

PROCESSO - A. I. Nº 060624.0104/10-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - POSTO DE COMBUSTÍVEIS JAGUARIBE LTDA. (POSTO SÃO CRISTOVÃO)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0173-03/11
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 13/06/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0158-11/12

EMENTA. ICMS. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS AO CONSUMIDOR EM SUBSTITUIÇÃO A CUPONS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A multa para quem deixa de emitir qualquer documento fiscal nas operações com mercadorias cuja fase de tributação se encontra encerrada (combustíveis) é de R\$50,00. Multa reduzida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Visa o Recurso de Ofício o exame da Decisão exarada pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, a qual, através do Acórdão nº 0173-03/11, julgou Nulo o Auto de Infração nº 060624.0104/10-0, lavrado em 22/12/2010, para imputar ao sujeito passivo o cometimento da infração de emissão de documento fiscal diverso daquele de uso nas situações em que se encontra obrigado, equipamento de controle fiscal, nos exercícios de 2005, 2006, 2007, 2008 e 2009, sendo aplicada a multa no valor de R\$71.490,55, equivalente a 2% do valor das notas fiscais série D-1 emitidas.

Consta, expressamente, na descrição dos fatos, que “... *em cumprimento à O.S. acima discriminada, referente ao período de 01/01/2005 a 31/12/2009 com sugestão para os roteiros AUDIF-209, AUDIF 239 e AUDIF 241, em cumprimento à mesma procedemos aos levantamentos com aplicação dos roteiros acima constatando a emissão de NFVC paralela ao uso de equipamento emissor de cupom fiscal, que resultou na cobrança de multa formal, sobre obrigação acessória resultando na lavratura do Auto de Infração com base de cálculo no valor de R\$3.574.527,57 (três milhões, quinhentos e setenta e quatro no livro Registro de Saídas do período acima, onde se encontram devidamente lançados. E que resultou em multa formal sobre obrigações acessórias no valor de R\$71.490,55 (setenta e um mil, quatrocentos e noventa reais e cinquenta e cinco centavos) de acordo com legislação em vigor. (sic)*

O autuado apresentou impugnação tempestiva (fls. 726 a 740), acompanhada de documentos e a autuante prestou a informação fiscal de praxe às fls. 1087/1088.

Em sequência, a Junta de Julgamento Fiscal julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, com Decisão de teor adiante reproduzido:

“Este Auto de Infração acusa o autuado de emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.

A defesa suscitou a nulidade da autuação alegando inexistência de fundamento jurídico porque os dispositivos legais supostamente violados não teriam qualquer pertinência com o enquadramento fático descrito, pois cuida é dos requisitos técnicos necessários ao software destinado à impressão de Cupons Fiscais. Observa que a acusação diz respeito à emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, pelo fato de a empresa ter emitido Nota Fiscal de Venda a Consumidor, enquadrando o fato no art. 824-D, inciso II, do RICMS, e faz ver que tal dispositivo nada tem a ver com a emissão de uma espécie de documentação fiscal em lugar de outra.

Realmente, o fiscal autuante apontou no enquadramento do fato um dispositivo inadequado. O art. 824-D, II, do RICMS nada tem a ver com o fato de uma empresa usuária de equipamento emissor de Cupom Fiscal (ECF) emitir outro documento fiscal em vez de Cupom Fiscal. Esse vício, contudo, não chega a constituir óbice à defesa a ponto de acarretar a nulidade do procedimento.

Quanto ao mérito, a defesa alega que o contribuinte teve alguns problemas com o equipamento emissor de Cupom Fiscal, necessitando remetê-lo à assistência técnica por diversas vezes ao longo do período objeto da fiscalização, conforme cópias dos Atestados de Intervenção anexos, e por isso emitiu a Nota Fiscal de Venda a Consumidor com espeque no art. 691 do RICMS, em cada situação em que houve a temporária parada da máquina impressora. Demonstra os diversos problemas verificados com o equipamento.

Ao prestar a informação, a auditora responsável pelo procedimento começa dizendo que, com relação aos problemas alegados pela defesa, “se for realmente analisada a documentação anexa”, não haveria elementos digitados nas datas de início e término da manutenção exercida, porque, conforme explica no final de sua informação, ao analisar a documentação apresentada pela defesa, os Atestados de Intervenção e as Notas Fiscais devolvendo o equipamento tecnicamente reparado carecem de certos elementos esclarecedores, tais como, data real de conclusão dos serviços, números dos respectivos Atestados no corpo da Nota Fiscal, para melhor identificação dos Atestados, e também, o tipo de Nota Fiscal utilizada, e melhor descrição do serviço executado, o que, a seu ver, com certeza comprovaria a real existência de razões que justificassem a emissão da Nota Fiscal de Venda a Consumidor em lugar do Cupom Fiscal, porém considera muito difícil aceitar as alegações do autuado, quando estas são pouco ou nada esclarecedoras e convincentes. A auditora finaliza a informação manifestando suas dúvidas “diante de tanta incerteza”.

Noto que a auditora se mostrou em dúvida quanto à existência das infrações, pelo menos em sua totalidade.

Há outra questão a mais neste caso, pois a nobre auditora, em vez de aplicar as multas levando em conta as datas de ocorrência dos fatos, pôs tudo como se tivesse ocorrido no último dia do ano.

Porém, se não em sua totalidade, deduz-se que houve infração nos períodos considerados. Nesse sentido, a defesa sinaliza para a escassez das situações em que se deu a infração, alegando que isso evidencia que o impugnante não é um contumaz agente a realizar o ato descrito neste Auto, pois foram registradas ao longo do período fiscalizado apenas 5 infrações, relativas a interstício temporal não superior a 50 dias, alegando que esse fato por si só acentua a necessidade da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação da sanção.

Tendo em vista que a própria defesa admite que em 5 ocasiões ocorreu a infração, seria o caso de se investigar quais foram exatamente essas 5 ocasiões, a fim de dimensionar o valor da multa.

No entanto, há um apelo da defesa no sentido de que existem motivos para que se reduza a penalidade imposta, alegando a inexistência de dolo e de prejuízo ao erário estadual, haja vista que a empresa se dedica ao comércio de combustíveis, atividade totalmente sujeita ao regime de substituição tributária, de modo que todo o imposto incidente nas suas operações é recolhido por antecipação.

O autuado é um posto de combustíveis. Isto significa que praticamente tudo o que o estabelecimento comercializa tem o imposto pago por antecipação, estando as operações subsequentes livres de tributação, nos termos do art. 356 do RICMS.

O autuado pede que a multa seja dispensada ou reduzida, por inexistência de dolo e haja vista que não houve prejuízo neste caso ao erário. Citou decisões deste Conselho que dão respaldo à sua pretensão.

Para decidir sobre esse aspecto, faço a seguinte conjectura: o que é mais grave, é vender mercadorias sem emissão de qualquer documento, ou emitir um documento inadequado?

Ora, a resposta é óbvia. Muito mais grave é a falta de emissão de documento. O fato de emitir um documento fiscal em lugar de outro é infração, porém o grau de gravidade é incomparavelmente menor.

Em todos os casos – todos, absolutamente todos – em que, por meio de levantamento quantitativo de estoques de postos de combustíveis, se apura falta de emissão de Notas Fiscais, ou seja, sempre que o levantamento fiscal aponta omissões de saídas, a fiscalização vem aplicando a multa de R\$ 50,00. O programa SAFA já é orientado nesse sentido. E se eventualmente algum auditor se desvia dessa orientação o CONSEF corrige o equívoco.

Nesta Junta, essa tem sido a tônica de todos os julgamentos, sem exceção. A única discordância desta Junta tem sido se a multa de R\$ 50,00 é por exercício fiscalizado, ou se tal multa é pelo fato em si, independentemente do número de exercícios em que o fato se verificou.

Sendo assim, se a multa para quem deixa de emitir qualquer documento fiscal nas operações com mercadorias cuja fase de tributação está encerrada (combustíveis) é de R\$ 50,00, com muito mais razão esta é a penalidade para quem, em vez do Cupom Fiscal, emite a Nota Fiscal de Venda a Consumidor na venda de mercadorias cuja fase de tributação está encerrada.

O Estado não tem o intuito de apenar seus contribuintes de forma indiscriminada. O que ele espera é que as pessoas cumpram sua obrigação dita principal. É claro que o contribuinte não pode descuidar-se do cumprimento dos deveres de natureza acessória ou instrumental estabelecidos pela legislação relativos às prestações positivas ou negativas previstas para viabilização da arrecadação e da fiscalização dos tributos, porém em relação a esses deveres o legislador, atendendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, atribui ao órgão julgador a faculdade de reduzir ou cancelar as multas pelo seu

descumprimento, desde que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto, nos termos do § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Considero preenchidos os dois requisitos estipulados pela lei para dispensa ou redução da multa, pois as operações se encontravam com sua fase de tributação encerrada, e não foi demonstrada a existência de dolo, fraude ou simulação, circunstância que sequer foi ventilada.

Considero razoável a redução ou até mesmo o cancelamento da multa. O RPAF, ao inaugurar a regulação processual do contencioso administrativo fiscal, no título das disposições gerais, recomenda que se apliquem ao processo administrativo determinados princípios jurídicos, “sem prejuízo de outros princípios de direito” (art. 2º). Dentre esses princípios, no que concerne ao caso em tela, aflora o princípio da proporcionalidade, que se traduz na dosimetria da pena em função da gravidade da falta e da situação individual do infrator. Esse princípio reflete-se no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, o qual admite que o órgão julgador cancele ou reduza a multa, se não tiver havido dolo, fraude ou simulação, e desde que não tenha havido falta de pagamento de imposto.

Considerando que pelo menos em 5 ocasiões a infração ocorreu, conforme admite a própria defesa, proponho que a multa seja reduzida para R\$ 50,00, com base no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, reduzindo-se a multa para R\$ 50,00.”

VOTO

Consoante relatado, é objeto deste Recurso de Ofício a Decisão da 3ª JJF, julgando Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para aplicar multa percentual de 2%, por descumprimento de obrigação acessória, referente à emissão de notas fiscais série D-1, ao invés do cupom fiscal, na condição de usuário de ECF, tendo a irregularidade sido apurada nos exercícios de 2005, 2006, 2007, 2008 e 2009, conforme demonstrativos de fls. 11 a 158.

Do exame da procedimentalidade, verifico que a Decisão recorrida se apresenta incensurável, na medida em que corretamente identificou ser o autuado um posto de combustíveis, onde praticamente toda a comercialização do estabelecimento se encontra com o imposto pago por antecipação, portanto, sendo as operações subsequentes livres de tributação, de acordo com o art. 356 do RICMS/BA.

Com efeito, a autuante, ao promover a imputação, declarou, taxativamente, que a base de cálculo fora obtida em função dos valores levantados nos lançamentos do livro de Registro de Saídas das notas fiscais de venda a consumidor série D-1.

Ocorre que, como questionado pela JJF, o que se deve considerar mais grave, vender mercadorias sem a emissão de qualquer documento, ou emitir um documento fiscal inadequado?

Sem margem a maiores discussões, mais grave se apresenta a falta de emissão de documento, e se a multa para quem deixa de emitir qualquer documento fiscal nas operações já tributadas por antecipação, ou seja, com a fase tributável já encerrada, no caso combustíveis, é de R\$50,00, muito mais justo, lógico e coerente aplicar-se a mesma penalidade quando o contribuinte emite indevidamente Nota Fiscal de Venda a Consumidor, em lugar do Cupom Fiscal nas vendas de mercadorias, frise-se, com tributação já encerrada.

Nesse contexto, as multas devem ser aplicadas como ferramenta para obrigar o contribuinte a pagar o imposto pertinente, principalmente a acessória, a qual não pode e não deve se confundir com o fim precípuo da cobrança do imposto devido.

Conquanto os argumentos defensivos não sejam suficientes para que se julgue insubsistente a infração sob exame, é inegável a plausibilidade da aplicação ao caso do art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96 e o art. 915, § 6º, do RICMS-BA, autorizando a substancial redução das multas aplicadas.

Inferem-se presentes nos autos as condições estabelecidas na literalidade dos artigos supracitados, capazes de permitir a concessão do benefício da redução da multa aplicada, porquanto não se encontram indicativos de prática de dolo, fraude ou simulação, além de confirmada a condição de que a infração não implicou na falta de recolhimento do imposto, tratando de mercadoria (combustíveis) com fase de tributação encerrada.

Concludentemente, em consonância com posicionamentos adotados por este Colegiado, confirmo a Decisão de primeira instância, na linha de redução da multa acessória aplicada, conforme previsionado no § 7º, art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício formalizado pela 3ª JJF, mantendo inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **060624.0104/10-0**, lavrado contra **POSTO DE COMBUSTÍVEIS JAGUARIBE LTDA. (POSTO SÃO CRISTOVÃO)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$50,00**, prevista no inciso XXII do art. 42 da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de maio de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS