

PROCESSO	- A. I. Nº 281906.0019/07-0
RECORRENTE	- FIORELLI INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. (HIS)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0330-03/07
ORIGEM	- IFMT – DAT/METRO
INTERNET	- 04/08/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0216-12/08

EMENTA: ICMS. EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). UTILIZAÇÃO IRREGULAR. FALTA DE AUTORIZAÇÃO DO FISCO. MULTA. É vedado o uso, no recinto de atendimento ao público, de equipamento emissor de cupom sem autorização do fisco estadual. Presentes os requisitos previstos no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96 c/c art. 158, do RPAF. Redução da multa aplicada a 50% do valor autuado. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão proferida pela referida 3.^a Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração exige multa no valor de R\$4.600,00, por utilização de equipamento de controle fiscal sem autorização do fisco estadual. Consta, na descrição dos fatos, que em visita efetuada em 25/05/2007, foi constatado que o contribuinte estava usando o ECF sem autorização, conforme consulta realizada ao sistema ECF. Lavrado o Termo de Apreensão de nº 143760 à fl. 06 do PAF.

O autuado apresentou impugnação, alegando que antes da autuação fiscal já havia adotado medidas regulamentares para obter autorização para o equipamento, o que demonstra a sua boa fé. Aduziu que devem ser levadas em consideração duas questões: a situação emergencial e o interesse do próprio Estado. Assegurou que, por conta da inauguração da loja no Salvador Shopping, empreendimento de interesse de todos, gerando empregos e receitas para o Estado, o procedimento ainda não havia se concluído, o que levou o impugnante, para não perder o momento propício que significava a inauguração do mencionado Shopping, a utilizar o ECF, objetivando emitir cupons fiscais e registrar os débitos de ICMS. Salientou que agiu de forma a proteger os seus interesses comerciais, procurando atender o fluxo de clientes gerado com a inauguração do empreendimento, e neste caso, a todos interessava a abertura da loja, não sendo sensata a punição imposta pela fiscalização. Informou que a venda total no dia 25/05/2007, data utilizada como base para a autuação, foi R\$1.141,00, valor que corresponde a menos de 25% da multa exigida, estando configurado exagero da penalidade, que deve ser meramente educativa. Pediu a compreensão do órgão julgador para que fosse cancelada a multa exigida. Caso o cancelamento não fosse possível, solicitou a redução para 10% do valor originalmente exigido, permanecendo a punição educativa e mantendo-se o equilíbrio da relação entre o Fisco e o contribuinte.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 34/35 dos autos, disse que a afirmação do defendantecarece de verdade, uma vez que na data da ação fiscal (25/05/2007), não havia nenhum equipamento autorizado para o mesmo, como está comprovado na tela do sistema ECF à fl. 08. Salientou que na fl. 12 pode-se constatar a solicitação para uso de ECF, exigida no art. 824-H do RICMS/97, o que somente foi registrada no dia 31/05/2007, portanto, após o início da ação fiscal. Assegurou que a intervenção técnica para uso do equipamento foi efetuada em 19/05/2007, de acordo com o Atestado de nº 9796, à fl. 10, mas os dados somente foram registrados no Sistema da SEFAZ após a solicitação do dia 31/05/2007. Esclareceu que, como agravante, foi constatado que o autuado fazia uso do aplicativo PDV SMF versão 1.0, ainda não autorizado pela SEFAZ.

conforme comunicação anexada à fl. 29; o cliente estava ciente da não autorização de uso deste aplicativo antes de sua análise e certificação pela Fundação Visconde de Cairu, requisito também exigido no art. 824-D do RICMS/BA. Informou, ainda, que no mesmo dia da ação fiscal foram visitados diversos outros estabelecimentos no mesmo Shopping, e nenhum outro foi identificado utilizando ECF sem autorização. Dessa forma, o autuante entendeu que não podia ser acatada a alegação do defendant, de que o uso do ECF se deu em situação emergencial, tendo em vista que os demais contribuintes conseguiram autorização, inexistindo qualquer impedimento para que a autorização fosse também obtida pelo autuado. Finalizou pedindo a procedência do presente Auto de Infração.

Através do Acórdão JJF nº 0330-03/07, decidiu a 3^a Junta de Julgamento pela procedência do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

“Da análise acerca das peças e comprovações que compõem o processo, constato que a multa foi aplicada em decorrência da utilização no estabelecimento de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) sem autorização do fisco estadual, conforme consulta realizada ao sistema ECF, sendo lavrado o Termo de Apreensão de nº 143760 à fl. 06 do PAF.

De acordo com o art. 824-H, inciso I do RICMS/97, para uso de ECF, o contribuinte deve solicitar habilitação mediante acesso via internet, no endereço eletrônico www.sefaz.ba.gov.br, o que não foi observado pelo autuado.

Foi alegado pela defesa que antes da autuação fiscal já havia adotado medidas regulamentares para obter autorização para o equipamento; que por conta da inauguração da loja no Salvador Shopping, empreendimento de interesse de todos, gerando empregos e receitas para o Estado, o procedimento ainda não havia se concluído, o que levou o impugnante, para não perder o momento propício que significava a inauguração do mencionado Shopping, a utilizar o ECF, objetivando emitir cupons fiscais e registrar os débitos de ICMS; que agiu de forma a proteger os seus interesses comerciais, procurando atender o fluxo de clientes gerado como a inauguração do empreendimento.

Não acato a alegação defensiva, haja vista que o uso do ECF somente estará autorizado após processamento dos dados referentes a intervenção técnica pelo 'Sistema Emissor de Cupom Fiscal', conforme estabelece o art. 824-I do RICMS/BA, e de acordo com a fotocópia da tela constante do Sistema à fl. 08, na data da ação fiscal, o autuado ainda não estava autorizado a utilizar ECF.

Observo que o Termo de Apreensão de nº 143760, à fl. 06, constitui elemento de prova para caracterizar que o contribuinte estava operando com equipamento sem autorização, fato não negado pelo defendant, que alegou questão emergencial.

Conforme art. 42, inciso XIII-A, alínea 'c' item 3, da Lei 7.014/96, é prevista a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória ao contribuinte que, sem autorização específica do fisco estadual, for encontrado utilizando em seu estabelecimento equipamento emissor de controle fiscal. Portanto, a aplicação da penalidade por descumprimento da obrigação acessória está de acordo com a previsão regulamentar.

Não acato o pedido formulado pelo defendant para que seja reduzida ou cancelada a multa exigida, tendo em vista que não ficou comprovado nos autos que a falta de cumprimento da obrigação acessória não implicou falta de recolhimento de tributo, consoante o disposto no art. 158 do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, haja vista que no presente processo encontram-se elementos suficientes para comprovar a irregularidade apurada”.

Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância, interpõe o autuado Recurso Voluntário, através do qual reitera, inicialmente, o argumento de que já tinha “adotado as medidas regulamentares para obter a autorização para o equipamento, o que, por si só, demonstra a sua boa-fé”, bem como o fato de que devem ser levadas em consideração, no caso vertente, duas questões: “a situação emergencial e o interesse do próprio estado”.

Prossegue, ressaltando que “*a própria autuação é prova da ausência de infração de caráter principal, haja vista que o Fisco não acusou a ausência de declaração de receita ou de pagamento do ICMS devido*”, bem assim que a “*defesa já havia informado, o que não foi contestado, que a venda total do dia 25/05/07, data esta que foi utilizada de base para a autuação, foi de R\$ 1.141,00, importância correspondente a menos de 25% da sanção aplicada, estando configurado mais uma vez o exagero da pena, que deve ser meramente educativa*”.

Conclui pedindo o provimento do Recurso Voluntário interposto, a fim de que a multa aplicada seja cancelada ou, não sendo possível, que a penalidade seja reduzida para 10% do seu valor original, permanecendo uma punição efetivamente educativa e mantendo-se o equilíbrio da relação Fisco-contribuinte, pois, “*como já abordado, as circunstâncias que envolvem o caso são compreensíveis, de conhecimento e interesse público*”.

A ilustre representante da PGE/PROFIS emite Parecer conclusivo a respeito da matéria, através do qual, assevera inicialmente, que o recorrente não questiona o cometimento da infração apurada. Quanto ao pedido de cancelamento ou redução da multa, salienta que o argumento utilizado pela Junta de Julgamento para indeferir o pleito do recorrente não faz sentido, “*pois, como bem alega a defendente o fisco não acusou a ausência de declaração de receita ou de pagamento do ICMS, além do mais o fato do contribuinte ter utilizado a ECF sem autorização da receita estadual, não impede a fiscalização de apurar através dos roteiros habitualmente usados, se houve ou não falta de recolhimento do tributo devido, a exemplo do exame da escrita contábil do contribuinte.*” Assinala ainda que, em exame preliminar dos presentes autos, anexa “*ao mesmo cópia da DMA do mês de maio, interregno a que se refere o uso do ECF sem autorização para funcionamento do equipamento, restando esclarecido que o descumprimento de tal obrigação acessória não resultou em descumprimento de obrigação principal, haja vista que houve recolhimento de ICMS no referido período*”. Esclarece que “*o contribuinte recolheu imposto mesmo sem ter ICMS a recolher, o que gerou um saldo credor para o período seguinte*”. Afirma que “*a obrigação acessória descumpriada, não logra dificultar o trabalho dos agentes fiscais, a ponto de impedir que a Administração Tributária, através do emprego de outros roteiros de fiscalização, apure a existência de imposto*”.

Invoca o art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, para aduzir que “*no caso ora analisado, não foi imputada ao contribuinte, após ter sido este fiscalizado quanto ao período a que se refere o uso desautorizado do ECF, qualquer infração passível de ser inquinada de decorrente desta conduta – emissão de cupons fiscais sem a devida autorização da secretaria da Fazenda*”. Assim, prossegue, “*há que se admitir, à míngua de prova em contrário, que o uso indevido do ECF, não implicou falta de recolhimento do imposto, razão pela qual ora se afirma, uma vez que também não demonstrada a existência de dolo, fraude ou simulação, estarem presentes, na hipótese ora analisada, os requisitos que, nos moldes do § 7º, do art. 42, da Lei 7.014/96, torna aberta, para esse Egrégio CONSEF, a possibilidade de proceder à redução ou ao cancelamento de multa ali previstos*”.

Diz que “*a faculdade prevista no § 7º, do art. 42, da Lei 7.014/96, deve ser exercida com muito critério, pois a redução ou dispensa indiscriminada de multas, sempre que observada a inexistência de dolo ou não recolhimento de obrigação principal, poderia desencadear na total desmoralização das obrigações acessórias, levando os contribuintes a negligenciar o seu cumprimento, dada a ausência de sanção.*” Alega que “*mesmo estando demonstrada a ausência de dolo e a inexistência de débito vinculado à infração, cabe a este Egrégio CONSEF, em cuidadoso juízo discricionário, decidir acerca da pleiteada redução ou cancelamento da multa incidente.*”

Ao final, posiciona-se “*quanto ao pedido de cancelamento/redução de multa, no sentido de que, estando presentes os pressupostos fixados no art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96, a Câmara Julgadora o aprecie, julgando-o conforme o seu prudente arbitrio*”.

Na assentada do julgamento, o patrono do recorrente, quanto ao pleito sucessivo de redução da multa, postulou que a mesma, diante do caso concreto, seja sedimentada a 50% (cinquenta por

cento) do montante inicialmente exigido, ao invés do percentual de 10% (dez por cento) constante de sua peça recursal.

VOTO

Inicialmente, insta-me salientar que o recorrente reconhece o cometimento da infração, insurgindo-se, em sua peça recursal, quanto ao montante da multa aplicada e suscitando o seu cancelamento ou redução, à luz do quanto disposto no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96 c/c o art. 158, do RPAF, ao percentual correspondente a 50% do valor exigido, conforme sustentação oral realizada no julgamento.

Da análise dos elementos que norteiam o presente caso, entendo que merece acolhida o pleito sucessivo de redução da multa ao percentual de 50% do montante inicialmente cobrado, visto que presentes os requisitos permissivos da aludida redução, insculpidos na legislação vigente.

Isso porque o recorrente não deixou de entregar ao autuante qualquer livro ou documento fiscal 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 autuante não apurou qualquer imposto a ser exigido, como informado anteriormente.

Daí porque, minimiza-se, na prática, o prejuízo ao Fisco Estadual que, através de outros roteiros de auditoria e com os documentos apresentados pelo próprio recorrente, poderia ter apurado “eventual” imposto devido, o que efetivamente não ocorreu.

Tenho ressaltado em outros votos por mim proferidos e que se assemelham ao presente que 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.

Restou demonstrado que a máquina do contribuinte entre os dias 19/05/2007 a 25/05/2007, a venda com o montante de R\$31.342,00 (fl. 06-A) que, após os créditos vultosos, decorrentes das compras, importaria em ICMS a recolher em montante inferior ao valor da multa.

Noutro giro, foi acostada aos autos cópia da DMA do mês de maio (fl. 59), exatamente o período a que se refere o uso do ECF sem autorização para funcionamento do equipamento, objeto da presente autuação, documento este que atesta que o descumprimento de tal obrigação acessória não resultou em descumprimento de obrigação principal, haja vista que houve recolhimento de ICMS no referido período. Mas não é só. A boa-fé do contribuinte está ainda mais robustecida quando se verifica que o mesmo recolheu imposto no aludido mês, mesmo sem ter ICMS a recolher, o que gerou um saldo credor para o período seguinte, à luz do documento acostado à fl. 60.

Nesse sentido, cura-me invocar as razões do Parecer da Douta PGE/PROFIS que, sensível aos elementos presentes ao caso vertente, destaca, *in litteris*:

“... o argumento utilizado pela Junta de Julgamento para indeferir o pleito do recorrente não faz sentido, pois, como bem alega a defendente o fisco não acusou a ausência de declaração de receita ou de pagamento do ICMS, além do mais o fato do contribuinte ter utilizado a ECF sem autorização da receita estadual, não impede a fiscalização de apurar através dos roteiros habitualmente usados, se houve ou não falta de recolhimento do tributo devido, a exemplo do exame da escrita contábil do contribuinte.”

“... anexar ao mesmo cópia da DMA do mês de maio, interregno a que se refere o uso do ECF sem autorização para funcionamento do equipamento, restando esclarecido que o descumprimento de tal obrigação acessória não resultou em descumprimento de obrigação principal, haja vista que houve recolhimento de ICMS no referido período”.

“... o contribuinte recolheu imposto mesmo sem ter ICMS a recolher, o que gerou um saldo credor para o período seguinte”.

“... a obrigação acessória descumprida, não logra dificultar o trabalho dos agentes fiscais, a ponto de impedir que a Administração Tributária, através do emprego de outros roteiros de fiscalização, apure a existência de imposto”.

(...)

“... no caso ora analisado, não foi imputada ao contribuinte, após ter sido este fiscalizado quanto ao período a que se refere o uso desautorizado do ECF, qualquer infração passível de ser inquinada de decorrente desta conduta – emissão de cupons fiscais sem a devida autorização da secretaria da Fazenda”.

“... há que se admitir, à mángua de prova em contrário, que o uso indevido do ECF, não implicou falta de recolhimento do imposto, razão pela qual ora se afirma, uma vez que também não demonstrada a existência de dolo, fraude ou simulação, estarem presentes, na hipótese ora analisada, os requisitos que, nos moldes do § 7º, do art. 42, da Lei 7.014/96, torna aberta, para esse Egrégio CONSEF, a possibilidade de proceder à redução ou ao cancelamento de multa ali previstos”.

Assim, em face das razões supra expendidas, a manutenção do valor da multa constante da autuação - sem prejuízo da cobrança do imposto propriamente dito –, afigura-se como manifesta violação do princípio da razoabilidade que deve, indubitavelmente, nortear o processo administrativo fiscal, apresentando-se desproporcional e absurda.

Outrossim, é inegável a negligência do contribuinte ao retardar indevidamente o pleito de registro do seu ECF, em data próxima ao período da inauguração de sua loja no shopping, o que nos impede de aplicar os precedentes anteriormente adotados em nossos votos, referentes ao percentual de 10% (dez por cento).

Ex positis, a despeito de ser inegável o cometimento da infração, a negligência do recorrente, e a dificuldade que a omissão do autuado gerou para a fiscalização, entendo, por outro lado, ser imprópria a multa aplicada, razão pela qual, com espeque no art. 42, § 7º, da Lei n.º 7.014/96, aplicando *in casu* a eqüidade, voto no sentido de PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário para reduzir para 50%, ou seja, R\$2.300,00, o valor do Auto de Infração.

VOTO DISCORDANTE

Divirjo do voto proferido pelo ilustre relator, pois considero que não está presente nos autos uma das condições exigidas na legislação para que se reduza a multa que foi indicada no lançamento.

O documento de fl. 10 atesta que, após intervenção técnica realizada no dia 19/05/07, o totalizador geral do ECF apreendido foi zerado. Em 25/05/07, data da ação fiscal, o totalizador geral desse mesmo ECF já acusava um montante de R\$31.342,00, como comprova o documento de fl. 6-A. Todavia, o total das vendas declaradas pelo recorrente no mês de maio foi de apenas R\$16.491,06, como demonstra o documento de fl. 59. Em outras palavras: nos seis dias que decorreram entre a intervenção técnica e a ação fiscal, o ECF em questão foi utilizado e acumulou um montante em muito superior às saídas declaradas pelo recorrente para todo o mês.

Com base no exposto acima, não há como se afirmar que o procedimento irregular do recorrente não tenha acarretado falta de pagamento de imposto. Desse modo, não está presente nos autos uma das condições exigidas no § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 para que se aplique a redução da multa indicada no Auto de Infração.

Tendo em vista a expressiva divergência entre o valor acumulado no ECF e o informado pelo recorrente, considero que seria de bom alvitre que a autoridade competente providenciasse uma averiguação da regularidade das operações realizadas pelo recorrente no mês de maio de 2007.

Uma vez que não foram atendidas as condições para a redução requerida, a multa indicada na autuação deve ser mantida inalterada.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a 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 **281906.0019/07-9**, lavrado contra **FORELLI INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.** (**HIS**), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.300,00**, prevista no art. 42, XIII-A, “c”, item 3, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros: Nelson Antonio Daiha Filho, Márcio Medeiros Bastos, Helcônio de Souza Almeida, Fauze Midlej e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO DIVERGENTE - Conselheiro: Álvaro Barreto Vieira.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de julho de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO DIVERGENTE

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR DA PGE/PROFIS