

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.357/12/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000171391-53
Impugnação: 40.010130683-77
Impugnante: Posto Encontro dos Rios Ltda
IE: 001070191.00-11
Origem: DF/Montes Claros

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – UTILIZAÇÃO/FORNECIMENTO DE PROGRAMA EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO – PAF/ECF – BOMBA DE COMBUSTÍVEL. Constatou-se a utilização de Programa Aplicativo Fiscal – PAF/ECF sem a devida autorização e interligação às bombas abastecedoras, conforme estabelecido no inciso I do art. 130 da Portaria SRE n.º 68/08 e nos Atos COTEPE/ICMS n.ºs 06/08 e 21/10. Exigência da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso XXVII da Lei n.º 6.763/75, majorada em 50%, nos termos do art. 53, § 7º da mesma lei. Entretanto deve ser excluída a reincidência por inaplicável. Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação pela Fiscalização, em diligência ao estabelecimento da Autuada, da utilização de Programa Aplicativo Fiscal – PAF/ECF sem a devida autorização e interligação às bombas abastecedoras, conforme estabelecido no inciso I do art. 130 da Portaria SRE n.º 68/08 e nos Atos COTEPE/ICMS n.ºs 06/08 e 21/10.

Exige-se Multa Isolada prevista no art. 54, inciso XXVII da Lei n.º 6.763/75, majorada em 50% (cinquenta por cento), nos termos do art. 53, § 7º da mesma lei.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 12 a 25, juntando documentação às fls. 26 a 33, basicamente aos seguintes argumentos:

- alega que, em 08/04/11, recebeu Auto de Infração cominando multa isolada por falta de PAF/ECF devidamente instalado e interligado às bombas abastecedoras de combustíveis, que foi impugnado e obteve da 2ª Câmara deste Egrégio Conselho redução da penalidade, através do acionamento do permissivo legal;

- afirma que, em 07/10/11, recebeu novo Auto de Infração cobrando multa isolada pelo mesmo fato gerador da autuação anteriormente recebida, constando expressamente no texto de seu relatório que o contribuinte “ainda não possui PAF/ECF devidamente interligado às bombas abastecedoras”;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- invocando os arts. 63 do Código Penal e 53 da Lei nº 6.763/75, discute o conceito de reincidência, concluindo que, para a caracterização do instituto, faz-se necessária a prática de novo delito pela mesma pessoa no prazo de 5 anos, o que não se deu no caso em questão, visto que a Impugnante não praticou nova infração, mas apenas se manteve da mesma forma em que se encontrava quando da constatação da irregularidade penalizada no Auto de Infração anterior;

- em sede de preliminar, alega a nulidade do Auto de Infração por ausência do Auto de Início da Ação Fiscal (AIAF), uma vez que as inserções fiscais no estabelecimento da Impugnante se deram em caráter repressivo, não se enquadrando, portanto no conceito de flagrante de infração;

- argui infração ao princípio do *non bis in idem*, uma vez que a Impugnante não cometeu nova infração e que, desta forma, jamais poderia ser penalizada pelo mesmo fato gerador;

- afirma que a falta de interligação das bombas abastecedoras ocorreu por circunstâncias alheias à sua vontade, visto que, desde 21/01/11 já havia pedido os componentes físicos necessários à interligação das bombas, mas que em virtude de inúmeras falhas nos equipamentos, a automação total só se deu em 26/09/11, conforme relatório que anexa aos autos;

- alega que jamais utilizou PAF/ECF em desacordo com a legislação, visto que o *software* instalado para a emissão de cupom fiscal foi devidamente homologado pela SEF/MG e autorizado pela AF/Várzea da Palma;

- argui violação ao princípio da legalidade, uma vez que a infringência imputada à Impugnante encontra-se baseada em Portaria, cuja finalidade é apenas disciplinar o funcionamento interno da Administração, não se aplicando aos particulares.

Por fim, requer que seja julgado improcedente o lançamento.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco se manifesta às fls. 37 a 42, resumidamente aos seguintes fundamentos:

- afirma que a caracterização da nova infração se deu pela segunda constatação, por parte do Fisco, de que a Impugnante não atendeu ao apelo da norma tributária vigente, que estabeleceu novas exigências ao uso do ECF em postos de combustíveis;

- alega que se trata de novo flagrante fiscal, que constitui fato novo, que, conseqüentemente, configura infração nova;

- afirma que a Impugnante poderia estar, na data da nova ocorrência, em situação de regularidade com o Fisco, uma vez que o tempo transcorrido entre as duas diligências ao seu estabelecimento foi de sete meses;

- alega que a constatação pela Fiscalização do descumprimento da obrigação acessória caracteriza flagrante infração à legislação tributária, situação em que resta

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

dispensada a emissão do AIAF, bem como da Ordem de Serviço, nos termos do art. 74 do RPTA e do art. 4º da Lei nº 13.515/00;

- afirma que, no caso concreto, mesmo sendo dispensada a apresentação da respectiva Ordem de Serviço, uma via da mesma foi entregue ao preposto do estabelecimento da Impugnante;

- alega que o prazo para adequação do aplicativo devidamente instalado e interligado às bombas de combustíveis se expirou em 30/09/10 e que, nas datas de constatação de ambas as infrações, não havia sequer indícios de que o processo de automação encontrava-se, ao menos, em curso;

- afirma que a exigência de adequação do PAF/ECF se fundamenta nos Atos COTEPE nºs 06/08 e 21/10, bem como nas Portarias nºs 068/08 e 081/09, e que não é função do Fisco entrar no âmbito da constitucionalidade ou não da norma tributária;

- afirma que restou configurado de forma objetiva o descumprimento da obrigação acessória vinculada a uma penalidade específica.

Por fim, requer que seja julgado procedente o lançamento.

DECISÃO

Da Preliminar

A Impugnante alegou a nulidade do lançamento por ausência de Auto de Início da Ação Fiscal (AIAF), infringência ao princípio do *non bis in idem*, cominação legal das penalidades incabível, infringências baseadas em portaria e violação ao princípio da legalidade.

Em relação à arguição de nulidade face à ausência do Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF), cumpre destacar que, nas hipóteses previstas no art. 74 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), parcialmente transcrito abaixo, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, o Auto de Infração documenta o início da ação fiscal.

Art. 74. Nas hipóteses abaixo relacionadas o Auto de Infração documentará o início da ação fiscal, ficando dispensada a lavratura prévia do Auto de Início de Ação Fiscal, Auto de Apreensão e Depósito, Auto de Retenção de Mercadorias ou Auto de Lacração de Bens e Documentos:

I - constatação de flagrante infração à legislação tributária, bem como na fiscalização no trânsito de mercadorias;

Assim, como no caso em comento foi constatado pela Fiscalização, em diligência de rotina ao estabelecimento da Impugnante, flagrante à legislação tributária, resta dispensada a prévia emissão do Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF), servindo o Auto de Infração em análise de documento suficiente à formalização do início da ação fiscal.

Portanto, deve ser rejeitada a preliminar de nulidade argüida.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Já em relação aos demais argumentos apresentados pela Autuada em sede de preliminar, por se confundirem com o mérito, serão devidamente tratadas juntamente com as demais matérias de mérito.

Do Mérito

O lançamento examinado refere-se à constatação pela Fiscalização, em diligência ao estabelecimento da Autuada, da utilização de Programa Aplicativo Fiscal – PAF/ECF sem a devida autorização e interligação às bombas abastecedoras, conforme estabelecido no inciso I do art. 130 da Portaria SRE n.º 68/08 e nos Atos COTEPE/ICMS n.ºs 06/08 e 21/10.

Primeiramente, cabe ressaltar que são obrigações do contribuinte do ICMS cumprir todas as exigências previstas na legislação tributária, conforme expressamente disposto no art. 96, inciso XVII do RICMS/02, transcrito abaixo:

Art. 96. São obrigações do contribuinte do imposto, observados forma e prazos estabelecidos na legislação tributária, além de recolher o imposto e, sendo o caso, os acréscimos legais:

(...)

XVII - cumprir todas as exigências previstas na legislação tributária, inclusive as disposições dos artigos 190 e 191 deste Regulamento e as obrigações constantes em regime especial;

No caso em tela, os dispositivos não observados pela Autuada encontram-se dispostos no art. 130, inciso I da Portaria SRE nº 068/08, transcrito abaixo, bem como nos Atos COTEPE nºs 06/08 e 21/10.

Art. 130. O estabelecimento comercial varejista de combustível automotivo deverá:

I - utilizar Programa Aplicativo Fiscal que atenda também aos requisitos técnicos específicos para estabelecimento revendedor varejista de combustível, observado o disposto no art. 71, devendo, para tanto, utilizar sistema de bombas abastecedoras interligadas a microcomputador e integrar, por meio de rede de comunicação de dados, os pontos de abastecimento, assim entendido cada um dos bicos da bomba de abastecimento;

Conforme confissão da própria Impugnante, bem como pela análise dos documentos acostados aos autos, não restam dúvidas de que a versão do programa encontrada em uso pela Impugnante no momento da ação fiscal estava em desacordo com a legislação tributária, legitimando, assim, a aplicação da penalidade prevista no art. 54, inciso XXVII da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 54. As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

XXVII - por utilizar, desenvolver ou fornecer programa aplicativo fiscal para uso em ECF em

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

desacordo com a legislação tributária ou que não atenda aos requisitos estabelecidos na legislação - 15.000 (quinze mil) UFEMGs por infração;

Nestes termos, no momento das duas diligências realizadas no estabelecimento da Impugnante, foi constatada a utilização de programa aplicativo fiscal para uso em ECF em desacordo com a legislação tributária, enquadrando-se, perfeitamente, no tipo descrito no inciso XXVII do art. 54 da Lei nº 6.763/75 e ensejando, dessa forma, a aplicação da penalidade prevista.

Portanto, conclui-se tratar de infração de cunho formal e objetivo, que se encontra perfeitamente caracterizada nos autos, através da documentação anexada pela Fiscalização, bem como da confissão da Impugnante, sendo pertinente, portanto, a cobrança do crédito tributário consignado no Auto de Infração.

Ressalta-se que a legislação tributária não estabelece interstício para a constatação da infração caracterizada nos autos, sendo o prazo de 7 (sete) meses, observado no caso em questão, razoável e suficiente para a adequação do aplicativo fiscal às novas regras estabelecidas pela Portaria SRE nº 068/08, bem como pelos Atos COTEPE nºs 06/08 e 21/10.

Cabe observar ainda que o prazo para que os contribuintes mineiros se adequassem às regras estabelecidas pelos dispositivos supracitados expirou-se em 30/09/10, ou seja, mais de um ano antes do recebimento do presente Auto de Infração pela Impugnante, que se deu em 07/10/11.

No que se refere à majoração da multa isolada em face da constatação da reincidência, ressalta-se que, na legislação tributária mineira, o instituto encontra-se previsto no § 6º do art. 53 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 53. As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

§ 6º Caracteriza reincidência a prática de nova infração cuja penalidade seja idêntica àquela da infração anterior, pela mesma pessoa, considerando-se em conjunto todos os seus estabelecimentos, dentro de cinco anos, contados da data em que houver sido reconhecida a infração anterior pelo sujeito passivo, assim considerada a data do pagamento da exigência ou da declaração de revelia, ou contados da data da decisão condenatória irreversível na esfera administrativa, relativamente à infração anterior.

Portanto, pela análise do dispositivo transcrito acima, conclui-se pela exclusão da reincidência, uma vez inaplicável ao caso em comento.

Por fim, em relação à documentação de fls. 29 a 32, acostada aos autos pela Impugnante, percebe-se que a mesma apenas comprova que somente em 29/09/11, ou seja, em data posterior à constatação da infração pelo Fisco, as bombas de combustível foram automatizadas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir a reincidência por inaplicável. Vencidos, em parte, os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor) e Rodrigo da Silva Ferreira, que o julgavam improcedente. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor) e Rodrigo da Silva Ferreira.

Sala das Sessões, 31 de janeiro de 2012.

José Luiz Drumond
Presidente

Tábata Hollerbach Siqueira
Relatora

CC/MG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	20.357/12/3ª	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.000171391-53	
Impugnação:	40.010130683-77	
Impugnante:	Posto Encontro dos Rios Ltda	
	IE: 001070191.00-11	
Origem:	DF/Montes Claros	

Voto proferido pelo Conselheiro Antônio César Ribeiro, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Versa o presente feito sobre a constatação de que a Contribuinte utilizava programa aplicativo em desacordo com a legislação tributária, aplicando-se ao caso o disposto no art. 54, inciso XXVII, majorada pela reincidência prevista no art. 53, §7º, ambos da Lei nº 6763/75.

“*Data venia*”, não concordo com a presente autuação e com os votos majoritários, pois, há um fato incontroverso nos autos, qual seja, a sanção de agora é a mesma de outrora, isto é, o programa aplicativo usado e flagrado quando da primeira autuação é o mesmo que o flagrado agora.

Não se trata de uma situação “nova”, tanto que a própria Fiscalização reconhece que o contribuinte não regularizou esta situação que foi anteriormente autuada.

Da mesma forma, e reconhecido não se tratar de situação “nova” quando se afasta a reincidência que é somente aplicável em face de uma “nova infração” (art. 53, §6º da Lei nº 6763/75).

Como se observa, o que se vê não é uma “nova infração”, mas sim, uma infração antiga com o mesmo fato gerador, ou, eventualmente, uma infração continuada.

Ora, tratando-se de mesmo fato gerador que já foi sancionado, “*data venia*”, não há que se falar em “nova sanção”, repita-se, pela importância, sobre o mesmo fato gerador.

Ademais, a legislação quando trata de ilícito pela permanência na conduta delituosa o faz de maneira pontual, tal qual previsto no art. 54, inciso VII da Lei nº 6763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Se este dispositivo não alcança o caso vertente, há na legislação tipificação para situações inespecíficas, não sendo razoável aplicar sanção idêntica a uma situação já consolidada e pelo mesmo fato gerador.

Em razão do exposto e pedindo “*venia*” aos votos majoritários, julgo improcedente o lançamento.

Sala das Sessões, 31 de janeiro de 2012.

**Antônio César Ribeiro
Conselheiro**

CC/MG