

PROCESSO - A. I. Nº 206956.0014/10-2
RECORRENTE - POSTO 4 COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0137-02/11
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 10/07/2012

RETIFICAÇÃO DE RESOLUÇÃO

Retificação da Resolução referente ao Acórdão nº 0164-12/12, de 18 de junho de 2012, com base no art. 164, § 3º do RPAF/BA, para fim de correção do número do Auto de Infração.

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0164-12/12A

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE 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 de 2% do 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. Infrações comprovadas. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário que impugnou a Decisão da 2ª JJF, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 14/12/2010, no qual estipulou multa no valor histórico de R\$25.465,30, em razão de emitir outro documento fiscal em lugar do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal exarou a seguinte Decisão:

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para aplicar multa em razão de o autuado ter emitido outro documento fiscal em lugar do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.

Fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois a autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

A infração foi embasa no levantamento fiscal, folhas 07 a 12, no qual consta o dia, mês, números das notas fiscais, valor total, o percentual da multa, o valor da multa, o número do livro Registro de Saídas e as folhas dos respectivos lançamentos.

Como se observa o levantamento fiscal foi realizado com base nas notas fiscais emitidas e escrituras pelo próprio sujeito passivo escrituração. A cópia do livro Registro de Saídas foi acostada às folhas 14 a 60 dos autos, comprovando a irregularidade apontada pelo autuado.

Por sua vez o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Portanto, caberia ao contribuinte autuado ter apontado qual a Nota Fiscal de Venda a consumidor, Série D-1, constante do levantamento fiscal e de seu livro de saídas, por ventura não se refere a venda ao consumidor fiscal, como, de forma genérica, levantou a possibilidade de existência. Assim, não tem cabimento a alegação defensiva de que seria necessário a juntada de todas as notas fiscais objeto da autuação.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, inciso I, alínea "a", do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

De igual modo, o pedido de diligência deve ser indeferido, também, com base na alínea "b" do citado artigo, uma vez que notas fiscais foram lançadas no livro Registro de Saídas pelo próprio contribuinte autuado, logo, a verificação dos fatos encontra-se vinculada a documentos que se encontram na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos.

No mérito, observo que a defesa não questiona a obrigatoriedade do estabelecimento autuado emitir cupom fiscal na vendas realizadas para consumidores fiscais.

No tocante ao argumento da impugnação de que as mercadorias comercializadas, combustíveis, encontram-se enquadrado na substituição tributária, o mesmo não é capaz de elidir a infração, uma vez que, sendo ou não mercadorias enquadradas na substituição tributária, estando o estabelecimento obrigado a emitir cupom fiscal para documentar as vendas realizadas para consumidor final, como é o caso em lide, havendo a emissão de outro documento fiscal, é devida a aplicação da multa, que é específica para o fato objeto da presente lide.

A obrigatoriedade encontra-se prevista no artigo 824-B, do RICMS em vigor, o qual estabelece 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 artigo 238 em seu § 2º estabelece que quando não for possível a emissão de documento fiscal por meio do ECF, em decorrência de sinistro ou razões técnicas, serão emitidos de forma manual, datilográfica ou eletrônica, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, ou a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou o Bilhete de Passagem, observada a natureza da operação ou prestação. Nesta situação, o contribuinte obrigado a escriturar livros fiscais registrará no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências – RUDFTO, o motivo e a data da ocorrência da impossibilidade de emissão do documento fiscal via ECF.

No presente caso, até a presente data, não houve comprovação da impossibilidade de emissão do documento fiscal por meio do ECF.

Quanto ao pedido de cancelamento da multa, o mesmo não pode ser acatado, pois o art.158, do RPAF/99, trata das multas por descumprimento de obrigação acessória, que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte. Assim entendo que não foram atendidas as exigências acima, razão pela qual deixo de acatar o pedido do autuado.

Não pode ser acolhido o argumento defensivo de que a multa não seria devida em razão de falta de previsão legal, decorrente de revogação de dispositivo legal, uma vez que a multa aplicada encontra-se corretamente enquadrada, no campo próprio do Auto de Infração, fl. 01, como sendo a prevista no Artigo 42, inciso XIII-A, alínea "h" da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela alteração introduzida pela Lei nº 10.847/07, in verbis:

***XIII-A** - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:*

...

***h)** 2% (dois por cento) do valor da operação ou prestação de serviço ao contribuinte obrigado ao uso de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento;*

Logo, não existe nenhum equívoco no dispositivo da multa aplicada constante do corpo do Auto de Infração, muito menos em relação ao percentual e ao valor apurado, estando correto o procedimento fiscal.

*Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.*

O autuado, ora recorrente, inconformado com a Decisão da 1ª Instância, interpôs Recurso Voluntário, alegando a falta de respaldo legal no Auto da Infração em epígrafe.

O recorrente veio ao CONSEF para impugnar, tempestivamente, diversos itens de autuação, cumulativamente e preferencialmente, a preliminar e nulidade, arguindo a ausência do PAF, documento que embasou a autuação. Destarte, argumentou que a multa aplicada não possui o devido amparo legal, haja vista, que foi exigida com base em dispositivo objeto de revogação expressa pelo Governador da Bahia, e de que não ensejou qualquer prejuízo para o Fisco Estadual, porém, mesmo diante de circunstâncias relevantes para rejeição da lavratura, a C. Junta de Julgamento Fiscal, em primeira instância administrativa, decidiu por bem manter a autuação em sua integralidade.

Assim sendo, o recorrente requer a nulidade da autuação em face da ausência de documentos, nos autos do PAF, necessários à instrução do lançamento baseado em notas fiscais supostamente emitidas pelo contribuinte de forma irregular, porém ausentes do PAF. O recorrente trouxe a questão de que a comprovação dos fatos alegados deve estar presentes nos autos, devendo as pretensões das partes estar assentadas em acervo probatório idôneo. Porém, no caso em tela, se fazem ausentes documentos nos autos do PAF, no qual se refere ao conjunto de notas fiscais, impossibilitando desta forma, na esteira de consolidada jurisprudência neste “*Colendo CONSEF*”, a realização da ampla defesa pelo contribuinte, devendo aplicar imediata nulidade. O recorrente afirmou que sem a juntada aos autos dos documentos fiscais referidos, torna-se impossível a análise de tais elementos de fato essenciais para a fundamentação do ato de imposição da multa.

No mérito, relata a aplicação da multa do art. 915 do RICMS/BA, e trouxe à baila o argumento de que o referido artigo, foi revogado pelo Decreto nº 12.156 de 28 de maio de 2010, nos termos do seu art. 4º, não subsistindo desta forma a um suporte legal para a aplicação da sanção imputada no auto da lavratura. Ressaltou, que o referido Decreto ora citado, constitui em uma Decisão expressa do Governador do Estado, no exercício do Poder Regulamentar, não consubstanciando em uma mera perda de vigência.

De acordo com a peça recursal, foi aplicada, equivocadamente, a multa por descumprimento de obrigação acessória. Ora, o recorrente, como aponta sua própria razão social, é posto de combustível varejista, e assim sendo, já adquire combustível tendo o ICMS referente à venda que promoverá, devidamente tributada antecipadamente na pessoa do contribuinte substituto, este, sim, o sujeito passivo do ICMS, que retém e recolhe o imposto ao erário estadual. Ressaltando, ainda, que em momento algum lhe foi exigido ICMS, tampouco apontou haver indicio de falta de recolhimento do imposto, o que deve ser realizado de ofício pela autoridade fiscal, se efetivamente fosse verificado no curso da fiscalização, assim, argumenta a ausência de dolo e de que não tenha implicado falta de recolhimento de imposto, no que autoriza o julgador administrativo cancelar a multa aplicada, conforme preceitua o art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96.

Em seguida, os autos foram encaminhados para o Parecer opinativo da nobre PGE/PROFIS. De acordo com o Parecer da lavra da ilustre procuradora, Dra. Maria José Ramos Coelho, não cabe nulidade da imputação fiscal, haja vista que a mesma está revestida das formalidades legais, sem vícios que a iniquem de nulidade, com o acostamento de todos os documentos necessários para atestar a imputação e o julgamento de 1ª Instância, tendo sido garantido ao sujeito passivo o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Quanto ao mérito, registrou acerca da inaplicabilidade do dispositivo relativo à multa, por força de revogação, que não deveria ser considerado, haja vista que está tipificada no art. 42, inciso XXX-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96. Ressaltou, ainda, que, apesar das mercadorias comercializadas pelo sujeito passivo estarem submetidas ao regime de substituição tributária, inexistem nos autos prova material de que a conduta infracional tenha sido praticado sem dolo, fraude ou simulação e que não tenha implicado na falta de pagamento de tributo.

Por fim, opinou pelo improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO VENCIDO

Compulsando os autos, pude constatar que a questão gravita em torno da emissão, por parte do recorrente, de outro documento fiscal em lugar do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Por conta disto foi imputada uma multa por descumprimento de obrigação acessória correspondente a 2% sobre a base de cálculo do movimento fiscal determinado com fulcro no levantamento fiscal acostado aos autos, no qual consta o dia, mês, números das notas fiscais, valor total, o valor da multa, bem como o número do livro Registro de Saídas e as folhas dos respectivos lançamentos.

Analisando as preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente, entendo não assistir razão aos seus argumentos, haja vista que foram cumpridas todas as formalidades legais, estando devidamente tipificadas a infração, infrator e montante da infração, com a plena observância dos pressupostos de validade do procedimento fiscal, tendo fundamentado com a indicação das, normas e documentos em que fundamentaram a imputação fiscal em foco. É mister assinalar que foi observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, como se constata da análise dos autos.

A autuação e a Decisão de 1º grau foi efetivada à luz Decisão do levantamento fiscal realizado com base nos documentos fiscais emitidos e escriturados pelo próprio recorrente, nos termos postos no PAF, onde pude verificar a presença da cópia do livro Registro de Saídas, comprovando a irregularidade apontada, ora em combate.

Não constatei na peça recursal o acostamento de provas capazes de elidir a infração, assim sendo o recorrente restringiu-se a simples negativa de cometimento da infração, fato que não o desonera da obrigação apontada, nos termos do art. 123 do RPAF/99.

No mérito, pude constatar que os argumentos trazidos não invalidam a imputação fiscal. É fato legal que o estabelecimento do recorrente está obrigado a emitir cupom fiscal para documentar as vendas realizadas para consumidor final, como é o caso em tela. Portanto, em havendo a constatação fiscal da emissão de outro documento fiscal, fica caracterizada a devida aplicação da multa específica para o fato objeto da presente lide, nos termos previstos no artigo 824-B, do RICMS/BA.

De acordo com este dispositivo legal vigente, 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 acobertar legalmente tais operações ou prestações. Por sua vez, o art. 238 em seu § 2º preceitua que em não sendo possível a emissão de documento fiscal por meio do ECF, em decorrência de sinistro ou razões técnicas, deve ser emitida a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, ou a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou o Bilhete de Passagem, observada a natureza da operação ou prestação. Neste caso, o contribuinte resta obrigado a registrar no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências – RUDFTO, o motivo e a data da ocorrência da impossibilidade de emissão do documento fiscal via equipamento Emissor de Cupom Fiscal. Tais procedimentos não foram por mim constatados na compulsão dos autos em apreço.

Quanto à alegação do recorrente de que se encontra revogado o dispositivo legal que fundamentaria a autuação, vale assinalar que a mesma encontrava-se amparada, à época da autuação, no art. 42, XIII-A, h, da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela alteração introduzida pela Lei nº 10.847/07.

No que tange ao pedido do recorrente no sentido do cancelamento ou redução da multa lançada de ofício, com base na previsão consignada no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, estou cômico de que o mesmo deve ser considerado na esteira de meu entendimento pacificado e externado em outros votos de minha lavra nesta egrégia 2ª CJF, mantendo-me assim justo e coerente com o julgamento da matéria. Para tanto, faço, em breve síntese, as seguintes considerações:

Reitero o meu entendimento que a multa aplicada foi legal, à luz da legislação estadual, nos termos previstos no art. 42, inc. XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, porém, deverá ser desproporcional por não haver qualquer prova ou indício de que a infração tenha sido praticada

por dolo, fraude, simulação ou que tenha havido prejuízo ao erário pela falta de recolhimento do imposto devido. Portanto, com fulcro no que preceitua o § 7º deste mesmo diploma legal, estou cômico da justeza em atender, em parte, o quanto requerido pelo recorrente em sua peça recursal, ou seja, reduzir a multa aplicada ao montante de 10% do valor originalmente lançado, de modo que ela passa a ser de R\$2.546,53.

VOTO VENCEDOR

No mérito, concordo com o ilustre Conselheiro Relator.

Entretanto, com a devida vênica ousa discordar quanto à redução, para 10%, do montante de valor monetário da penalidade indicada no Auto de Infração e mantida na decisão *a quo*.

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.

A prática infracional compele à aplicação da multa prevista na legislação. A dispensa, ou redução, 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 houvesse 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 referente às operações em que houve o descumprimento das obrigações acessórias 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 Voluntário interposto, ficando mantida a multa tal como lançada no Auto de Infração e teor do julgamento de primeiro grau.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206956.0014/10-2, lavrado contra **POSTO 4 COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$25.465,30**, prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR – Conselheiras(o): Osmira Freire Carvalho Ribeiro da Silva, Mônica Maria Roters e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): Carlos Henrique Jorge Gantois, José Antonio Marques Ribeiro e Rodrigo Lauande Pimentel.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de agosto de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR/VOTO VENCIDO

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – VOTO VENCEDOR

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