

A. I. Nº - 206956.0009/10-9
AUTUADO - J.A. SOBRAL & CIA. LTDA.
AUTUANTE - PAULO APARECIDO ROLO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 11.05.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0109-05/11

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A legislação tributária estadual determina que 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. O não atendimento resulta na aplicação da multa de 5% 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. Infrações comprovadas. Aplicado o princípio da retroatividade benigna previsto no artigo 106, II, “c” do Código Tributário Nacional - CTN, reduzindo o percentual da multa aplicada de 5% para 2%, prevista no art. 42, XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, de acordo com a nova redação dada pela Lei nº 10.847/07, por ser mais benigna. Refeitos os cálculos para reduzir a exigência fiscal a 10% do valor da multa acessória aplicada, com fulcro no artigo 42, § 7º da Lei nº 7.014/96. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 14/12/2010, exige multa no valor de R\$ 15.338,37, em razão de ter emitido 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, fl. 74 a 86, e inicialmente ressalta a tempestividade da defesa, considerando a cientificação em 17/12/2010, tem início portanto em 20/12/2010, repercutindo o encerramento do prazo em 18/01/2011.

No mérito, salienta que o direito é uno e nenhuma norma analisada isoladamente terá a completeza exegética, bem como se afastada das circunstâncias fáticas que circundam o episódio que se pretende subsumir. A ilicitude não pode ser admitida apenas pelo seu aspecto formal, considerado exclusivamente a desconformidade da conduta com o direito, mas deve-se sopesar a conduta com o aspecto material da ilicitude, neste caso com a respectiva lesão a um bem jurídico. Questiona se houve prejuízo ao erário, na conduta apontada na infração, ou apenas não passou da bagatela de mera desobediência à norma, sem reflexos financeiros negativos para a Fazenda Pública. Salienta que a atividade desenvolvida pela empresa é o comércio de combustíveis cujos produtos são enquadrados no regime de substituição tributária por força de Convênio, portanto o contribuinte recebe as mercadorias com tributação encerrada, e o ICMS fica retido pelo sujeito passivo por substituição, sob a responsabilidade deste para fins de recolhimento ao estado da Bahia. Portanto, ainda que a empresa não emitisse documentos fiscais, para acobertar saídas de mercadorias, ainda assim, sua conduta não poderia ser considerada antijurídica para com o ICMS, pois não resultaria em prejuízos para a fazenda pública.

Aduz que a multa deve ser cancelada, posto que não se admite que o cidadão seja exposto a ações arbitrárias, para conferir ao Estado, enriquecimento sem causa.

Aponta a ausência de dolo, fraude ou simulação, invoca o princípio do não confisco. Requer também a declaração da decadência relativa ao período de janeiro de 2005 a novembro de 2005, com espeque no art. 150, § 4º, c/c art. 174 do CTN.

Traz o art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96, e pede a redução da multa sob o manto do princípio da capacidade contributiva.

O autuante presta a informação fiscal, fl. 97, e mantém a infração sob o pressuposto de que não existe no sistema da SEFAZ, atestado de intervenção no ECF, nas datas autuadas, o que justificaria a emissão de documentos fiscais.

VOTO

Da análise da impugnação interposta, preliminarmente incumbe a apreciação do pedido de decretação de decadência em relação aos fatos geradores ocorridos entre janeiro a novembro de 2005.

A questão apresentada pelo contribuinte se reveste de controvérsia jurídica na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Isto porque o CTN tem dois dispositivos que tratam da decadência, contidos no art. 150, § 4º e no art. 173.

Deduz-se, da linha argumentativa desenvolvida na defesa, que o contribuinte entende ser aplicável ao ICMS a forma de contagem prevista no art. 150, § 4º da Lei Complementar Tributária, ou seja, a partir do fato gerador do gravame fiscal. Nos parece que a tipologia dos tributos, a qual pertence o ICMS, comporta a aplicação dos dois dispositivos retro-mencionados. Reside a diferença da incidência normativa na avaliação da conduta adotada pelo devedor: se este antecipa o pagamento ou declarada o “*quantum*” devido, aplica-se o art. 150; todavia, se o contribuinte é omissor de pagamento ou não declara ao fisco os valores que deveriam ser recolhidos, aplica-se o art. 173.

Ressalto que em relação a esta matéria o CONSEF vem decidindo, de forma reiterada, pela aplicação das disposições contidas no Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81 – art. 107-A, inc. I). Nessa linha de entendimento, foi exarado o Acórdão nº 0009-12/08, originário da 2ª Câmara de Julgamento, lavrado nos seguintes termos:

“Este CONSEF tem firmado cristalinamente o entendimento de que o caso em apreço se refere a lançamento de ofício, devendo, por tal razão, ser cumprido o quanto disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, e estabelece o prazo de decadência de 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Ademais, como ressaltado no primeiro Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS, o STJ, através do Resp 63.529-2/PR, dentre outros julgados, vem decidindo nessa diretiva, sem prejuízo do fato de que o COTEB prevê em seu art. 28, de forma expressa, um prazo diferenciado, razão pela qual deve ser rechaçada a preliminar suscitada pelo autuado.”

Na presente situação trata-se de aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, o que não é capaz de autorizar a incidência da norma estampada no art. 150, § 4º, do CTN.

Diante disso, opto em seguir a diretiva contida no julgado acima transcrito, que representa a jurisprudência assente neste CONSEF, e sem me alongar nas disputas doutrinárias e jurisprudenciais que cercam o tema, afasto a preliminar de decadência suscitada pela defesa, quanto aos fatos geradores que se verificaram no exercício de 2005.

No mérito, a autuação foi motivada face à emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente de uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Consta na peça acusatória que o contribuinte emitiu nota fiscal de venda a consumidor quando tinha equipamento de controle fiscal em perfeito estado de funcionamento, fato que não é permitido pela legislação. Para a base de cálculo da multa foram considerados os totais mensais das notas fiscais de venda a consumidor emitidas sem correspondente emissão de cupom fiscal. Multa de 2%, aplicada nos meses de janeiro a

dezembro de 2005, conforme planilhas anexas, com a data de ocorrência de 31/12/2005. Valor total da penalidade: R\$ 15.338,37. Dispositivo infringido: art. 42, inc. XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, alterada pelo Lei nº 10.847/07.

O art. 42, inciso XIII – A, “h”, da Lei 7.014/96 tipifica a infração da seguinte forma: “*nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados: 2% (dois por cento) do valor da operação ou prestação de serviço ao contribuinte obrigado ao uso de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento.*”

A legislação, art. 238, § 2º do RICMS/97, prevê que o contribuinte usuário de ECF só pode emitir Nota Fiscal de Venda Consumidor, em substituição ao Cupom Fiscal, quando o equipamento estiver paralizado em decorrência de sinistro ou por motivos técnicos, e nesse caso o estabelecimento deve proceder como determina o art. 293 § 2º do RICMS/97, para documentar o fato. Não há nos autos justificativa para o procedimento adotado pela empresa, sendo que o autuado não nega a sua conduta mas alega que não ocorreu prejuízo para o erário, pois suas saídas já tinham sofrido anterior tributação, por comercializar com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Cabe ressaltar que foi aplicado o percentual de 2%, alterado por ocasião da Lei nº 10.847, de 27/11/2007, pois anteriormente este percentual era de 5% (cinco por cento), em atendimento ao princípio da retroatividade benigna da lei (art. 106, II, “c” do CTN).

Contudo, haja vista que o sujeito passivo comercializa com mercadorias com fase de tributação já encerrada, o que comprova que não houve prejuízo ao erário, acompanho a jurisprudência deste E. CONSEF e reduzo o valor da multa aplicada, ao percentual de 10%, com fundamento do § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, que visa adequar a multa aplicada de acordo com a gravidade da infração praticada. Como o sujeito passivo comercializa com mercadorias com fase de tributação já encerrada, constato que a infração praticada não acarreta prejuízos financeiros ao Estado. Desta forma, não seria justo que o mesmo fosse apenado de forma igual àqueles contribuintes que praticam a mesma infração, porém com mercadorias com fase de tributação não encerrada.

Saliento que a jurisprudência deste CONSEF, segue este norte, para a aplicação da redução da multa, a exemplo dos Acordãos A-0187-12/10, da 2ª Câmara, e A-0025-11/10 da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com redução da multa aplicada, para o valor de R\$ 1.533,84.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, com redução da multa aplicada, o Auto de Infração nº 206956.0009/10-9, lavrado contra J.A. SOBRAL & CIA. LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.533,84**, prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios, de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR