

**A. I. N°** - 294888.0021/04-0  
**AUTUADO** - VICENTE TIBÚRCIO DOS SANTOS  
**AUTUANTE** - ROMY SANTOS SILVA  
**ORIGEM** - INFAZ ILHÉUS  
**INTERNET** - 24.02.05

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF N° 0026-02/05**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. CONTRIBUINTE USUÁRIO DE ECF. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE VENDA À CONSUMIDOR. 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. Mantida a multa por restar comprovado o cometimento da infração. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 26/10/2004, para exigência de multa no valor de R\$3.658,29, prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “h” do RICMS/97, pela constatação da prática de emissão de notas fiscais em substituição ao Cupom Fiscal, no período de janeiro de 2003 a julho de 2004, sem que houvesse intervenção que impossibilitasse o uso do ECF, conforme notas fiscais relacionadas à fl. 10.

O sujeito passivo, por seu representante legal, em sua defesa às fls. 20 a 23, argui que a emissão das notas fiscais de venda a consumidor foi feita em substituição parcial a utilização do equipamento Emissor do Cupom Fiscal (ECF), com base no artigo 238 inciso II, do RICMS/97, entendendo que o citado dispositivo regulamentar permite concomitantemente a utilização de ambos os documentos.

Aduz que a multa aplicada por descumprimento de obrigação acessória assume caráter de multa confiscatória pelo excesso de penalidade, e a considerou ilegal com base no artigo 108, § 1º do CTN, e inconstitucional frente aos artigos 5º, inciso II, 24, § 1º, Caput; 150, incisos I, e IV c/c com o artigo 59, inciso II, da CF/88. Salienta que multa fixa equivalente a 5% das operações é rigorosa, pois o descumprimento da obrigação acessória não traz nenhum prejuízo ao Erário Público.

Ressalta ainda que o montante da multa cobrado além de conduzir ao confisco tributário vedado nas normas constitucionais, pune severamente por um único fato, num total excesso de exação, pois embora haja previsão legal para o descumprimento de obrigações acessórias de que trata o presente processo, é injusta, abusiva e arbitrária a aplicação da multa em questão. Citou a doutrina no âmbito do STF sobre a questão relacionada com aplicação de multa considerada confiscatória.

Por conta destes argumentos, o defendente invocou o artigo 915, § 6º do RICMS/97, para enfatizar que “as multas por descumprimentos de obrigação acessória 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 que não impliquem falta de recolhimento do imposto”, e requereu a anulação ou a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal produzida à fl. 31, a autuante esclareceu que em cumprimento à Ordem de Serviço de Auditoria Sumária constatou que o estabelecimento havia emitido várias notas fiscais em substituição ao cupom fiscal, sem que houvesse intervenção que impossibilitasse o uso do ECF.

Ressalta que a legislação tributária admite a emissão de notas fiscais concomitante ao ECF, quando houver solicitação do adquirente dos bens, hipótese em que deverá constar na NF referência ao cupom fiscal previamente emitido (art. 238, II, § 2º do RICMS/97), não estando prevista a substituição de CF por NF.

Quanto a alegação de que a multa é confiscatória, a autuante salienta que a penalidade foi aplicada em obediência a dispositivo regulamentar, não tendo competência para se pronunciar sobre matéria considerada inconstitucional pelo contribuinte.

Manteve a autuação.

## VOTO

A acusação fiscal está fundamentada na constatação de que o contribuinte usuário de equipamento emissor de cupom fiscal emitiu Nota Fiscal de Venda a Consumidor em substituição ao Cupom Fiscal, no período de janeiro de 2003 a julho de 2004, sem que houvesse intervenção que impossibilitasse o uso do ECF, conforme notas fiscais relacionadas à fl. 10.

De acordo com o 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.

§ 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 seqüencial 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.

§ 3º O cancelamento de Cupom Fiscal, Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou Bilhete de Passagem, emitido ou em emissão poderá ser feito no próprio ECF, caso em que os documentos originais deverão ser armazenados junto à Redução Z emitida para as respectivas operações ou prestações, sendo que a não conservação dos originais dos documentos cancelados ou de

cancelamentos faculta ao fisco a presunção de cancelamento indevido, ficando sujeito ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação e às penalidades previstas na legislação”.

No caso, verifica-se que o estabelecimento emitiu as notas fiscais de venda a consumidor relacionadas à fl. 10, cujo autuado não apresentou nenhum elemento de prova no sentido que tivesse cumprido as disposições previstas no citado dispositivo legal, notadamente que o ECF por motivos de ordem técnica não permitiu sua utilização no período, ou que as notas fiscais foram emitidas a pedido dos compradores, hipótese essa, que deveria constar nas notas fiscais emitidas referência aos respectivos cupons fiscais.

Está previsto no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “h” da Lei nº 7.014/96, multa por descumprimento de obrigação acessória “nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e de sistema eletrônico de processamento de dados: ...h) 5% (cinco por cento) do valor da operação ao contribuinte usuário de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento nas situações em que está obrigado”.

Portanto, restando caracterizado o cometimento da infração, considero correta a aplicação da multa no valor calculado, conforme demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO DAS OPERAÇÕES REALIZADAS		
PERÍODO	VL.DAS OPERAÇÕES	TOTAL
JANEIRO/03 A JULHO/04	73.164,00	73.164,00
PERCENTUAL DA MULTA (art.42, XIII-A, “h”, Lei 7.014/96)		5%
VALOR DA MULTA		3.658,20

Quanto a alegação de que o seu procedimento não causou prejuízo ao Erário Público, e a sua pretensão de ser cancelada ou reduzida a multa, os autos não contém elementos que permitam apreciar esta questão.

Abstenho-me de apreciar as alegações de inconstitucionalidade da legislação aplicada, por não se incluir na competência do órgão julgador (art. 167, I, RPAF/99), e mantenho a multa aplicada por não considerá-la confiscatória, haja vista a sua previsão legal.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **294888.0021/04-0**, lavrado contra **VICENTE TIBÚRCIO DOS SANTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$ 3.658,20**, prevista no artigo 42, XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de fevereiro de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA