

PROCESSO - A. I. Nº 020685.5009/04-9  
RECORRENTE - O BARATÃO AUTO PEÇAS LTDA.  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0330-03/05  
ORIGEM - INFRAZ VAREJO  
INTERNET - 13/12/2006

#### 1ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0436-11/06

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS CONCOMITANTEMENTE AO USO DO EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL. Os contribuintes usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) somente estão autorizados a emitir as notas fiscais de venda a consumidor ou modelo 1 nos casos previstos na legislação. Refeitos os cálculos considerando as notas fiscais emitidas por transferências de mercadorias bem como as de venda a prazo. Reduzida a multa por descumprimento de obrigação acessória, arrimado no que dispõe o § 7º, do art. 42, da Lei n.º 7.014/96, uma vez que a infração foi praticada sem dolo, fraude ou simulação e não implicou em falta de recolhimento do imposto. Recurso PARCIALMENTE PROVÍDO. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em relação à Decisão de 1ª Instância quanto ao Auto de Infração, lavrado em 23/12/2004, exigindo multa de R\$186.630,75, relativamente aos exercícios de 2003 e 2004, em decorrência da emissão (sem justificativa) de notas fiscais em substituição ao cupom fiscal que deveria emitir através de ECF Equipamento Emissor de Cupom Fiscal autorizado.

Presente aos autos, a ilustre JJF diz ao início ficar rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo defendant, narrando:

- a) em relação à ausência de Termo de Início de Fiscalização no livro RUDFTO, observo que, de acordo com o art. 29 do RPAF/99, é dispensada a lavratura do mencionado termo quando se trata Auto de Infração lavrado em decorrência de descumprimento de obrigação acessória, que é a situação do presente processo.
- b) quanto ao Termo de Encerramento de Fiscalização, de acordo com o art. 30 do RPAF/99, quando o Auto de Infração é emitido através do sistema oficial de processamento eletrônico de dados da Secretaria da Fazenda, como foi efetuado no presente processo, o Termo de Encerramento de Fiscalização e o Auto de Infração constituem um instrumento único, conforme se observa na folha inicial do PAF. Por isso, não é acatada a alegação de omissão do Termo de Encerramento de Fiscalização.

Assim, entendo que não deve ser acolhida a preliminar suscitada pelo defendant, em relação à falta dos Termos de Início e Encerramento de Fiscalização, ficando rejeitado o pedido de nulidade da autuação, haja vista que não estão presentes os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir multa por descumprimento de obrigação acessória, em decorrência da emissão (sem justificativa) de notas fiscais em substituição ao cupom fiscal que o contribuinte deveria emitir através de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) autorizado, nos exercícios de 2003 e 2004, desvirtuando as normas regulamentares pertinentes ao uso desse equipamento.

Em relação ao uso de ECF, o RICMS/97 estabelece:

**"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.**

De acordo com a legislação acima reproduzida, os usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) estão autorizados a emitir nota fiscal em três situações previstas nos incisos I e II, e no § 2º do art. 238.

A legislação não impede a emissão de notas fiscais, devendo o contribuinte, para tal procedimento, observar as regras estabelecidas, e no caso em exame, o sujeito passivo, em relação às situações previstas nos incisos I e II (acima transcritos), do art. 238 não comprovou que a primeira via do cupom fiscal foi anexada à via fixa da nota fiscal emitida.

Considerando as divergências entre os valores apurados no levantamento fiscal (fl. 05) e o demonstrativo apresentado pelo contribuinte em sua impugnação (fl. 185), o presente processo foi convertido em diligencia à ASTEC, para que fiscal estranho ao feito efetuasse o confronto dos valores que serviram de base para a autuação fiscal com as notas fiscais emitidas no período fiscalizado e Livro Registro de Saídas, devendo apurar, também, em relação à alegação defensiva de que foram emitidas notas fiscais para documentar a garantia das peças vendidas, oferecidas pelos fabricantes, se a emissão desses documentos fiscais foi efetuada observando as regras estabelecidas na legislação.

O preposto da ASTEC elaborou o demonstrativo à fl.199, constando as notas fiscais objeto do levantamento realizado, tendo apurado os valores totais de R\$1.812.937,78 para 2003 e R\$1.288.741,73 para 2004, e o valor total da multa exigida para R\$155.083,98, sendo R\$90.646,89 para 2003 e R\$64.437,09 para 2004.

Quanto ao segundo questionamento do pedido de diligência, foi informado pelo diligente que o autuado emitiu notas fiscais para pessoas físicas e jurídicas, e para acobertar transferências, sendo que a emissão dos documentos fiscais foi efetuada sem observância das regras estabelecidas nos parágrafos 1º e 2º do art. 238, do RICMS/97.

Vale ressaltar, que embora o autuado tenha contestado o resultado da diligência fiscal realizada por preposto da ASTEC, não foi apresentado qualquer elemento que justificasse a realização de outra diligência, ficando indeferido o seu pedido.

Em relação aos valores apurados no levantamento efetuado pelo preposto da ASTEC, entendo que devem ser excluídas as transferências, tendo em vista que a natureza da operação justifica a emissão de nota fiscal para acompanhar as mercadorias. Portanto, o valor da multa exigida fica alterado conforme quadro abaixo:

| EXERCÍCIO | TOTAL APURADO (A) | TRANSFERÊNCIA (B) | BASE DE CÁLCULO (C = A - B) | MULTA (D) | VALOR (E = C x D) |
|-----------|-------------------|-------------------|-----------------------------|-----------|-------------------|
| 2003      | 1.812.937,78      | 52.234,43         | 1.760.703,35                | 5%        | 88.035,17         |
| 2004      | 1.288.741,73      | 267.094,36        | 1.021.647,37                | 5%        | 51.082,37         |
| TOTAL     |                   |                   |                             |           | 139.117,54        |

Assim, acatando apenas a alegação defensiva em relação às transferências e com base nos valores apurados pelo preposto da ASTEC, concluo pela subsistência parcial da infração apontada no presente Auto de Infração.

Quanto ao argumento do defendant para que seja aplicado o art. 158, do RPAF/99, relativamente à redução ou cancelamento da multa aplicada, observo que fica rejeitado o pedido, haja vista que não ficou comprovado nos autos que a infração praticada não implicou falta de recolhimento de tributo.

Emitem seu julgamento pela Procedência Parcial do Auto de Infração em exame.

O Recurso Voluntário trazido pelo recorrente aponta para estar a merecer reparos a Decisão, não cabendo no seu entendimento a aplicação do art. 29 do RPAF/99, considerando as nulidades argüidas por conta da complexidade gerada pelo auto, constituindo-se em processo que engloba 09 volumes e milhares de documentos. Focam caber a aplicação do art. 28, I, VII do RPAF/99 por conta de terem restado desrespeitadas por questão de logicidade processual, os dispositivos do art. 18, I, IV alínea “a” do mesmo RPAF/99. No mérito quer o recorrente seja perseguida a verdade material, dado que o Recurso Voluntário tem a faculdade de devolver as matérias em contraditório em sua totalidade, e que a fundamentação referenciada pela ilustre JJJ não os convence, por ferir o princípio basilar da aludida verdade material.

Contesta ter confessado a prática da infração objeto do Auto de Infração, diferentemente da afirmativa do relator da Primeira Instância, pois em momento algum deixou de utilizar e emitir os cupons pertinentes. Realça a empresa estar enquadrada na substituição tributária, falecendo assim razões quaisquer para não emitir o cupom fiscal quando necessário.

Alerta ser fato incontestável a emissão de notas fiscais série única por processamento de dados, face às necessidades operacionais, seja, quando vende para atacado, com garantia do fabricante, transferências para seu depósito ou para a matriz. Referidas notas da série Única, nºs 25138 a 69554, estão apenas aos volumes de nºs 2, 3, 4, 5, 6, 8 e 9 do PAF, foram consideradas pelo agente autuador e pelo relator da Primeira Instância como Vendas a Consumidor, não foram excluídas do levantamento recorrido, e referem-se efetivamente a vendas discriminadas de peças automotivas, fornecidas para empresas atacadistas, oficinas mecânicas, autorizadas, terceiros, que as aplicam nos veículos dos consumidores. Exemplificam algumas das referidas notas fiscais emitidas que foram para empresas, as quais notadamente trata-se de revendedoras ou de aplicadoras.

Trazem aos autos diferenças observadas na elaboração de demonstrativos do recorrente, quando confrontados com os do Parecer ASTEC 92/2005. Contestam que a revisão da ASTEC ora citada, conforme seu Parecer, limitou-se a apurar o quantum lançado nas saídas registradas nos livros fiscais, desprezando as 44.416 cópias de notas fiscais apensadas.

Apontam que a fl. 199 do PAF há demonstrativo de supostas apurações, de vendas a consumidor, no valor de R\$977.277,34 em 2003 e de R\$359.485,10 em 2004.

Anexam as fl. 2924, Tabela 01 (2003) cotejando valores mensais pela não consideração das notas fiscais D-1, cuja diferença encontrada perfaz (-) R\$36.990,42, e Tabela 02 (2004), idem, (-) R\$7.706,98. As fl. 2925, consideram no demonstrativo (Tabela 03, 2003) a aplicação redutora dessas diferenças, totalizando na coluna valor total, R\$1.775.947,36 e para 2004 (Tabela 04), R\$ 1.281.034,75.

Deduz o recorrente, em seqüência ao acima demonstrado/indicado, ter o agente fiscal excluído adequadamente notas fiscais em seu levantamento, que se referiram a transferências; no entanto outras demais notas fiscais série única apontadas como destinadas a consumidores, o que não é realidade fática conforme já demonstrado.

Aduz que a multa lançada deveria ser; R\$48.863,89 (5% x R\$ 977.267,94 em 2003) e R\$17.977,25 (5 x R\$359.485,10 em 2004), somando R\$66.841,14.

Atendendo a motivação vinda da ilustre JJJ, invocando a norma do art. 158 RPAF/99, sentem-se compelidos a anexar aos autos cópias de relações de pagamentos do ICMS, e de DAES (172 unidades), acreditando assim fornecer suporte para a concessão de benefício contido no supramencionado artigo, pois comprovadamente não cometem nenhuma fraude, dolo ou

dissimulação, estando assim habilitados a pedir consideração caso ultrapassadas as preliminares e o mérito brandidos.

Peticiona seja a Decisão considerada NULA, após apreciações dos motivos no bojo deste Recurso, face as consequências adjetivas previstas pelo art. 18, I, IV “a” do RPAF/99. Caso vencidas as Teses Anulatórias da Decisão em comento, expressa a correção da sua conduta fiscal, e em ultimo caso se aplique o Princípio Universal do “*in dubbio pro reo*” diante de eventuais dúvidas razoáveis e/ou justificadas desde a defesa inaugural.

Requer caso vencidas ou ultrapassadas as teses preliminares, nova Perícia Técnica. Espera o recorrente que no mérito seja provido o presente Recurso Voluntário, para ser julgado inteiramente improcedente o Auto de Infração em tela.

O opinativo trazido pela ilustre procuradora da PGE/PROFIS dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, observa a apresentação de argumentos do recorrente bastante objetivos, afirmando a não consideração na autuação, de documentos a serem excluídos, por não se tratarem de vendas a consumidor e sim acobertar vendas para atacado, garantia de fabricante, transferências para depósitos e matriz, entendendo que os autos devam seguir para a ASTEC a fim de atender e analisar os documentos indicados.

Apreciado em Pauta Suplementar, entendeu a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal deveria ser convertido o presente PAF em nova diligência, de conformidade ao disposto no art. 137 do RPAF/99, o que foi acolhido à unanimidade.

Retornando os autos da diligência efetuada pela ASTEC-CONSEF, aprecia-se o Parecer lastreado nas seguintes conclusões;

- a) as fls. 06 a 169 do PAF, mantém cópia fiel do livro de Registro de Saídas do autuado, compreendendo o período da ação fiscal, e a diligencia louvou-se nesses dados;
- b) efetuada análise detalhada, e novo levantamento dos registros de saídas por ECF registradas no citado Livro, apurando por dedução dos totais mensais, as efetivas saídas através notas fiscais;
- c) na diligência não foi encontrada junto ao PAF, a fonte dos números contestatórios e constantes nos demonstrativos (fls. 2924 e 2925);
- d) nova análise das cópias das notas fiscais, confirma as mesmas terem sido emitidas para pessoas jurídicas, físicas e para transferências para outros estabelecimentos do autuado;
- e) impraticável confirmar a indicação do autuado, de que as notas fiscais têm como destinatários, na verdade, firmas individuais. Isto só ocorreria em perquirição ao nominado, desde que referidas notas contivessem endereços, ou da análise das escritas fiscais ou contábeis dos mesmos.

Conclui o ilustre diligente, não ter o autuado atendido ao disposto no art. 824-B do RICMS/BA, e ao art. 238 do mesmo Regulamento, parágrafos 1º e 2º, quando da não utilização de ECF nas vendas de mercadorias a não contribuintes.

Junta demonstrativo (Anexo II) para o exercício de 2003, revelando R\$1.035.398,31 de notas fiscais de vendas a vista (Série única e D-1), e R\$355.952,14 para o exercício de 2004, valores esses deduzidos dos totais expressos no Anexo I, o qual, para os dois exercícios demonstra mensal e anualmente, o Total Geral de Vendas, o Total por ECF, e a dedução entre os mesmos que perfaz os somatórios das notas fiscais D-1 e as da Série única.

A fl. 3130 o recorrente manifesta-se no sentido de não ter verificado por parte da diligência, as alegações trazidas em grau de Recurso Voluntário, consoante expressamente recomendado na solicitação da 1ª CJF.

Complementam essa assertiva, dizendo que a fonte na qual produziu-se a contestação, foram nos demonstrativos as fls. 2924 e 2925, as notas, livros fiscais, e os demonstrativos do autuante e do diligente, todos contidos no PAF. Reclamam terem apresentado no Recurso Voluntário, tabelas de números 1, 2, 3 e 4, listando todas notas fiscais, valores, que ao seu entender estão claras e demonstradas as diferenças a que aludiu a defesa.

Aduzem que as fls. 205 a 213, consoante dito pelo diligente estarem apensadas notas fiscais destinadas a pessoas físicas, na realidade em um conjunto de 21 exemplares, somente 07 (as de n<sup>os</sup> 1230, 1239, 1231, 1235, 1236, 1237 e 1865) não indicam os nomes dos compradores; mesmo assim, o fato não descharacteriza a afirmação de que se destinaram a empresas individuais dentre as quais, as oficinas mecânicas.

Não concordam quanto à impraticabilidade da perquirição alegada pelo diligente, afastando a possibilidade de comprovar as alegações do recorrente.

Patenteiam sempre emitir o cupom através o ECF, quando a venda se destine a consumidor final ou quando a operação assim exige.

Denotam seu entendimento de que as Leis devem se submeter aos princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, para se analisar a existência de compatibilidade, adequação e proporção entre a imposição e o fim que se quer atingir.

Requer seja atendido ao suscitado no Recurso Voluntário, e seja refeita a diligência solicitada pela 1<sup>a</sup> CJF, com análise e consideração às citadas Tabelas 01 a 04 as fls. 2924 e 2925 dos autos.

A PGE/PROFIS relata Parecer elaborado pelo ilustre procurador dr. João Sampaio Rego Neto, acatando o relatório da ilustre JJF.

Em comento, as duas diligências levadas a cabo por auditores estranhos ao feito, e que confirmaram as condições do direito material da autuação, realizando novo levantamento com alteração das bases de cálculos nos dois exercícios abrangidos pela ação fiscal, inclusive pela assunção de novas provas apresentadas pelo contribuinte

Aduz ilustre procurador, que tanto no Recurso Voluntário quanto na manifestação sobre o Parecer ASTEC, as mesmas alegações impugnativas são reprimidas, não acrescentando ou produzindo elementos novos ou provas que possam elidir as infrações.

Realça a incompetência para discussão acerca da justeza da legislação fiscal, cujas consequências de sua correta aplicação resultam em severas sanções pecuniárias. Ao recorrente foram dadas oportunidades, e não revelou capacidade a produzir provas em seu favor, que servissem de substrato material à sua argumentação, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo à elisão da presunção da legitimidade da ação fiscal.

Considera ao final que a ASTEC corroborou com o lançamento de ofício, procedendo apenas a ajustes nas bases de cálculo das multas, assim, opina pela manutenção do lançamento nos termos do Parecer ASTEC nº 0049/2006.

## VOTO VENCIDO

No presente Auto de Infração acusa-se o recorrente por emissão indevida de outros documentos fiscais, diferentes daqueles a que está obrigado em virtude de ser usuário de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF).

Aponta para o enquadramento infracional, o qual se deu através o dispositivo 824-D, inciso II, Decreto nº 6284/02 do RICMS/BA, e aplica multa de 5% prevista no art. 42 , inciso XIII-A da Lei nº 7014/96, alterada pela Lei nº 8534/02. O levantamento fiscal consigna as bases de cálculo de R\$2.453.777,68 no ano de 2003, e de R\$1.298.837,46 para o ano de 2004, com as correspondentes multas as quais somam R\$186.630,75.

A ASTEC conforme Parecer nº 92/2005 acolheu considerações acerca de diferenças no levantamento de ofício, reduzindo o valor da infração acusada para R\$155.083,98.

Em sede de julgamento a ilustre 3<sup>a</sup> JJF julgou procedente em parte o lançamento, no entanto retificando o valor apresentado pela ASTEC no mencionado Parecer, para o total de R\$139.117,54.

O Recurso Voluntário apresentado à Decisão recorrida apresenta Demonstrativos intitulados de Tabelas 01 a 04 (fls. 2924 e 2925), os quais ensejam promoção de comparativos com o Parecer ASTEC 92/2005, requerendo seja considerado nulo o lançamento decorrente do que resultou expressa pela PGE/PROFIS a realização de nova diligência.

Novo Parecer ASTEC/CONSEF de nº 0049/06 (fls. 3116 a 3123), louvou-se em seu levantamento, nos dados das fls. 06 a 169 do PAF, qual seja, na cópia fiel do Livro de Registro de Saídas do autuado.

Procedeu a novo levantamento das saídas por ECF indicadas no Livro, e por dedução comparativa apurou a diferença com as saídas efetuadas por notas fiscais; nova análise confirma terem sido emitidas essas aludidas notas fiscais para pessoas jurídicas para pessoas físicas e para transferências entre estabelecimentos. Atesta o diligente ser impraticável confirmar que os destinatários dessas notas fiscais tenham sido firmas individuais.

Em relação às exposições acima desenvolvidas, destaco a impertinente ou improcedente alegação ao final do relatório da ilustre JJF, quando encerra seu julgamento citando “rejeito o pedido do recorrente, apoiado no art. 158 do RPAF/99, relativamente à redução ou cancelamento da multa aplicada, haja vista que não foram comprovados nos autos que a infração praticada não implicou na falta de recolhimento do imposto”. *Todos os produtos com os quais comercializa o autuado estão sujeitos à Substituição Tributária, o que equivale dizer, ao ingressarem no estabelecimento ou em seu depósito já foram oferecidos à tributação consoante legislação específica, encontrando-se os mesmos com a fase de tributação já encerrada.*

Notória a praticidade realizada pelo recorrente, embora não acolhida pelo Regulamento do ICMS em seu art. 824-D, que além do cupom fiscal expede notas fiscais da serie única ou D-1 ao atendimento de solicitações dos compradores de peças e acessórios para instalação em veículos sob seus cuidados em ações de revisão/manutenção mecânicas. São efetivamente mecânicos de oficinas de veículos, ou autônomos, ou “curiosos” que sob confiança do proprietário do veículo, adquirem sobressalentes para regularização do veículo em revisão, e tem de prestar contas das aquisições e aplicações das peças. Não são, efetivamente, consumidores finais, e a forma jurídica de sua organização seria um indício, mas não forma bastante a deslindar a questão, pois fornecimento a terceiro não organizado (curiosos, “oficinas” não estabelecidos formalmente) não nos remetem à consideração segura de serem estes consumidores finais.

A perquirição ou inquérito dos adquirentes nominados na grande maioria das notas fiscais em análise, nos dariam sentido exato do quanto aqui tratamos, entretanto, não foi feito, dadas as reconhecidas dificuldades relativas de contatar esses técnicos, e isto se me afigura como responsabilidade da qual o Estado não se desincumbiu.

E é descabida a inversão do ônus da prova, ou a manutenção do lançamento gravando o recorrente.

O meu voto é para PROVER o Recurso Voluntário apresentado, acolhendo o quanto requerido, para que seja declarado IMPROCEDENTE o Auto de Infração em comento.

## VOTO VENCEDOR

Com a devida *venia*, uso discordar do voto do relator desta 1ª CJF.

Não se está aqui a inverter o ônus da prova.

Ora, se o recorrente, por deliberação própria, preferiu emitir documento fiscal supostamente destinando as mercadorias a contribuintes do imposto pessoa física (que ele afirma se tratar de “firma individual”), quando, neste caso, não deve ser utilizado o equipamento ECF, e nestes documentos não fez constar o endereço do destinatário/consumidor, e, em alguns casos, a própria identificação deste (conforme Parecer ASTEC n.º 0049/2006), é ônus seu sim fazer prova de que os adquirentes das mercadorias são, efetivamente, contribuintes do imposto.

Esta prova não veio aos autos e, então, até que venha, a autuação está correta, mesmo porque os art. 142 e 143, do RPAF/99, preconizam que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária e que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

A decisão de 1ª Instância excluiu da multa aplicada o valor referente a notas fiscais emitidas para acobertar as transferências de mercadorias para estabelecimentos da mesma empresa, segundo o demonstrativo elaborado por diligente da ASTEC, conforme Parecer n.º 92/2005.

Ora, está correta esta decisão, pois, segundo a regra inserta no art. 238, do RICMS/97, 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. Não é o caso das transferências, pois o destinatário é contribuinte do imposto.

Ocorre que, como dito no parecer que serviu de lastro para a decisão ora guerreada, e também no Parecer ASTEC n.º 0049/2006 (fls. 3116 a 3118), exarado a pedido desta 1ª CJF, o contribuinte autuado também pratica vendas faturadas (vendas a prazo), para as quais emite nota fiscal sem que esta operação seja lançada no ECF.

O art. 218, III, “a”, do RICMS/97, obriga os contribuintes a emitir Nota Fiscal, modelos 1 ou 1-A nas vendas a prazo a consumidor, e esta operação não está elencada na obrigatoriedade da emissão concomitante de cupom fiscal via ECF, prevista no art. 238, I e II, e § 1º, do mesmo Regulamento.

Assim, estas operações, igualmente, devem ser excluídas da base de cálculo da multa aplicada que, segundo o demonstrativo anexado ao parecer citado (fls. 3119 e 3120), passa a ser a seguinte:

| Exercício | Total Saídas | Transferências | Vendas a prazo | Base de Cálculo | % de Multa | Multa     |
|-----------|--------------|----------------|----------------|-----------------|------------|-----------|
|           | A            | B              | C              | D=A-B-C         | E          | F=D x E   |
| 2003      | 1.871.058,15 | 52.234,43      | 783.425,41     | 1.035.398,31    | 5,00%      | 51.769,92 |
| 2004      | 1.285.208,77 | 267.094,36     | 662.162,27     | 355.952,14      | 5,00%      | 17.797,61 |
| Total     |              |                |                |                 |            | 69.567,52 |

No entanto, existe um outro fato a ser observado na decisão que tomaremos: o contribuinte comercializa, exclusivamente, com mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária (autopeças), cujo imposto é pago na entrada das mesmas. Neste caso, entendo que o percentual de 5% para a multa prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da Lei n.º 7.014/96, é exorbitante.

Fazendo uma analogia com outra infração – falta de escrituração de nota fiscal no livro REM – temos que:

O inciso IX, do art. 42, da Lei n.º 7.014/96, prevê a aplicação da penalidade correspondente a 10% (dez por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal.

Já, no presente caso, o que preconiza o inciso XIII-A, “h”, do mesmo artigo, é a multa correspondente a 5% (cinco por cento) do valor da operação devida pelo 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.

Vê-se, então, que a legislação define como mais gravosa a primeira infração do que a segunda, posto que a sanção para aquela é correspondente ao dobro desta, até porque o documento fiscal, neste caso, foi emitido e, teoricamente, oferecido à tributação. Denota apenas a necessidade que o Estado tem em controlar as saídas do contribuinte, utilizando para tal o equipamento ECF.

Contudo, o inciso XI, também do art. 42, da Lei n.º 7.014/96, aponta a penalidade de, apenas, 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria não tributável ou cujo imposto já tenha sido pago por antecipação, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, ou seja, tendo-se a garantia de que o imposto já fora pago antecipadamente, a falta de registro constitui-se em infração abrandada para 1/10 daquela prevista para a entrada de mercadoria cujo pagamento do ICMS se dará na respectiva saída.

Inexplicavelmente, este abrandamento não tem previsão quando o contribuinte deixar de lançar em seu ECF a saída de mercadoria também com o imposto pago antecipadamente, tendo sido emitida a respectiva nota fiscal, em total afronta ao princípio da razoabilidade.

Concluo, então, que o auto de infração é procedente em parte, no valor de R\$69.567,52, devendo esta multa por descumprimento de obrigação acessória ser reduzida para 1/10 do seu valor, ou seja, R\$5.176,99 para o exercício de 2003 e R\$1.779,76, para 2004, arrimado no que dispõe o § 7º, do

art. 42, da Lei n.<sup>o</sup> 7.014/96, uma vez que a infração foi praticada sem dolo, fraude ou simulação e não implicou em falta de recolhimento do imposto, e voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n<sup>o</sup> **020685.5009/04-9**, lavrado contra **O BARATÃO AUTO PEÇAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$6.956,75**, prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da Lei n<sup>o</sup> 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei n<sup>o</sup> 9.837/05.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as): Ciro Roberto Seifert, Fernando Antonio Brito de Araújo e Antonio Ferreira de Freitas.

VOTO VENCIDO: Conselheiros (as): Oswaldo Ignácio Amador, Guilherme Corrêa da Fonseca Lima e Marcos Rogério Lyrio Pimenta.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de novembro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

CIRO ROBERTO SEIFERT – VOTO VENCEDOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS