

PROCESSO - A. I. Nº 017464.0005/07-1
RECORRENTE - MDM COMEÉRCIO DE VESTUÁRIO LTDA. (LANYLLAS SPORTS WEAR)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0291-04/07
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 21/08/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0232-12/08

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. ESTABELECIMENTO USUÁRIO DE ECF. EMISSÃO IRREGULAR DE NOTAS FISCAIS DE VENDA A CONSUMIDOR. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Os contribuintes do ICMS que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes desse imposto deverão utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações. Infração subsistente, diante da comprovação de que o equipamento de controle fiscal não estava em manutenção técnica. Efetuada a correção do percentual da multa, de 5% para 2%, tendo em vista a nova redação da alínea “h” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, introduzida pela Lei nº 10.847/07. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (4ª JJF) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para aplicar multa, no valor de R\$12.767,84, em virtude da emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.

O autuado apresentou defesa e, preliminarmente, alegou que houve quebra do seu sigilo bancário sem autorização judicial. Alegou que as notas série D-1 foram emitidas por que a sua máquina registradora se encontrava com defeito, conforme documentos anexados às fls. 122 a 130.

Na informação fiscal, a autuante manteve a autuação, sob o argumento de que, dentre os atestados de intervenção apresentados, o mais recente era de 15/06/04, ao passo que o Auto de Infração tratava de fatos ocorridos no período de 01/01/06 a 31/07/07.

Na Decisão recorrida, a ilustre relatora afastou as alegações defensivas pertinentes à inconstitucionalidade da legislação e, no mérito, manteve o lançamento, tendo em vista que a infração estava caracterizada e que os Atestados de Intervenção Técnica em ECFs apresentados eram anteriores aos fatos citados na autuação.

Inconformado com a Decisão proferida pela 4ª JJF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, onde alega que, ao contrário do afirmado na Decisão recorrida, cabe ao CONSEF a apreciação das questões pertinentes à inconstitucionalidade da legislação, pois o disposto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, garante aos litigantes em processos administrativos o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a eles inerentes.

Sustenta o recorrente que, não obstante os documentos acostados na defesa estamparem datas anteriores à acusação, a oitiva do técnico visando obter declaração que confirmasse o aventado

defeito era imprescindível. Frisa que a emissão da nota fiscal elide a acusação em tela. Ao finalizar, protesta por todos os meios de provas e requer a improcedência da autuação.

Ao exarar o Parecer de fls. 152 e 153, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que está evidenciado nos autos que o recorrente descumpriu as prescrições legais ao deixar de emitir o cupom fiscal nas situações em que estava obrigado. Diz que as notas fiscais emitidas apenas comprovam a acusação. Afirma descaber o argumento recursal de que a não apreciação da inconstitucionalidade da legislação fere o direito ao contraditório e à ampla defesa. Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Na sessão de julgamento, o conselheiro Nelson Antônio Daiha Filho suscitou, de ofício, a possibilidade de esse CONSEF reduziu a multa aplicada, com base no disposto no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

VOTO

No Recurso Voluntário interposto, alega o recorrente que a primeira instância deveria ter apreciado as questões referentes à inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Não obstante os argumentos trazidos pelo recorrente, não há como acolher essa tese recursal, uma vez que, por força do disposto no art. 167, inc. I, do RPAF/99, não se inclui entre as competências deste órgão julgador administrativo a apreciação de questões referentes à constitucionalidade da legislação tributária estadual.

No mérito, observo que os demonstrativos e as correspondentes notas fiscais acostados ao processo comprovam o cometimento da infração imputada ao autuado (a emissão de nota fiscal em lugar do cupom fiscal), violando, assim, o previsto no artigo 824-B do RICMS-BA. Ao contrário do afirmado pelo recorrente, as notas fiscais D-1 emitidas pelo recorrente e acostadas ao processo não elidem a acusação e, além disso, servem como provas materiais da infração.

Conforme já explicado na Decisão recorrida, os Atestados de Intervenção Técnica em ECFs acostados ao processo são referentes a intervenções que se encerram bem antes do período abarcado pelo presente lançamento. Desse modo, tais documentos não se prestam para justificar a emissão das notas fiscais em questão.

Pelo acima exposto, a infração está caracterizada e, portanto, foi correta a Decisão recorrida. Contudo, de ofício, observo que a multa aplicada na autuação merece ser retificada, pois, com o advento da Lei nº 10.847/07, o percentual dessa pena foi reduzido de 5% para 2%. Dessa forma, com fulcro no princípio da retroatividade benigna (art. 106, II, “c”, do CTN), retifico a multa aplicada para o percentual previsto na Lei nº 10.847/07, passando o débito de R\$12.767,84 para R\$5.107,15, conforme o demonstrativo abaixo:

Data Ocorrência	B. Cálculo (R\$)	Multa (%)	Valor (R\$)
31/01/06	15.107,00	2%	302,14
28/02/06	10.360,00	2%	207,20
31/03/06	11.867,00	2%	237,34
30/04/06	12.017,50	2%	240,35
31/05/06	13.995,00	2%	279,90
30/06/06	20.109,00	2%	402,18
31/07/06	12.587,00	2%	251,74
31/08/06	12.805,25	2%	256,11
30/09/06	18.254,00	2%	365,08
31/10/06	13.603,00	2%	272,06
30/11/06	14.466,00	2%	289,32
31/12/06	58.057,34	2%	1.161,15
31/01/07	12.971,00	2%	259,42
28/02/07	14.909,00	2%	298,18
31/03/07	14.249,00	2%	284,98
Total da Infração			5.107,15

Quanto à questão da redução da multa com base no § 7º do art., considero que não estão presentes nos autos os requisitos exigidos na lei para a redução pretendida. Ademais, o procedimento adotado pelo contribuinte causou embaraço à fiscalização.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida quanto ao mérito, porém, de ofício, modificar o percentual da multa indicada na infração, reduzindo o débito para R\$5.107,15.

VOTO DIVERGENTE

Quanto ao mérito da autuação, acompanho o voto do Ilustre Relator Álvaro Vieira. Porém, no que concerne a aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória, ousou divergir, por entender que tal penalidade encontra-se aplicada com demasiada rigidez.

Para a aplicação de uma penalidade é necessário que a mesma esteja enquadrada dentro de um critério de razoabilidade / proporcionalidade. Assim, tendo em vista que não constam nos autos provas de que o autuado deixou de pagar o imposto devido, não seria razoável que o mesmo fosse penalizado de forma igual àqueles que efetivamente deixaram de recolher o imposto.

Constato, ainda, que o sujeito passivo preenche os requisitos do art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, para ter reduzido o valor da multa aplicada pelo descumprimento da obrigação acessória por esta Colenda Câmara de Julgamento Fiscal.

Diante do exposto, voto no sentido de NÃO DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário e, de ofício, reduzir a multa posteriormente aplicada no percentual de 2% para 1%, do valor total das operações objeto da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **017464.0005/07-1**, lavrado contra **MDM COMÉRCIO DE VESTUÁRIO LTDA. (LANYLLAS SPORTS WEAR)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$5.107,15**, reduzida de ofício, com base no art. 2º, V, da Lei nº 10.847/07, que alterou o art. 42, XIII-A, “h” da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios na forma prevista na Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros: Álvaro Barreto Vieira, Carlos Fábio Cabral Ferreira e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO DIVERGENTE - Conselheiros: Márcio Medeiros Bastos, Fauze Midlej e Nelson Antonio Daiha Filho.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de agosto de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MÁRCIO DE MEDEIROS BASTOS - VOTO DIVERGENTE

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS