

PROCESSO - A. I. N° 206956.0011/10-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e GRL ORGANIZAÇÃO REVENDEDORA DE COMBUSTÍVEIS LUBRIFICANTES LTDA.
RECORRIDOS - GRL ORGANIZAÇÃO REVENDEDORA DE COMBUSTÍVEIS LUBRIFICANTES LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0111-05/11
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 11/07/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0202-11/12

EMENTA: ICMS. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS AO CONSUMIDOR EM SUBSTITUIÇÃO A CUPONS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Rejeitada a preliminar de decadência. Multa reduzida com fulcro no artigo 42, § 7º da Lei nº 7.014/96. Acolhido o pedido de redução da multa para percentual de 1% do montante indicado no Auto de Infração, para adequar a gravidade do descumprimento da obrigação acessória. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Rejeitadas as preliminares de nulidade e de decadência alegadas. Recurso de Ofício **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recursos de Ofício e Voluntário, este último interposto contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0111-05/11), que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 14/12/2010, para imputar ao sujeito passivo o cometimento da infração de emissão de documento fiscal diverso daquele de uso nas situações em que se encontra obrigado, ou seja, equipamento de controle fiscal, sendo exigido a multa, por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$61.942,48.

O contribuinte ingressou com impugnação tempestiva às fls. 79/90, tendo o autuante prestado a informação fiscal de praxe à fl. 97.

Após os trâmites legais, a Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide administrativa na seguinte literalidade:

“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 parece-nos que a tipologia dos tributos, a qual pertence o ICMS, comporta a aplicação dos dois dispositivos retromencionados. Reside a diferença da incidência normativa na avaliação da conduta adotada pelo devedor: se este antecipa o pagamento ou declara 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 em face da 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\$ 61.942,48. Dispositivo infringido: art. 42, inc. XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07.

O art. 42, inciso XIII – A, “h”, da Lei nº 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 paralisado 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 Acórdãos A-0187-12/10, da 2ª CJF, 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\$ 6.194,25.”

Em atendimento ao artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

De outra parte, o sujeito passivo, inconformado, formalizou o Recurso Voluntário de fls. 112/120, apresentando, inicialmente, preliminar de decadência do crédito tributário relativo ao período de apuração de janeiro/2005 a novembro/2005, tendo em vista a ultrapassagem do prazo fixado no § 4º do artigo 150 do CTN.

Asseverou ter tido ciência da autuação apenas em 21/12/2010, ao passo que a multa exigida compreendia o período de janeiro/2005 a dezembro/2005, conforme “*demonstrativo das NFVC emitidas irregularmente*” anexo ao Auto de Infração.

Transcreveu jurisprudência do STJ, na linha de reconhecer a contagem do prazo decadencial com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN.

Adentrando ao mérito, ressaltou ser o comércio de combustíveis a atividade desenvolvida pela empresa, cujos produtos se encontram enquadrados no regime de substituição tributária, portanto, recebendo as mercadorias com tributação encerrada.

Aduziu que, embora cumpridora dos seus deveres tributários, estando em situação de plena regularidade fiscal com o Estado, foi autuada pela falta de utilização de equipamento de controle fiscal, todavia a infração cometida não trouxe qualquer prejuízo ao erário, bem como não foi imputada pela fiscalização a ocorrência de dolo, fraude ou simulação pela empresa, tornando-se aplicável o disposto no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, segundo o qual as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado não terem as infrações sido praticadas com dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

Prosseguindo, teceu comentários sobre a classificação das obrigações tributárias em principal e acessória, reproduzindo o art. 113 do CTN e entendimento do Jurista Luciano Amaro sobre o tema, para afirmar que a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória só deveria ocorrer quando a falta de cumprimento da obrigação impedisse ou dificultasse a fiscalização do cumprimento da obrigação principal, o que inocorreu na espécie versada, porquanto as mercadorias comercializadas pelo recorrente enquadram-se no regime de substituição tributária, com tributação encerrada.

Argumentou de ter a JJF reduzido a multa aplicada ao percentual de 10%, embasada no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96, a margem de lucro na comercialização de combustíveis não ultrapassa a marca de 3%, de forma que a manutenção da multa, mesmo com a redução promovida, apresentava-se desproporcional, com agravamento do custo final assumido pelo recorrente, sem possibilidade de repasse ao preço do consumidor final.

Por último, trouxe Decisão do CONSEF sobre cancelamento de multa aplicada e pugnou pelo acolhimento do Recurso Voluntário para cancelamento integral da multa aplicada ou, sucessivamente, fosse reduzida ao percentual de 1% do montante indicado no Auto de Infração, sem prejuízo do pedido de reconhecimento da decadência suscitado.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 135/137, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, afastando a alegação de decadência, por entender que o art. 107 do COTEB, em conformidade com a previsão do § 4º do art. 150 do CTN, previa o início do prazo decadencial como sendo o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, no caso, ou seja, início em 1º de janeiro de 2006 referente aos fatos geradores ocorridos em 2005.

Na sessão de julgamento, o patrono do sujeito passivo suscitou preliminar de nulidade da autuação, ao argumento de que a JJF, na Decisão recorrida, pronunciou-se quanto ao regular funcionamento do ECF instalado no estabelecimento autuado, matéria fática que não foi posta na autuação e, portanto, não poderia ser utilizada como fundamento.

VOTO (Vencido quanto ao valor da multa)

A preliminar de nulidade não merece acolhimento, pois, desde a autuação, o preposto fiscal apresentou documentos que demonstram que o ECF do sujeito passivo, de fato, estava funcionando regularmente no período da autuação. Ademais, eventual não funcionamento do ECF é questão fática que constitui matéria de defesa, por ser modificativo do direito do Fisco, logo, cabia ao contribuinte alegar e não trazer essa prova aos autos, sem o que se presume que o ECF estava em regular funcionamento, até mesmo porque a intervenção de tais equipamentos segue procedimento próprio, devendo, inclusive, ser comunicada à Secretaria da Fazenda.

Rejeita-se, pois, dita preliminar.

Prosseguindo no julgamento, vale esclarecer que versam os autos acerca de Recursos de Ofício e Voluntário, este último interposto pelo sujeito passivo no intuito de reformar o decisório de piso em relação à parte remanescente da ação fiscal.

Em função de questão processual, manifesto-me, primeiramente, acerca do Recurso de Ofício impetrado pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, porquanto, durante a tramitação do processo para julgamento em segunda instância, o Estado promoveu alteração no RPAF/BA, através de Decreto Estadual nº 13.537, de 17 de maio de 2012, estabelecendo, expressamente, o artigo 3º:

“Art. 3º - Não deverá ser apreciado Recurso de ofício de Decisão proferida pela Junta de Julgamento Fiscal, referente a débito exonerado com montante em valor inferior a R\$100.000,00 (cem mil reais), interposto antes da vigência do Decreto nº 13.537, de 19 de dezembro de 2011, em tramitação para julgamento na Câmara de Julgamento do CONSEF, sendo considerada definitiva a Decisão de primeira instância.”,

Porquanto, no caso presente, a desoneração (fl. 105) foi inferior ao limite estabelecido no mencionado Decreto, voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Recurso de Ofício, devendo ser homologada a Decisão recorrida.

A par disso, apreciando a tese da decadência parcial do lançamento tributário, reiterada no Recurso Voluntário, posto que proveniente de fatos geradores ocorridos no exercício de 2005, destaco que este órgão julgador já firmou posicionamento, em julgamentos anteriores, acerca da aplicação do instituto da decadência nas imputações de multas por descumprimento de obrigação acessória, conforme voto do ilustre Conselheiro Fabio de Andrade Moura, proferido através do Acórdão 0413-11/08, confirmado por unanimidade pelos demais membros julgadores desta CJF, *verbis*:

“Consoante relatado, o contribuinte suscitou a decadência do direito do Fisco de exigir multa por descumprimento de obrigação acessória, ao argumento de que a regra aplicável ao caso em comento é aquela constante do art. 150, §4º, do CTN, que fixa o termo a quo do prazo decadencial como o dia da ocorrência do fato gerador. Nessa linha, aduz que o fato gerador da multa ocorreu em janeiro de 2002, sendo que na data da autuação, 26/09/2007, já havia sido ultrapassado o quinquênio legal.

A PGE/PROFIS, de seu turno, sustenta que deve ser aplicado à espécie o art. 150, §4º, do Diploma de regência, segundo o qual o direito do Fisco não teria sido tragado pela decadência, pois esse dispositivo admite que lei fixe o prazo de homologação do tributo, rendendo ensejo, destarte, à incidência do art. 28, §1º, do COTEB.

Com a devida licença, tenho que nenhum dos dois posicionamentos está inteiramente correto.

De fato, a presente autuação trata da imposição de multa por descumprimento de obrigação acessória. O direito do Fisco de impor penalidade ao contribuinte decorre, portanto, de um liame sancionatório, ou seja, da prévia prática de um ato ilícito por parte do infrator consistente na inobservância de um dever imposto por lei. É o que se extrai do §2º, do art. 113, do CTN: “A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos”.

Logo, não se pode confundir, jamais, o regime jurídico dos tributos com o regime jurídico das penalidades, valendo esclarecer que, nos termos do art. 3º, do CTN, o tributo deve decorrer, necessariamente, de uma atividade lícita, o que, como visto, não se coaduna com a regra de imposição de penalidade por descumprimento de obrigação acessória.

Diante destas considerações preliminares, pode-se perceber, sem esforço, que nenhuma das duas regras invocadas nestes autos pode ser aplicável às multas por descumprimento de obrigação acessória, tendo em vista que ambas visam a estipular prazos decadenciais para lançamento de tributo, fazendo expressa menção à ocorrência de fato gerador, à homologação do pagamento realizado pelo contribuinte quanto ao tributo devido e à constituição e extinção do crédito tributário, institutos diretamente ligados à obrigação tributária principal, consoante se observa da transcrição a seguir:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

*“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública **constituir o crédito tributário** extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:*

*I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o **lançamento poderia ter sido efetuado**;*

II - da data em que se tornar definitiva a Decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. 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”.

Quando se trata de obrigação acessória ou dever instrumental, não se pode falar propriamente em fato gerador ou lançamento, muito menos em constituição e extinção de crédito tributário. Tanto é assim que muitos Estados, afetos a um maior rigorismo técnico, denominam as autuações de “Autos de Infração e Imposição de Multa”, para deixar bem clara a distinção existente entre a apuração de infrações tributárias, da qual decorrerá a cobrança do tributo devido e não pago, e a imposição de multa por falta no cumprimento do dever instrumental.

Deve-se registrar que a norma constante do §3º, do art. 113, do CTN, ao dispor que “a obrigação acessória, pelo fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária”, quis apenas submeter o crédito pecuniário oriundo da aplicação da multa ao mesmo regime de cobrança das execuções fiscais, por ser mais benéfico à Fazenda Pública, como, aliás, já sedimentaram a doutrina e a jurisprudência pátrias. Tal norma não igualou os conceitos de multa e de tributo, até mesmo porque são totalmente divergentes, tratando-se, repita-se, de institutos submetidos a regimes jurídicos distintos. Exemplo disso é a possibilidade de redução da penalidade por critérios de justiça ou mesmo a anistia de débitos fiscais decorrentes de multa, o que não se pode admitir com relação aos tributos.

Enfim, fica claro que a multa não se submete aos prazos decadenciais fixados para os tributos. Mas tal conclusão não é suficiente. É necessário saber se há um prazo para o Fisco impor penalidades por descumprimento de obrigação acessória e que prazo será este. A resposta para tais questionamentos deve partir de uma premissa bastante simples: só há descumprimento a uma norma jurídica enquanto se pode exigir do seu destinatário que a cumpra; ou seja, se o Estado não puder mais exigir do contribuinte a prática de determinada conduta não poderá, por conseguinte, impor a multa em virtude do descumprimento.

No caso em análise, o autuante aplicou à recorrente, na infração 01, multa de R\$ 826,05 pela falta de entrega regular do registro 74 do seu arquivo magnético relativo ao primeiro mês do exercício de 2002. O art. 686, do RICMS, impõe a guarda de tais informações “pelo prazo decadencial” do tributo, que no caso é o ICMS.

Assim, diante da divisão feita pela doutrina e pela jurisprudência pátrias, acerca da aplicação do prazo do art. 150, §4º, quando há tributo recolhido, ainda que em parte, e do art. 173, I, quando nenhum tributo foi pago, é forçoso concluir que o Fisco ainda poderia exigir do contribuinte o cumprimento do dever instrumental constante do art. 686, do RICMS, até mesmo porque não se sabe, quanto às operações omitidas, se houve ou não recolhimento do imposto, ainda que parcialmente.

Em outras palavras, é possível, pelo menos em tese, que houvesse imposto devido e não pago pelo contribuinte, o que daria ao Fisco o direito de lançar de ofício o ICMS, submetendo-se à regra do art. 173, I, do CTN, que firma o termo a quo do prazo decadencial para lançamento como o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido lançado o tributo.

Diante de tais considerações, entendo que não houve a decadência vislumbrada pelo contribuinte”.

Destarte, como na hipótese dos autos o ICMS, em tese, pode submeter-se ao lançamento de ofício, é de se aplicar às obrigações acessórias o prazo decadencial de cinco anos do art. 173, I, do CTN, ficando rejeitada a prejudicial de mérito arguida no Recurso Voluntário.

Com efeito, o autuante, ao promover a imputação, demonstrou que a base de cálculo fora obtida em função dos valores levantados nos lançamentos do livro de Registro de Saídas das notas fiscais de venda a consumidor série D-1.

Do exame da procedimentalidade, verifico ter a Decisão hostilizada, de forma correta, decido pela redução da multa aplicada para um percentual de 10%, porquanto se trata o autuado de um posto de combustíveis, onde praticamente toda a comercialização do estabelecimento se encontra com o imposto pago por antecipação, portanto, com as operações subsequentes livres de tributação, de acordo com o art. 356 do RICMS/BA e art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96.

Meritoriamente, para decidir a postulação do recorrente atinente ao cancelamento ou redução da multa para um percentual de 1%, porquanto inexistente dolo ou prejuízo ao erário, acho conveniente trazer ao universo processual aspectos analisados em decisões proferidas neste

órgão julgador, sobretudo o questionamento do que se deve considerar mais grave, vender mercadorias sem a emissão de qualquer documento ou emitir um documento fiscal inadequado?

Sem margem a maiores discussões, mais grave se apresenta a falta de emissão de documento, e sendo aplicada pela fiscalização a multa para quem deixa de emitir qualquer documento fiscal nas operações já tributadas por antecipação, ou seja, com a fase tributável já encerrada, onde, por meio de levantamento quantitativo de estoques de postos de combustíveis, se apura falta de emissão de Notas Fiscais, isto é, omissões de saídas, de R\$ 50,00, muito mais justo, lógico e coerente ser imposta a mesma penalidade quando o contribuinte emitiu indevidamente Nota Fiscal de Venda a Consumidor, em lugar do Cupom Fiscal nas vendas de mercadorias, frise-se, com tributação já encerrada.

Destaque-se que as multas devem ser aplicadas como ferramenta para obrigar o contribuinte a pagar o imposto pertinente, principalmente a acessória, a qual não deve e não pode se confundir com o fim precípuo da cobrança do imposto devido.

Conquanto os argumentos defensivos não sejam suficientes para que se julgue insubsistente a infração sob exame, ausentes indicativos de prática de dolo, fraude ou simulação, além de confirmada a condição de que a infração não implicou falta de recolhimento do imposto, tratando de mercadoria (combustíveis) com fase de tributação encerrada, é inegável a plausibilidade da aplicação do art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96 e do 915, § 6º, do RICMS-BA, autorizando a substancial redução das multas aplicadas.

Concludentemente, em consonância com posicionamentos adotados por este Colegiado, opino pela redução da multa acessória aplicada para R\$50,00, embasado no § 7º, art. 42, da Lei nº 7.014/96.

De todo o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao valor da multa)

Em que pese a excelente fundamentação contida no voto do ilustre Relator, discordo da aplicação da redução do valor da multa para o valor de R\$50,00, pelas razões que passo a expor.

Dentre outros intentos, as multas previstas na legislação tributária cumprem finalidades educativas ou coercitivas. Na situação presente a multa foi aplicada em decorrência de o contribuinte ter emitido outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de Equipamento de Controle Fiscal (ECF) nas situações em que estava obrigado.

Segundo o disposto no art. 238, do RICMS/BA os contribuintes usuários de ECF obrigados a emitirem cupom fiscal, podem emitir outros documentos fiscais relativos à mesma operação e/ou prestação e o seu parágrafo 1º estabelece que *“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 sequencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF”*.

Nestas situações, o contribuinte deve emitir, também, o cupom fiscal através do ECF, exceto haja impossibilidade nas situações em que é previsto na legislação do ICMS.

A multa estabelecida com percentual de 5% pela emissão de outro documento fiscal em substituição ao cupom fiscal decorrente do uso de ECF, prevista art. 42, XIII-A, "h" foi acrescentada pela Lei nº 8.542/02, com efeitos a partir de 01/01/03, tendo sido posteriormente reduzida para 2%. O objetivo foi fazer com que as empresas usuárias de ECF registrassem suas operações mercantis naqueles equipamentos, tendo em vista que os mesmos possuem Memória Fiscal inviolável, preservando os registros de dados mesmo que venham sofrer intervenções regulares ou irregulares. Esse procedimento possibilita ao Fisco efetuar leituras dos dados acumulados nos ECFs durante toda a sua vida útil, tanto dos ECFs novos ou já utilizados, tendo em vista que precisam ser cadastrados previamente na Secretaria da Fazenda, antes de serem postos em uso, possibilitando um acompanhamento e controle sobre as operações realizadas por cada estabelecimento.

Por sua vez, o software utilizado possibilita a criação do Registro Tipo 60, que serve para informar as operações e prestações realizadas com os documentos fiscais emitidos por ECF, os quais podem ser utilizados na aplicação de roteiros de auditorias a exemplo de estoques.

A emissão de notas fiscais ao invés do cupom fiscal que está obrigado dificulta o exercício de controle por parte da administração tributária, quer seja pela dificuldade de controle de emissão, escrituração, adulteração, além da necessidade de manipular dados manualmente quando da execução dos trabalhos de fiscalização.

Pelo exposto, a intenção do legislador ao instituir a multa em comento foi implementar um controle mais eficaz pelo Fisco, o que não ocorre com a mesma segurança quando for emitida apenas a nota fiscal. Entretanto, apesar desta imposição ter começado a vigorar no início do ano de 2003, tempo suficiente para os contribuintes tomarem conhecimento da sua aplicação, o percentual de 2% em algumas situações revelou-se excessivo.

Na situação presente, embora reste caracterizado que o autuado tenha descumprido a obrigação acessória que implicou na aplicação da multa, trata-se de estabelecimento revendedor de combustível cujo ICMS é pago por antecipação e as notas fiscais emitidas em lugar do cupom fiscal foram devidamente escrituradas nos livros fiscais próprios. Entendo que a redução da multa de R\$61.942,48 para R\$50,00 proposta pelo nobre Relator torna insignificante diante da relevância em termos da finalidade que a multa foi instituída, desconstituindo sua materialidade em expressão monetária.

Pelo exposto, nesta situação específica, com fundamento no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, baseado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade para promover maior justiça fiscal, voto no sentido de acatar o pedido do recorrente objetivando a redução da multa aplicada para o percentual de 1% do montante indicado no Auto de Infração, que resulta em valor de R\$619,42.

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO CONHECER** do Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** Auto de Infração nº **206956.0011/10-3**, lavrado contra **GRL ORGANIZAÇÃO REVENDEDORA DE COMBUSTÍVEIS LUBRIFICANTES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$619,42**, prevista no inciso XIII-A, “h”, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Quanto à redução da multa) – Conselheiros(as): Eduardo Ramos de Santana, Fábio de Andrade Moura, Maria Auxiliadora Gomes Ruiz e Rubens Bezerra Soares

VOTO VENCIDO (Quanto à redução da multa) – Conselheiros(as): Valnei Sousa Freire e Alessandra Brandão Barbosa.

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

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Quanto à redução da multa)

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – VOTO VENCEDOR
(Quanto à redução da multa)

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