

PROCESSO - A. I. Nº 2069560010115
RECORRENTE - POSTO DE LUBRIFICAÇÃO SÃO JUDAS TADEU LTDA. (POSTO SÃO JUDAS TADEU)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0045-01/12
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 21/11/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0342-11/13

EMENTA: ICMS. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. DOCUMENTOS FISCAIS. CONTRIBUINTE USUÁRIO DE ECF. EMISSÃO DE NOTA FISCAL EM LUGAR DO CUPOM FISCAL A QUE ESTÁ OBRIGADO. Inexistência de comprovação de conduta dolosa, simulada ou praticada com má fé. A especificidade da atividade exercida pelo Recorrente – posto de combustíveis – evidencia que o descumprimento da obrigação acessória não ocasionou falta de recolhimento do imposto. Presentes os requisitos autorizativos de que trata o §7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96. Multa reduzida para 10% do valor exigido. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 1ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal proferida em 21/03/2012 (fls. 106/111) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 09/11/2011, com o objetivo de exigir da ora recorrente penalidade fixa, correspondente a 2% (dois por cento) do valor das operações, por descumprimentos de obrigação acessória no valor histórico de R\$ 41.085,27, em decorrência de este ter emitido notas fiscais ao consumidor – Série D1 – em substituição ao cupom fiscal a que estava obrigado.

Concluída a instrução do feito, a 1ª JJF entendeu por bem, à unanimidade, julgar procedente o Auto de Infração assim procedendo com base na seguinte fundamentação:

VOTO

Inicialmente constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo as multas e suas bases de cálculo apurados consoantes os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Verifico que foi imputado ao contribuinte autuado o cometimento de 01 (uma) infração em razão de ter emitido outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal (ECF) nas situações em que está obrigado.

No mérito, a obrigatoriedade da emissão do documento fiscal decorrente do uso de equipamento de controle fiscal, conhecido por cupom fiscal, encontra-se previsto no artigo 824-B do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, cujo teor faço por reproduzir:

Art. 824-B. 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. (Grifo nosso)

Quando solicitado pelo adquirente das mercadorias, o contribuinte usuário de equipamento de controle fiscal (ECF) 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 e o número do documento fiscal emitido no ECF, conforme dispõe o § 1º, inciso II, art. 238 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, que a seguir transcrevo.

Art. 238. O contribuinte obrigado a utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) emitirá o Cupom Fiscal, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou o Bilhete de Passagem por meio deste equipamento, nas operações ou prestações destinadas a não contribuinte do ICMS, observada a natureza da operação ou prestação, podendo também ser emitido, em relação a mesma operação e/ou prestação:

I - a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou o Bilhete de Passagem, se a Legislação Federal dispuser desta forma;

II - a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, ou a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, quando houver solicitação do adquirente dos bens. (Grifo nosso)

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos I e II, a 1ª via do documento fiscal emitido no ECF, deverá ser anexado à via fixa do documento fiscal emitido, no qual serão consignados o número sequencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF.

§ 2º 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.

No presente caso, a emissão das Notas Fiscais em lugar do Cupom Fiscal não foi motivada por solicitação do adquirente dos bens (art. 238, II, do RICMS/BA), nem tampouco em decorrência de sinistro ou razões técnicas (art. 238, § 2º, do RICMS/BA). A legislação tributária estadual é taxativa em determinar que os contribuintes do ICMS que realizarem venda de mercadorias para não contribuintes (art. 824-B do RICMS/BA) deverão utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), o que não ocorreu para as operações de vendas de combustíveis acobertadas pelas Notas Fiscais objeto da presente autuação na forma do demonstrativo às fls. 08 a 28.

O não atendimento da determinação do art. 824-B, associado a não ocorrências das prerrogativas do art. 238, destacadas no parágrafo anterior, resultou na aplicação, pelo fiscal autuante, conforme descrito no Auto de Infração em tela, da multa de 2% sobre o valor de cada Nota Fiscal emitida em lugar do Cupom Fiscal decorrente do uso do Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) nas situações em que o autuado estava obrigado no período da ação fiscal. Neste sentido voto pela subsistência da infração.

Amparado na argumentação de inexistência de qualquer prejuízo ao erário, ou mesmo à falta de pagamento de tributo, o autuado, alegando ter operado, em relação às mercadorias objeto da autuação, exclusivamente, com produtos sujeitos a antecipação tributária, requer, na forma do artigo 159 do RPAF/99, a dispensa da multa, em apelo ao princípio da equidade. Sobre esta vertente, observo que não nos apresenta como competência desta instância o encaminhamento de qualquer requerimento a Câmara Superior do CONSEF com pedido de dispensa ou redução de multa por infração como invocado na manifestação de defesa pelo contribuinte.

Poder-se-ia requerer a aplicação do art. 158 do RPAF/99, onde a legislação destaca que as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, 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.

Nesta perspectiva, a análise das documentações acostadas aos autos não me permite ver com segurança de que o descumprimento da obrigação acessória pelo autuado não tenha levado a omissão de obrigação principal, por conseguinte não tenha implicado na falta de recolhimento de tributo, uma das condições necessárias para redução ou dispensa da multa, conforme o dispõe o art. 158 do RPAF/99, combinado com o disposto no § 7º do art. 42 da Lei 7.014/96.

Ademais, utilizando do demonstrativo mensal (fl. 7), relativo aos valores devidos de multas, objeto da ação fiscal, associando com os valores lançados no livro Registro de Saídas (fls. 30-86) vê-se que, desenvolvendo uma relação percentual do volume de emissão de documento fiscal indevido (Nota Fiscal D1), com o volume de vendas totais do autuado (Valor Contábil lançado no LRS), observa-se um percentual médio relativamente alto de mais de 70% para todo o período da ação fiscal. Ou seja, o volume de vendas mensais, no período da ação fiscal, representa em média 70% acobertada com documento fiscal indevido (Nota Fiscal D1) onde o correto era estar acobertado em 100% por cupom fiscal.

Há de se observar, que a Fazenda Pública Estadual, admite a emissão da Nota Fiscal em lugar do Cupom Fiscal, porém que seja motivada por solicitação do adquirente dos bens (art. 238, II, do RICMS/BA), ou por sinistro, ou por razões técnicas (art. 238, § 2º, do RICMS/BA). Em todos os três casos é condicionado que o documento fiscal emitido no ECF, seja anexado à via fixa do documento fiscal emitido, no qual serão consignados o número sequencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF. Tudo isso na prerrogativa de que tal fato aconteça esporadicamente e não com tamanha intensidade como ocorrida na situação da infração em análise, objeto do presente processo administrativo fiscal.

Desta forma, não acolho o pedido de redução ou cancelamento da multa requerida pelo autuado no que preceitua o §7º do art. 42 da Lei 7.014/96.

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração em tela por restar caracterizada a infração, cabendo a penalidade no valor original de R\$41.085,27

Como se pode constar da leitura do voto acima reproduzido, os julgadores de primeira instância, após traçarem um arrazoado acerca das disposições legais aplicáveis ao caso dos autos, firmaram posicionamento no sentido da procedência do lançamento, rejeitando o pedido de cancelamento ou de redução da penalidade fixa aplicada por entender que a documentação acostada aos autos não permite atestar, com segurança, que o descumprimento da obrigação acessória não ocasionou falta de recolhimento do tributo, constatação que prejudica, por conseguinte, a aplicação da prerrogativa de que trata o §7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Intimado acerca do teor da Decisão, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário suscitando em sede de preliminar a nulidade do lançamento.

No seu entender, a conduta típica que lhe foi imputada não guarda consonância com o ato que efetivamente praticou. Aduz que não emitiu as notas fiscais Série D1 em substituição aos cupons fiscais, mas sim em razão de circunstâncias diversas, todas previstas na legislação.

Afirma que adotou tal procedimento apenas nas situações em que não se tornou possível emitir os cupons fiscais, seja em razão da falta de solicitação por parte dos clientes seja na hipótese destes não aceitarem aguardar o tempo necessário à sua emissão.

No mérito, renova o pleito de cancelamento ou redução da penalidade que teve contra si cominada.

Em sustentação do seu pedido, alega que não praticou evasão fiscal, já que, em decorrência da atividade que desenvolve – venda de combustíveis – nenhum tributo deixou de ser recolhido em razão de não ter emitido os cupons fiscais a que estava obrigado.

Aduz que não agiu com dolo, simulação ou má fé e que a falta de emissão dos cupons decorreu apenas da impossibilidade de emití-los. Diz que para formalizar as operações de vendas que realizou fez uso de documentos, cuja emissão encontra previsão na legislação, quais sejam: as notas fiscais de Série D-1.

Argumenta que as suas assertivas são corroboradas pelo procedimento de fiscalização a que foi submetido que chegou a termo sem que fossem constatadas quaisquer irregularidades que tenham ensejado falta de recolhimento de imposto.

Diante de tais argumentos, requer a reforma da Decisão de piso para que seja anulado o lançamento e na hipótese de afastada tal prejudicial, seja cancelada ou, alternativamente, reduzido o valor da multa originalmente lançada.

No opinativo de fls. 132/133, a PGE/PROFIS entendeu não merecer acolhimento a prejudicial de nulidade suscitada, uma vez a conduta apontada como infratora foi admitida pelo Recorrente que se defendeu a contento da acusação que lhe foi imposta. Neste sentido, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Quanto ao pedido de cancelamento ou redução da multa cominada, esclareceu trata-se tal prerrogativa de competência do órgão julgador, pelo que se absteve de apreciá-lo.

VOTO

O Recurso é tempestivo pelo que merece ser conhecido.

Da análise dos autos constato que há estrita consonância entre a conduta do Recorrente, consubstanciada na emissão de notas fiscais de venda ao consumidor de Série D1, quando para estas operações deveria emitir cupons fiscais pelo sistema ECF e as disposições contidas no artigo 824-B do Decreto nº 6.284/97 citado como infringido.

Os argumentos trazidos pelo Recorrente no sentido de que a emissão das notas fiscais de venda ao consumidor se deu em razão da impossibilidade de emissão dos cupons, situação fática que atrairia a exceção prevista no artigo 238 da mesma norma regulamentar, não podem ser acatados.

Nos termos do referido dispositivo legal, o contribuinte obrigado à utilização de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF poderá emitir também, em relação à mesma operação, a Nota Fiscal de Venda ao Consumidor nas hipóteses em que: (a) houver solicitação por parte do adquirente; ou (b) a impossibilidade de emissão do documento por meio do ECF em decorrência de sinistro ou razões técnicas.

Em suas razões de apelo sustenta o Recorrente que deixou de emitir os ditos cupons fiscais em razão de falta de solicitação por parte dos consumidores, bem assim da resistência destes em aguardar o tempo necessário à adoção de tal procedimento.

Como se vê, nenhuma das hipóteses suscitadas se encaixa dentre aquelas previstas pela legislação de regência ou mesmo impedem a emissão do documento por meio do equipamento ECF, já que não se constituem em eventos de sinistro ou falhas técnicas.

Por tais razões, entendo não merecer ser acolhida a prejudicial suscitada. Com base nos mesmos fundamentos, ratifico a Decisão proferida pela 1ª JF que julgou Procedente a exigência.

Acolho, contudo, o pleito de redução da multa cominada por vislumbrar na hipótese a presença dos requisitos autorizativos previstos no §7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96. Senão vejamos:

Conforme se constata da análise dos demonstrativos que instruíram o Auto de Infração, as operações objeto do lançamento referem-se à venda de combustível a consumidor final, operação com mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, cuja tributação pelo ICMS se encerrou em momento anterior à saída para consumo – saída das distribuidoras.

Ademais, é de se ressaltar, que o Recorrente não deixou de emitir documentos fiscais para acobertar as ditas operações, apenas o fez de forma diversa ao que determina a legislação.

Nestes termos, entendo ser possível afirmar que o descumprimento da obrigação acessória de que aqui se trata não importou em falta de recolhimento do imposto devido nas operações a ela correlatas.

Por outro lado, não há quaisquer indícios nos autos de que a conduta do Recorrente foi adotada com dolo, intuito de fraude, simulação ou má fé.

Ante ao exposto, perfilhando o mesmo caminho seguido pelos diversos precedentes desta Câmara em situações análogas, a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 007-11/10 e 0025-11/10, acolho a pretensão recursal para reduzir a multa cominada para R\$ 4.108,53, correspondente a 10% (dez por cento) do valor originalmente lançado.

RESOLUÇÃO

Acordam os membros da 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **2069560010115**, lavrado contra **POSTO DE LUBRIFICAÇÃO SÃO JUDAS TADEU LTDA. (POSTO SÃO JUDAS TADEU)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$4.108,53**, prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de outubro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – RELATORA

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