

**PROCESSO** - A. I. Nº 299689.0002/13-7  
**RECORRENTE** - HORTI FRUTI LM LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0287-03/13  
**ORIGEM** - INFAZ BARREIRAS  
**INTERNET** - 20/02/2014

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0035-11/14

**EMENTA:** ICMS. EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). FALTA DE INFORMAÇÃO À SEFAZ/BA DO PROGRAMA APLICATIVO UTILIZADO PARA ENVIO DE COMANDOS AO SOFTWARE BÁSICO DO ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Comprovado nos autos que o contribuinte não cumpriu a obrigação acessória de informar à Secretaria da Fazenda o programa aplicativo utilizado. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 3ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 13/11/2013 (Acórdão de fls. 43 a 57) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/01/2013, com o objetivo de exigir a multa no valor de R\$13.800,00, em decorrência da constatação da infração, relativa ao exercício de 2011, consoante documentos às fls. 01/03 dos autos, em razão da seguinte irregularidade:

***Infração 1:** não informou à Secretaria da Fazenda o programa aplicativo utilizado para envio de comandos do software básico de equipamento de controle fiscal, aplicada a penalidade por cada equipamento.*

Em defesa (fls. 24 a 29) o recorrente não reconheceu a infração 1, suscitando a nulidade da autuação, declarando a existência de vícios insanáveis na condução da ação fiscal, e consequentemente cerceamento do direito de defesa.

Alega que não teve lugar a renovação da ação fiscal determinada pelo CONSEF (Acórdão JJF nº 0076-03/12). O autuado afirmou que houve apenas uma nova autuação, sem a instauração dos termos e procedimentos necessários, informando ainda que, uma vez anulado o Auto de Infração nº 219157.0701/11-3, todos os atos preparatórios inerentes aos mesmos possuem o mesmo destino, ou seja, são nulos de pleno direito.

Após apresentação da defesa e da correspondente informação fiscal, a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 3ª JJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração, o que fez nos seguintes termos:

### VOTO

*O autuado suscitou a nulidade do presente lançamento, alegando cerceamento do seu direito de defesa pelo fato de que não ocorrera a renovação do “procedimento fiscal”, conforme determinado pelo Acórdão JJF nº 0076-03/12, mas simplesmente foi realizada uma nova autuação, sem a instauração dos termos e procedimentos necessários. Verifico que não deve prosperar a pretensão do impugnante, uma vez que a acusação fiscal trata de irregularidade decorrente de descumprimento de obrigação acessória, portanto, é dispensada a lavratura dos termos de início e de encerramento ao teor da alínea “a”, do inciso I, do art. 29, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF-BA/99, in verbis:*

*Art. 29. É dispensada a lavratura do Termo de Início de Fiscalização e do Termo de Encerramento de Fiscalização, do Termo de Apreensão ou do Termo de Ocorrência Fiscal:*

*I - quando o Auto de Infração for lavrado em decorrência de:*

a) descumprimento de obrigação acessória;

Assim, tendo sido o impugnante intimado do Acórdão JF nº 0076-03/12 que julgou nulo o Auto de Infração nº 219157.0701/11-3, não exerceu sua prerrogativa de denunciar espontaneamente prevista no art. 95, II, “d”, do RPAF-BA/99, bem como intimado da lavratura do presente Auto de Infração com a expressa concessão do prazo de trinta dias para apresentação de defesa, em nenhuma dessas oportunidades comprovou ter informado à Secretaria da Fazenda o programa aplicativo utilizado para envio de comandos do software básico de equipamento de controle fiscal. Portanto, não vislumbro qualquer ofensa ao exercício de ampla defesa pelo impugnante. Logo, rechaço a preliminar de nulidade suscitada e passo à análise do mérito da autuação.

No mérito o Auto de Infração impõe multa em razão da falta de informação, à SEFAZ, do Programa Aplicativo Fiscal utilizado para envio de comando ao Software Básico de equipamento de controle fiscal constando, na descrição dos fatos, que o contribuinte, mesmo depois de intimado, não informou qual o Programa Aplicativo Fiscal utilizado.

Em sede de defesa o autuado alegou que “utiliza o aplicativo PDVNET NS - versão 6.0.0.3 (PAF-ECF)”, que é aplicativo homologado por órgão técnico credenciado e cadastrado na SEFAZ/BA. Sustentou que, por isso, não restou configurada a ocorrência “fulcro” da exigência, que seria a não informação do programa aplicativo à SEFAZ/BA.

Da análise das peças que compõem os presentes autos, constato que depois de formalmente intimado, consoante Termo de Intimação fl. 04, o contribuinte não cumpriu a exigência expressa no art. 824-D do RICMS-BA/97, a seguir transcrito.

“Art. 824-D

[...]

§3º O contribuinte deverá informar à SEFAZ o programa aplicativo utilizado para comandar o ECF, sempre que solicitar habilitação de uso, devendo, na hipótese de alteração do programa aplicativo, informar o novo programa utilizado.”

Quanto à alegação do impugnante de que utiliza aplicativo homologado por órgão técnico credenciado e cadastrado na SEFAZ/BA, verifico que esse fato não o exime de cumprir o quanto determinado no dispositivo, já que a obrigação deflui expressamente da legislação pertinente e não contempla faculdade alguma para o seu adimplemento.

Constato que a multa aplicada encontra-se devidamente preconizada no item 1.3 da alínea “e” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Afigura-se também consentânea com o exposto teor do dispositivo regulamentar a exigência da multa no valor de R\$1.380,00, para cada um dos dez ECF do autuado, totalizando o montante de R\$13.800,00.

No que diz respeito aos acórdãos citados na defesa como precedente jurisprudencial não servem de paradigma para o presente caso por tratarem de situações distintas.

Não cabe reconsideração da referida multa, pelo fato de a presente situação não se enquadrar no art. 42, parágrafo 7º da Lei 7.014/96, uma vez que nos autos não restou comprovado de que a infração cometida não implicou falta de recolhimento do imposto.

Ademais, independentemente da possibilidade de que o contribuinte não tenha agido com dolo, resta comprovado, neste processo, o cometimento da infração e, nos termos do artigo 40, §2º, da Lei nº 7.014/96, a responsabilidade por infração relativa ao ICMS independe da intenção do agente, bem como da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato..

Quanto ao pedido do patrono do impugnante para que as intimações e notificações relativas ao presente feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, Rua Coronel Almerindo Rehem, 126, Ed. Empresarial Costa Andrade, salas 411/414, Caminho das Árvores, Salvador - Bahia, CEP41820-768, ressalto que nada obsta o atendimento de seu pleito e que o setor deste CONSEF possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista no art. 108 do RPAF-BA/99, e, em perfeita sintonia com o estabelecido no CTN, art. 127, orientando, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Ante o exposto, concluo os exames realizados nas peças dos presentes autos, onde restou efetivamente comprovado o cometimento, por parte do autuado, da infração que lhe fora imputada, eis que não prestou a informação a que estava obrigado.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 299689.0002/13-7, lavrado contra **HORTI FRUTI LM LTDA.**,

*devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor de no valor de **R\$13.800,00**, prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “e”, item 1.3, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.*

Como se pode inferir na leitura do voto acima reproduzido, a 3ª JJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora recorrente:

- a) Quanto à alegação de nulidade entende restar a mesma improcedente pois a acusação fiscal trata de irregularidade decorrente de descumprimento de obrigação acessória, portanto, é dispensada a lavratura dos termos de início e de encerramento ao teor da alínea “a”, do inciso I, do art. 29, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF-BA/99.
- b) Em razão do Acórdão JJF nº 0076-03/12 que julgou nulo o Auto de Infração nº 219157.0701/11-3, o Recorrente não exerceu sua prerrogativa de denunciar espontaneamente prevista no art. 95, II, “d”, do RPAF-BA/99.
- c) Até o presente momento, o Recorrente não comprovou ter informado à Secretaria da Fazenda o programa aplicativo utilizado para envio de comandos do software básico de equipamento de controle fiscal.
- d) Da análise das peças que compõem os presentes autos, constato que depois de formalmente intimado, consoante Termo de Intimação fl. 04, o contribuinte não cumpriu a exigência expressa no art. 824-D do RICMS-BA/97 e a utilização de software homologado pela SEFAZ/BA não o exime de cumprir o quanto determinado na legislação.
- e) Entende não caber redução da multa, pelo fato de a presente situação não se enquadrar no art. 42, parágrafo 7º da Lei nº 7.014/96, uma vez que nos autos não restou comprovado de que a infração cometida não implicou falta de recolhimento do imposto.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 57 a 61), basicamente reiterando os termos da impugnação, aduzindo que:

- a) Sustenta a nulidade da referida autuação, tendo em vista que a JJF não observou que o caso em tela trata-se de renovação de ação fiscal, decorrente de nulidade de Auto de Infração anteriormente lavrado, hipótese em que o Fisco deve atender à determinação do CONSEF;
- b) Que, o item 1.3, da alínea “e”, inciso XIII-A, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, prevê multa de R\$ 1.380,00, quando o contribuinte “não informar à Secretaria da Fazenda o programa aplicativo utilizado para o envio de comandos ao Software Básico de equipamento de controle fiscal, aplicada a penalidade por cada equipamento.”, fato este não constatado no presente caso, reafirmando que não houve a ação fiscal que deu origem ao Auto de Infração ora contestado.
- c) Afirma utilizar o aplicativo PDVNET NS – versão 6.0.0.3 (PAF-ECF), que é dispositivo homologado por órgão técnico credenciado e cadastrado na SEFAZ/BA, e de conhecimento deste órgão. Assim, não restou configurada a ocorrência “fulcro” da exigência, que seria a não informação do programa aplicativo à SEFAZ/BA.
- d) Sustenta que somente foi instada em 07/07/11, conforme “Termo de Intimação” anexo ao Auto de Infração anulado, à “informar corretamente o aplicativo utilizado” e a “providenciar a substituição de aplicativo”, não existindo qualquer menção de que tais providências não foram adotadas e não tendo mais validade a referida intimação, seja pelo decurso de tempo, seja porque a nulidade que atingiu o primeiro Auto de Infração por ela sustentado, vicia também o presente PAF, pois deste é “instrumento preparatório e acessório”.
- e) Assevera ter atendido à solicitação da SEFAZ, como pode ser auferido no sistema da SEFAZ, ao homologar as “chaves” que estavam em uso (que não implicavam a modificação do aplicativo) e que atualmente utiliza a versão 6.0.0.5, do mesmo aplicativo, com chave única para todos os equipamentos.

- f) Por fim, reitera o pedido de redução da multa aplicada sustentando que não é a existência de qualquer débito que desautoriza a redução, mas apenas aquele que tenha um liame direto com o objeto da infração.

Sem Parecer da PGE/PROFIS nos termos da legislação vigente.

## VOTO VENCIDO

Atestada a sua tempestividade, trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 3ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 13/11/2013 (Acórdão de fls. 43 a 57) que julgou, procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/01/2013, com o objetivo de exigir a multa no valor de R\$13.800,00, em decorrência da constatação da infração, relativa ao exercício de 2011, consoante documentos às fls. 01/03 dos autos.

O autuado suscitou a nulidade do presente lançamento, alegando cerceamento do seu direito de defesa pelo fato de que não ocorrera a renovação do “procedimento fiscal”, conforme determinado pelo Acórdão JJF nº 0076-03/12, mas simplesmente fora realizada uma nova autuação, sem a instauração dos termos e procedimentos necessários.

Seguindo a posição da 3ª. JJF, verifico que não deve prosperar a pretensão do recorrente, uma vez que a acusação fiscal trata de irregularidade decorrente de descumprimento de obrigação acessória, portanto, é dispensada a lavratura dos termos de início e de encerramento ao teor da alínea “a”, do inciso I, do art. 29, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF-BA/99.

Ademais, o Recorrente foi intimado do Acórdão JJF nº 0076-03/12 que julgou nulo o Auto de Infração nº 219157.0701/11-3, e não exerceu sua prerrogativa de denunciar espontaneamente prevista no art. 95, II, “d”, do RPAF-BA/99, bem como intimado da lavratura do presente Auto de Infração com a expressa concessão do prazo de trinta dias para apresentação de defesa, em nenhuma dessas oportunidades comprovou ter informado à Secretaria da Fazenda o programa aplicativo utilizado para envio de comandos do software básico de equipamento de controle fiscal. Portanto, não vislumbro qualquer ofensa ao exercício de ampla defesa pelo impugnante. Logo, rechaço a preliminar de nulidade suscitada e passo à análise do mérito da autuação.

Em tempo, ressalte-se ainda que a nulidade do Auto de Infração n. 219157.0701/11-3 fora reconhecida tão somente em razão da incompetência funcional do autuante, e não por insubsistência ou incerteza da ocorrência da infração.

No mérito o Auto de Infração impõe multa em razão da falta de informação, à SEFAZ, do Programa Aplicativo Fiscal utilizado para envio de comando ao Software Básico de equipamento de controle fiscal constando, na descrição dos fatos, que o contribuinte, mesmo depois de intimado, não informou qual o Programa Aplicativo Fiscal utilizado.

Em sede defesa e de Recurso voluntário o autuado alegou que utiliza aplicativo homologado por órgão técnico credenciado e cadastrado na SEFAZ/BA, e que por isso, não restou configurada a infração imputada.

Ocorre que a interpretação adorada pelo Recorrente não guarda qualquer razoabilidade, isto porque a exigência de informação do programa utilizado é expressa no art. 824-D do RICMS-BA/97.

O fato de ter sido constatado que o Recorrente utiliza dispositivo homologado não o exime da obrigação instrumental de informar à SEFAZ/BA o software utilizado pelo estabelecimento.

Outrossim, constato que a multa aplicada encontra-se devidamente preconizada no item 1.3 da alínea “e” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Afigura-se também consentânea com o exposto teor do dispositivo regulamentar a exigência da multa no valor de R\$1.380,00, para cada um dos dez ECF do autuado, totalizando o montante de R\$13.800,00.

Assim, ao meu ver, não restam dúvidas quanto à legalidade do lançamento, bem como a certeza

da infração cometida.

Entretanto, dirijo da posição da 3ª. JF no que atine à aplicação do art. 42, parágrafo 7º da Lei nº 7.014/96, vez que entendo restarem satisfeitos todos os requisitos para redução da multa aplicada.

O lançamento refere-se tão somente a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, e não há prova de que a mesma fora realizada com dolo, fraude ou simulação, tampouco que tenha acarretado em falta de recolhimento de tributo.

No que se refere à falta de prova que a infração não implicou em falta de recolhimento de tributo, cumpre ressaltar que o Recorrente foi submetido a dois procedimentos fiscalizatórios, nos quais, em momento algum, lhe foi imputado qualquer lançamento relativo a tributo não recolhido.

Ademais, como restou demonstrado, apesar de não ter cumprido a obrigação acessória imputada, o Recorrente fazia uso de programa efetivamente habilitado pela própria SEFAZ/BA.

Desta feita, em atenção ao art. 42, parágrafo 7º da Lei nº 7.014/96, bem como ao princípio da proporcionalidade, e entendendo que a multa deve ser aplicada em patamar que assegure o seu caráter educativo/punitivo, voto pela redução da penalidade imposta em 70%, passando a totalizar o valor histórico de R\$ 4.140,00 (quatro mil cento e quarenta reais).

Face o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

#### **VOTO VENCEDOR**

Peço vênha para discordar do eminente relator.

Sabe-se que a penalidade por descumprimento de obrigação acessória só pode ser alterada caso se constate, de forma inequívoca, a presença dos requisitos do art. 42, § 7º, Lei nº 7.014/1996.

*“§ 7º - As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto”.*

Com efeito, não há nos presentes autos qualquer evidência de fraude ou simulação, muito menos de falta de recolhimento de tributo.

Entretanto, o sujeito passivo sofreu duas fiscalizações, sendo que após a primeira já tinha conhecimento da irregularidade. A multa em julgamento resulta da segunda auditoria. Ora, uma vez que o contribuinte não corrigiu a sua conduta após a primeira, de forma consciente e deliberada, assumiu os riscos de arcar com as decorrências do ilícito, em evidente dolo, no mínimo eventual.

O dolo é a vontade dirigida aos resultados.

Genericamente falando e na modalidade eventual, não é o propósito de violar a Lei, mas de incorrer em ação ou omissão conhecendo a natureza das ocorrências e a correlata significação, de forma assumir os resultados ou a probabilidade de sua configuração. No presente caso, o agente detinha o conhecimento da falta de informação do software, e da mesma forma a vontade de manter a situação, ainda que tal postura viesse a prejudicá-lo.

Há dolo eventual sempre que o sujeito, embora não querendo diretamente a realização do tipo, o aceite como possível ou mesmo como provável. Para Eugênio Raul Zaffaroni e J. Henrique Pierangeli (1997, p.487), não se requer, entretanto, que “a previsão da causalidade ou da forma em que se produza o resultado seja detalhada”, é necessário somente que o resultado seja possível ou provável.

A pessoa não deseja o resultado, pois se assim ocorresse, não seria dolo eventual, mas direto. Prevê que é possível causar o mesmo, mas a vontade de agir ou de se omitir é mais forte, de forma que o compele a assumir o risco.

Não existe aceitação do ilícito em si, há a aquiescência como probabilidade, como possibilidade. Entre desistir da conduta e cometer a infração, esta se lhe mostra indiferente, no dizer de Damásio de Jesus, em Parecer emitido sobre o caso do índio Pataxó queimado em Brasília.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo ser acompanhado e homologados os valores efetivamente pagos com parcelamento, conforme demonstra as fls. 67/69.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299689.0002/13-7**, lavrado contra **HORTI FRUTI LM LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$13.800,00**, prevista no art. 42, XIII-A, “e”, item 1.3, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser acompanhado e homologados os valores efetivamente pagos com parcelamento, de fls. 67/69.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Paulo Danilo Reis Lopes, Raísa Catarina Oliveira Alves Fernandes, Maurício de Souza Passos, Edmundo José Bustani Neto e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO – Conselheiro: Daniel Ribeiro Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de janeiro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO DA SILVA – RELATOR/VOTO VENCIDO

PAULO DANILO REIS LOPES - VOTO VENCEDOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS