

A. I. N° - 232115.0003/12-1
AUTUADO - ABR ESTRUTURAS E EQUIPAMENTOS LTDA.
AUTUANTE - FIRNALVON MIRANDA GUSMÃO
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 10/12/2012

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0278-03/12

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL ELETRÔNICA. FALTA DE EMISSÃO. SUBSTITUIÇÃO POR NOTAS FISCAIS MODELO MULTA. O autuado estava obrigado, a partir de 01/10/2010, ao uso da nota fiscal eletrônica, consoante disposto no Protocolo ICMS 42/2009, fato este reconhecido pelo próprio contribuinte. Por se tratar de uma penalidade específica à infração cometida, cuja obrigação da emissão da Nota Fiscal Eletrônica é de essencial importância ao controle fiscal da administração tributária do Estado da Bahia, é irrelevante o fato alegado pelo autuado de que não houve má-fé ou tentativa de dolo ou fraude no cometimento da irregularidade e que não ensejou ausência de pagamento de imposto, razão para não acolhimento do pedido para cancelamento ou redução da penalidade, a qual está prevista no art. 42, XXVI, da Lei nº. 7.014/96. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 10/07/2012, exige a multa, no valor total de R\$9.157,76, correspondente a 2% do valor da operação ou prestação de serviço ao contribuinte obrigado ao uso de NF-e que emitir outro documento fiscal em seu lugar, prevista no art. 42, inciso XXVI, da Lei nº 7.014/96, sob a acusação de “Utilização indevida da Nota Fiscal Modelo 1 ou Modelo 1-A em substituição a Nota Fiscal Eletrônica. No mês de outubro de 2010 e nos meses de abril e maio e julho a novembro de 2011. Conforme Demonstrativo, fl. 10 e cópias da notas fiscais, fls. 12 a 30.

O autuado apresenta impugnação, fls. 35 a 39, na qual, depois de observar a sua tempestividade, aduz as ponderações a seguir resumidas, com o objetivo de refutar a acusação fiscal.

Protesta pela exclusão sumária no demonstrativo fiscal da nota fiscal nº 116, uma vez que se refere à operação de retorno - CFOP 5902, vinculada à nota fiscal nº.115 que documenta a operação em relação à qual há incidência do ICMS, uma vez que a cobrança, da forma como está, incide em *bis in idem* que não poderá ser tolerado, em seu prejuízo.

Observa que a infração à obrigação tributária é objetiva, não se perquirindo, a priori, dos elementos subjetivos da conduta do sujeito passivo, todavia, quanto ao descumprimento de obrigação acessória foi atribuída competência a essa Junta de Julgamento Fiscal para adentrar ao mérito dos elementos subjetivos da infração a fim de aplicar os dispositivos legais que permitem o cancelamento da multa. Destacando ser essa a sua pretensão.

Afirma que estaria obrigado a emitir a nota fiscal eletrônica desde 01/10/2010, conforme determinações do Protocolo 42/2009, cujo anexo já se encontrava publicado, sendo de conhecimento do Fisco, desde 24/07/2009. Acrescenta que, não obstante isso, em 02/12/2009, o Estado da Bahia permitiu a geração da AIDF nº. 99250460622009, cujas notas fiscais teriam como data limite para emissão 01/12/2011. Prossegue esclarecendo que em razão disso, acabou entendendo que poderia utilizar o referido talão de notas fiscais até a data limite para emissão

consignada na nota fiscal, cabendo-lhe passar a emitir notas fiscais eletrônicas, apenas, após tal data já previamente autorizada pelo Estado da Bahia, no momento em que lhe autorizou a impressão do referido talão de notas fiscais.

Explica que a acusação fiscal trata de cobrança de multa de 2% pela não emissão de nota fiscal eletrônica. Cita a inexistência de falta de recolhimento do tributo e que não agiu com má-fé, muito ao contrário, laborou induzido a erro por conduta da Secretaria da Fazenda que, posteriormente à publicação dos atos da legislação tributária que lhe obrigaram a emitir nota fiscal eletrônica a partir de 01/10/2010, concedeu-lhe autorização para emissão de notas fiscais em talão impresso com data limite até 01/12/2011.

Requer, com arrimo no art. 158 do RPAF-BA/99 c/c art. 42, §7º da Lei nº. 7.014/96, o cancelamento da multa por suposto descumprimento de obrigação acessória. Aduz que resta inequívoco o preenchimento dos requisitos preconizados nesses dispositivos legais, uma vez que a infração foi cometida sem dolo, fraude ou simulação e que não implicou falta de recolhimento de tributo.

Esclarece que o cometimento de ilícito doloso implica em utilização de expediente malicioso para esconder ou modificar os efeitos jurídicos decorrentes da consumação do fato gerador. Destaca que no presente caso todas as notas fiscais foram devidamente emitidas, ainda que em meio não adequado, e, frise-se, na mais absoluta boa-fé, crendo na certeza da declaração aposta em seu talão devidamente autorizado, cuja data limite para emissão é 01/12/2011.

Consigna que, somando-se aos dispositivos legais e regulamentares mencionados a referência ao art. 37 da Constituição da República - CF que institui o dever de moralidade à Administração Pública, impondo o respeito à boa-fé objetiva dos contribuintes, concluir-se-á que se a conduta do Estado fosse mais diligente, ao autorizar a impressão do talão de notas fiscais em 02/12/2009, tendo consignado como data limite para impressão 30/09/2010, nunca teria cometido a infração, uma vez que induzida a erro pelo próprio Fisco.

Assinala que não se trata de apelo de equidade com fulcro no art. 159, do RPAF-BA/99, mas é relevante fazer-se referência a tal dispositivo que permite, nos incisos I e II do §1º, a redução ou cancelamento de multa por descumprimento de obrigação principal quando o contribuinte tenha sido induzido a erro por orientação ou comportamento de funcionário fiscal ou tenha agido de boa-fé, diante de razoável dúvida da interpretação fiscal.

Diz constatar as seguintes condições para o cancelamento da multa por descumprimento de obrigação acessória:

- 1) que não houve qualquer falta de recolhimento de tributo, denotada pela inexistência de cobrança de qualquer imposto, o que seria obrigatório ao Agente de Tributos, dada a vinculação e oficialidade do lançamento tributário;
- 2) que deu cumprimento ao comando da Administração Tributária que lhe emitiu a AIDF, em 02/12/2009, autorizando a emissão das respectivas notas fiscais até 01/12/2011, mesmo já conhecendo o início da obrigatoriedade à nota fiscal eletrônica desde 24/07/2009;
- 3) que a conduta da Secretaria da Fazenda o levou à razoável dúvida sobre a prorrogação de prazo para início da obrigatoriedade da nota fiscal eletrônica em seu caso ou existência de outra causa que a dispensaria, pelo menos, até 01/12/2011;
- 4) que agiu na mais absoluta boa-fé, o que pode ser constatado pelo fato de que terminada a data limite para emissão consignada em seu talão, passou a emitir notas fiscais eletrônicas, o que corrobora a demonstração do erro ao qual foi induzida pela AIDF nº. 99250460622009.

Assevera que não pode ser penalizada por haver dirigido sua conduta em consonância àquilo que acreditava ser a determinação das autoridades fiscais, expressas num documento gerado pelo próprio Fisco que serviu para a impressão de seu talão de notas fiscais, sobretudo porque resta sem qualquer dúvida que não houve qualquer supressão de tributo devido ao Estado da Bahia.

Reitera com fulcro no art. 37 da CF, fundamentado no dever de moralidade nos atos administrativos, bem como no art. 158 do RPAF-BA/99 e art. 42, §7º, da Lei nº. 7.014/96, uma vez que presentes os requisitos legais, o cancelamento da multa por descumprimento de obrigação acessória, confiscatória e iníqua em face das especiais circunstâncias do caso concreto, devidamente demonstradas.

Requer, o funcionamento no presente processo administrativo da Procuradoria Fiscal como “*custus legis*”, fiscalizando o perfeito cumprimento da legislação tributária, para enriquecer esta lide, o que certamente poderá fazer com suas sempre judiciosas manifestações.

Conclui requerendo o cancelamento da multa por descumprimento de obrigação acessória imposta e, não sendo acolhida a pretensão anterior, que seja excluída da base de cálculo da multa formal a nota fiscal nº 116, conforme razões expostas.

O fiscal autuante prestou informação, fls. 66 a 68, mantendo a ação fiscal com os fundamentos e argumentos a seguir resumidos.

Depois de reproduzir as razões de defesa apresentadas pelo autuado articula as seguintes ponderações.

Diz que é descabida a argumentação de indução a erro pela Administração Tributária, uma vez que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia não pode negar-se ao fornecimento de Autorização de Impressão de Documentos Fiscais - AIDF a contribuintes em situação cadastral regular, como é o caso presente.

Destaca que a AIDF em questão é datada de 02/12/2009, e a impressão gráfica também, cujo prazo limite de utilização das tais Notas Fiscais é 01/12/2011 informação bastante visível no documento fiscal e repetidamente abordado na defesa.

Assinala que o autuado teve a seu favor todo o mês de dezembro de 2009 e o período compreendido entre 01/01/2010 a 30/09/2010 para utilizar as Notas Fiscais impressas e amoldar-se às novas regras, que só lhe seriam impostas a partir de 01/10/2010, conforme Protocolo ICMS 42/09.

Assevera que é evasivo o argumento de “erro da Administração Tributária” invocado pelo autuado, posto que este deve cingir-se de suas obrigações principais e acessórias que lhe são pertinentes, inclusive àquelas que tratam da observância de vigência de normas e leis estabelecidas pelo Ente Público Legislador.

Consoante ao protesto do autuado, quanto à permanência em Demonstrativo, da Nota Fiscal nº 116, por tratar-se de Operação de Retorno, - CFOP 5902 das mercadorias constantes na Nota Fiscal nº 115, tal apelo cai em frustração, haja vista que o Auto de Infração em questão invoca exclusivamente o pagamento da Penalidade Fixa de 2%, por descumprimento de obrigação acessória, qual seja a utilização de documento fiscal inadequado à operação a que se destina, conforme enquadramento legal apostado na página inicial deste PAF.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Cuida o Auto de Infração da exigência de multa por descumprimento de obrigação tributária acessória, no montante de R\$9.157,76, correspondente a 2% do valor da operação, por estar o contribuinte obrigado ao uso de NF-e, conforme previsto no art. 42, XXVI, da Lei nº 7.014/96, tendo o mesmo emitido, em seu lugar, a nota fiscal modelo 1, consoante provam os documentos às fls. 12 a 30 dos autos.

Convém salientar que resta patente nos autos ser a exigência colimada atinente ao descumprimento de uma obrigação de caráter acessório, visto que, apesar das referidas notas fiscais que acobertavam as mercadorias comercializadas no período fiscalizado não serem os documentos que o contribuinte estava obrigado a emitir, eis que o sujeito passivo as registrou

regularmente na escrita fiscal, oferecendo-as, quando cabível, à tributação, caracterizando, tão-somente, o cometimento de infração à obrigação tributária acessória, com multa prevista no dispositivo legal acima mencionado.

Constatado do exame nas peças que compõem os autos que inexistia qualquer dúvida em relação ao cometimento da infração objeto da ação fiscal que culminou na lavratura do Auto de Infração, uma vez que o próprio autuado, em sede de defesa, reconheceu expressamente que estava obrigado a emitir a nota fiscal eletrônica desde 01/10/2010, conforme determinação do Protocolo ICMS 42/2009.

Verifico que o fulcro da tese defensiva consistiu em responsabilizar a repartição fazendária, por ter ele emitido as notas fiscais modelo 1 em lugar da nota fiscal eletrônica que estava obrigado, pelo fato de lhe ter sido deferida nova autorização para impressão de documentos fiscais modelo 1, conforme AIDF nº 99250460622009. Aduziu o sujeito passivo que, ao ser autorizada a impressão de talonários da nota fiscal modelo 1, acabou entendendo que poderia utilizá-las até a data limite para emissão consignada na nota fiscal, cabendo-lhe passar a emitir notas fiscais eletrônicas, somente após a data já previamente autorizada pelo Estado da Bahia, no momento em que lhe autorizara a impressão dos referidos talonários de notas fiscais.

Logo, o cerne da questão a ser dirimida nos autos cinge-se em aquilatar se a inferência feita pelo autuado, ou seja, entender que o deferimento da AIDF lhe autorizaria continuar emitindo as notas fiscais modelo 1 até a sua data limite, é capaz de elidir a acusação fiscal. Apesar de conceber que no presente caso inexistia qualquer indício de dolo ou má fé, pelas circunstâncias em que ocorreram e se encontram caracterizadas nos autos, entendo que o procedimento adotado pelo sujeito passivo não tem respaldo legal algum, senão vejamos.

A obrigação de emitir nota fiscal eletrônica a partir de 01/10/2010, advinda do Convênio ICMS 42/2009 é pessoal, cuja responsabilidade é intransferível. Descabe qualquer atribuição de responsabilidade à Repartição Fazendária que deferiu a AIDF solicitada em período que o autuado ainda estava apto a emitir nota fiscal modelo 1, mesmo que por um pequeno período de tempo antes da obrigatoriedade de emitir NF-e. O deferimento da autorização para impressão de documento fiscal depende exclusivamente da regularidade cadastral do contribuinte no momento da solicitação. Não é da alçada da Inspeção avaliar a quantidade média de emissão de nota fiscal de cada contribuinte por ocasião da liberação da AIDF, este cuidado deve ser do próprio contribuinte. Portanto, não vislumbro qualquer atenuante para o autuado que descumpriu a obrigação acessória de emitir a NF-e que estava obrigado a emitir, sob a alegação de que a concessão de AIDF pela Repartição Fazendária para emissão de nota fiscal modelo 1, lhe induzira ao não atendimento de determinação expressa do Protocolo ICMS 42/2009.

Assim, não deve prosperar a alegação do sujeito passivo, acima enunciada, por não ter o condão de fragilizar ou elidir a acusação fiscal, uma vez que esta se afigura, de forma indelével, consubstanciada na perfeita conjunção entre a estrita previsão legal com o fato concreto apurado - a emissão pelo autuado de documento diverso do que estava obrigado a emitir.

Diante da fundamental importância ao controle fiscal da administração tributária do Estado da Bahia que se constitui a emissão da Nota Fiscal Eletrônica é que o legislador instituiu penalidade específica para o descumprimento dessa obrigação. Nesse sentido, considero irrelevante o fato alegado pelo autuado de que não houve má-fé, tentativa de dolo ou fraude no cometimento da irregularidade e que não ensejou ausência de pagamento de imposto. Razão pela qual não acolho o pedido para cancelamento ou redução da penalidade.

No tocante ao caráter confiscatório da multa indicada de 2% sobre o valor das operações, suscitado pelo autuado, não pode ser apreciado, tendo em vista que, além de se tratar de direito posto, tem pertinência com questão de constitucionalidade da norma legal vigente, matéria que não se inclui na competência desta Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 167, I, do RPAF-BA/99. Ademais, a infração apontada é atinente ao contribuinte obrigado ao uso de NF-e que

emitir outro documento fiscal em seu lugar, e se adéqua a tipificação prevista no art. 42, inciso XXVI, da Lei nº 7.014/96.

Com relação ao pedido do autuado de exclusão da Nota Fiscal nº 116, por se tratar de operação de retorno, observo que não deve ser acolhido, tendo em vista que a acusação fiscal trata, como bem mencionou o autuado em sua defesa, de descumprimento de obrigação acessória, inexistindo cobrança de tributo. Logo, deve ser mantida no demonstrativo de apuração, pois, independe da natureza da operação, e sim, do uso indevido da documentação fiscal exigida para operação.

Quanto ao pleito relativo à intervenção da PROFIS, solicitada pelo autuado, entendo que além de desnecessária no presente caso, ante a inexistência de qualquer dúvida de natureza técnico-jurídica, constato também que nenhuma das situações elencadas no art. 118 do RPAF-BA/99 se afiguram presentes.

Por tudo isso, concluo pela subsistência da infração 01.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** do Auto de Infração nº **232115.0003/12-1**, lavrado contra **ABR ESTRUTURAS E EQUIPAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$9.157,76**, prevista no art. 42, inciso XXVI, no da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de novembro de 2012

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA