

PROCESSO - A. I. N° 206956.0001/12-4
RECORRENTE - HP COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF n° 0152-02/11
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 25/02/2013

3ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0032-13/13

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 n° 7.014/96, alterada pela Lei n° 10.847 de 27/11/07. Afastada a preliminar de nulidade suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de apreciar o Recurso Voluntário em relação à Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 12/03/2012, o qual acusa por ter emitido outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal a que está obrigado, nos meses de agosto a dezembro de 2007, sujeitando à multa no valor de R\$7.264,24, equivalentes 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 n° 6.284/97, e aplicada à multa prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “h” da Lei n° 7.014/96.

A ilustre JJF, analisando a arguição de nulidade do lançamento tributário, sob alegação de inexistência de fundamento jurídico, pois que o dispositivo legal tido como infringido (art.824-D, inciso II, do Decreto n° 6.284/97) não pertine ao enquadramento fático, eis que se refere aos requisitos técnicos necessários ao *software* destinado à impressão de cupons fiscais, diz não assistir razão ao defendant, e cita a esse propósito 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*”.

Aludem os i. Julgadores que foi entendido perfeitamente o fulcro da autuação, pois a defesa adentrou ao mérito, inclusive justificando que as notas fiscais de venda a consumidor foram emitidas em lugar do cupom fiscal, em decorrência de paralisação do referido equipamento.

Dizem ausentes no presente lançamento tributário qualquer vício insanável, não tendo havido cerceamento de defesa, assim a alegação do autuado não se enquadra em nenhum dos incisos do artigo 18 do RPAF/99 que inquere de nulidade o lançamento da multa objeto do presente lançamento. E que sendo suficientes os elementos contidos nos autos para elucidação do fato

questionado, é desnecessária a diligência ou perícia requerida. Com arrimo no art.147, inciso I, do RICMS/97, indeferem pedido do autuado.

Passam a análise do mérito da infração imputada ao contribuinte, a qual acusa pela 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.

Transcrevem a capitulação legal da infração;

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.

Efetivamente a i. JJF observa que o enquadramento legal não está condizente com o fato narrado no Auto de Infração, aduz, entretanto, que a indicação do dispositivo legal não implica em nulidade, a teor no artigo 19 do RPAF/99, pois a descrição do fato realçou o motivo da imputação e o seu respectivo enquadramento legal, possibilitando ao sujeito passivo o perfeito entendimento da autuação, tanto que dela se defendeu, não caracterizando cerceamento do direito de defesa.

Aludem que 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%.

Destacam que ao longo da defesa, em momento algum foi negada a presença do motivo real para aplicação da multa, qual seja, emissão de notas fiscais em lugar de cupons do ECF.

Citam que a insurgência do patrono do autuado tem por base a alegação de que nos períodos relatados em razão de problemas técnicos no equipamento emissor, ficou impossibilitado de utilizar a ECF, tendo juntado à peça defensiva cópia das escriturações no livro Registro de Utilização de Documentos e Termos de Ocorrências (RUDFTO), fls.109 a 112.

Concluem não prosperar tal alegação, pois, embora constem registros dos números dos documentos fiscais emitidos e os dias em que o equipamento ficou paralisado, faltaram apresentar os atestados de intervenção emitidos pelas empresas credenciadas pela SEFAZ para este fim, tendo a respeito, o próprio autuado declarado 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.

Apreciando o argumento de que a atividade do estabelecimento é o comércio de combustíveis, cujos produtos são enquadrados no regime de substituição tributária, os quais são adquiridos com tributação encerrada, aludem o mesmo não deter capacidade à elisão da multa aplicada, pois, a imposição de penalidades pelo descumprimento de obrigação acessória, ocorre em virtude da inobservância pelo sujeito passivo das determinações legais, e além do seu caráter educativo, visa preservar o crédito tributário.

Indicam que o artigo 238, § 2º, do RICMS/97 prevê que o contribuinte 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. E que o autuado não justificando o motivo para a utilização das notas fiscais em lugar do ECF, não comprovou a impossibilidade da emissão de cupom fiscal.

Abordam a redução da multa, pleiteada pelo autuado, citando que 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.

Com relação a este parágrafo anterior, textualizam que “*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.*”

Ao final, comentam verificar a impertinência da jurisprudência citada na defesa, por tratar de situações diversas da que cuida este processo.

Mantém a multa aplicada, por não ter o autuado justificado o motivo para emissão de notas fiscais em lugar do ECF.

Julgam pela Procedência do Auto de Infração.

Inconformado com a referida Decisão o autuado interpôs Recurso Voluntário sob o argumento de que a fixação de multas tributárias deve obedecer ao princípio da razoabilidade, e fez um paralelo com o direito penal quando da aplicação das penas e suas atenuantes.

Citou jurisprudências do STF a respeito de redução de multas tributárias.

Argui dedicar-se ao comércio de combustíveis e que por isso está sujeita ao regime de substituição tributária, estando todo o imposto antecipadamente já recolhido aos cofres públicos. Ademais a autoridade fazendária não apontou vícios na documentação fiscal apresentada pelo autuado, tendo sido apontada à infração relativa aos meses de agosto a dezembro do exercício de 2007, a qual não ensejou prejuízo qualquer ao erário público.

Afirma que não deixou de cumprir com seu dever de documentar suas operações, e que o documento fiscal, ainda que substituto, não se mostrou eivado de vícios ou incorreções, permitindo à fiscalização auditar as atividades do contribuinte pela total inexistência de omissões nas operações de saídas. Destaca que a emissão de documento fiscal errôneo é infração menos gravosa do que a não emissão desta documentação, devendo a multa a ser aplicada ser modulada dentro do mesmo patamar.

Colacionou Decisões das Juntas de Julgamento Fiscal que reduziram o valor da multa, em situações similares.

E, por fim, requer o acolhimento da preliminar de nulidade, a exclusão da penalidade lançada ou a sua redução para R\$50,00, dadas as ausências de dolo, má-fé ou simulação, e atendimento aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e equidade ante a inexistência de prejuízo ao erário publico.

VOTO VENCIDO

Da análise do Recurso Voluntário, observo que a linha de defesa é no sentido de redução da multa aplicada pelo descumprimento da obrigação acessória, objeto da presente autuação.

No intuito de evitar qualquer vício nesta Decisão, vejo que a preliminar de nulidade apresentada objetivamente foi afastada pela 2ª JJF por entender que embora a indicação do dispositivo, na lavratura do Auto de Infração, tenha sido equivocada, art. 824-D ao invés do art. 824-B, o art. 19, do RPAF, dispõe que tal fato não implica em nulidade, desde que pela descrição dos fatos fique evidente o enquadramento legal, o que ocorreu, não vislumbrando, portanto, quaisquer vícios indicados no art. 18, do RPAF, que enseje a nulidade do Auto de Infração.

Desse modo, acompanho o entendimento esposado pela JJF e afasto a preliminar de nulidade.

No que tange ao pedido de redução de multa, vale frisar, que o art. 42, §7º, da Lei nº 7.014/96, dispõe sobre a possibilidade de redução de multa quando ficar comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

Não se vislumbra nestes autos indicativos de dolo, fraude ou simulação, os quais não se presume, ressalta-se, além disso, resta confirmada a condição de que a infração não implicou na falta de recolhimento do imposto, vez que a mercadoria em questão, combustíveis, encontra-se com a fase de tributação encerrada. Por conta disso, casos há nos quais, por meio de levantamento quantitativo de estoque de postos de combustíveis, ao apurar falta de emissão de Nota Fiscal, ou seja, quando o levantamento fiscal aponta omissões de saídas, a fiscalização vem aplicando a multa de R\$ 50,00 (cinquenta reais).

Desse modo, se aquele contribuinte que não emitiu o documento fiscal é multado na quantia absoluta de R\$ 50,00, seria desarrazoadamente aplicar pena mais grave, de valor relativo, àquele que emitiu o documento fiscal, ainda que substituto, errôneo, pois forçoso atestar restar caracterizada a ausência de intenção de sonegar. No caso contrário, que entendo por utópico, seria o do permissivo legal tratar o contribuinte que cometeu infração mais grave, com penalidade mais branda.

Assim, em consonância com posicionamentos adotados por este CONSEF, em respeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e com base no permissivo legal do §7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para que a multa aplicada seja a de R\$ 50,00 (cinquenta reais).

VOTO VENCEDOR

Apesar do bem fundamentado voto, peço vênia para divergir do posicionamento do ilustre Conselheiro relator quanto à redução da multa indicada no Auto de Infração.

Efetivamente, o disposto no §7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 autoriza este colegiado a dispensar ou reduzir multa por descumprimento de obrigação tributária acessória. Todavia, esse mesmo dispositivo legal condiciona a dispensa ou redução à comprovação de que a infração tenha sido praticada sem dolo, fraude ou simulação e não implique falta de recolhimento do imposto.

Examinando as peças processuais, verifico que o contrato social do recorrente, acostado aos autos, indica que além de venda de combustíveis, o contribuinte também comercializa artigos de conveniência, produtos que são normalmente tributáveis. Dessa forma, não há como se sustentar que todos os produtos comercializados pelo estabelecimento fiscalizado já estavam como a fase de tributação encerrada e que, portanto, a inobservância da obrigação tributária acessória não teria ocasionado falta de pagamento de imposto, condição prevista na lei como necessária para a redução ou dispensa de multa por este órgão julgador administrativo.

Ademais, a inobservância da obrigação acessória em comento dificulta o exercício do controle, por parte da fiscalização, das operações realizadas pelos contribuintes. Assim, a falta de emissão de cupom fiscal implicou claro prejuízo operacional para o Fisco.

Também não se pode olvidar que a multa indicada no Auto de Infração, que originalmente era de 5%, já foi reduzida pela Lei nº 10.847/07 para o patamar de 2%. Não vejo, portanto, a necessidade de uma nova redução, pois a adequação que deveria ter sido feita já foi realizada pelo legislador.

Em face ao acima exposto, considero que a multa indicada no Auto de Infração, no valor de R\$7.264,24, não deve ser reduzida.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a multa indicada no Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a 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 **206956.0001/12-4**, lavrado contra **HP COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento acessória no valor de **R\$7.264,24**, prevista no art. 42, III-A, “h”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros(as): Álvaro Barreto Vieira, Maurício de Souza Passos e Fernando Antônio Brito de Araújo.

VOTO DISCORDANTE - Conselheiros(as): Oswaldo Ignácio Amador, Vanessa de Mello Batista e Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de janeiro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR/VOTO VENCIDO

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS