

PROCESSO - A. I. Nº 232185.0041/07-7  
RECORRENTE - VALTER NASCIMENTO COSTA (CALÇADOS CONFECÇÕES COSTA)  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0126-01/08  
ORIGEM - INFAS BOM JESUS DA LAPA  
INTERNET - 23/12/2008

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0386-12/08**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. ESTABELECIMENTO USUÁRIO DE ECF. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE VENDA A CONSUMIDOR CONCOMITANTEMENTE AO USO DO EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Os contribuintes usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) somente estão autorizados a emitir notas fiscais de venda a consumidor, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, ou por se encontrarem impedidos de emitir o cupom fiscal. Não ficou comprovada a alegação de defeito no equipamento. Infração subsistente. Multa alterada de 5% para 2%, conforme modificação introduzida pela Lei nº 10.847/07, em face da retroatividade benéfica da lei. Modificada a Decisão recorrida. Reduzido o débito a 10% do valor da multa apurada pela JJF. Infração parcialmente subsistente. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Tratam os autos de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo, contra a Decisão da 1ª JJF, que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, lavrado para exigir imposto e multas, sendo objeto do presente recurso apenas a infração 3, na qual acusa o recorrente de ter emitido outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal –ECF - nas situações em que está obrigado.

A 1ª JJF, ao analisar a impugnação referente à infração 3, proferiu o seguinte voto:

*“...Em referência à infração 03, o impugnante não nega a ocorrência dos fatos geradores da obrigação acessória, concentrando sua defesa na inexistência da falta de imposto recolhido, resultante do procedimento por ele adotado. Justifica, entretanto, os procedimentos sob a alegação de que houve defeito em seu ECF – Equipamento Emissor de Cupom Fiscal, razão pela qual emitiu as notas fiscais em lugar dos Cupons Fiscais.*

*Ocorre que o disposto no art. 238, §2º do RICMC/BA permite a emissão de nota fiscal, quando for impossível a emissão de documento fiscal por meio do ECF, em decorrência de sinistro ou razões técnicas.*

*O autuado, apesar de alegar razões técnicas, não apresentou a devida comprovação, o que poderia ser feito com o atestado de intervenção das empresas, para este fim, autorizadas. Assim, não considero atendidas as condições do §2º do art. 238 do RICMS/BA, apesar de terem sido efetuadas as aludidas anotações previstas.”*

Irresignado com a Decisão proferida em primeira instância o contribuinte ingressou com Recurso Voluntário pugnando pelo cancelamento da multa por descumprimento de obrigação acessória imputada na infração 3, aduzindo que a sentença proferida em primeiro grau encontra-se equivocada, por não considerar que o sujeito passivo atendida as condições do parágrafo 2º do art. 238 do RICMS/BA, sob a alegação de que não foi apresentado o atestado de intervenção das

empresas habilitadas para este fim.

Aduz o recorrente que não há como provar a intervenção técnica alegada, uma vez que esta não existiu, tendo ocorrido, na verdade, um problema técnico no computador que gerencia o ECF e não o ECF propriamente dito. Assim, segundo o autuado, se não ocorreram as hipóteses do art. 824-L, item II, não há que se falar em necessidade de se efetuar a aludida intervenção.

Assevera que o RICMS/BA, no parágrafo 2º do art. 238, prevê a possibilidade de emissão de nota fiscal por meio manual, quando não for possível a emissão deste documento por meio do ECF, em decorrência de razões técnicas. Diante de tais ocorrências, não foi necessária a intervenção no ECF, bastando para a comprovação do alegado apenas o registro da ocorrência, na forma apresentada pelo recorrente, tanto que o fiscal designado para apresentar a informação fiscal concordou com os motivos alegados pelo Recorrente e opinou pela exclusão do débito.

Ao final de seu Recurso Voluntário, o recorrente pugnou pelo cancelamento da infração 3 e a restituição do valor pago na infração 2, no valor de R\$460,00, tendo em vista que a mesma foi convertida pela JJJ por uma multa por entrega fora do prazo, prevista no art. 915, inciso XX, “a” do RICMS, no valor de R\$90,00.

A PGE/PROFIS, ao se manifestar acerca do Recurso Voluntário, assevera que as alegações trazidas pelo sujeito passivo não merecem prosperar, no tocante ao não cometimento da infração, porém, quanto à multa aplicada a Decisão merece se reformada.

Diz que, embora o sujeito passivo tivesse registrado tal ocorrência no livro fiscal, bem como emitidas as notas fiscais manualmente, caberia ao autuado informar à SEFAZ qualquer problema técnico relativo ao funcionamento do ECF, ainda que verificado na máquina gerenciadora do referido equipamento, o que não foi cumprido pelo sujeito passivo.

Assevera que a não comunicação da intervenção do ECF e/ou dos equipamentos que o fazem funcionar, figura como infração prevista no art. 915, “5”, alínea “d”, do inciso XIII-A do RICMS, motivo pelo qual considera equivocada a multa aplicada do art. 42, XII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96, uma vez que a mesma se refere à não emissão de documentos fiscais pela ECF e no presente caso, a emissão manual de notas fiscais decorreu de um defeito técnico, devidamente registrado no livro registro de utilização de documentos fiscais e termos de ocorrências, porém sem a comunicação da SEFAZ.

## VOTO

O sujeito passivo, no Recurso Voluntário de fls. 914/916, se insurge contra a Decisão proferida no Acórdão de nº 0126-01/08, apenas em relação à infração 3, na qual não acatou a tese defensiva, trazida na impugnação administrativa, e manteve a autuação, reduzindo, tão-somente, a multa por descumprimento de obrigação acessória, de 5% para 2% em decorrência das alterações legislativas introduzidas pela Lei Estadual nº 10.847/07, em face da retroatividade benéfica da lei.

Aduz o recorrente que emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal – ECF, por causa de defeito no microcomputador que é utilizado para operacionalizar o ECF.

Em que pese a plausibilidade das alegações trazidas no seu Recurso Voluntário, no qual concordo que a intervenção na máquina que opera o ECF justifica a emissão de outro documento fiscal em lugar daquele do uso de equipamento de controle fiscal – ECF, no presente caso, observo que o sujeito passivo deixou de comprovar o alegado, ou seja, não comprovou que a referida máquina efetivamente necessitou de reparos.

Não é demais lembrar que o processo administrativo tributário é regido pelo princípio da verdade material, ou seja, a prova a ser produzida deve ser de cunho documental. Assim, caberia ao Recorrente trazer aos autos as provas do alegado.

A prova das suas alegações poderia ser facilmente produzida, bastava apenas o sujeito passivo apresentar algum documento de que a máquina que operacionalizava, encontrava-se, de fato, com defeito, o que impossibilitou a emissão do cupom fiscal pelo ECF. Além disso, deveria indicar o período em que a mesma permaneceu paralisada para o referido reparo.

Assim, considero que a autuação encontra-se correta, carecendo, neste momento, a análise acerca do cancelamento ou redução da multa por descumprimento de multa acessória.

Analizando os fatos ocorridos durante julgamento do feito, entendo que razão em parte assiste ao recorrente. O Artigo supracitado, prevê a possibilidade do cancelamento ou redução das multas por descumprimentos de obrigações acessórias pelos julgadores deste órgão colegiado, desde que fique comprovado de que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

A análise do caso concreto, pode-se verificar que o sujeito passivo preenche os requisitos para o cancelamento ou redução da multa, ou seja, não restou comprovado que o recorrente praticou esta infração com dolo, fraude ou simulação e que resultou em falta de recolhimento do imposto. Porém entendo que no presente caso não seja a hipótese de cancelamento da multa, tendo em vista as implicações causadas na fiscalização com a emissão de outro documento fiscal diverso daquele emitido pelo ECF.

Estando afastada a possibilidade de cancelamento da multa, nos resta analisar a possibilidade da redução da multa. Como é sabido, a análise dos pedidos de redução de multa deve ser analisada à égide dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. O § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, permite a possibilidade do julgador adequar a multa com o caso concreto, de acordo com as consequências que determinado ilícito venha ocasionar à fiscalização ou ao Fisco.

O aplicador da Lei ao se afrontar com um caso concreto, deverá interpretá-la sempre de forma prudente, ou seja, analisar a medida concreta e a sua finalidade que se quer atingir, sempre atendendo o princípio constitucional da proporcionalidade.

Acerca do assunto em exame, Humberto Ávila, leciona com bastante maestria:

*O exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito).*

Vejamos o que ensina Luís Virgílio Afonso da Silva:

*“A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito – no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais -, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou de outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma ‘restrição às restrições’. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Esses três exames são, por isso, considerados como sub-regras da regra da proporcionalidade”.*

No presente caso, entendo que a multa aplicada encontra-se desproporcional com a conduta do Autuado. Como se pode vê, em que pese o Recorrente não ter cumprido com a obrigação acessória prevista no RICMS, a fiscalização pode ter sido realizada através de outros métodos de fiscalização. Além disso, a emissão de tais documentos fiscais diversos daqueles emitidos pelo

ECF não foram de grande monta, nem causou prejuízo ao erário público. Portanto, cabe a este órgão colegiado, adequar a multa aplicada com a intensidade dos prejuízos causados com a sua conduta ilícita, com observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Tendo em vista que a omissão do recorrente ocasionou prejuízo, que a meu sentir, foi de pequena monta, conforme as razões acima descritas, entendo que a multa deve ser reduzida para 10% do valor remanescente exigido após a Decisão proferida em primeiro grau.

Do exposto, voto no sentido de dar PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, para reformar a Decisão guerreada, a fim de reduzir o valor da multa por descumprimento de obrigação acessória, imposta na infração 3, no percentual de 10% do valor remanescente do quanto julgado pela Junta de Julgamento Fiscal equivalente a R\$216,67, conforme demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 3					
Seq.	D. Ocorrência	D. Vencimento	Valor Histórico-Multa de 5%	Vlr Julgado-JJF (Multa de 2%)	Vlr Julgado-CJF (Multa de 10% sobre a JJF)
1	31/03/2004	09/04/2004	956,91	382,76	38,28
2	30/04/2004	09/05/2004	1.648,15	659,26	65,93
3	31/05/2005	09/06/2005	4,50	1,80	0,18
4	31/08/2005	09/09/2005	1,61	0,64	0,06
5	30/09/2005	09/10/2005	58,03	23,21	2,32
6	31/10/2005	09/11/2005	28,05	11,22	1,12
7	30/11/2005	09/12/2005	335,29	134,11	13,41
8	31/12/2005	09/01/2006	41,21	16,48	1,65
9	31/03/2003	09/04/2003	1.077,24	430,89	43,09
10	31/01/2004	09/02/2004	1.265,76	506,31	50,63
TOTAL			21.190,88	2.256,68	216,67

Quanto ao pedido para restituição da quantia paga em relação à infração 2, não compete a este Órgão Julgador tal procedimento, cuja solicitação deverá ser feita à Inspetoria Fazendária da circunscrição do recorrente.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232185.0041/07-7, lavrado contra **VALTER NASCIMENTO COSTA (CALÇADOS CONFECÇÕES COSTA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$306,67**, previstas no art. 42, incisos XIII-A, aliena “h” e XX, “a”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios conforme estabelecido pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS