

**A. I. N°** - 206956.0009/11-7  
**AUTUADO** - SOCOMBUSTÍVEIS COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.  
**AUTUANTE** - PAULO APARECIDO ROLO  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** 29.02.2012

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACORDÃO JJF N° 0040-05/12**

**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 2% 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. Não acolhidas as arguições de nulidade e de decadência. Revisto o valor da exigência para aplicação da redução de multas, prevista no art. 158, RPAF/BA. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 16/09/2011, no valor histórico de R\$ 81.773,90, em razão da aplicação, imputando ao autuado a acusação de emitir outro documento fiscal em lugar do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.

O autuado às folhas 71 a 85 apresentou impugnação aduzindo que houve cerceamento do direito de defesa porque não recebeu as cópias dos demonstrativos que fundamentaram o cálculo do suposto imposto devido, apesar da indicação em contrário feita pelo ilustre autuante na descrição dos fatos da peça acusatória. Defende que ficou caracterizado o cerceamento da defesa com prejuízo ao exercício constitucional do contraditório, devendo ser fulminado de nulidade a imputação fiscal.

Diz que o pedido de nulidade tem abrigo no art. 18, II, RPAF BA; transcreve decisões similares do CONSEF e reitera o pedido de anulação da imputação fiscal pela preterição do direito de defesa.

Alega ainda a decadência do direito de lançar tendo em vista as datas de ocorrência dos fatos geradores, anteriores a 30 de setembro de 2006. Aduz que foi autuado em setembro de 2006 (referindo-se a setembro de 2011) por emitir outro documento em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, relativo ao período já alcançado pela decadência até setembro de 2006.

Fundamenta sua reclamação no artigo 150, §4º do Código Tributário Nacional, sob o argumento que em se tratando de ICMS, tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo decadencial começa a fluir com a ocorrência do fato gerador.

Pondera que, não obstante a clareza do dispositivo supra, o Estado da Bahia, legislou de forma diversa no RICMS/97, ao estipular como marco inicial para a contagem do prazo decadencial o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador.

Diz que, diante da divergência entre as normas, o aplicador do direito deve fazer prevalecer o que manda a Constituição Federal, a lei maior do ordenamento jurídico, a qual no artigo 146, III, “a” determinou que a disciplina de normas gerais de matéria tributária, máxime aquelas relativas à decadência, compete à Lei Complementar. Completa que o Estado da Bahia quer exercer uma competência que a lei não lhe conferiu e utiliza interpretação equivocada do disposto no artigo 150 §4º do CTN.

Ressalta que não se trata de declarar a inconstitucionalidade de norma no âmbito administrativo, mas de a autoridade administrativa aplicar uma norma em lugar de outra flagrantemente ilegal, em atenção à atividade vinculada que exerce. Diz ainda que assim é a Súmula Vinculante nº 8, editada pela Corte Suprema deste país e não deve a Administração Pública descumpri-la.

Reitera que a matéria já está pacificada no poder judiciário, transcrevendo decisões do Superior Tribunal de Justiça, seja no REsp 766.050/PR, Relatoria do Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/11/2007, DJ 25/02/2008 p. 265. Em idêntico sentido, também o julgamento de recurso Repetitivo e dentre diversos outros: REsp 973733/SC, Relatoria do Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJ 18/09/2009. E mais ainda o REsp 989.421/RS, do mesmo relator, julgado em 02/12/2008, DJ 10/12/2008.

Pede declaração de decadência e consequente nulidade, em relação aos fatos geradores anteriores a 16 de setembro de 2006.

No mérito, alega que a cobrança da referida multa tornou-se imprópria, bem como exacerbada pela instituição da absurda multa de 2% (dois por cento) sobre o valor das operações praticadas pela empresa.

Diz que somente comercializa produtos submetidos ao regime da substituição tributária (álcool, gasolina e diesel), com a fase de tributação encerrada e, por um equívoco cometido por seus empregados (em parte devido à ignorância com assuntos fiscais), foram emitidas notas fiscais série D1, por solicitação dos clientes consumidores, ao invés de emitir o cupom fiscal.

Pergunta que prejuízo sofreu o erário público baiano na emissão da nota fiscal D-1 em lugar do cupom fiscal?

Uma vez que a nota fiscal não dá direito ao crédito fiscal, pois todas as mercadorias elencadas no documento fiscal já se encontravam com a fase de tributação encerrada.

Explica que houve apenas engano cometido pelos frentistas do Posto TAQUIPE. Todavia, a situação não configurou um ilícito, já que o tributo não deixou de ser recolhido (tributação encerrada), nem fora uma ação com a finalidade de fraudar ou simular. Diz que é imprescindível entender que a intenção do legislador ao determinar a incidência da referida penalidade se pauta no designo de assegurar o cumprimento da obrigação tributária, evitando a ocorrência de fraude, sonegação, dentre outros fatos que causam prejuízo ao Erário Estatal, além de colaborarem para a fiscalização das empresas.

No caso, a emissão de documento errôneo não ocorreu no intuito de configurar uma situação propícia ao contribuinte para burlar o Estado, conquanto não gerou falta de recolhimento, tão pouco, fraude ou simulação. Defende que seria incongruente a aplicação de penalidade, em vista de um engano que não gerou repercussão fática ou falta de recolhimento do tributo.

Pede o cancelamento da penalidade, ou gradação da multa de 2% sobre o valor da operação de cada nota fiscal emitida, à luz do disposto no art. 158 do RPAF BA, pois, não houve falta de recolhimento do tributo haja vista o regime da substituição tributária, nem se constatou a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, transcrevendo seus conceitos jurídicos.

Transcreve trechos do acórdão proferido pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, no julgamento do Recurso Voluntário e de Ofício referente ao AI sob nº. 1464680078077, Relator Cons. Fauze Midlej:

Finaliza, reiterando os pedidos de nulidade, sendo o caso, a improcedência do Auto de Infração.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fl. 93, diz que a defesa não é eficaz para justificar a impossibilidade de emissão de cupom fiscal. Aduz que os demonstrativos que amparam a autuação constam das páginas 7 a 19, onde consta oposição do vista de recebimento do autuado, não tendo fundamento a alegação de cerceamento do direito de defesa.

Diz que não consta no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência – RUDFTO, as razões para o ocorrido e não foi identificado no sistema da SEFAZ atestado de intervenção, nas datas autuadas.

Pede a Procedência do Auto de Infração.

## VOTO

Cumpra o presente Auto de Infração exigir multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$ 81.773,90, tendo em vista a emissão de documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal, nas situações em que está obrigado, nos meses de janeiro / dezembro de 2006.

Observe que o Auditor Fiscal elaborou demonstrativo de débito, às fls. 07/19 do presente PAF para formalizar a exigência, sendo aplicada a multa de 2% sobre as operações.

Cabível, antes, examinar os precedentes de nulidade, invocados pelo sujeito passivo, considerando que a autuação encontra-se eivada de vícios, por cerceamento do direito de defesa, uma vez que não recebeu cópias dos demonstrativos que fundamentaram a exigência, com abrigo no art. 18, II, RPAF BA; Diz ainda que o lançamento de ofício encontra-se fulminado pela decadência dos fatos geradores ocorridos antes de 30 de setembro de 2006, fundamento do artigo 150, §4º do Código Tributário Nacional.

Não se observa nos presentes autos, qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF BA, que possibilite a decretação de nulidade do lançamento fiscal. Não houve qualquer cerceamento do direito à ampla defesa; os demonstrativos que instruíram a exigência da multa por descumprimento da obrigação acessória, às fls. 07/19 foram entregues ao autuado, conforme o visto do seu recebimento nos próprios documentos. Estabelecido o contraditório, o contribuinte impugnou os fatos dos quais estava sendo acusado, entendeu as consequências jurídicas advindas daqueles fatos, a cobrança de multas, exercendo com liberdade o direito à ampla defesa, fazendo serem conhecidas todas as suas alegações e interferindo no processo com as provas e argumentos de que dispunha em seu favor.

Sobre a DECADÊNCIA PARCIAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, em relação aos fatos geradores ocorridos entre 01/01/2006 e 30/09/2006, alega o sujeito passiva que a teria ocorrido, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN, porquanto trata o ICMS de imposto sujeito a lançamento por homologação e, como tal, a decadência operaria mês a mês. Entendemos diversamente, considerando que o ICMS está pautado na regra da decadência, cujo prazo de contagem se inicia no primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador.

A incidência da regra do art. 150, § 4º, do CTN, que trata do lançamento por homologação dos tributos, diz respeito às situações nas quais o contribuinte lançou o valor do imposto e antecipou o seu pagamento antes da homologação pela autoridade administrativa. No caso da lide, o contribuinte não observou o cumprimento de obrigação acessória e o Fisco aplicou a multa, constituindo o crédito tributário, mediante lançamento de ofício, por meio de Auto de Infração, e, neste caso, o prazo para a contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I, CTN. O prazo para a contagem iniciou-se em 01/01/2007, com prazo final em 31/12/2011. A

notificação do lançamento ocorreu em 21/09/2011. Não há o que se falar, portanto, em decadência e nem houve extinção do crédito tributário.

Logo, todos os fatos geradores ocorridos em 2006, sem exceção, podem ser objeto de autuação dentro do quinquênio contado a partir de 01/01/2007, de modo que o direito do Estado lançar estaria prejudicado se fosse efetivado depois de 31/12/2011, em conformidade com as regras contidas no Código Tributário Estadual, aprovado pela Lei nº 3956/81 (art. 107-A) e art. 965, RICMS BA.

Ressalto, ainda, que tem sido esse o entendimento do CONSEF em reiteradas decisões. Entre tantas o acórdão CJF 0102/12-05.

Superadas as questões adjetivas, no mérito, inicialmente devo ressaltar que o artigo 238 em seu § 2º estabelece que 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. Nesta situação, o contribuinte obrigado a escriturar livros fiscais registrará, no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências – RUDFTO, o motivo e data de ocorrência da impossibilidade de emissão do documento fiscal via ECF.

Decerto que não se verificou, no caso concreto, qualquer omissão de saídas, conforme alega o autuado, acertadamente. Do contrário não se estaria a exigir obrigação instrumental de fazer, com a imposição da multa, mas a obrigação principal de pagar o imposto devido.

Posto isso, entendo perfeitamente caracterizada a imposição da multa por descumprimento da obrigação acessória na emissão de notas fiscais nas vendas de mercadorias (combustíveis) a não contribuintes do ICMS, estando o contribuinte obrigado a utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal, conforme a orientação contida no art. 824-B, RICMS BA, submetendo-se o autuado a multa de 2% do valor da operação, de acordo com o art. 42, inciso XIII-A, Lei nº 7.014/96.

Nesse desiderato, estando a multa contida na Lei de ICMS desse Estado, não há falar em violação a princípios da proporcionalidade, razoabilidade. Não competindo aos órgãos julgadores a apreciação da existência de possível desconformidade (artigo 167, I, RPAF BA).

Contudo, é razoável a acolhida do pedido de redução da penalidade por descumprimento da obrigação acessória aplicada no presente Auto de Infração, nos termos do art. 158, RPAF BA, conforme entendimento já consolidado nesse CONSEF (acórdãos CJF 0007-11/10 e 0025-11/10), relativo a mesma matéria, contribuinte que opera com combustíveis, produto sujeito à substituição tributária com responsabilidade declinada aos seus fornecedores (distribuidoras) e cujas saídas subseqüentes do estabelecimento revendedor ocorre sem tributação.

Cinge-se ainda que a penalidade no caso concreto não decorre da falta da emissão do documento fiscal (cuja lesividade seria maior), mas sim, pela emissão de documento fiscal, diversos daquele exigido, isto é: emitiu nota fiscal D-1, quando obrigado a emissão do cupom fiscal. Cabível ainda salientar que o vultoso montante da penalidade aplicada compete ao exercício 2006, somente no presente momento, objeto de fiscalização, atestando um lapso na obrigação de fiscalizar e corrigir condutas equivocadas do contribuinte de forma diligente, o que poderia demandar numa exigência de menor monta.

Por fim, ressalte-se que os requisitos exigidos para que este órgão julgador possa aplicar a norma que autoriza a redução ou cancelamento de multas, visto que não existem provas que a infração tenha sido praticada com dolo, fraude ou simulação e que tenha implicado falta de recolhimento de tributo, nos termos do art. 158, RPAF BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Do exposto, acolho o pedido do contribuinte para reduzir a multa por descumprimento de obrigação acessória, no caso concreto, para 10% do valor constante na inicial do presente Auto de Infração, perfazendo o montante de R\$ 8.177,39.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, no valor de R\$ 8.177,39.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206956.0009/11-7**, lavrado contra **SOCOMBUSTÍVEIS COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória reduzida para o valor total de **R\$8.177,39**, com base no § 7º da Lei nº 7014/96, prevista no art. 42, inciso XIII-A, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº **13.537/11**, com efeitos a partir de **20/12/11**.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de fevereiro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA