

PROCESSO - A. I. Nº 269114.0903/04-9
RECORRENTE - WALMIR MOSQUEIRA MARTINEZ JÚNIOR
RECORRIDA - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JF nº 0038-04/05
ORIGEM - INFAZ CAMAÇARI
INTERNET - 07/06/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0167-12/05

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. CONTRIBUINTE USUÁRIO DE ECF. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE VENDA A CONSUMIDOR. REDUÇÃO DA MULTA INICIALMENTE APLICADA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA O FISCO E DE DOLO POR PARTE DO RECORRENTE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 148, DO RPAF, E 42, § 7.º, DA LEI N.º 7.014/96. De acordo com o Regulamento do ICMS, a emissão de notas fiscais em substituição ao cupom fiscal pelo contribuinte que utiliza equipamento de controle fiscal só é admitida em situações especiais de impossibilidade justificada de impedimento de uso do equipamento, ou a pedido do comprador, circunstância esta não comprovada nos autos. Infração subsistente. Demonstrado nos autos, por outro lado, que o contribuinte recolheu o imposto devido, incorrendo qualquer prejuízo ao Fisco Estadual. Princípios da Eventualidade e Equidade aplicáveis ao caso vertente, posto que o contribuinte agiu sem dolo e de boa-fé, o que autoriza o julgador a reduzir o valor da multa inicialmente aplicada para R\$ 50,00, à luz do quanto insculpido nos arts. 148, do RPAF e 42, § 7.º, da Lei n.º 7.014/96. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo Autuado contra a referida Decisão prolatada pela 4ª Junta de julgamento Fiscal, através do Acórdão nº JF 0038/04-05, que julgou pela procedência em parte do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração foi lavrado imputando-se ao contribuinte a falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$4.533,46, além de impor multa de R\$3.702,06, em razão da ocorrência, segundo a fiscalização estadual, das seguintes irregularidades:

- 1) Omissão de saída de mercadoria tributada, com ICMS devido de R\$4.533,46, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito em valor inferior ao que foi fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito;
- 2) Emissão de documento fiscal distinto em substituição àquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, razão pela qual foi aplicada a multa no valor de R\$ 3.702,06;

O recorrente, em sua defesa, contestou a autuação, transcrevendo, inicialmente, os termos da acusação fiscal, bem como o teor do inciso VI e seu § 3º, do art. 2º, do RICMS/97, tidos como infringidos. No que concerne à infração 1, alegou que a situação descrita jamais se verificou, pois em nenhum momento os valores de vendas efetuadas foram inferiores aos informados pelas administradoras de cartão de crédito, conforme poderá ser verificado por meio das DMAs e da planilha acostadas às suas razões defensórias. Aduziu que a infração apontada pelo autuante não encontra guarida na legislação em vigor, posto que não se enquadra no tipo descrito no RICMS/BA, o que contraria o princípio da legalidade que disciplina as relações tributárias. Asseverou, ainda, que se trata de uma empresa que atua no ramo de distribuição de bebidas, estas enquadradas no regime de substituição tributária, conforme se depreende da análise das notas fiscais anexadas à defesa, requerendo, quanto à citada infração, a aplicação do critério da proporcionalidade. Por outro lado, no que tange à infração 2, informou que jamais determinou a emissão de qualquer outro documento em lugar do que deveria ter sido emitido pelo equipamento eletrônico, esclarecendo que no período objeto da autuação o ECF estava bloqueado por problemas técnicos, conforme demonstra o Atestado de Intervenção carreado à peça defensiva. *Pari passu*, pugna, invocando o princípio da equidade, pela conversão da infração em descumprimento de obrigação acessória, a fim de que lhe seja aplicada multa no valor de 1 UPF. Ao final, requereu que o Auto de Infração fosse considerado nulo e, superada a preliminar, que seja aplicado o critério da proporcionalidade, o que descaracteriza a infração, visto que comercializa mercadorias com fase de tributação encerrada (bebidas).

Na informação fiscal, o autuante, em breve prelúdio, fez um resumo das alegações defensivas em relação à infração 1, alegando, em seguida, que ainda que o autuado comercialize exclusivamente produtos substituídos e não ser enquadrado no regime SimBahia, não há explicação razoável para a omissão de saída de mercadorias. No que diz respeito às DMAs juntadas pela defesa, aduz que as mesmas são preenchidas pela empresa, sem nenhuma crítica por parte do Fisco. Quanto à infração 2, aduziu que o mesmo somente comprova uma semana de paralisação, além do que o documento anexado se trata de uma cópia, sem poder probatório para elidir a autuação. Ao final, requereu a manutenção do Auto de Infração.

Através do Acórdão JF N° 0038/04-05, a 4.ª JF julgou procedente em parte o Auto de Infração sob o entendimento de que:

- a) Quanto à infração 1, com fulcro no art. 356, do RICMS/97, entendeu a referida Junta de Julgamento Fiscal que não restou caracterizada a infração, posto que, tendo ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subseqüentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, estendendo-se essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária, razão pela qual não se aplica *in casu*, a presunção prevista no § 4º, do art. 4º, da Lei n° 7.014/96, pois, implicaria em bi-tributação, o que é vedado pela legislação;
- b) No que se refere à infração 2, decidiram os Ínclitos Julgadores que a intervenção no ECF se deu no dia 13/02/04, terminando em 20/02/04, ficando comprovado que o equipamento somente permaneceu sem funcionar durante sete dias, ao passo que as notas fiscais foram emitidas pelo autuado no período de janeiro/03 a março/04, razão pela qual, após serem excluídos os valores das Notas Fiscais de n°s 5301/5312, emitidas entre os dias 13 e 20/02/04, no montante de R\$1.027,14, prevalece a aplicação da multa sobre a base de cálculo remanescente - R\$3.650,71 (5% de 73.014,16), não merecendo guarida o pedido de conversão

da multa em penalidade formal no valor de 1 UPF-BA, posto que existe penalidade específica na legislação vigente, aplicável à irregularidade cometida;

Inconformado com a Decisão prolatada pela 4ª JF, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, fulcrando a sua insurgência no fato de que deve ser considerado “o período a partir de 31/12/2002 às 23:59 conforme cópia da bobina do ECF anexa ao processo inicial da defesa, que comprova o bloqueio do ECF, para mudança ou atualização da versão, problema este comprovado na intervenção técnica que instruiu a peça inicial”. Além disso, aplica-se ao caso vertente o princípio da eventualidade, caracterizado pela natureza eventual do fato, convindo salientar que o recorrente jamais determinou a emissão de qualquer outro documento em lugar do que deveria ter sido emitido pelo equipamento eletrônico, o que não teria qualquer propósito, vez que trabalha somente com mercadorias sujeitas à antecipação tributária. Por fim, com espeque no princípio da equidade, pediu que a infração fosse convertida em descumprimento de obrigação acessória, no valor de 1 UPF-BA.

Em seu Parecer, a representante da PGE/PROFIS entendeu que o julgamento de 1ª Instância agiu acertadamente, posto que toda a documentação constante dos autos foi analisada pelo julgador, restando comprovado que o período em que ocorreu a paralisação do ECF foi considerado e reduzido, devendo ser mantida a multa aplicada em face do princípio da especialidade, razão pela qual opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Insurge-se o recorrente, na sua peça recursal, tão-somente quanto à penalidade aplicada pelo descumprimento de obrigação acessória, concernente à infração 2 do Auto de Infração, qual seja, multa de 5% sobre as notas fiscais da série D-1, emitidas pelo mesmo no período janeiro/03 a março/04, a despeito de possuir ECF devidamente autorizado pela SEFAZ.

Merece reparo o *decisum* prolatado em Primeira Instância. Senão, vejamos.

Fato é que, apesar da alegação do recorrente de que no período objeto da autuação o ECF estaria bloqueado por problemas técnicos, conforme pode ser comprovado pelo Atestado de Intervenção que colacionou à sua peça defensiva, o argumento tem procedência tão-somente em relação ao período de 13 a 20/02/2004, corretamente afastado da autuação por parte da Junta de Julgamento Fiscal.

Ora, tendo o equipamento permanecido sem funcionar somente durante sete dias, como informado alhures, ao passo que as notas fiscais foram emitidas pelo recorrente no período de janeiro/03 a março/04, evidente que está caracterizada a infração descrita no item 2 da autuação.

Outrossim, restou comprovado na instrução processual do presente feito que o recorrente, que tem precipuamente como objeto social a venda de bebidas, efetuou o recolhimento do tributo objeto de autuação, inexistindo, pois, qualquer prejuízo ao Fisco Estadual. Além disso, *permissa venia*, há que se aplicar ao caso vertente os princípios da eventualidade e da equidade, não sendo razoável, à luz dos fatos anteriormente expendidos, que seja o mesmo compelido a arcar com a pesada multa inicialmente aplicada na ação fiscal.

Agiu sem dolo e com absoluta boa-fé o recorrente, razão pela qual, invocando o dispositivo constante no art. 148, do RPAF, c/c o art. 42, § 7.º, da Lei n.º 7.014/96, faz-se mister a redução da multa inicialmente aplicada, fixando-se o valor correspondente a R\$ 50,00, como penalidade pela infração cometida.

Ex positis, voto pelo CONHECIMENTO e NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto, modificando a referida Decisão que decretou a PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração nº

269114.0903/04-9, lavrado contra WALMIR MOSQUEIRA MARTINEZ JÚNIOR, para reduzir o valor da multa inicialmente aplicada para o montante de R\$50,00.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269114.0903/04-9**, lavrado contra **WALMIR MOSQUEIRA MARTINEZ JÚNIOR**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$50,00**, tendo em vista a redução ocorrida conforme o § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de maio de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIERO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS