

PROCESSO - A. I. Nº 146468.0103/10-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - POSTO MATARIPE ABASTECIMENTOS E SERVIÇOS LTDA. (POSTO MATARIPE 01)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1ª JF nº 0207-01/11
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 11/07/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0201-11/12

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO USO 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 sobre o 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. Infração subsistente. Reduzida a multa por descumprimento de obrigação tributária acessória, para dez por cento do valor original, com fulcro no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JF nº 0207-01/11), que julgou Procedente em Parte a presente autuação, através da qual foi imposta multa no valor de R\$389.396,26 em decorrência de ter emitido outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, nos meses de janeiro a dezembro de 2005.

A Junta de Julgamento Fiscal, na Decisão submetida à revisão desta Câmara de Julgamento Fiscal, dirimiu a lide administrativa posta à sua apreciação da seguinte forma:

“Preliminarmente, o autuado suscita a decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos até 27/12/05, pois considera que a contagem do prazo decadencial se faz nos termos do art. 150, §4º, do CTN, já que o ICMS é um imposto sujeito ao lançamento por homologação. Para embasar seus argumentos, cita doutrina, jurisprudência e a Súmula 08 do Supremo Tribunal Federal.

Com o devido respeito, divirjo da tese defendida pelo autuado, pois o termo inicial da contagem do prazo decadencial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. O art. 150, § 4º, do CTN, prevê que “Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador”. Contudo, a legislação tributária do Estado da Bahia, utilizando a permissão contida no § 4º do art. 150 do CTN, fixou o prazo de homologação em cinco anos a contar “do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado” (art. 107-A, I, do COTEB, e art. 965, I, do RICMS-BA).

A homologação tácita, prevista no art. 150, § 4º, do CTN, ocorre quando o imposto devido é lançado pelo sujeito passivo e pago dentro das condições previstas na legislação tributária. O caso em comento não trata de exigência de valores não recolhidos, mas sim de inobservância de obrigação acessória, a qual foi objeto de um

lançamento tributário de ofício. Portanto, em relação a essa inobservância de obrigação acessória não há como se falar em lançamento por homologação e, em consequência, não se pode aplicar o previsto no art. 150, § 4º, do CTN, como pleiteia o autuado. Do mesmo modo, a Súmula 08 do STF, citada na defesa, trata e vincula apenas as decisões referentes à Previdência Social e, portanto, não se aplica ao caso em análise.

Para os fatos geradores ocorridos durante o exercício de 2005, a Fazenda Pública tinha até o dia 31/12/10 para constituir o crédito tributário. No caso em tela, o crédito fiscal foi constituído em 15/12/10, quando foi encerrado o procedimento fiscal com a lavratura do Auto de Infração, tendo sido o autuado notificado do lançamento em 27/12/10. Portanto, não houve a alegada decadência.

Adentrando no mérito da lide, observo que a infração imputada ao autuado foi a emissão de notas fiscais em lugar de cupom fiscal, sendo o autuado usuário de equipamento de controle fiscal.

A obrigatoriedade da emissão do cupom fiscal encontra-se prevista no RICMS-BA, nos artigos 824-B e 238, sendo que, nos termos destes dispositivos regulamentares, o contribuinte usuário de equipamento emissor de cupom fiscal somente está autorizado a emitir notas fiscais de venda a consumidor ou modelo 1, em lugar do documento fiscal emitido pelo Equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, ou seja, motivos que o impeçam de emitir o cupom fiscal. Também, quando solicitado pelo adquirente das mercadorias, o contribuinte usuário de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal pode emitir nota fiscal, porém, neste caso, deve ser emitido, concomitantemente, o cupom fiscal e anexado à via fixa do documento fiscal emitido, no qual será consignado o número seqüencial atribuído ao ECF no estabelecimento, bem como o número do documento fiscal emitido no ECF.

No presente caso, a emissão das notas fiscais em lugar do cupom fiscal não foi motivada por nenhuma das razões acima referidas, haja vista que o próprio autuado admite não ter emitido o documento fiscal próprio, conforme exigido na legislação tributária. O defendente, além de argüir a decadência, solicita a dispensa ou a redução, em 95%, da multa indicada na autuação. Assim, a infração está caracterizada, restando apreciar o pedido de dispensa ou redução da multa.

O disposto no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96 faculta a este colegiado reduzir ou cancelar multa por descumprimento de obrigação acessória, desde que fique comprovado que a infração foi praticada sem dolo, fraude ou simulação e não tenha implicado falta de recolhimento do imposto.

Sempre procurei utilizar com moderação essa faculdade conferida pela lei a este colegiado, tendo em inúmeras decisões externado meu posicionamento contrário à redução de multa, por não vislumbrar a presença dos requisitos legais para a concessão da referida dispensa naquelas situações. Todavia, observo que, no caso em análise, as condições exigidas pela legislação para a dispensa ou redução da multa estão presentes e, além disso, verifico que o processo apresenta peculiaridades que robustecem a necessidade de se ajustar a pena prevista na lei ao caso concreto, conforme passo a me pronunciar.

Em primeiro lugar, verifico que não há nos autos qualquer indício de que a inobservância da obrigação acessória em comento tenha sido praticada de forma dolosa, fraudulenta ou simulada. As operações de saídas de mercadorias (combustíveis) foram registradas e o imposto devido foi pago pelo regime de substituição tributária.

Em segundo lugar, constato que a inobservância da referida obrigação acessória não acarretou a falta de pagamento do imposto. O autuado foi fiscalizado e, no entanto, apenas se apurou a equivocada emissão de nota fiscal em lugar de cupom fiscal, o que, por si só, não acarreta falta e pagamento de imposto, especialmente quanto se observa que nas operações em tela o imposto já tinha sido pago por substituição tributária. Considero de grande valia na formação de meu convencimento que o próprio autuante, na informação fiscal, reconhece que o procedimento irregular do autuado não implicou falta de pagamento de imposto.

Em terceiro lugar, há que se observar que, na fiscalização deste posto de combustíveis, as operações de saídas de combustíveis são aferidas mediante a leitura dos “encerrantes” dos bicos das bombas. Não se pode dizer que houve um prejuízo operacional para a fiscalização, pois, apesar da emissão de nota fiscal em vez de cupom fiscal, o fisco tinha como quantificar, com segurança, as operações de saídas realizadas no período fiscalizado.

Por fim, em quarto lugar, observo que o auditor fiscal autuante, expressamente, afirma que o autuado é primário nesse tipo de ocorrência.

Em face desses quatro pontos citados acima, considero que estão presentes nos autos as condições exigidas no §7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/6 para a redução ou dispensa da multa indicada na autuação, quais sejam, a ausência de dolo, fraude ou simulação e de falta de pagamento do imposto.

Não sou favorável à dispensa total da multa, pois está comprovada nos autos a ocorrência de uma infração à legislação tributária estadual. Nessa situação, deve ser aplicada a pena prevista na legislação, até mesmo para que a multa cumpra a sua finalidade educativa. Todavia, entendendo que a multa indicada na autuação, pelo seu elevado valor em comparação com a irregularidade apurada, deve ser ajustada ao caso concreto por este órgão julgador, com fulcro no §7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Considerando o porte do estabelecimento, o valor da multa indicada na autuação, o pequeno dano causado ao fisco, as decisões deste CONSEF nos casos de redução de multa e os antecedentes do autuado, entendo que é justa a redução da multa em 90%, uma vez que o valor que remanesce após essa redução (R\$ 38.939,62) cumpre de forma satisfatória a sua finalidade.

Corroborando o entendimento acima exposto, cito a recente decisão da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF que, por meio do Acórdão CJF Nº 0421/11/10, em sede de Recurso de Ofício, manteve inalterada a decisão de primeira instância que, em situação análoga, reduziu em 90% multa indicada no Auto de Infração nº 060624.0001/08-4.

(...)

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, reduzindo, porém, o valor da multa para dez por cento do valor original, o que corresponde a R\$ 38.939,62”.

Em atendimento ao art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, o órgão julgador de Primeira Instância recorreu de Ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

VOTO

O Recurso de Ofício não merece ser provido, pois, consoante bem exposto pelo nobre relator de primeira instância, a situação em tela amolda-se perfeitamente à hipótese do § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, ensejando a redução da multa aplicada pelo autuante, pois a conduta do sujeito passivo não gerou falta de recolhimento de ICMS e, ainda, não houve dolo, fraude ou simulação.

A par disso, há de se registrar que, conquanto não se trate de requisito legal para deferimento do pedido de redução ou cancelamento da multa, reforça a justeza da medida os fatos de o sujeito passivo não ter sido autuado por prática similar anteriormente e de que a conduta infracional apurada (falta de emissão de cupons fiscais nas operações de vendas) não impedir a aplicação dos roteiros normais de auditoria, sobretudo de estoques, já que as saídas de combustíveis são aferidas mediante a leitura dos “encerrantes” dos bicos das bombas.

Nas circunstâncias, a despeito de ainda entender elevada a penalidade aplicada pela Junta de Julgamento Fiscal, uma vez que é desproporcional diante da absoluta falta de lesividade da conduta do sujeito passivo, devo confirmar a decisão de primeira instância administrativa, em sede de Recurso de Ofício, ante a ausência de Recurso Voluntário manejado pelo sujeito passivo.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **146468.0103/10-1**, lavrado contra **POSTO MATARIPE ABASTECIMENTOS E SERVIÇOS LTDA. (POSTO MATARIPE 01)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$38.939,62**, prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02 de 13/12/2002, reduzida para 10% do valor original, com fulcro no § 7º do art. 42, da lei retromencionada, com os acréscimos moratórios conforme a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de junho de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FABIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS