

PROCESSO - A. I. N° 206956.0010/10-7
RECORRENTE - HIPER POSTO CAMINHO DAS ÁRVORES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF n 0102-01/11
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 29/06/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0128-12/12

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO USO DO ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A legislação tributária estadual determina que os contribuintes do ICMS que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes desse imposto deverão utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações. O não atendimento resulta na aplicação da multa sobre o 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. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime em relação à redução da multa indicada.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 14/12/2010, o qual imputa ao recorrente o cometimento de infração à legislação do ICMS, em decorrência de ter emitido outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, no exercício de 2005, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 35.365,68.

A Junta de Julgamento Fiscal exarou a seguinte Decisão:

“Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de infração à legislação do ICMS imputada ao autuado, decorrente de emissão de notas fiscais em substituição à emissão de cupom fiscal, na condição de usuário de equipamento de controle fiscal.

Observo que a obrigatoriedade da emissão do cupom fiscal encontra-se prevista no RICMS/97, nos artigos 824-B e 238, sendo que, nos termos destes dispositivos regulamentares, o contribuinte usuário de equipamento emissor de cupom fiscal somente está autorizado a emitir notas fiscais de venda a consumidor ou modelo 1, em lugar do documento fiscal emitido pelo Equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, ou seja, motivos que o impeçam de emitir o cupom fiscal.

Também, quando solicitado pelo adquirente das mercadorias, o contribuinte usuário de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal pode emitir nota fiscal, porém, neste caso, deve ser emitido, concomitantemente, o cupom fiscal e anexado à via fixa do documento fiscal emitido, no qual será consignado o número sequencial atribuído ao ECF no estabelecimento, bem como o número do documento fiscal emitido no ECF.

No presente caso, constato que a emissão das notas fiscais em lugar do cupom fiscal não foi motivada por nenhuma das razões acima referidas, haja vista que o próprio autuado admite não ter emitido o documento fiscal próprio, conforme exigido na autuação, alegando que à época estava sendo feito o aprimoramento do sistema SINTEGRA e dos ECFs, e que o Sindicato da categoria preocupado com as peculiaridades da venda de combustíveis consultou a Secretaria da Fazenda, tendo comparecido ao Sindicato, a pessoa encarregada da

Coordenadoria da Fiscalização, “onde ficou estabelecido que os postos, sempre que solicitados, deveriam emitir o cupom fiscal, todavia se não houvesse pedido não haveria a necessidade da emissão, porque no encerramento do expediente far-se-ia as contas e emitir-se-ia nota fiscal ou cupom fiscal complementar.”

Alega, ainda, o autuado “que sempre houve condescendência do Fisco com relação a situação acima aventada, restando evidente o engano incorrido pelo autuante, tendo em vista que a recomendação foi do próprio Fisco através de sua Coordenadoria de Fiscalização.”

Argumenta que o costume também faz regra entre o Estado e o contribuinte, não tendo como se manter a infração, haja vista que agiu de boa – fé, seguindo orientação do próprio Fisco, de acordo com os costumes e não contribuiu para que a infração pudesse ocorrer, mesmo porque não houve sonegação ou prejuízo para o Estado.

Certamente, não pode prosperar o argumento defensivo de que agiu em conformidade com a recomendação da Coordenadoria da Fiscalização, ao não emitir o documento fiscal próprio, haja vista que o RICMS/BA determina que os contribuintes do ICMS que realizarem venda de mercadorias ou prestação de serviços a não contribuintes desse imposto deverão utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações. Significa dizer que o não atendimento dessa determinação resulta na ocorrência da irregularidade, sujeita à aplicação da multa de 2% sobre os valores das operações ou prestações de serviço realizadas sem a emissão do documento decorrente do uso do ECF nas situações em que o contribuinte está obrigado.

Ora, a relação tributária entre o sujeito ativo e o sujeito passivo, é regida dentre outros princípios, pelo princípio da legalidade e devido processo legal, valendo dizer que existindo dúvidas sobre a aplicação da legislação tributária, ou mesmo a necessidade de adoção de tratamento especial, deve o contribuinte ou entidade representativa de contribuinte formalizar o seu pleito perante a autoridade administrativa competente, que irá analisar e deferir ou indeferir o pedido, conforme previsto no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

É certo que a alegada “recomendação” da Coordenadoria da Fiscalização, não pode ser objeto de análise, no presente caso, mesmo porque não foi formalizada e, ainda que tivesse sido formalizada, caberia a análise de sua legalidade, se fosse o caso.

Também não encontra guarida a pretensão do impugnante no sentido de que seja observado o costume, haja vista que as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas não podem ser aceitas quando contrárias à lei. Ou seja, não se pode aceitar o costume para derrogar ou revogar norma tributária.

Ademais, cabe registrar que a Fiscalização já lavrou diversos Autos de Infração sobre essa mesma matéria, contra contribuintes de diversos segmentos de atividades empresariais, cujos julgamentos foram realizados por este CONSEF.

Diante do exposto, considero integralmente subsistente a infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

O contribuinte recorreu da Decisão, interpondo Recurso Voluntário, no qual, arguiu preliminarmente que as modificações advindas pela Lei nº 10.847/2007, que estabeleceu a multa aplicada, não poderia ser aplicada a fatos passados do ano de 2005. Segundo o recorrente “A norma não retroage, senão para beneficiar e a JJF não considerou as alegações”

Alegou que foi demonstrado que não houve infração e que todas as notas estariam contabilizadas, não se dando conta de que existem circunstâncias especiais que revestem a venda de produtos combustíveis, isto principalmente quando se toma o período de abrangência do Auto de Infração que se restringiu ao exercício de 2005.

Salientou que sempre houve compreensão do Fisco no que a isto se refere à emissão da nota para totalizar as vendas do dia, porque não haveria prejuízo para o Estado em decorrência da substituição tributária, e porque os postos são obrigados a contabilizar no Livro de Movimentação de Combustíveis, o movimento diário do posto, inclusive lançando estoque, recebimento, vendas e encerrantes das bombas medidoras, sendo, pois, fácil a fiscalização e difícil a sonegação considerando a substituição.

Alegou que o posto revendedor agiu de boa-fé, de acordo com a legislação que regulamenta a espécie e não contribuiu para que a suposta infração pudesse acontecer. Nem foi apreciado pela JJF o pedido de que, acaso não fosse considerado o auto improcedente, que se descharacterize a

multa aplicada, pois que o correto seria a aplicação do disposto do RICMS, que prevê a “*multa assessória*”. Assim, caso não se julgue improcedente a multa aplicada, que se aplique a multa por descumprimento de “*obrigação assessória*”, com base no art. 158 do RPAF/99.

Em vista do exposto, concluiu requerendo que seja PROVIDO o Recurso Voluntário para ser considerado como improcedente o Auto de Infração.

A PGE-PROFIS, por meio da ilustre procuradora Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, emitiu o seu Parecer opinativo, no qual salientou, primeiramente, que a falta de emissão de cupom fiscal a consumidor é fato incontrovertido.

Diz que as alegações de costume e boa-fé não merecem ser acatadas, já que a infração de natureza tributária é objetiva, independendo, pois, da intenção do agente. Tais fatores servem, tão-somente, para eventual apreciação de redução do montante imputado.

Salientou que não há cobrança do imposto, mas tão-somente da multa por infração a descumprimento de obrigação acessória. Portanto, se não houve prejuízo ao Estado quanto ao imposto especificamente, o mesmo não se pode dizer da falta de emissão de cupom fiscal que como se sabe é de extrema utilidade nos modernos sistemas de fiscalização.

Afirmou também que em relação à alegação de aplicação da lei nova a fatos anteriores, vejo que a art. 42, XIII-A, H, foi inserido pela Lei nº 8.534/02, portanto, anteriormente aos fatos de 2005.

VOTO (Vencido quanto à redução da multa)

Compulsando os autos, verifico que, preliminarmente, o recorrente insurge-se contra a infração que lhe foi imputada por entender que as modificações advindas pela Lei nº 10.847/2007, que estabeleceu a multa aplicada, não poderiam ser aplicadas a fatos do ano de 2005.

No que tange a este alegação, verifico que o dispositivo que sustenta a multa aplicada é o art. 42, inciso XIII-A, alínea “h”, inserida pela Lei nº 8.834 promulgada no ano de 2002, é pretérito ao fato gerador que se deu em 31/12/2005. Assim sendo, a arguição do recorrente não encontra respaldo legal e, portanto, não cabe guarida.

No que se refere à arguição de que a “*multa assessória*” não seria aplicável ao caso, haja vista que restou demonstrado que não houve infração, que todas as notas estariam contabilizadas e que sempre houve compreensão do Fisco Estadual no que tange à emissão da nota para totalizar as vendas do dia, porque não haveria prejuízo para o Estado em decorrência da substituição tributária, e porque os postos são obrigados a contabilizar no Livro de Movimentação de Combustíveis - LMC, o movimento diário do posto, inclusive lançando estoque, recebimento, vendas e encerrantes das bombas medidoras, sendo, pois, fácil a fiscalização e difícil a sonegação considerando a substituição.

Esta arguição não é suficiente para, por si só, invalidar a obrigação de emitir o cupom fiscal através do Equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF, nos termos previstos nos artigos 824-B e 238 do RICMS/97, pelos quais o contribuinte usuário deste equipamento fiscal somente está autorizado a emitir notas fiscais de venda a consumidor ou modelo 1, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, fatos que o impediriam de emitir o cupom fiscal exigido. Todavia, não encontrei nos autos as hipóteses aventadas nos dispositivos susencionados.

Contudo, por se tratar de multa aplicada por descumprimento de obrigação acessória, sem prejuízo do pagamento do ICMS devido, não restou provada nos autos a existência, por parte do recorrente, de má-fé, dolo ou simulação, ou fato que acarretasse prejuízo ao erário público, portanto, entendo que a mesma pode ser reduzida.

Por conseguinte, voto para NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário e, de ofício, decretar a redução da multa para 20% do valor inicialmente lançado no Auto de Infração em epígrafe, com base no que prevê os art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96 e o art. 158, parágrafo único do RPAF/99, que

faculta a esta 2^a CJF do CONSEF, o poder de extinguir ou reduzir a multa aplicada proveniente de descumprimento de obrigação acessória em casos como este, como afirmou a própria PGE/PROFIS, no bojo do seu Parecer opinativo.

VOTO VENCEDOR (Quanto à redução da multa)

Tal como já exposto no brilhante voto do ilustre Conselheiro Relator, está comprovado o descumprimento da obrigação acessória pelo sujeito passivo, e a previsão normativa já existente quando do cometimento desta infração.

Contudo, peço vênia para discordar do posicionamento externado pelo digno Relator acerca da redução da multa aplicada.

A prática infracional compele à aplicação da multa prevista na legislação. A dispensa de imposição de penalidade que se encontra prevista no §7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 exige do sujeito passivo a comprovação de que as infrações teriam sido praticadas sem dolo, fraude, ou simulação, e que não houvessem implicado falta de recolhimento do ICMS. Portanto, da conduta infracional decorre a aplicação da multa, e nos termos do §2º do artigo 40 da mesma Lei está previsto que independe, tal sanção, da comprovação da ocorrência de dolo. Contudo, para que ocorra a dispensa da aplicação de multa é que se faz necessária a comprovação da falta de dolo. Portanto, caberia ao contribuinte comprovar que não houvera dolo, e que o imposto teria sido regularmente recolhido ao erário. Tal comprovação não se encontra nos autos deste processo, pelo que inexistentes as condições previstas legalmente para a redução da multa indicada no Auto de Infração e mantida pela decisão de primeiro grau.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do recurso interposto, restando mantida a multa tal como lançada no Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime quanto à redução da multa, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 206956.0010/10-7, lavrado contra HIPER POSTO CAMINHO DAS ÁRVORES LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$35.365,68, prevista no art. 42, XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02/02, com os acréscimos moratórios conforme a Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Quanto à redução da multa) – Conselheiros(as): Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva, Mônica Maria Roters e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO (Quanto à redução da multa) - Conselheiros(as): Carlos Henrique Jorge Gantois e Rodrigo Lauande Pimentel.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de maio de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Quanto à redução da multa)

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – VOTO VENCENDOR
(Quanto à redução da multa)

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS