

A. I. Nº - 206956.0001/12-4
AUTUADO - HP COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - PAULO APARECIDO ROLO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 11.07.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0152-02/12

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 estar 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 12/03/2012, 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 agosto a dezembro de 2007, sujeitando à multa no valor de R\$7.264,24, equivalente a 2% sobre o valor das notas fiscais série D-1 emitidas, conforme demonstrativo e documentos às fls.07 a 89.

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.95 a 108), depois de fazer uma breve síntese da infração apurada no presente Auto de Infração, impugnou o lançamento com base nas seguintes razões defensivas.

Preliminarmente, o defendente argüiu a nulidade do lançamento, com base nas seguintes alegações:

- a) inexistência de fundamento jurídico, por entender que o dispositivo legal tido como infringido (art.824-D, inciso II, do Decreto nº 6.284/97) não possui qualquer pertinência com o enquadramento fático, por se referir aos requisitos técnicos necessários ao *software* destinado à impressão de cupons fiscais.
- b) omissão quanto à observância ou não dos requisitos legais do meio eletrônico utilizado pelo contribuinte para a emissão de nota fiscal.

Por conta disso, sustenta que existe no presente lançamento tributário vício insanável, pois não ficou clara qual infração lhe foi imputada, causando-lhe prejuízo a direitos fundamentais, impossibilitando de apresentar uma defesa consistente em que pudesse contestar os fatos e as consequências jurídicas imputadas.

No mérito, alega que teve alguns problemas relacionados com o equipamento emissor de cupom fiscal, necessitando remetê-lo à assistência técnica por diversas vezes ao longo do período objeto da fiscalização. Juntou como elemento de prova cópias de atestados de intervenção de manutenção, fls.109 a 112.

Invocou o Convênio ICMS 156/94 para argüir que qualquer intervenção no equipamento emissor de cupom fiscal só poderá ser realizado por pessoa jurídica devidamente credenciada junto à Secretaria da Fazenda e sob sua responsabilização civil e criminal, sendo necessária a lavratura de um atestado de intervenção em cada manutenção efetuada para fins de controle e fiscalização da Administração Tributária.

Aduz que como o número de credenciados habilitados para realizar intervenção no equipamento é extremamente reduzido, cuja correção se torna lenta, e inviabiliza a emissão dos cupons fiscais, utilizou em caráter eventual a emissão de nota fiscal de venda a consumidor, com espeque no artigo 691 do RICMS/97.

Prosseguindo, alega existência de incorreções no lançamento, e entende ser necessária a realização de revisão fiscal para redução da base de cálculo, alegando que:

- a) entre os dias 19/08/07 a 21/08/2007 houve uma série de problemas com a impressora, tendo esta retornando várias vezes a oficina inclusive com a realização de intervenção, e neste período foram emitidas as notas fiscais série D-1 nº 54701 a 54707 a 54744 a 54768;
- b) nos dias 03, 11, 13, 16 a 19, 25 e 26/09/2007 houve falha no sistema PDV da impressora fiscal, ficando a mesma sem emissão dos cupons fiscais, sendo utilizadas as notas fiscais nº 54774 a 54775 - 54778 a 54804 - 54813 54835 a 54836 - 54838 a 54845 - 54847 a 54860;
- c) nos dias 01/10/07 a 04/10/07; 11/10/07 a 14/10/07; 19 e 20/10/07 e 29/09/07, ocorreu falha no sistema de PDV da impressora fiscal, causando problemas técnicos que deixou a mesma sem emissão de cupons fiscais, sendo utilizadas as notas fiscais série D-1 nº 54861 a 54870 - 54873 a 54887 - 54889 a 54893 - 59602 a 59685 - 59687 a 59696 - 596863 - 59697 a 59725 - 59727 a 59768, 59770 a 59773 - 59829 a -59835 - 59862 a 59863 - 59897 a 59906;
- d) nos dias 01 a 30/11/07 ocorreu falha no sistema de PDV da impressora fiscal ficando a mesma sem emissão de cupons fiscais, sendo utilizadas as notas fiscais série D-1 nº 59937; 59941 a 59950; 59976 a 60001; 60001 a 60016; 60018 a 60025; 60027 a 60067; 60069 a 60150; 60151 a 60218; 60220 a 60275; 60277 a 60360; 60362 a 68515; 60517 a 60560; 60562 a 60564; 60565 a 60617; 60640 a 60645; 59951 - 59952 - 59954 a 59972; 60662 a 60675; 60676 a 60845; 60805.

Assim, afirma que durante os períodos acima relatados ficou impossibilitado, de emitir documentação fiscal conforme determina a legislação de regência em razão de problemas técnicos no equipamento emissor, e sustenta que não pode ser penalizado por esta conduta, visto que a emissão de nota fiscal de venda a consumidor foi a única alternativa encontrada para documentar suas operações e permitir a fiscalização pelas autoridades, fazendárias, o que demonstra, segundo o defendente, a sua boa fé e a sua real intenção de cumprir suas obrigações fiscais.

Considerou que a penalidade imposta representa violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, citando a doutrina e jurisprudência no âmbito do judiciário, e do CONSEF através dos Acórdãos JF nº 0173-03/11; CJF nº 1558/00; JF nº 0021-04/02; e JF nº 0010-01/03.

Argumentando ausência de dolo e de inexistência de prejuízo ao Erário Público, pede, em atenção ao princípio da eventualidade, e com fulcro no §7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, a redução da multa aplicada para o valor de R\$50,00, sob alegação de se dedicar ao comércio de combustíveis, atividade totalmente sujeita, nos termos da legislação fiscal, ao regime de substituição tributária, com todos os impostos incidentes sobre suas operações recolhidos pelas refinarias, e porque não houve qualquer prejuízo ao Erário Público.

Por fim, requer a nulidade da autuação ou caso contrário seja julgada improcedente, em razão da ocorrência de problemas técnicos no equipamento emissor de cupom fiscal, conforme termo de ocorrência, que lhe obrigou a emitir nota fiscal de venda ao consumidor, ou alternativamente a redução da multa conforme requerido acima.

O autuante, em sua informação fiscal à fl.126, rebateu a defesa dizendo que nada foi apresentado de forma eficaz que justificasse a impossibilidade de emissão do cupom fiscal. Diz que foi verificado no sistema da SEFAZ/INC que não consta nenhum atestado de intervenção no equipamento nas datas autuadas. Manteve integralmente seu procedimento fiscal.

VOTO

Inicialmente, analisando a arguição de nulidade do lançamento tributário, a pretexto de cerceamento de defesa, sob alegação de inexistência de fundamento jurídico, por entender que o

dispositivo legal tido como infringido (art.824-D, inciso II, do Decreto nº 6.284/97) não possui qualquer pertinência com o enquadramento fático, por se referir aos requisitos técnicos necessários ao *software* destinado à impressão de cupons fiscais, verifico que não assiste razão ao defendente, visto que, de acordo com o artigo 19 do RPAF/99, *a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.*

No caso, o patrono do autuado entendeu perfeitamente o fulcro da autuação, tanto que se defendeu da acusação fiscal, adentrando no mérito, inclusive justificando que as notas fiscais de venda a consumidor foram emitidas em lugar do equipamento emissor de cupom fiscal, em decorrência de paralisação do referido equipamento, questão que será tratada no exame do mérito a seguir.

Desta forma, não existe no presente lançamento tributário nenhum vício insanável, não caracterizando cerceamento de defesa, e portanto, o pleito do autuado não se enquadra em nenhum dos incisos do artigo 18 do RPAF/99 que inquiere de nulidade o lançamento da multa objeto do presente lançamento tributário.

De igual modo, considerando que os elementos dos autos são suficientes para elucidação do fato questionado, torna-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, conforme comentado acima, 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.08 a 22, 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.

No mérito, a insurgência do patrono do autuado está fundamentada na alegação de que nos períodos relatados ficou impossibilitado, de emitir documentação fiscal, em razão de problemas técnicos no equipamento emissor, tendo juntado à peça defensiva cópia do livro Registro de Utilização de Documentos e Termos de Ocorrências (RUDFTO), fls.109 a 112.

Da análise do referido documento, não vejo como prosperar tal alegação, pois, em que pese constar o número dos documentos fiscais emitidos e os dias em que o equipamento ficou paralisado, não foram apresentados os atestados de intervenção emitidos pelas empresas credenciadas pela SEFAZ para este fim, inclusive o próprio autuado declarou que utilizou em caráter eventual a emissão de nota fiscal de venda a consumidor, com espeque no artigo 691 do

RICMS/97, em virtude de dificuldade em conseguir a invenção do ECF em decorrência do reduzido número de credenciados habilitados, segundo o defendente.

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 se tratar de uma questão subjetiva, não há como contemplar o pedido do impugnante de redução ou cancelamento da multa.

Verifico que a jurisprudência citada na defesa não se aplica aos autos, por se tratar de situações diversas da que cuida este processo.

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 **206956.0001/12-4**, lavrado contra **HP COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor total de **R\$7.264,24**, 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, 28 de junho de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR