

A. I. N° - 060624.0110/10-0  
AUTUADO - GRL – ORGANIZAÇÃO REVENDEDORA DE COMBUSTÍVEIS  
AUTUANTE - MARIA DE LOURDES PIMENTEL MORAES  
ORIGEM - INFRAZ VAREJO  
INTERNET - 29.06.2011

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0159-02/11**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS AO CONSUMIDOR EM SUBSTITUIÇÃO A CUPONS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A legislação prevê que o contribuinte só deve proceder dessa forma quando o equipamento estiver paralisado em decorrência de sinistro ou por motivo técnico. Não foi justificado o motivo para o procedimento adotado pelo contribuinte. Não foi acatado o cancelamento ou a redução da multa. Mantida a multa por está em conformidade com o artigo XIII-A da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847 de 27/11/07. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 22/12/2010, sob acusação do cometimento de infração relacionada com a emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, no exercício de 2005, sujeitando à multa no valor de R\$15.044,46, equivalente a 2% sobre o valor das notas fiscais série D-1 emitidas, conforme demonstrativo e documentos às fls.08 a 87.

Consta na descrição dos fatos: *..em cumprimento à O.S. acima discriminada, referente ao período de 01/01/2005 a 31/12/2005, AUDITORIA SUMÁRIA, com sugestão dos seguintes roteiros, AUDIF-209, AUDIF 239 e AUDIF 241. Após as verificações feitas com aplicação dos roteiros acima sugeridos constatamos a seguinte irregularidade: Emissão de NFVC paralela ao uso de ECF. Que ocasionou a lavratura do Auto de Infração no valor de R\$15.044,46 (quinze mil, quarenta e quatro reais e quarenta e seis centavos) com base de cálculo de R\$752.222,76 (setecentos e cinqüenta e dois mil, duzentos e vinte e dois reais, e setenta e seis centavos) relativo à cobrança de multa formal por infração à obrigação acessória.*

Foi dado como infringido o artigo 824-D, inciso II do Decreto nº 6.284/97.

O autuado, tempestivamente, através de seu representante legal, na sua peça defensiva (docs. fls. 94 a 105), após destacar a sua tempestividade e depois de descrever a infração apurada no presente Auto de Infração, impugnou o lançamento com base nos seguintes fatos e fundamento a seguir alinhados.

Comenta sobre princípios de direito, inclusive citando lição de renomado professor, relacionada com o conceito de ilicitude, para argumentar que a norma que fundamenta a autuação deve ser analisada levando em conta a circunstância fática que motivou o seu procedimento.

Assim, alega que com a emissão das notas fiscais não incorreu em ilicitude, porquanto de sua conduta não resultou lesão financeira para os cofres públicos.

Esclarece que a atividade econômica exercida pela empresa é o comércio de combustíveis cujos produtos são enquadrados no regime de substituição tributária por força de Convênio interestadual, portanto, que recebe as mercadorias com tributação encerrada, ficando o

recolhimento do ICMS retido pelo sujeito passivo por substituição sob a responsabilidade deste para fins de recolhimento ao estado da Bahia.

Frisa que, ainda que, por hipótese, a empresa não emitisse documentos para acobertar as saídas das mercadorias, ainda assim, sua conduta não poderia ser considerada antijurídica para com o ICMS, pois não resultaria em prejuízo para a fazenda pública, porque o imposto de competência estadual é recolhido por antecipação.

Assevera que, se não há cabimento para penalidade ainda que não houvesse a empresa emitido quaisquer documentos, muito menos seria crível entender aplicável a indigitada penalidade, no caso em ela, visto ter a empresa emitido documentos fiscais para acobertar suas operações.

Dizendo que não agiu com dolo, fraude ou simulação, pede o cancelamento da multa com espeque no § 4º do art. 46 da Lei Nº 3.956/81 – Código Tributário do Estado da Bahia; no § 7º, Art. 42 da Lei nº 7.014/96 – LEI DO ICMS; no Art. 158 do RPAF aprovado pelo Dec. Nº 7.629/99; RICMS Aprovado pelo Decreto Nº 6.284/97.

Invocou os artigos 5º XXII; XXIII; XLVI, da CF/88, para argumentar que restou provado que não incorreu em ilicitude, pois sua conduta não resultou em prejuízo para o erário, e não estando configurado o dolo, nem a fraude, nem a simulação, com espeque na alínea “b” do inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal e nos não menos importantes dispositivos infraconstitucionais, multicitados, quais sejam: §4º do art. 46 da Lei Nº 3.956/81 – Código Tributário do Estado da Bahia; no § 7º, Art. 42 Lei nº 7.014/96 – LEI DO ICMS; no Art. 158 do RPAF aprovado pelo Dec. Nº 7.629/99; RICMS Aprovado pelo Decreto Nº 6.284/97, considerou que a aplicação da multa tem caráter confiscatório, e por isso, pede o seu cancelamento.

Prosseguindo, o defendanteaduz que em se desconsiderando seu pleito, em atenção ao princípio da eventualidade, requer a declaração da decadência do crédito tributário correspondente a período de janeiro a novembro de 2005, por entender que foi ultrapassado os cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, com espeque no §4º do art. 150 c/c art. 174, ambos do CTN.

Observa que não obstante o autuante ter realizado o lançamento no último dia de 2005, de forma consolidada, de fato as infrações que pretendeu imputar ocorreram ao longo do ano, e por isso deveriam ter sido objeto de lançamento de ofício mensalmente, pois feito desta forma restaria evidenciada a flagrante decadência.

Em seguida, interpretando o disposto no parágrafo 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, aduz que este não denota para o julgador nenhuma discricionariedade acerca de decidir sobre se cancelará ou não a multa, e que não sendo comprovado o dolo a simulação ou a fraude e desde que a infração não implique em falta de recolhimento do imposto, deverá a multa ser cancelada.

Examinando a questão sobre a ótica do princípio da capacidade contributiva, considerou excessiva a aplicação da multa de 2% (dois por cento) 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”, dizendo que a margem de lucro da atividade empreendida pelo setor de comércio de combustíveis, não ultrapassa a marca dos 3%.

Ao final, requer a procedência de suas razões defensivas e o cancelamento da multa ou a sua redução.

Na informação fiscal à fl. 112, a autuante rebateu as razões defensivas dizendo que o autuado descumpre a obrigação acessória estabelecida pela legislação fiscal quando emitiu, ao longo do exercício de 2005, outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, gerando a penalidade que foi lançada no auto de infração, conforme consta dos anexos acostados ao processo. Concluindo, solicita a declaração da procedência total da exigência fiscal.

## VOTO

Analisando a preliminar de decadência dos fatos geradores ocorridos em 01/01/2005, a 30/09/2005, observo que não assiste razão ao defensor, uma vez que, segundo o disposto no artigo 173, inciso I, do CTN, "o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".

Já o parágrafo único do mesmo artigo reza que "o direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento".

Ou seja, o entendimento no âmbito do CONSEF é de que a regra geral em matéria de decadência, no que toca ao ICMS, é de que o fisco tem 05 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se venceu o prazo para pagamento fixado na legislação, para formalizar o crédito tributário respectivo não pago no todo ou em parte à época própria, sob pena de caducidade do direito ao crédito pelo seu não exercício.

No presente caso, para o crédito tributário vencido no citado período, considerando-se que o lançamento ocorreu em 22/12/2005, a contagem de prazo para a Fazenda Pública proceder à constituição do crédito tributário iniciou-se em 01/01/05, findando-se em 31/12/10.

No mérito, na análise das peças processuais, verifico que a infração imputada ao contribuinte diz respeito a emissão de notas fiscais série D-1 em lugar do cupom fiscal, na condição de usuário de ECF, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória.

Foi dado como infringido o artigo 824-D, inciso II, do RICMS/97, que reza *in verbis*:

*Art. 824-D. O programa aplicativo utilizado para envio de comandos ao Software Básico do ECF deverá estar previamente cadastrado na SEFAZ e atender aos seguintes critérios:*

*II - não possuir função que faculte ao operador a não emissão do documento fiscal relativo aos registros realizados.*

Observo que o enquadramento legal não está condizente com o fato narrado no auto de infração, porém, este vício de indicação do dispositivo legal não implica em nulidade, a teor no artigo 19 do RPAF/99, pois pela descrição do fato ficou evidente o real motivo da imputação e o respectivo enquadramento legal, e o sujeito passivo demonstrou ter entendido perfeitamente o fulcro da autuação, dela se defendeu, não caracterizando cerceamento do direito de defesa.

Para chegar a conclusão fiscal, o preposto fiscal autuante elaborou planilha intitulada de DEMONSTRATIVO DAS NFVC EMITIDAS IRREGULARMENTE POR EMPRESA USUÁRIA DE EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL – ECF, na qual, encontram-se discriminadas as notas fiscais emitidas e o valor da multa calculada à alíquota de 5%.

Pelos termos da defesa, noto que em momento algum foi negado o cometimento da infração, qual seja, de que tivesse emitido notas fiscais em lugar do ECF, sem motivo justificável.

O artigo 238, § 2º, do RICMS/97 prevê que o contribuinte usuário de ECF só pode emitir Nota Fiscal de Venda a Consumidor, em substituição ao Cupom Fiscal, quando o equipamento estiver paralisado em decorrência de sinistro ou por motivos técnicos, e nesses casos, deve o estabelecimento proceder conforme determina o artigo 293, § 2º, do RICMS/97, a fim de documentar o fato.

A imposição de penalidades pelo descumprimento de obrigação acessória, existe em virtude da possibilidade de inobservância pelo sujeito passivo das determinações legais, e além do seu caráter educativo, visa preservar o crédito tributário. Nessa situação, quando o contribuinte descumpre as suas obrigações de caráter acessório está passível de aplicação de penalidades, a exemplo da que cuida o Auto de Infração em exame.

Observo que, o valor da multa prevista na data do fato gerador (2005), era calculada pelo percentual de 5% sobre o valor das notas fiscais, série D1, emitidas em lugar daqueles decorrentes do uso do ECF, inclusive nos demonstrativos às fls.08 a 13, o autuante apurou o valor da multa com base nesse percentual.. Contudo, tendo em vista que com o advento da Lei nº 10.847/07 que alterou o art. 42, XIII-A, “h” da Lei nº 7.014/06, a ocorrência em questão está sujeita a multa de 2%, adotando-se a retroatividade benigna da lei (art. 106, II “c” do CTN), como aliás foi consignado no demonstrativo de débito à fl.01 do demonstrativo de débito, não merecendo por isso, qualquer retificação.

No que concerne à redução da multa, pleiteada pelo autuado, o § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, concede ao órgão julgador administrativo a discricionariedade de, uma vez imputadas às multas por descumprimento de obrigações acessórias, conceder redução ou cancelamento das mesmas, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto, dispositivo legal que é regulamentado pelo art. 158 do RPAF/BA.

Esta discricionariedade, portanto, permite que, mesmo não havendo dolo, fraude ou simulação ou falta de imposto recolhido, relativo a infração por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não conceda a redução ou o cancelamento das multas aplicadas.

No presente caso, considerando a inexistência de demonstração da não ocorrência de dolo, haja vista tratar de uma questão subjetiva, não há como contemplar o pedido do impugnante de redução ou cancelamento da multa.

Nestas circunstâncias, mantendo a multa aplicada, uma vez que o autuado não justificou o motivo para emissão de notas fiscais em lugar do ECF.

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

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **060624.0110/10-0**, lavrado contra **GRL – ORGANIZAÇÃO REVENDEDORA DE COMBUSTÍVEIS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$15.044,46**, prevista no artigo 42, III-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de junho de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR