

PROCESSO	- A. I. Nº 128966.0001/10-1
RECORRENTE	- DIVIMED COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0001-02/11
ORIGEM	- IFMT/METRO
INTERNET	- 15/03/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0064-11/12

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL INIDÔNEA. UTILIZAÇÃO DE DOCUMENTO FISCAL QUE NÃO O LEGALMENTE EXIGIDO PARA A OPERAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não cabe a exigência do ICMS em razão da emissão de outro documento fiscal, válido, em lugar do que está obrigado o contribuinte, se o sujeito passivo encontra-se em situação cadastral regular e não restou comprovada a omissão no pagamento do tributo. O contribuinte do ICMS obrigado ao uso de NF-e que emitir outro tipo de documento fiscal incorre em descumprimento de obrigação acessória punido com a multa prevista no artigo 42, inciso XXVI, da Lei nº 7.014/96, a não ser que haja prova da falta de pagamento do imposto. Acatado o pedido de redução da multa. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, no qual se exige o ICMS no valor de R\$20.903,37, acrescido da multa de 100%, por ter sido constatada, pela fiscalização de trânsito, a circulação de mercadoria acobertada por documento fiscal que não o legalmente exigido para a operação.

No campo “Descrição dos Fatos” foi informado que o autuado emitiu a Nota Fiscal nº 00016887, em 05/04/10, quando estava obrigado a emitir Nota Fiscal eletrônica, conforme previsão do Protocolo ICMS 10/07.

A Primeira Instância decidiu a lide da seguinte forma:

“Observo que o Auto de Infração foi lavrado para lançar crédito tributário do ICMS, por ter sido constatado pela fiscalização de trânsito a circulação de mercadorias acobertada por documento fiscal que não o legalmente exigido para a operação.”

“Saliente que o Ajuste SINIEF 07/2005, de 05/10/2005, instituiu nacionalmente a Nota Fiscal eletrônica e o Documento Auxiliar da Nota Fiscal eletrônica – DANFE. Por sua vez o Protocolo ICMS 10/07, de 18/05/2007, dispõe sobre a obrigatoriedade de emissão de NF-e.”

“Os estabelecimentos obrigados a emitir NF-e, após o início da obrigatoriedade prevista na legislação, devem emitir tal documento fiscal em todas as operações nas quais emitiriam nota fiscal modelo 1 ou 1-A. Portanto, todo contribuinte que exercer uma atividade enquadrada na obrigatoriedade de emissão de NF-e deverá substituir as notas fiscais modelos 1 e 1-A pelo mencionado documento fiscal. (Art. 231-P do RICMS/97). Uma vez obrigada a empresa a emitir Nota Fiscal-eletrônica, não poderá emitir notas fiscais modelos 1 e 1-A em substituição àquele documento fiscal. Quando em decorrência de problemas técnicos não for possível transmitir a NF-e ou o CT-e à Secretaria da Fazenda ou obter resposta à solicitação de Autorização de Uso, o contribuinte deverá emitir o DANFE Simplificado em contingência. (§ 11 do art. 231-H e art. 231-J do RICMS/97).”

“Do exame nas peças processuais, verifico que o sujeito passivo desenvolve a atividade de comércio de produtos alopatícos para uso humano e como tal, de acordo com o art. 231-P, inciso II, “c” do RICMS/97 a partir de 1º

de dezembro de 2008, estava obrigado a emitir Nota Fiscal-eletrônica, em substituição à nota fiscal modelo 1 e 1-A. O § 1º do referido artigo proíbe expressamente a emissão desses documentos fiscais em lugar da NF-e.

Verifico que fora exigido o imposto com a alegação de que a nota fiscal nº 00016887, modelo 1, era inidônea. Observo, contudo, que a legislação estadual só considera inidôneo o documento fiscal que não for o legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação, nos casos de “Nota de Conferência”, “Orçamento” e outros do gênero, quando indevidamente utilizados como documentos fiscais. Destarte, no presente caso, apesar de a nota fiscal que acobertava a mercadoria apreendida não ser o documento que estava obrigado a emitir, não contém os requisitos de documentos fiscais inidôneos previstos no art. 209 do RICMS/97 para o tornar imprestável. Ademais, a nota fiscal modelo 1 e 1-A, mesmo com a implantação da NF-e, permanecem na legislação estadual, como sendo documento válido. (art.192, inciso I do RICMS/97).

Restou demonstrado que o sujeito passivo emitiu a Nota Fiscal número 00016887, modelo 1, em 05/04/2010, em lugar da NF-e. Ressalto que a emissão de outro documento fiscal, válido, em lugar do que está obrigado, encontrando-se o contribuinte com sua situação cadastral regular, não cabe a exigência do imposto. O contribuinte do ICMS obrigado ao uso de NF-e que emitir outro documento fiscal em seu lugar descumpriu uma obrigação acessória, prevista no art. 42, XXVI.

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

....
XXVI- 2% (dois por cento) do valor da operação ou prestação de serviço ao contribuinte obrigado ao uso de NF-e que emitir outro documento fiscal em seu lugar.”

Em decorrência do cometimento de tal infração, com fundamento no art. 157 do RPAF/99, fica o contribuinte sujeito à aplicação da multa que resulta da aplicação de 2% sobre o valor de R\$122.961,00, que é o valor da operação. Assim, a multa é de R\$ 2.459,22, por ter utilizado nota fiscal modelo 1 ao invés de Nota Fiscal-eletrônica (NF-e), conforme, inclusive, Decisão anterior da 4ª JJF, Acórdão JJF Nº 0146-04/10.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração”.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, inicialmente reconhecendo que emitiu a nota fiscal em papel, porém só o fez porque estava ultimando os “trâmites e ajustes” junto ao fabricante de seus equipamentos para emissão da nota fiscal eletrônica.

Alega, entretanto, que restou claro nos autos: (i) que o ICMS já havia sido quitado por antecipação (circunstância registrada no voto do Relator de primeiro grau); (ii) é uma empresa de pequeno porte fornecedora de materiais hospitalares para entidades estatais; (iii) e, além disso, não se detectou “qualquer fumaça de culpa, dolo, fraude, simulação ou má-fé”, não havendo, ademais, “débito tributário em seu nome”.

Argumenta que, apesar disso, a Junta de Julgamento Fiscal deliberou por lhe aplicar uma penalidade no valor de R\$2.459,22, que considera injusta pelo fato de não ter agido com motivação lesiva ao Fisco Estadual. Sendo assim, com fundamento no inciso III do artigo 24 do Regimento Interno do CONSEF, aprovado pelo Decreto nº 7.592/99, requereu a redução ou o cancelamento da multa aplicada na Decisão recorrida.

Remetidos os autos à PGE/PROFIS, a Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, ressaltou que a competência conferida ao órgão julgador pelo § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, para reduzir ou cancelar multas pelo descumprimento de obrigações acessórias, é discricionária, ou seja, “poderá ser exercida, ou não, pelo CONSEF, segundo o juízo de conveniência e oportunidade que fará, à vista das circunstâncias do caso concreto”, não podendo a PGE/PROFIS, em seu entendimento, “opinar sobre a pretensão de cancelamento ou redução da multa aplicada, sob pena de usurpar a competência atribuída pela lei ao CONSEF, com exclusividade”.

Afirma que apenas cabe à PGE/PROFIS, “na condição de guardião da legalidade dos atos administrativos”, “verificar o atendimento aos requisitos legalmente impostos à prática do ato, limitadores do exercício da competência discricionária”.

Prosegue dizendo que, ao compulsar os autos, constatou “a inexistência de indícios de que o autuado tenha agido com dolo, fraude ou simulação” e não observou “qualquer indício de que o descumprimento da obrigação acessória em questão tenha resultado em falta de recolhimento

do imposto devido, ao revés, fora confirmado o pagamento antecipado do tributo na Decisão ora recorrida”.

Esclarece que, “*a teor do art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, não é a existência de qualquer débito tributário que logra desautorizar a redução ou cancelamento de multa, mas apenas a existência daqueles débitos que sejam diretamente relacionados, num liame de causa e efeito, à infração cuja multa se pretende cancelar ou reduzir*” e conclui dizendo que, “*assim, há que se admitir, à míngua de prova em contrário, que a emissão de documento fiscal diverso pelo autuado, não implicou falta de recolhimento de imposto*”.

Finalmente, pontua que estão presentes os requisitos legais para aplicação do dispositivo legal acima mencionado, cabendo ao prudente arbítrio do CONSEF “*abrandar possíveis excessos da norma punitiva, sem, todavia, esvaziar a força cogente da norma que prevê a obrigação acessória*”.

VOTO

No presente Auto de Infração foi lançado o ICMS no valor de R\$20.903,37, acrescido da multa de 100%, por ter sido constatada, pela fiscalização de trânsito, a circulação de mercadoria acobertada pela Nota Fiscal nº 00016887, Modelo 1, série 2, datada de 05/04/10, quando o contribuinte estava obrigado a emitir Nota Fiscal eletrônica, conforme previsto na Cláusula primeira, inciso VIII, do Protocolo ICMS 10/07.

Pelo exame das peças processuais, efetivamente restou demonstrado que o autuado é uma empresa distribuidora de medicamentos e que a mercadoria constante da nota fiscal, objeto desta autuação, encontra-se enquadrada no regime da antecipação tributária, razão pela qual a saída promovida pelo contribuinte é feita sem o destaque do imposto estadual.

Agiu corretamente a Junta de Julgamento Fiscal, a meu ver, ao decidir pela insubsistência da cobrança do ICMS, ao entendimento de que houve apenas o descumprimento de uma obrigação acessória, sujeito à aplicação da multa de 2% prevista no artigo 42, inciso XXVI, da Lei nº 7.014/96, dispositivo acrescentado pela Lei nº 11.899/10, com efeitos a partir de 31/03/10.

Realmente, não restou configurada, nos autos, a falta de pagamento do ICMS. Ao contrário, foi emitido outro documento fiscal, válido, embora não aquele a que o contribuinte estava obrigado a utilizar. Saliento que o artigo 209, inciso II, do RICMS/97 prevê a inidoneidade de documentos que não podem ser considerados válidos para a escrituração nos livros fiscais, tais como, “Nota de Conferência”, “Orçamento”, “Pedido” e outros do gênero, porque podem ser usados para transmitir a impressão ao adquirente das mercadorias de que são documentos fiscais, porém, este não é o caso dos autos.

Em não se tratando de documento inidôneo, a fiscalização de trânsito de mercadorias poderia, apenas para fins de controle do registro, ter substituído a nota fiscal objeto da autuação por nota fiscal avulsa emitida pela Sefaz e verificado, em auditoria posterior, se o documento havia sido escrutinado nos livros fiscais.

Nesse contexto, com fulcro no artigo 157 do RPAF vigente, entendo correta a aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória no percentual de 2%, que está prevista no artigo 42, inciso XXVI, da Lei nº 7.014/96.

No Recurso Voluntário, o contribuinte requereu a redução ou o cancelamento da multa aplicada pela Primeira Instância, conforme autorizado pelo § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, sob a alegação de que não agiu de má-fé e de que emitiu a nota fiscal em papel porque estava ultimando os “trâmites e ajustes” junto ao fabricante de seus equipamentos para emissão da nota fiscal eletrônica. É o que passarei a analisar.

Conforme assinalado na Decisão recorrida, o Ajuste SINIEF 07/2005 instituiu nacionalmente a Nota Fiscal Eletrônica e o Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica – DANFE. Já o

Protocolo ICMS 10/07 dispôs sobre a obrigatoriedade, para os contribuintes enquadrados em determinadas atividades, de emissão de nota fiscal eletrônica (NF-e) em todas as operações nas quais emitiriam a nota fiscal modelo 1 ou 1-A.

Verifico que o recorrente desenvolve a atividade de comércio de medicamentos alopaticos para uso humano e como tal, de acordo com o artigo 231-P, inciso II, alínea “c”, do RICMS/97, estava obrigado, a partir de 1º de dezembro de 2008, a emitir Nota Fiscal-eletrônica, em substituição à nota fiscal modelo 1 e 1-A, ficando expressamente proibida a emissão destes últimos documentos fiscais em lugar da nota fiscal eletrônica (artigo 231-P, § 1º, do RICMS/97).

Assim, desde 1º de dezembro de 2008, o recorrente estava obrigado ao uso da NF-e em todas as operações por ele promovidas, não havendo escusas para que, em 03/05/10 (data da autuação), o contribuinte ainda não tivesse ajustado seus sistemas para cumprir o que está claramente determinado na legislação. Não há como acatar a alegação do sujeito passivo, de que estava ultimando os “trâmites e ajustes” junto aos fabricantes dos equipamentos, após mais de um ano e meio de vigência da norma de obrigatoriedade de emissão da nota fiscal eletrônica. A penalidade é, portanto, procedente.

Há, contudo, neste processo administrativo, a presença dos requisitos previstos no § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 para a redução do valor da penalidade imposta: não restou comprovado nos autos que o ilícito tributário tenha sido praticado com dolo, fraude ou simulação e, além disso, ficou amplamente demonstrado que a mercadoria constante na nota fiscal modelo 1, emitida pelo autuado em lugar da nota fiscal eletrônica, já se encontrava com a fase de tributação encerrada no momento da saída, por ser enquadrada no regime de substituição tributária com a previsão de recolhimento do ICMS na entrada das mercadorias no estabelecimento do autuado.

Pelo exposto, entendo que deve ser deferido o pleito de redução da penalidade aplicada, para 10% do valor indicado pela Junta de Julgamento Fiscal, isto é, R\$245,92, tendo em vista que a considero adequada ao caso concreto, em atendimento ao caráter punitivo e, ao mesmo tempo, didático que a multa por descumprimento de obrigação acessória deve possuir.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário interposto, alterando, portanto, a Decisão recorrida.

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 128966.0001/10-1, lavrado contra **DIVIMED COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$245,92**, prevista no art. 42, XXVI, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de fevereiro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS