

PROCESSO - A. I. Nº 206956.0013/10-6
RECORRENTE - POSTO 4 COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0179-01/11
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 11/07/2012

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0171-12/12

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. Não acolhida a nulidade arguida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator quanto à redução da multa indicada na autuação. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em relação a Decisão da 1ª JF, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 14/12/2010, no qual aplicou multa no valor histórico de R\$24.904,34, em razão de emitir outro documento fiscal em lugar do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.

A 1ª 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.

Inicialmente, não acolho a preliminar de nulidade arguida pelo impugnante, sob o argumento de cerceamento do direito de ampla defesa pela ausência de notas fiscais necessárias à instrução do processo, haja vista que todas as notas fiscais arroladas na autuação foram emitidas pelo próprio autuado, significando dizer que estão em sua posse, sendo, portanto, desnecessária a juntada, conforme pretendido pelo defendente.

Noto que os demonstrativos elaborados pelo autuante identificam claramente as notas fiscais D-1 emitidas pelo autuado, inclusive com o respectivo registro no livro Registro de Saídas. Certamente que não há que se falar em cerceamento do direito de defesa e do contraditório, pois claramente estão descritas a infração, o infrator, o montante da base de cálculo.

No que concerne à alegação defensiva de que o art. 915, inciso XXX-A, alínea “h”, do RICMS/BA indicado no Auto de Infração, referente à multa de 2% sobre o valor da operação irregularmente documentada foi revogado pelo Decreto nº 12.156 de 28 de maio de 2010, nos termos do seu art. 4º, cujo termo inicial de vigência data de 01/06/2010, o que implica a revogação do dispositivo a partir desta data, alcançando, dessa forma, indubitavelmente, a lavratura do Auto de Infração em lide, pois datado de 14/12/2010, também não vejo como prosperar tal alegação defensiva, haja vista que consta na tipificação da multa no Auto de Infração a indicação da multa de 2% prevista no art. 42, XXX-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, que se encontra em plena vigência.

Ademais, mesmo que houvesse a indicação do art. 915, inciso XXX-A, alínea “h”, do RICMS/BA, mesmo revogado, não se constituiria em vício capaz de inquirir de nulidade o lançamento ou mesmo sua insubsistência.

No que concerne ao mérito, 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 seqüencial 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.

Verifico que o próprio autuado reconheceu a irregularidade, isto é, admitiu que emitiu notas fiscais quando deveria ter utilizado o equipamento ECF, tendo pleiteado a redução ou o cancelamento da multa aplicada, sob a justificativa de que opera exclusivamente com mercadorias tributadas sob o regime de substituição tributária e que no caso em tela estariam presentes os requisitos previstos no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96. Em reforço a sua tese, invoca julgados deste CONSEF, cujos resultados teriam seguido seu entendimento. Ressalto, no entanto, que nos casos correspondentes a essas decisões ficou comprovada que a infração praticada pelos autuados não resultara na falta de pagamento do imposto.

Desta forma, no respeitante à dispensa ou redução da multa requerida pelo autuado, verifico que a mesma ficou devidamente caracterizada e por não ter ficado evidenciado que o cometimento da irregularidade não implicou em falta de recolhimento do imposto, não acolho o pleito.

Diante do exposto, considero integralmente subsistente a infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”.

O autuado, ora recorrente, inconformado com a Decisão da 1ª JF, 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 presente 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 indício 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 praticada sem dolo, fraude ou simulação e que não tenha implicado falta de pagamento de tributo.

Por fim, opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO (Vencido quanto à redução da multa)

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 constam 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.

Analizando 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 foram efetivadas à luz do levantamento fiscal realizado e 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 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 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 e. 2ª CJP, 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, deveras 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\$2.490,43.

VOTO VENCEDOR (Manutenção da multa integral)

No mérito, concordo com o ilustre Conselheiro Relator.

Entretanto, com a devida vênio ousar 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 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 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 quanto à redução da multa, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206956.0013/10-6, 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\$24.904,34**, prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios conforme a Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Quanto à redução da multa) – Conselheiros(as): Osmira Freire 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, José Antonio Marques Ribeiro e Rodrigo Lauande Pimentel.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de junho de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

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

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

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS