizado”, vez que o mesmo entregou documentos outros à fiscalização, os quais, inclusive, sequer redundaram em cobrança do imposto, como informado anteriormente.

Daí porque, minimiza-se, na prática, o prejuízo ao Fisco Estadual que, através de outros roteiros de auditoria, aplicados, inclusive, ao presente caso, não apurou nenhum imposto devido por parte do autuado.

O que deve almejar o Estado da Bahia é a cobrança do imposto, jamais a aplicação de multas com o fim de substituir aquela cobrança, utilizáveis apenas como “meio” de compelir o contribuinte a pagar eventual imposto devido. O objetivo é a cobrança do imposto (fim) e não a aplicação de multa acessória (meio), que não se confunde com o mesmo.

Assim, a manutenção do valor da multa sugerida pelo nobre conselheiro/relator, afigura-se, ainda, como manifesta violação do princípio da razoabilidade que deve, indubitavelmente, nortear o processo administrativo fiscal, apresentando-se desproporcional, notadamente em face dos precedentes que vêm sendo utilizados por esta Egrégia 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, a exemplo dos Acórdãos Paradigmas de nºs 0383-12/06 e 0405-12/06.

Destarte, a despeito de ser inegável o cometimento da infração, entendo, por outro lado, que a redução promovida pelo ilustre conselheiro/relator continua sendo irrazoável, razão pela qual, mantendo coerência com os meus posicionamentos anteriores, voto no sentido PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário reduzindo para o valor de R\$2.727,99 a multa objeto do Auto de Infração.

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 a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206933.0045/06-5**, lavrado contra **MADEIREIRA IMECOL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$5.538,83**, prevista no art. 42, XIII-A, “h” c/c o §7º, da Lei nº 7.014/96, e alterações introduzidas pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Márcio Medeiros Bastos, Helcônio de Souza Almeida, Fauze Midlej, Álvaro Barreto Vieira e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO DIVERGENTE - Conselheiro: Nelson Antonio Daiha Filho.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de junho de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS – RELATOR

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – VOTO DIVERGENTE

JOÃO SAMPAIO REGO NETO – REPR. DA PGE/PROFIS