

A. I. N° - 206956.0003/13-5
AUTUADO - AUTO POSTO MATENSE LTDA
AUTUANTE - PAULO APARECIDO ROLO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 27/09/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0221-03/13

EMENTA: ICMS EMISSÃO DE NOTA FISCAL DE VENDA A CONSUMIDOR - D1, EM SUBSTITUIÇÃO AO CUPOM FISCAL. MULTA Contribuinte não logra êxito em provar a existência de circunstâncias que lhe impuseram o descumprimento da legislação. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 11/06/2013, reclama créditos tributários no valor de R\$ 25.071,18, no período de janeiro a dezembro de 2008, relativo a multa de ofício, em decorrência da emissão de documento fiscal diverso do Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF para acobertar as operações de venda a não contribuintes do ICMS. A multa proposta foi de 2% sobre o valor das saídas.

Constam dos autos: INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS (folha 05); TERMO DE INÍCIO DE FISCALIZAÇÃO (folha 06); Demonstrativo mensal dos valores devidos (folha 07); DEMONSTRATIVO DAS NFVC EMITIDAS IRREGULARMENTE POR EMPRESA USUÁRIA DE EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL – ECF (folhas 08 a 40); formulário INC ECF DETALHADO (folhas 41 a 42); cópias do livro Registro de Saídas da autuada (folhas 43 a 112); Termo de Saneamento do Auto de Infração (folhas 112 a 113); Procuração do representante da autuada (folha 114); Impugnação (folhas 118 a 128); informação fiscal (folha 131).

O contribuinte apresenta impugnação (folhas 118 a 128), na qual se insurge contra o lançamento efetuado pela fiscalização.

Alega que o auditor fiscal responsável pela lavratura do auto se excedeu no uso do poder de fiscalização ao enquadrar a conduta praticada nos artigos 824-A e 824-B. do Decreto 6.284/97. Daí resultar na aplicação de multa cuja base legal é a alínea h do inciso XIII-A. do Art. 42 da Lei 7.014/96. Em consequência, afirma que se sente obrigado a recorrer a este Conselho pela injustiça praticada pelo autuante, o qual não observou a circunstância da época de ocorrência do fato, pois o sistema de máquina emissora de cupom fiscal se encontrava em implantação no Estado.

Historia os fatos que se sucederam no processo de implantação do sistema de uso do equipamento emissor de cupom fiscal, para, a seguir, afirmar que foi pelo Decreto nº 7.636 que o Estado disciplinou que toda operação ou prestação realizada com consumidor não contribuinte do ICMS deveria ser acobertada com a emissão de Cupom Fiscal, Nota Fiscal de Venda a Consumidor, Cupom Fiscal para registro de prestação de serviço de transporte ou Bilhete de Passagem, emitidos exclusivamente no ECF.

Afirma que no ano de 2008, o uso de máquina registradora de cupom fiscal, não fornecia ao comerciante varejista segurança necessária para que abdicasse do uso de nota fiscal D1. As máquinas registradoras disponibilizadas pelos fabricantes apresentavam problemas constantes, as manutenções dos equipamentos eram de difícil solução, havia dificuldade no encaminhamento para conserto, dificuldade na formalização, junto a SEFAZ-BA, desses encaminhamentos, bem como o tempo demandado para esta operação (com procedimento envolvendo a desmobilização

do equipamento, encaminhamento ao assistente técnico e a remobilização) não permitia ao varejista se dar ao luxo de operar, utilizando apenas máquinas registradoras emitente de cupom fiscal.

Dado a esta situação, para evitar que houvesse comercialização de produto sem a emissão do documento fiscal, alega que o posto esteve obrigado a utilizar nota fiscal D1. Considerando ser o equipamento de cupom fiscal de estrutura frágil, a utilização era feita em área preservada, e utilizada dentro da capacidade de resistência do equipamento, o que em regra obrigava a utilização de nota D1 concomitante na bomba, já que o processo de evolução do uso de cupom fiscal em 2008 ainda era muito recente, bem como os equipamentos ofertados de péssima qualidade, com a sua manutenção demorada e custosa.

Dáí resulta, segundo o impugnante, o abuso no uso do direito de fiscalizar próprio do Estado. Aí se revela a falta de moderação do auditor fiscal, que, mesmo percebendo inexistência de sonegação fiscal, usou da condição que o poder de estado lhe confere para o exercício em demasia. Acrescenta que o uso de excesso é percebível quando a análise do fato é feita conjuntamente, considerando-se a conduta do passado com a conduta atual.

Pondera que o auto de infração não detecta sonegação fiscal, não pune a sonegação fiscal, mas pune a utilização de documento fiscal apropriado para comercialização de produtos ao consumidor em relação a outro que também estava à disposição do varejista para comercializar seus produtos. Cita, neste sentido, decisão exarada em recurso administrativo da lavra do Estado de Goiás, em situação fática similar, cujo teor reproduz em sua peça defensiva.

O defendente alega, por outro lado, que se observa erro e exacerbação quando da determinação da base de cálculo, pois o autuante, para determinar a base de cálculo, não excluiu, do total de valores vendidos, as vendas acompanhadas por cupom fiscal, pois mesmo não sendo utilizado com exclusividade concorria com as notas fiscais D1, da mesma forma que integram ao conjunto do valor informado como sendo todo de cupom fiscal valor de venda feita acompanhado por nota A e A1, (referentes às vendas feitas a pessoa jurídica).

Prega que cabia à autoridade citada deduzir (do total vendido) os valores acompanhados por cupom fiscal e nota A1 e A, o que não foi feito Dáí notar exagerada a base utilizada para aplicação da multa, resultando no exagero praticado pelo atuante.

Conclui, requerendo anulação do auto, pelo excesso do uso do direito de fiscalização e pelos erros quando da determinação da base de cálculo da multa.

Alternativamente à anulação, pede que seja considerado o argumento do autor, compelido a usar nota D1, considerando inexistir sonegação fiscal, bem como que não houve perda de imposto para o fisco.

O autuante, ao proceder à informação fiscal (folha 131), afirma que a impugnante não apresentou nada de forma eficaz, que justifique a impossibilidade de emissão de cupom fiscal. Afirma, ainda, que foi verificado e que não consta do livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências – RUFTO registro de qualquer ocorrência nesse sentido. Não há, sequer, qualquer registro no sistema SEFAZ/INC de atestado de intervenção nas datas autuadas.

Reafirma que as notas fiscais lançadas no demonstrativo constante das páginas 08 a 40 referem-se, somente, aos documentos fiscais de venda a consumidor, série D1, que foram extraídas do livro Registro de Saídas de Mercadorias, conforme páginas 43 a 111, cujo lançamento é de responsabilidade do próprio contribuinte.

Conclui, pedindo a manutenção do auto de infração, em sua inteireza.

Esse é o relatório.

VOTO

Afasto, inicialmente, a alegação preliminar de nulidade processual, pois não constato qualquer indício de que tenha havido abuso de direito, mas apenas o exercício da prerrogativa conferida ao cargo, traduzida no lançamento de ofício relativo à multa pelo descumprimento de obrigação acessória.

No mérito, o relatório “DEMONSTRATIVO DAS NFVC EMITIDAS IRREGULARMENTE POR EMPRESA USUÁRIA DE EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL – ECF” (folhas 08 a 40), anexado pelo autuante, descreve, de forma minudente, o fato infracional, relacionando, um a um, os documentos fiscais, série D1, emitidos pela autuada. Identifica, assim, as notas fiscais que foram emitidas, em substituição ao exigido pela legislação.

A impugnante não nega o fato, pelo contrário, confessa-o e procura justificar a sua prática com as circunstâncias imperante à época. Admitido o fato constitutivo do direito de lançar (acima referido), a impugnante arrogou para si o ônus de provar a ocorrência de fato posterior extintivo desse direito, ao se referir a circunstâncias imperativas que lhe teriam imposto a necessidade de emitir os documentos apontados na peça inaugural. Postula, assim, a inexigibilidade de conduta diversa como extintiva da punibilidade.

Deixa, contudo, de trazer ao processo evidências ou indícios de verossimilhança do quanto alegado, de forma que a sua conduta possa ser subsumida à norma prevista no § 2º do art. 238 do RICMS/BA, adiante reproduzido *in verbis*.

“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.

...

§ 2º Quando não for possível a emissão de documento fiscal por meio do ECF, em decorrência de sinistro ou razões técnicas (grifos acrescidos), 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.

...”

Não logrou êxito, portanto, em provar a ocorrência de sinistro ou razões técnicas que pudessem justificassem a sua conduta, ficando vulnerável às contra razões engendradas pelo autuante, o qual afirma não haver registro de qualquer atestado de intervenção no sistema SEFAZ/INC no período autuado.

Assevera, o autuante, que não há, igualmente, registro de tal ocorrência no livro RUDFTO.

Como não ficaram provadas as circunstâncias desabonadoras da conduta empresarial, conforme faz parte de suas alegações, entendo que a impugnante não se desincumbiu, a contento, do seu ônus probatório de evidenciar a existência do elemento fático extintivo alegado. Em consequência, concluo restar evidenciado o fato basal ensejador do lançamento de ofício, resultando na caracterização da infração.

Quanto à tese do contribuinte no sentido de que o autuante errou na apuração da base de cálculo da multa, pois deixou de deduzir, do total vendido, os valores relativos à emissão de cupom

fiscal que aconteceu no período, o exame do livro Registro de Saídas da autuada (folhas 43 a 112) não corrobora tal assertiva.

De fato, uma breve comparação do livro referido com o relatório “DEMONSTRATIVO DAS NFVC EMITIDAS IRREGULARMENTE POR EMPRESA USUÁRIA DE EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL – ECF” (folhas 08 a 40) revela que nem todos os documentos fiscais lançados no livro fiscal se encontram reproduzidos nesse demonstrativo.

O exame comparativo é revelador de que somente foram considerados (para efetivação do cálculo da multa) os lançamentos cuja linha apresenta na primeira coluna indicação de série D1, em apoio à afirmação do autuante.

Assim, entendo que se encontra provada a prática da infração, bem como a metodologia correta na apuração da base de cálculo da multa.

Quanto às considerações acerca da desproporcionalidade da multa, bem como acerca do pedido de sua redução, a exemplo do que fora feito em decisão administrativa tomada no âmbito da SEFAZ/GO (folha 121), é importante que se diga que essa Junta de Julgamento Fiscal somente pode fazê-lo à medida em que fique provado inexistir dolo na conduta tipificada, nos termos do artigo 158 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto 7.629/99, cujo texto vai abaixo reproduzido.

“**Art. 158.** As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, 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.”

Como não se trata de conduta culposa, mantenho integralmente a penalidade aplicada. Diante do exposto, voto pela procedência do auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206956.0003/13-5**, lavrado contra **AUTO POSTO MATENSE LTDA.**, devendo ser intimada a autuada para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 25.071,18**, prevista no art.42 “h” XIII da Lei nº 7.014/96 com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de setembro de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR