

A. I. N° - 232185.0217/08-6
AUTUADO - JOANINA BATISTA SILVA MORAES
AUTUANTE - MARCOS GOMES LOPES
ORIGEM - INFAC BRUMADO
INTERNET - 11. 05. 2009

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0067-05/09

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. USUÁRIO DE EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL. FALTA DE EMISSÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL CORRESPONDENTE. MULTA. Autuado emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, sujeitando-se ao pagamento de multa de 2% sobre o valor da operação, prevista no artigo 42, XIII-A, "h" da Lei 7.014/96, conforme modificação introduzida pela Lei nº 10.847/07, em face da retroatividade benéfica da lei. Infração não elidida. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/10/2008, exige multa no valor histórico de R\$60.377,98, em razão de emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.

O autuado ingressa com defesa às fls. 24 a 28, nos seguintes termos:

Que o autuante aplicou uma penalidade de 5% sobre as vendas efetuadas utilizando a NFVC e a nota fiscal série única, em lugar de cupom fiscal que estava obrigado, quando deveria emitir, concomitantemente, com as notas fiscais.

Afirma que visando evitar a sonegação, armou-se de uma série de mecanismos, cujos objetos consistem em prestações positiva ou negativa tendente a assegurar arrecadação e possibilitar a fiscalização dos tributos.

Que as medidas, chamadas de obrigações tributárias acessórias ou deveres instrumentais estão previstas na legislação tributária e geram, se descumprida pelos contribuintes, a imposição de multa, tal qual ocorre com o descumprimento da obrigação tributária principal (que consiste no pagamento do imposto).

Afirma ainda que o autuante não observou que o simples descumprimento da obrigação acessória, discriminada no auto, não originou falta de obrigação principal. Afirma que tal multa caracteriza uma ofensa direta e formal à Constituição Federal, que proíbe o confisco.

Solicita o cancelamento da multa, visto que não ocorreu por dolo, fraude, simulação e não implicou a falta de recolhimento de tributos, mesmo por presunção, já que todos os produtos discriminados nas notas fiscais foram isentos e não tributados.

Afirma que não cabe a multa punitiva, visto que o descumprimento da obrigação acessória não causou nenhum prejuízo ao Estado. Isto não ocorrendo solicita que seja nomeado um fiscal estranho para fazer esta comprovação.

Requer ainda, por cautela, que seja julgado improcedente o auto de infração.

O autuante presta informação fiscal às fls. 32 e 33, e apresenta as seguintes informações:

1. O enquadramento legal no auto de infração foi gerado automaticamente pelo SEAI (Sistema de Emissão de Auto de Infração);
2. De fato, o enquadramento correto seria o art. 824 –B c/c o art. 238 incisos I e II, observado o disposto no § 1º do RICMS/97;
3. Contudo, a descrição está clara tanto na descrição dos fatos como na descrição da infração “*contribuinte obrigado ao uso de equipamento de controle fiscal emitiu outro documento em lugar daquele decorrente do uso de equipamento*”;
4. O art. 19 do RPAF estabelece que não implica em nulidade o erro de indicação, desde que na descrição dos fatos fique evidente o enquadramento legal;
5. Que inclusive o contribuinte entendeu perfeitamente o enquadramento legal, tanto que citou em sua peça de defesa à folha 25: “*O nobre autuante aplicou uma penalidade de 5% sobre as vendas efetuadas utilizando NFVC e a nota fiscal série única em lugar do cupom fiscal que estava obrigado, quando deveria emitir concomitantemente com as notas fiscais.*.”;
6. Que o erro no enquadramento não prejudicou o entendimento do contribuinte sob a infração cometida nem implicou cerceamento do direito de defesa;
7. Que inclusive o Conselho da Fazenda já analisou a matéria, conforme Acórdão CJF N° 0299-12/08;
8. O artigo 141 do RICMS/BA prevê que o descumprimento da obrigação acessória converte-a em principal quanto à penalidade pecuniária;
9. O art. 158 do RPAF prevê a possibilidade de redução ou dispensa da multa por descumprimento de obrigação acessória pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelo Conselho Estadual da Fazenda desde que não tenham ocorrido por dolo, fraude ou simulação e não tenham implicado em falta de recolhimento de tributo. Cabe aos órgãos julgadores exercer o poder discricionário de concessão de tal benefício;
10. Ressalta que houve alteração no dispositivo da Lei nº 7014/96, que estabelecia multa de 5% pela emissão de documento diverso do cupom fiscal a que estiver obrigado, por meio da Lei nº 10847/2007 a qual estabeleceu multa de 2%. Assim, pelo princípio da retroatividade benigna da lei baseado no art. 106, II, “c” do CTN, sugere a redução da multa para 2%;

O autuado se manifesta, fls. 36 e 37 e discorda dos argumentos apresentados pelo autuante, mantendo as razões anteriormente apresentadas na defesa. Reitera seu pedido anteriormente apresentado, que seja julgado improcedente o auto de infração.

O autuante, fl. 40 apresenta nova informação fiscal e apresenta as seguintes informações:

1. Que o contribuinte descumpriu a obrigação acessória de emitir cupom fiscal nas saídas para consumidor, conforme prevê o art. 238 do RICMS-BA.
2. Que para essa infração é irrelevante se a mercadoria é tributada ou não.
3. Que o descumprimento da obrigação acessória converte-a em principal quanto à penalidade pecuniária, conforme estabelecido no art. 141 do RICMS-BA.

Dessa forma, solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Inicialmente não acolho o pedido de cancelamento do Auto de Infração, em decorrência de erro no enquadramento legal da infração, pois consoante o art.19 do RPAF/99, “*A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.*”

Portanto, preenchido os demais requisitos do art. 39 do RPAF/99, o auto de infração é eficaz e produz os efeitos jurídicos e legais.

Quanto á alegação de confisco relativa á multa aplicada, esta JJF não tem competencia para apreciar questão de constitucionalidade, nos termos do art. 167, I do RPAF/99, e a tipificação legal encontra-se no art. 42, XIII-A, “h” da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02.

Quanto ao pedido de cancelamento da multa, não o acato, porque não há prova nos autos de que não ocorreu falta de pagamento do imposto, a título de obrigação principal.

No mérito, o Auto de Infração, em lide, caracteriza-se pela exigência de penalidade por descumprimento de obrigação acessória no percentual de 5% sobre o valor das operações, tendo em vista que o contribuinte emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, nos exercícios de 2003 a 2007, meses de janeiro de 2003 a outubro de 2007.

Afirma ainda que o autuante não observou que o simples descumprimento da obrigação acessória discriminada no auto não originou falta de obrigação principal. Afirma que tal multa caracteriza uma ofensa direta e formal à Constituição Federal, que proíbe o confisco.

A emissão de outro documento fiscal em lugar do daquele decorrente do equipamento de controle fiscal, está estabelecida no RICMS-BA, nos seus artigos 238 e 824-B, que prelecionam as hipóteses em que tal ocorrência pode ser considerada:

Art. 824-B. 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.

(...)

§ 3º Não se exigirá o uso do ECF:

I - nas prestações de serviços de comunicação, serviços de transporte de carga e de valores e serviços de transporte aeroviário ou ferroviário de passageiros;

II - nas operações ou prestações realizadas fora do estabelecimento, nas destinadas a entidade da administração pública ou nas promovidas por:

a) contribuintes enquadrados no Cadastro de Contribuintes do ICMS na condição de Ambulante;

b) concessionárias de serviço público, relacionadas com o fornecimento de água, energia elétrica e gás canalizado;

c) fabricantes ou revendedores de veículos automotores, nas saídas destes veículos.

d) instituições de assistência social ou de educação de que trata o inciso II do art. 32 deste Regulamento;

e) pelo estabelecimento usuário de sistema de processamento de dados para emissão de Nota Fiscal em operação de saída de mercadoria para entrega no domicílio do adquirente;

f) prestador de serviço de transporte rodoviário ou aquaviário de passageiro que utilizar sistema eletrônico de processamento de dados para emissão de bilhete de passagem.

III - aos contribuintes do ICMS optantes pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia, enquadrados na condição de microempresa cuja receita bruta anual não exceda a R\$ 144.000,00 (cem e quarenta e quatro mil reais).

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.

§ 4º No caso emissão de Nota Fiscal de Venda a Consumidor em ECF para cancelamento de Nota Fiscal de Venda a Consumidor anterior, aquela deverá ser emitida em jogo de formulário em branco.

§ 5º O documento fiscal emitido em ECF não poderá ser retido pelo emitente, sendo permitida, contudo, a retenção de cupom adicional ao Cupom Fiscal, emitido para este fim.

Da análise destes dispositivos regulamentares, concluo que o contribuinte usuário de equipamento emissor de cupom fiscal somente está autorizado a emitir notas fiscais de venda a consumidor ou modelo 1, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, por se encontrar impedido de emitir o cupom fiscal, o que não restou evidenciado nos autos.

Ressalto, entretanto, que a multa específica para esta infração, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “h” da Lei nº 7.014/96, de 5% sobre os valores das operações ou prestações de serviço realizadas sem a emissão do documento decorrente do uso do ECF foi alterada para 2%, por meio da Lei nº 10.847, de 27/11/2007, com efeitos a partir de 28/11/2007, cujo valor passa a ser conforme demonstrativo de débito abaixo, em decorrência do princípio da retroatividade benigna, cujo valor total perfaz R\$24.151,22.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

Ocorrência	Vencimento	Base de Cálculo	Perc. de multa	Valor do débito
31/01/2003	31/01/2003	5.319,00	2%	106,38
28/02/2003	28/02/2003	9.818,00	2%	196,36
31/03/2003	31/03/2003	36.684,80	2%	733,70
30/04/2003	30/04/2003	3.850,50	2%	77,01
31/05/2003	31/05/2003	4.261,00	2%	85,22
30/06/2003	30/06/2003	12.698,00	2%	253,96
31/07/2003	31/07/2003	4.146,50	2%	82,93
31/08/2003	31/08/2003	21.990,00	2%	439,80
30/09/2003	30/09/2003	4.801,00	2%	96,02
31/10/2003	31/10/2003	31.572,00	2%	631,44
30/11/2003	30/11/2003	10.140,00	2%	202,80
31/12/2003	31/12/2003	16.465,00	2%	329,30
31/01/2004	31/01/2004	36.165,00	2%	723,30
28/02/2004	28/02/2004	9.432,00	2%	188,64
30/04/2004	30/04/2004	4.334,00	2%	86,68
31/05/2004	31/05/2004	4.381,00	2%	87,62
31/03/2004	31/03/2004	30.229,15	2%	604,58
30/06/2004	30/06/2004	32.621,50	2%	652,43
31/07/2004	31/07/2004	2.909,00	2%	58,18
31/08/2004	31/08/2004	17.840,00	2%	356,80
30/09/2004	30/09/2004	61.456,00	2%	1.229,12
31/10/2004	31/10/2004	37.450,00	2%	749,00
30/11/2004	30/11/2004	41.089,00	2%	821,78
31/12/2004	31/12/2004	13.329,40	2%	266,59
31/01/2005	31/01/2005	19.296,00	2%	385,92
28/02/2005	28/02/2005	32.757,00	2%	655,14
31/03/2005	31/03/2005	13.312,00	2%	266,24
30/04/2005	30/04/2005	18.657,40	2%	373,15
31/05/2005	31/05/2005	29.364,60	2%	587,29

30/06/2005	30/06/2005	22.832,00	2%	456,64
31/07/2005	31/07/2005	7.311,50	2%	146,23
31/08/2005	31/08/2005	36.271,00	2%	725,42
30/09/2005	30/09/2005	46.121,00	2%	922,42
31/10/2005	31/10/2005	36.744,00	2%	734,88
30/11/2005	30/11/2005	26.076,00	2%	521,52
31/12/2005	31/12/2005	39.403,90	2%	788,08
31/01/2006	31/01/2006	30.689,00	2%	613,78
28/02/2006	28/02/2006	12.593,00	2%	251,86
31/03/2006	31/03/2006	925,28	2%	18,51
30/04/2006	30/04/2006	9.886,71	2%	197,73
31/05/2006	31/05/2006	15.662,32	2%	313,25
30/06/2006	30/06/2006	36.542,20	2%	730,84
31/07/2006	31/07/2006	34.379,50	2%	687,59
31/08/2006	31/08/2006	59.840,00	2%	1.196,80
30/09/2006	30/09/2006	49.360,00	2%	987,20
31/10/2006	31/10/2006	26.131,00	2%	522,62
30/11/2006	30/11/2006	19.062,00	2%	381,24
31/12/2006	31/12/2006	2.100,00	2%	42,00
31/01/2007	31/01/2007	8.177,00	2%	163,54
28/02/2007	28/02/2007	400,00	2%	8,00
31/03/2007	31/03/2007	2.102,50	2%	42,05
30/04/2007	30/04/2007	22.996,00	2%	459,92
31/05/2007	31/05/2007	23.489,00	2%	469,78
30/06/2007	30/06/2007	15.786,00	2%	315,72
31/08/2007	31/08/2007	31.898,00	2%	637,96
30/09/2007	30/09/2007	5.400,00	2%	108,00
31/10/2007	31/10/2007	19.013,00	2%	380,26
TOTAL		1.207.560,76		24.151,22

Infração caracterizada, com redução da multa aplicada para 2%.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232185.0217/08-6, lavrado contra **JOANINA BATISTA SILVA MORAES**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor de R\$24.151,22, prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de abril de 2009.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIEA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR