

A. I. Nº - 206956.0011/11-1
AUTUADO - POSTO 4 COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
AUTUANTE - PAULO APARECIDO ROLO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 14.06.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0112-02/12

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS AO CONSUMIDOR EM SUBSTITUIÇÃO A CUPONS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A legislação prevê que o contribuinte só deve proceder dessa forma quando o equipamento estiver paralisado em decorrência de sinistro ou por motivo técnico. Não foi justificado o motivo para o procedimento adotado pelo contribuinte. Não foi acatado o cancelamento ou a redução da multa. Mantida a multa por está em conformidade com o artigo XIII-A da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847 de 27/11/07. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 21/11/2011, sob acusação do cometimento de infração relacionada com a emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, nos meses de janeiro, março, abril a setembro de 2006, sujeitando à multa no valor de R\$36.564,92, equivalente a 2% sobre o valor das notas fiscais série D-1 emitidas, conforme demonstrativo e documentos às fls. 06 a 38.

Foi dado como infringido o artigo 824-D, inciso II do Decreto nº 6.284/97, e aplicada a multa prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “h” da Lei nº 7.014/96.

O autuado, tempestivamente, através de advogado legalmente constituído, na sua peça defensiva (docs.fls.43 a 51), depois de descrever a infração apurada no presente Auto de Infração, impugnou o lançamento com base nas seguintes razões defensivas.

Preliminarmente, o defendente arguiu a nulidade do lançamento, por cerceamento de defesa, sob alegação de ausência nos autos de todas as notas fiscais que embasaram a aplicação da multa. Com esse argumento, diz que o ato de lançamento carece de documentação idônea a fundamentar a pretensão fiscal, tendo suscitado a realização de diligência para apurar a obrigatoriedade da emissão do cupom fiscal, em razão da condição de não contribuinte do adquirente da mercadoria.

Ressalta que a exigibilidade da emissão do cupom fiscal, na esteira do art. 824-B do RICMS/BA está vinculada à condição de não contribuinte do adquirente da mercadoria, e que, em se tratando de destinatário inscrito no cadastro do ICMS, no Estado da Bahia ou em outra unidade da Federação, inaplicável é a incidência do comando legal adotado pela fiscalização.

No mérito, alega que a multa aplicada com base no artigo 915, XXX-A, alínea “h” do RICMS/BA não subsiste, pois o referido dispositivo legal foi revogado através do Decreto nº 12.156 de 28/05/2010, efeitos a partir de 01/06/2010, e o auto de infração foi lavrado em 16/05/2011.

Prosseguindo, aduz que a atividade econômica exercida pela empresa é o comércio de combustíveis cujos produtos são enquadrados no regime de substituição tributária, os quais são adquiridas com tributação encerrada, ficando o recolhimento do ICMS retido por substituição sob a responsabilidade da refinaria, nada restando a recolher de imposto no comércio varejista.

Argumenta que a suposta emissão de documentos fiscais irregulares, apontada pela fiscalização, não traz qualquer repercussão negativa ao Fisco Estadual, na medida em que não houve falta de

recolhimento de ICMS, todo devidamente antecipado nas pessoas dos contribuintes substitutos. Diz que a implantação do sistema ECF em todo o Estado requereu período de complexa adaptação dos contribuintes, acarretando determinado grau de falhas e equívocos na conformidade dos procedimentos de venda adotados pelos contribuintes, notadamente nos primeiros exercícios de incorporação definitiva da obrigatoriedade no RICMS, entre 2004 e 2005.

Dizendo que não agiu com dolo, e que a emissão das notas fiscais não implicou falta de recolhimento do imposto, pede o cancelamento ou redução da multa com espeque no § 7º, Art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Ao final, requer o acolhimento da preliminar de nulidade arguída, ou a improcedência da autuação, ou caso contrário o cancelamento ou redução da multa.

No mérito, alega que a multa aplicada com base no artigo 915, XXX-A, alínea “h” do RICMS/Ba não subsiste, pois o referido dispositivo legal foi revogado através do Decreto nº 12.156 de 28/05/2010, efeitos a partir de 01/06/2010, e o auto de infração foi lavrado em 16/05/2011.

Prosseguindo, aduz que a atividade econômica exercida pela empresa é o comércio de combustíveis cujos produtos são enquadrados no regime de substituição tributária, os quais são adquiridas com tributação encerrada, ficando o recolhimento do ICMS retido por substituição sob a responsabilidade da refinaria, nada restando a recolher de imposto no comércio varejista.

Argumenta que a suposta emissão de documentos fiscais irregulares, apontada pela fiscalização, não traz qualquer repercussão negativa ao Fisco Estadual, na medida em que não houve falta de recolhimento de ICMS, todo devidamente antecipado nas pessoas dos contribuintes substitutos. Diz que a implantação do sistema ECF em todo o Estado requereu período de complexa adaptação dos contribuintes, acarretando determinado grau de falhas e equívocos na conformidade dos procedimentos de venda adotados pelos contribuintes, notadamente nos primeiros exercícios de incorporação definitiva da obrigatoriedade no RICMS, entre 2004 e 2005.

Dizendo que não agiu com dolo, e que a emissão das notas fiscais não implicou falta de recolhimento do imposto, pede o cancelamento ou redução da multa com espeque no § 7º, Art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Ao final, requer o acolhimento da preliminar de nulidade arguída, ou a improcedência da autuação, ou caso contrário o cancelamento ou redução da multa.

O autuante, em sua informação fiscal à fl.61, rebateu a defesa dizendo que nada foi apresentado de forma eficaz que justificasse a impossibilidade de emissão do cupom fiscal. Esclareceu que as notas que compuseram as planilhas constantes nas páginas 12 a 37 foram extraídas do livro de Registro de Saídas escriturado pelo autuado, e informou que não consta no registro de termos de ocorrência, nem no Sistema da SEFAZ/INC registro de intervenção no equipamento emissor de cupom fiscal que justificasse a emissão dos documentos fiscais. Manteve integralmente seu procedimento fiscal.

VOTO

Inicialmente, analisando a arguição de nulidade do lançamento tributário, a pretexto de cerceamento de defesa, sob alegação de ausência nos autos de todas as notas fiscais que embasaram a aplicação da multa, verifico que não assiste razão ao defendente, visto que não há necessidade de carrear as notas fiscais ao processo, pois elas se encontram em poder do próprio autuado, haja vista que as mesmas encontram-se escrituradas no Registro de Saídas e estão devidamente relacionadas no levantamento às fls.06 a 09, com a indicação dos respectivos números, datas de emissão e valores.

Desta forma, considerando que os elementos dos autos são suficientes para elucidação dos fatos questionados, tornando-se desnecessário o objeto da diligência ou perícia requerida, com fulcro no art.147, inciso I, do RICMS/97, indefiro o pedido do autuado.

No mérito, a infração imputada ao contribuinte diz respeito a emissão de notas fiscais série D-1 em lugar do cupom fiscal, na condição de usuário de ECF, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória.

Foi dado como infringido o artigo 824-D, inciso II, do RICMS/97, que reza *in verbis*:

Art. 824-D. O programa aplicativo utilizado para envio de comandos ao Software Básico do ECF deverá estar previamente cadastrado na SEFAZ e atender aos seguintes critérios:

.....

II - não possuir função que faculte ao operador a não emissão do documento fiscal relativo aos registros realizados.

Observo que o enquadramento legal não está condizente com o fato narrado no auto de infração, porém, este vício de indicação do dispositivo legal não implica em nulidade, a teor no artigo 19 do RPAF/99, pois pela descrição do fato ficou evidente o real motivo da imputação e o respectivo enquadramento legal, e o sujeito passivo demonstrou ter entendido perfeitamente o fulcro da autuação, dela se defendeu, não caracterizando cerceamento do direito de defesa.

Para chegar a conclusão fiscal, o preposto fiscal autuante elaborou planilha intitulada de DEMONSTRATIVO DAS NFVC EMITIDAS IRREGULARMENTE POR EMPRESA USUÁRIA DE EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL – ECF, fls.07 a 09, na qual, encontram-se discriminadas as notas fiscais emitidas e o valor da multa calculada à alíquota de 2%.

Pelos termos da defesa, noto que em momento algum foi negado o motivo real para aplicação da multa, qual seja, de que tivesse emitido notas fiscais em lugar do ECF, sem motivo justificável.

A insurgência do patrono do autuado está fundamentada na alegação de que é inaplicável a multa, em razão da condição de destinatário inscrito no cadastro do ICMS, no Estado da Bahia ou em outra unidade da Federação. Não vejo como prosperar tal alegação, pois de acordo com o levantamento fiscal as notas fiscais emitidas em lugar do cupom fiscal são de série D-1, e portanto, referem-se a vendas a consumidores finais.

Quanto a alegação de que a multa aplicada com base no artigo 915, XXX-A, alínea “h” do RICMS/BA, cujo dispositivo legal foi revogado através do Decreto nº 12.156 de 28/05/2010, efeitos a partir de 01/06/2010, e o auto de infração foi lavrado em 16/05/2011, de fato tem razão o defendente. Contudo, consta no auto de infração que multa foi aplicada com base no artigo 42, XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, em vigor na data da lavratura do auto de infração, que reza *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;

Com relação ao argumento defensivo de que a atividade do estabelecimento é o comércio de combustíveis cujos produtos são enquadrados no regime de substituição tributária, os quais são adquiridas com tributação encerrada, não é capaz para elidir a multa aplicada, pois, a imposição de penalidades pelo descumprimento de obrigação acessória, existe em virtude da possibilidade de inobservância pelo sujeito passivo das determinações legais, e além do seu caráter educativo, visa preservar o crédito tributário. Nessa situação, quando o contribuinte descumpre as suas obrigações de caráter acessório está passível de aplicação de penalidades, a exemplo da que cuida o Auto de Infração em exame.

O artigo 238, § 2º, do RICMS/97 prevê que o contribuinte usuário de ECF só pode emitir Nota Fiscal de Venda a Consumidor, em substituição ao Cupom Fiscal, quando o equipamento estiver paralisado em decorrência de sinistro ou por motivos técnicos, e nesses casos, deve o estabelecimento proceder conforme determina o artigo 293, § 2º, do RICMS/97, a fim de documentar o fato. Nesse sentido, o autuado não justificou o motivo para a utilização das notas fiscais em lugar do ECF, ou seja, não comprovou a impossibilidade da emissão de cupom fiscal.

No que concerne à redução da multa, pleiteada pelo autuado, o § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, concede ao órgão julgador administrativo a discricionariedade de, uma vez imputadas às multas por descumprimento de obrigações acessórias, conceder redução ou cancelamento das mesmas, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto, dispositivo legal que é regulamentado pelo art. 158 do RPAF/BA.

Esta discricionariedade, portanto, permite que, mesmo não havendo dolo, fraude ou simulação ou falta de imposto recolhido, relativo a infração por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não conceda a redução ou o cancelamento das multas aplicadas.

No presente caso, considerando a inexistência de demonstração da não ocorrência de dolo, haja vista tratar de uma questão subjetiva, não há como contemplar o pedido do impugnante de redução ou cancelamento da multa.

Nestas circunstâncias, mantenho a multa aplicada, uma vez que o autuado não justificou o motivo para emissão de notas fiscais em lugar do ECF.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206956.0011/11-1**, lavrado contra **POSTO 4 COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$36.564,92**, prevista no artigo 42, III-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR