

**PROCESSO** - A. I. Nº 206956.0017/11-0  
**RECORRENTE** - POSTOS MATARIPE ABASTECIMENTOS E SERVIÇOS LTDA. (POSTO MATARIPE 01)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO– Acórdão 5ª JJF nº 0148-05/12  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 15/03/2013

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJP Nº 0022-12/13

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS 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 dispõe 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 de penalidade ao usuário de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento em lugar daquele decorrente do seu uso, nas situações em que está obrigado. Penalidade reduzida para 30% do valor do lançamento. Presentes os requisitos para redução da multa, previstos no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96. Afastada a preliminar de nulidade. Decisão unânime. Não acolhida a preliminar de decadência. Decisão por maioria. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte inconformado com a Decisão de 1º Grau, respaldado no art. 169, I, “b”, do RPAF/BA.

O Auto de Infração, lavrado em 21/11/2011, no valor histórico de R\$ 43.225,07, exige multa em razão de a empresa ter emitido outro documento fiscal em lugar do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.

Após análise das peças processuais, de rejeitar a preliminar de nulidade e de decadência, a JJF assim decide:

[...]

*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, 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.*

*A imposição da penalidade 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, submete o*

*autuado à multa de 2% do valor da operação, de acordo com o art. 42, inciso XIII-A, alínea “h”, Lei nº 7.014/96 (redação dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/2007, publicada no Diário Oficial do Estado de 28/11/2007, com efeitos a partir dessa data).*

*Observo que antes, entre 01/01/2003 e 27/11/2007, que compreende o período objeto da autuação (2006), de acordo com a Lei nº 8.542/2002, a alínea “h” estabelecia multa de 5% (cinco por cento) do valor da operação, maior do que a efetivamente aplicada, ao contribuinte usuário de equipamento de controle fiscal que emitisse outro documento em lugar daquele decorrente da utilização dessa máquina, nas situações em que estivesse obrigado.*

*Na realidade, o autuante fez retroagir a norma da Lei nº 10.847, de 27/11/2007, com multa de 2%, mais benéfica ao sujeito passivo, em relação a fatos ocorridos na vigência da Lei nº 8.542/2002, que previa 5%, mais gravosa (art. 106, II, “c”, CTN).*

*Ocorre que o § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96 prevê a possibilidade de redução ou cancelamento de multas por descumprimento de obrigação acessória. Eis o texto legal:*

*“As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto”.*

*Nesse sentido, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não implique em falta de recolhimento do imposto, o órgão julgador administrativo poderá reduzir ou cancelar as aludidas multas.*

*A Lei não deu ao seu aplicador parâmetros rígidos e objetivos para que possa concluir pela redução ou pelo cancelamento, muito menos disse que percentual de redução deveria ser aplicado em cada hipótese concretamente considerada.*

*Dessa forma, valho-me do próprio Auto de Infração a revelar que o sujeito passivo foi acusado de emissão irregular de nota fiscal de venda a consumidor em lugar do cupom oriundo do ECF, o que fragiliza o sistema desenvolvido pela Secretaria da Fazenda na expectativa de tornar mais segura e ágil a atividade de fiscalização.*

*Por outro lado, a conduta ilícita mostra-se de baixo potencial lesivo ao Estado. Como visto em linhas precedentes, além de a infração cominada não exigir falta de recolhimento do imposto, sequer se caracteriza pela omissão do posto de combustíveis na emissão de documento fiscal, mas sim pela emissão de um documento fiscal em lugar do documento fiscal, estabelecido na legislação, o que deve atenuar o rigor da multa imposta.*

*Contudo, no caso concreto, deixo de aplicar os precedentes deste Conselho de Fazenda que concluiu pela redução do percentual da multa na penalidade por descumprimento de obrigação acessória, que ora se discute, tendo em vista constar no contrato social do contribuinte autuado, como objetivo social, outras atividades, além daquela comum aos postos de combustíveis, comercialização de produtos, sujeitos ao regime de substituição tributária, com encerramento da fase de tributação na entrada, fundamento utilizado nas decisões das quais se socorre o autuado para pleitear a redução. Observo, conforme instrumento contratual, fl. 443, além do comércio de combustíveis e lubrificantes, o autuado pratica as atividades de comercialização de pneus, peças, produtos alimentícios, higiene, miudezas, entre outros.*

*Além disso, cabível a ressalva que a incidência da presente multa, no período de sua ocorrência, alcançava o percentual de 5%, já foi objeto de redução (5% para 2%), retroagindo beneficentemente para alcançar fatos pretéritos, nos termos do art. 106, II, CTN, pela cominação de penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática.*

*Ante o exposto, reputo caracterizada a infração, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração e mantenho a multa no percentual ao que consta na inicial dos autos.*

Inconformado com a Decisão prolatada, a empresa interpõe Recurso Voluntário (fls. 482/489). Em preliminar, renova o seu pedido de reconhecimento da decadência dos fatos ocorridos até o dia 25/11/2006, pois intimada do lançamento em 27/12/2010. Renova os fundamentos expostos na sua inicial e informa que está anexando com seu Recurso Decisão do STJ, que homologou Decisão do TJ/BA, quando foi reconhecida a “*decadência não acatada pelo CONSEF e, com isso, impondo ao Erário os ônus da sucumbência*”. E ainda em consonância com o STJ, diz que o CONSEF deve atentar para a Súmula Vinculante nº 08 do STF.

Ainda em preliminar, pede a nulidade da autuação, por vício insanável na sua concepção, na medida em que o lançamento teve como base a Ordem de Serviço nº 508954/11, sendo a mesma utilizada, também, para lavratura do Auto de Infração nº 206956.0015/11-7, contra contribuinte

diverso e pelo mesmo autuante. Diz que tal fato não tem amparo regulamentar e que não foi analisado de forma concreta e fundamentada pela JJF.

No mérito, reitera todos os termos da defesa inicial e solicita, expressamente, a sua reapreciação em 2ª Instância Administrativa. Ressalta que a JJF embora tenha constatado as motivações para que a multa fosse atenuada, não o fez por entender que a empresa não comercializa tão somente combustível, mercadoria enquadrada no regime da substituição tributária, deixando de aplicar as dezenas de precedentes deste CONSEF.

Ressalta que por ter no seu contrato social outras atividades além da venda de combustíveis este fato é, apenas, um “potencial” das mesmas. Porém é certo de que as notas emitidas em substituição ao ECF são correspondentes a vendas de combustíveis, em especial aquelas de expressivo valor, que atingem mais de 90% da base de cálculo, e que foram emitidos ao final de cada dia, visando o fechamento das vendas e a compatibilização com o LMC. E tudo conforme já explicado na defesa, pois a grande maioria dos consumidores não aguarda a emissão dos cupons fiscais. Afora tal circunstância, não existe nos autos qualquer indício de prova de que as notas são relativas a vendas de outros produtos, que não combustíveis sujeitos ao regime de substituição tributária. Em assim sendo, afirma ser frágil a fundamentação da JJF, *“além de não encontrar guarida no próprio espírito da norma, refletida na posição já firmada pelas Câmaras do CONSEF”*.

Também não restava provado que o seu procedimento acarretou qualquer prejuízo ao Estado, pois, como dito, as mercadorias já se encontravam com a fase de tributação encerrada. Diz que a emissão das notas visava, ainda, a compatibilização dos registros das vendas no LRS, LMC, SINTEGRA e DMA's, a fim de não existirem divergências.

Afirma que embora não esteja falando de "retroatividade", a Lei 11.908/10, quando vigente, abrangia os fatos ora em lide, o que deve ser considerado por esta 2ª Instância. Porém se alguma parcela for mantida, *“deve o CONSEF, diante das circunstâncias especiais do caso em tela, cancelar ou, no mínimo, reduzir a sanção, em 90%, por uma questão, até mesmo, de bom senso, pois a Administração Tributária já externou, através de lei, sua disponibilidade em fazer considerável redução. Mesmo aqueles que não possuem o mesmo perfil e histórico saudável junto à SEFAZ, tiveram a redução à sua disposição (em 90%). Se a ação fiscal, do exercício de 2006, tivesse sido levada a efeito em 2010, quatro anos depois de ocorridos os fatos, o autuado pagaria apenas 10% do total ora cobrado. A JJF, sobre mais essa atenuante, não fez qualquer alusão na sua fundamentação”*.

Transcrevendo as determinações do §7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, ressalta de que nenhuma outra ocorrência foi apontada no Auto de Infração, afora de que operações registradas nos documentos fiscais já foram tributadas por antecipação tributária, significando dizer que a empresa está sendo punida com pesada multa, apenas, por emissão de notas fiscais em operações que não mais se encontram sujeitas à incidência do próprio ICMS e não pela falta de emissão de documento fiscal.

Diz ainda que no processo não há provas de que tenha agido com dolo, fraude ou simulação. Ao contrário, a constatação da infração foi de ter havido boa fé, pois as notas fiscais foram emitidas, acobertando saídas de mercadorias. Em assim sendo, entende presente os requisitos do art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96, transcrevendo, nesta esteira, diversos julgados do CONSEF.

Observa que a PGE/PROFIS, consoante Parecer anexado ao PAF com a defesa e que não foi analisado pela JJF, tem se manifestado no sentido de que a competência para deliberar sobre a dispensa ou redução da multa é exclusiva do CONSEF. Entretanto, em situações semelhantes, aponta de que os requisitos legais encontram-se presentes e que *“não é a existência de qualquer débito tributário que logra desautorizar a redução ou cancelamento de multa, mas apenas a existência daqueles débitos que sejam diretamente relacionados, num liame de causa e efeito, à infração cuja multa se pretende cancelar ou reduzir.”*. E, no caso para comprovar mais uma vez a boa fé da empresa, entregou á fiscalização as notas fiscais.

Dizendo que o caso em tela é o mesmo daquele constante do Acórdão CJF nº 0421-11/10, pede e espera que a multa seja cancelada ou pelo menos reduzida, no caso para 10% do percentual previsto na Lei nº 10.847/07, ficando afastado o caráter arrecadatário.

Ao tempo em que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos pede pelo provimento do Recurso interposto, a fim de que, mantida a procedência da autuação, seja a Decisão revista, com a aplicação do disposto no art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96, ou seja, com cancelamento ou redução, em 90%, da multa aplicada.

#### **VOTO VENCIDO (Redução da multa – 30%)**

O presente Recurso Voluntário traz, novamente, todos os argumentos apresentados pela empresa quando de sua impugnação inicial. No entanto como as matérias foram devolvidas a esta 2ª Instância as aprecio.

O recorrente requer a nulidade da autuação, por vício insanável na sua concepção, pois o lançamento teve como base a Ordem de Serviço nº 508954/11, sendo a mesma utilizada, também, para lavratura do Auto de Infração nº 206956.0015/11-7, contra contribuinte diverso e pelo mesmo autuante. Afirma que o fato não tem amparo regulamentar e que não foi analisado de forma concreta e fundamentada pela JJF.

Uma Ordem de Serviço – OS é documento de controle interno da Secretaria de Fazenda que visa orientar a fiscalização nas suas atividades, dando-lhe o norte para a consecução de suas atividades e dar lastro administrativo para o início da ação fiscal. Normalmente é emitida trimestralmente e, a depender do roteiro de auditoria, pode açambarcar diversos contribuintes que foram indicados pelo órgão competente da SEFAZ para serem fiscalizados, ou por monitoramento ou por auditoria vertical, a exemplo. No caso, o fiscal autuante recebeu uma OS para auditar alguns postos de gasolina e, como visto, o Auto de Infração nº 206956.0015/11-7 (fl. 460) tratou da mesma auditoria fiscal. No mais, não existe em qualquer norma regulamentar a vedação da administração tributária emitir OS para diversos contribuintes. Como disse, a depender da auditoria realizada ela pode ser extensiva a outros contribuintes.

Assim não vejo causa para se alegar nulidade do lançamento fiscal, nem, tampouco, se trazer a lide como ponto de importância para o seu desfecho, nem discutir se a JJF foi sucinta ou não a respeito do assunto.

Diante do ora exposto, não tem qualquer pertinência o argumento recursal.

Quanto a preliminar de decadência a rejeito diante de todo o posicionamento firmado por este CONSEF e pela PGE/PROFIS.

Quando da edição da Súmula Vinculante nº 08 do STF, este fato gerou controvérsias no âmbito deste Conselho de Fazenda, que, e de ofício, provocou a Procuradoria Estadual para que este Órgão Jurídico se pronunciasse acerca da contagem inicial do prazo de decadência relativo ao ICMS.

A Procuradoria Geral do Estado, após exaustiva análise jurídica do quanto esposado na citada Súmula do STF e em relação ao ICMS neste Estado, opina de que os processos onde tal matéria se fizesse presente deveriam ser analisados de acordo com o entendimento anteriormente adotado pela PGE/PROFIS, e, por consequência, por este Colegiado.

Desta maneira, afasto toda questão relativa aos prazos decadências e mantenho o posicionamento já reiterado por este Conselho de Fazenda.

Não podemos desconsiderar a interpretação sistemática da norma disposta no art. 150, § 4º, do CTN e sua interação com o que dispõe o seu art. 173, I. A incidência da regra do art. 150 e seu § 4º do CTN pressupõe as situações em que o sujeito passivo lança o valor do imposto ou antecipa o

pagamento. No presente caso, a empresa não lançou e nem recolheu o valor do imposto. Sendo assim, não se pode falar em lançamento por homologação, já que o pagamento do tributo exigido não foi antecipado. Foi ele lançado de ofício. Neste caso deverá ser observado o disposto no artigo 173, I do CTN, repetido pela Lei nº 3.956/81 (COTEB-BA) no seu art. 107-A. O recorrente entende ter havido prazo decadencial da exigência do tributo cujos fatos geradores têm mais de 05 anos em relação a do Auto de Infração. Os lançamentos referem-se ao exercício de 2006. No caso específico, o prazo que tem o fisco começa a contar a partir de 01/01/2007 e se encerra em 31/12/2011. O Auto de Infração foi lavrado em 21/11/2011 com ciência da empresa em 25/11/2011.

Por fim, sendo tal matéria já sedimentada na jurisprudência deste CONSEF, permito-me transcrever o voto da Cons. Sandra Urânia Silva Andrade, proferido no Acórdão nº 0130-11/11 da 1ª CJF que, entendo, aqumbarca todos os aspectos ora postos no presente voto.

*Inicialmente, no que toca à preliminar de mérito de ocorrência de decadência quanto aos períodos anteriores a julho de 2004, entendemos, comungando com a JJF, que não se vislumbra a decadência arguida pelo sujeito passivo, diante da regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, cujo prazo inicial para contagem da decadência é o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, determinação esta repetida no art. 107-B do Código Tributário Estadual – COTEB – Lei nº 3.956/81, abaixo transcrito, in verbis:*

“Art. 107-B

§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.” Grifos nossos

*Do exposto, como o Auto de Infração foi lavrado em 01/07/2009, e se reporta a fatos geradores ocorridos no exercício de 2004, tinha a Fazenda Pública prazo até 01/01/2010 para efetuar o referido lançamento.*

*Registre-se que, embora o recorrente não tenha feito menção à Súmula Vinculante nº 08 do STF - aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DOE de 20/06/2008 – registro feito apenas pela PGE/PROFIS em seu opinativo, a mesma declara a inconstitucionalidade de legislação federal que disciplina a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, explicitando o entendimento de que deverá ser aplicado o prazo quinquenal previsto no CTN e reconhecendo que apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária. Eis o texto da referida Súmula: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto- lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”*

*No entanto, a referida Súmula não se aplica ao ICMS e, em reforço a esta tese, os próprios doutrinadores que estão a se debruçar sobre a matéria cingem sua aplicabilidade à esfera da Administração Pública Federal, a qual compete gerir as contribuições previdenciárias. Ressaltamos, no entanto, e aí comungando com o Parecer proferido pela PGE/PROFIS, que a questão deverá ser aprofundada no âmbito da Administração Tributária Estadual, mormente diante da posição externada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN – que, através do Parecer nº 1617/2008, proferido após a edição da Súmula Vinculante nº 08 e em vista desta, expressamente adotou entendimento quanto à fixação do termo a quo do prazo decadencial que comunga com o externado pelo recorrente, além de entendimento em sentido idêntico também adotado pela Procuradoria Estadual do Rio de Janeiro, através do Parecer CFS nº 02/2008, embora deva ser também ressaltado que ambos não vinculam a Administração Estadual baiana ou o Conselho de Fazenda Estadual, mormente diante da disposição expressa da nossa legislação, acima citada.*

Desta forma, rejeito a preliminar de decadência suscitada.

Superadas as questões preliminares, passo ao mérito do lançamento fiscal.

A acusação fiscal diz respeito à emissão de documento fiscal em lugar daquele legalmente exigido.

O art. 824-B, do RICMS/97, 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, nos casos que indica, não estando o contribuinte enquadrado nas exceções indicadas pela norma regulamentar. Sendo obrigado ao uso do ECF, somente nos casos em que a nota fiscal seja solicitada pelo comprador, por sinistro ou razões técnicas (art. 238, II, §§ 1º e 2º e art.329, § 5º do

RICMS/97) é que pode ser emitida nota fiscal de Venda a Consumidor, sendo que o fato deve ser, obrigatoriamente, registrado (art. 293, § 2º, do RICMS/97).

E, tanto a fiscalização, como este Órgão Julgador, deve obedecer a norma tributária do Estado.

Caso assim não proceda, a lei (e regulamento) determina a aplicação da presente penalidade de forma compulsória e vinculada por parte da fiscalização, independente de qualquer outro elemento atenuante que possa existir, não se discutindo aqui se um cupom fiscal tenha a mesma finalidade de uma nota fiscal D-1.

O art. 42, XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 10.847/07 dispõe textualmente:

*Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

*XIII-A - nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e de sistema eletrônico de processamento de dados:*

*h) 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.*

Portanto, o procedimento realizado pelo recorrente tem penalidade específica, e a sua existência se dar em virtude da possibilidade de inobservância pelo sujeito passivo das determinações legais. Além do mais, tem caráter educativo, visando preservar o crédito tributário.

A empresa não nega o fato, porém, entende que deve ser levado em conta que sua conduta não resultou em prejuízo para o Erário porque o estabelecimento comercializa com produtos com fase de tributação encerrada por força da substituição tributária (combustíveis), sem qualquer prova, nos autos, que a comercialização tenha sido de outros produtos, o que fragilizava o argumento da JJF para não determinar a sua redução, como solicitado.

Informa que tais emissões visaram compatibilizar os registros das vendas, nos LRS, LMC, SINTEGRA e DMA's, a fim de não existir divergências entre eles, como se denota pelos valores expressivos das diversas notas fiscais emitidas (90% do valor exigido). Entende que no caso deve ser aplicada às determinações da Lei nº 11.908/10, que embora não mais vigente, demonstrou o posicionamento da Administração Tributária em reduzi-la em 90% para todos os contribuintes. Aponta que não existe qualquer outra infração detectada e que estar sendo punido por ter, apenas, emitido notas fiscais em operações que não mais se encontram sujeitas à incidência do ICMS e não pela falta de emissão de documento fiscal. E, por fim, que a Decisão da JJF vai de encontro à jurisprudência firmada por este Colegiado.

Preliminarmente observo que as determinações da Lei nº 11.908/10 aqui não podem mais ser apreciadas. Esta lei foi promulgada, com data determinada para a sua vigência, visando dar anistia parcial aos contribuintes que aderissem aos seus termos. Neste momento somente posso me ater à norma tributária vigente, não sendo, portanto, caso de discutir a sua repercussão.

No mais, ressalto de que a Decisão de 1º Grau não afrontou decisões reiteradas deste Colegiado. Em primeiro, cabe ao julgador e seus pares, e somente a eles, a Decisão da lide. Em segundo, a aplicação das determinações do § 7º do art. 42, da Lei nº 7.014/96 devem ser aplicadas de maneira cuidadosa, analisando-se todos os fatos para que o julgador possa firmar sua convicção a respeito de sua aplicabilidade, o que, alias, fez a JJF. E, por fim, opiniões da PGE/PROFIS embora devam ser levadas em consideração (como corriqueiramente feitas e sendo altamente salutares) não decidem, por competência, qualquer lide administrativa.

No mais, sendo certo que a multa foi corretamente aplicada, também é certo que este CONSEF, por força de Lei, também pode reduzi-la ou mesmo cancela-la, dosando sua pena, se a situação assim se apresente, pois as determinações do § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, como já dito, não podem ser aplicadas indiscriminadamente, sendo necessária a análise de cada caso de *per si*.

No caso em comento, resta provado nos autos:

1. Não existe qualquer fato, a exceção do Contrato Social do estabelecimento empresarial, que as mercadorias comercializadas não foram combustíveis, enquadrados no regime da substituição tributária. Se corriqueiramente os Postos de Combustíveis possuem lojas de conveniência, por exemplo, este fato aqui deveria ter sido provado.
2. A emissão de notas fiscais D-1 ao invés dos cupons fiscais determinou o descumprimento de uma obrigação acessória, porém as emissões das notas fiscais série D-1 cumpriram o papel de acobertarem vendas levadas à tributação.
3. Não restou provado nos autos que o procedimento da empresa causou qualquer prejuízo à fiscalização, que se limitou a aplicar a multa e não se pronunciou a respeito de qualquer motivo a assim agir. Inclusive a informação fiscal é extremamente sucinta (fl. 464), apenas informando de que as notas fiscais série D-1, quando houve manutenção ou intervenção nos ECF's não foram incluídas no levantamento fiscal.
4. As notas fiscais com valores mais expressivos (de fato quase 90% do valor da multa exigida) correspondem à venda de combustíveis. Embora, a empresa tenha agido de forma totalmente errônea (não poderia simplesmente emitir uma nota fiscal para ajustar seus estoques como dito, sem qualquer comprovação do fato e em segundo, emitir nota fiscal, modelo 1 (nota fiscal de venda para contribuinte – fls. 57/88) para acobertar vendas a “clientes diversos”) não omitiu da tributação das saídas.

Diante de todas as determinações legais e de todos os fatos acima exposto, percebo que os requisitos legais e incertos no § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96 podem ser invocados para determinar a redução da multa ora em questão, o que ora faço, reduzindo-se a penalidade para o percentual de 30%, sobre o valor originalmente lançado, o que representa a quantia de R\$12.967,52, modificando, desta forma, o julgamento da JJF.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso interposto.

#### **VOTOS DIVERGENTE (Preliminar de Decadência) e VENCEDOR (Redução da multa – 10%)**

Em que pese o brilhante voto da i. Conselheira Relatora, cumpre-me divergir inicialmente no que tange ao seu posicionamento acerca da preliminar de decadência argüida na peça recursal, pelas razões já exaradas em outros votos de minha lavra acerca desta matéria. Isto posto, neste voto divergente reitero a minha clara e manifesta divergência, nos termos que se seguem.

Entendo que todos os lançamentos de ofício do Auto de Infração, em epígrafe, que tiveram fatos geradores com datas anteriores a 21/11/2006, estão alcançados pela DECADÊNCIA, por terem mais de cinco anos em relação à data da lavratura da autuação, ou seja, 21/11/2011. Tal entendimento vai ao encontro das disposições contidas no art. 150, § 4º, do CTN.

Trata-se de matéria controversa, ainda não pacificada neste egrégio CONSEF, nem na PGE/PROFIS. O próprio despacho do Procurador Geral da PGE, Dr. Rui Moraes Cruz, traz à baila esta controvérsia e a busca de um novo entendimento sobre a matéria.

Compulsando a matéria em tela, através de apurada pesquisa jurídica, chego ao entendimento de que o lançamento de ofício de crédito de ICMS atinente aos fatos geradores estão atingidos pela decadência à luz da Súmula Vinculante nº 08 do Supremo Tribunal Federal. Por conseguinte, entendo que é insubsistente o lançamento acima citado.

Por sua vez, para decidir sobre essa questão, é necessário fazer uma reflexão sobre a edição da Súmula Vinculante nº 08 e o Parecer exarado pelo ilustre Procurador Geral do Estado da Bahia, em decorrência da diligência suscitada por esta 2ª CJF.

Pois bem, diz a Súmula Vinculante nº 08, editada pelo STF:

*“São inconstitucionais os parágrafos único do artigo 5º do Decreto-Lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.*

Antes de mais nada, ressalto que a redação dada ao verbete sumular não ajuda o intérprete a reconhecer o extraordinário alcance e dimensão dessa nova norma jurídica inserida no sistema legal brasileiro. A princípio, a referida manifestação do STF unicamente expurga do ordenamento jurídico, por vício de inconstitucionalidade, os citados artigos de matéria previdenciária. Entretanto, somente após uma leitura atenta e diante de uma reflexão profunda dos fundamentos que levaram a edição desta posição jurisprudencial importante, é que podemos entender como todo o sistema tributário nacional foi alterado de forma indelével.

Após uma análise mais apurada dos seus fundamentos, entendo que a verdadeira questão de fundo neste posicionamento do Supremo Tribunal Federal é o estabelecimento da competência legislativa e o tipo de norma legal adequada para prever a aplicação dos institutos da decadência e prescrição. Da leitura dos votos dos Recursos Extraordinários que embasaram o entendimento sumular vinculante nº 08 (RE's 556664-1, 560626-1, 559943-4, dentre outros), fica constatado com plena nitidez que o STF conclui que a prescrição e a decadência só podem ser disciplinadas por Lei Complementar de âmbito nacional, vez que são institutos gerais do direito tributário.

A ementa do Recurso Extraordinário nº 556.664/RS é lapidar e resume toda a essência da debatida Súmula, por isso, vale transcrevê-la, *in litteris*:

*“EMENTA: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, b, III, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica. II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias. III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na*

*Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69. V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento. (RE 556664 / RS-RIO GRANDE DO SUL / RECURSO EXTRAORDINÁRIO / Relator(a): Min. GILMAR MENDES / Julgamento: 12/06/2008 / Órgão Julgador: Tribunal Pleno)” (grifo nosso)*

Diante deste incontestado e claro pronunciamento, resta claro e justo que, em nome da equidade e da segurança jurídica, a determinação do Supremo Tribunal Federal, via Súmula Vinculante nº 08, é no sentido de que somente o CTN pode prever prazos prescricionais e decadenciais em torno de matéria tributária, e, deste modo, não poderia o COTEB versar sobre esses assuntos, por se tratar de matérias reservadas a Lei Complementar, segundo mandamento constitucional e interpretação do Supremo. (grifo meu)

Na inteligência dessa jurisprudência vinculante, permitir regulação distinta por parte de cada ente da federação, implicaria um verdadeiro ataque aos princípios da isonomia e da segurança jurídica. Portanto, se faz necessária que a regulação desses temas tributários tenha âmbito nacional, sob a égide de uma única norma, o CTN.

Deste modo, tecidas as considerações acerca dos reflexos advindos da decisão do STF, entendo que a aplicação do COTEB para fins de estabelecimento do início da contagem do prazo



decadencial não se coaduna com o quanto disposto na própria Constituição Federal e no quanto estabelecido nos fundamentos da Súmula Vinculante nº 08 do STF.

Entendo que para esclarecer essa discussão, é fundamental se proceder uma interpretação jurídica com referência a dois aspectos relevantes na análise desta questão: a) a de que o CTN é anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, ou seja, aquele Código deve se adequar aos mandamentos constitucionais e, b) a de que o entendimento esposado pelo STF, com a edição desta Súmula Vinculante, não permite o regramento de institutos gerais de direito tributário por outras normas, a não ser a Lei Complementar prevista na própria Constituição Federal, afastando automaticamente a ressalva disposta no texto original do Código Tributário, parte, que eu entendo, não fora recepcionada pela Carta Magna, ou seja, não pode ater-se a uma interpretação literal do disposto no §4º e conceder uma permissão aos legisladores infraconstitucionais, pois, tal atitude está em flagrante desacordo com a exegese do texto da Carta Magna e a interpretação do STF quando da expedição deste juízo Sumular. Caso contrário, não poderíamos falar em preservação da equidade e da segurança jurídica, princípios centrais e sustentadores da decisão vinculante do Tribunal Superior.

Ora, como a Súmula Vinculante declarou a inconstitucionalidade dos artigos de uma lei de natureza tributária, no caso, os art. 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tinham como fundamento de existência legal o mesmo mandamento do art. 150, §4º, primeira parte do CTN, então, *mutatis mutandis*, verificada a inconstitucionalidade dos referidos artigos por falta competência material, fica afastada a aplicação da mesma permissão legal do §4º para as outras normas de natureza tributária de todos os entes da federação, instituidora de qualquer tributo. Isso nada mais é do que uma consequência lógica/jurídica inegável e inexorável, com aplicação e abrangência em relação à lei criadora de qualquer tributo, seja a lei do ICMS, ISS, IPI, etc.

Dessa forma, fica evidente que para o STF não cabe a nenhuma norma, de nenhum ente federativo, instituidora de qualquer tributo, regulamentar os institutos gerais de direito tributário, reservados pela Constituição Federal ao alvitre exclusivo de Lei Complementar, de âmbito nacional.

Contudo, cumpre-me, antes de concluir o entendimento da inteligência da SV. 08, fazer breves comentários em relação à Resposta da Consulta sobre o Procedimento de Uniformização de Orientação Jurídica, elaborada pela PGE/PROFIS, da lavra do Procurador Geral do Estado da Bahia. Quadra apontar que, infelizmente, a Resposta concedida não aborda de maneira abalizada a questão principal para a solução dessa lide. Vejo que a d. PGE não fundamenta a sua posição quanto à possibilidade da aplicação ou não do COTEB, levando-se em conta o posicionamento do STF, mas tão somente expõe uma negativa de reabertura de debate, mantendo um posicionamento antigo, sob a égide de outras luzes que não mais existem. Em outras palavras, entendo que não houve o aprofundamento e a reflexão necessários que cabem no trato da questão da decadência e da prescrição, assuntos modificados após o pronunciamento do STF.

Em que pese o zelo sempre expedido por este órgão nos debates da matéria, devido à importância da questão em si, com consequências tributárias, administrativas e políticas práticas para o Povo e o Estado da Bahia, sinto que a falta de um posicionamento fundamentado, inequívoco e suficientemente claro deixou de trazer a necessária segurança jurídica para os administrados e para os contribuintes deste Estado.

Reitero que merece acolhida a valiosa manifestação exarada pelo Procurador Geral do Estado, Dr. Rui Moraes Cruz, acerca da necessidade de alteração do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) para afastar divergências entre este e o Código Tributário Nacional.

Ora, é de meridiana clareza que se há necessidade de alteração, significa que tal norma jurídica não é adequada para a solução e regulação das situações jurídicas tributárias realizadas dentro do Estado da Bahia! Salvo melhor inteligência, a sugestão proposta parece indicar, com grande clareza e veemência, a necessidade de alinhamento da legislação estadual com o CTN, o que

reforça a tese de que o prazo decadencial deve ser aquele estabelecido pelo Código Tributário Nacional, lei de âmbito nacional, consoante inteligência da Súmula Vinculante nº 08.

Nessa seara, cumpre-me assinalar que uma Súmula Vinculante tem poder impositivo, tudo em razão do seu caráter e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração Pública direta e indireta, em todas as esferas de poder. Ou seja, me parece inapropriada, quiçá impossível, a utilização do COTEB como ferramenta de condução da questão de definição do marco inicial do prazo decadencial, uma vez que as questões gerais de matéria tributária só podem ser dispostas em lei específica, ditada pela Constituição Federal.

Por fim, com a patente alteração de paradigma ocorrida, tenho como certa a assertiva de que não podemos mais seguir a ‘antiga’ jurisprudência desse Conselho, que abraçava entendimento diferente sobre a possibilidade do regramento da decadência e da prescrição. A agora, após a edição da Súmula em debate, com a legislação sob novo enfoque, devemos repensar nosso entendimento para adequá-lo à nova realidade jurídica, imposta pelo STF, mas de forma alguma aplicá-la como anteriormente se fazia (com base no COTEB ao invés do CTN), como opinou a PGE/PROFIS, sob pena de prejudicar o próprio erário estadual, ante a flagrante inconstitucionalidade do regramento estadual e de se afastar do princípio da eficiência (art. 37, caput da CF), pois, nos tempos atuais, em plena era digital, cinco anos é tempo mais que suficiente para que o Fisco lance ou perquiria qualquer soma a título de tributo.

Tecidas as considerações acerca da impossibilidade da aplicação do COTEB na regulação de matérias gerais de direito tributário, por não ser a norma prevista na CF/88, resta saber quando devemos aplicar o regramento do CTN no ICMS.

Como se sabe, o Código Tributário tem dois artigos dispondo sobre a decadência: o art. 150, §4º, para lançamento por homologação, e; o art. 173, I, para lançamentos de ofício. Consequentemente, para sabermos qual regramento deve ser usado, temos que definir de maneira segura, quando estamos diante de um lançamento por homologação e quando estamos diante de um lançamento de ofício.

Antes de mais nada, vale transcrever os artigos 150, §4º e 173, I do CTN:

*“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”*

Em seguida, é salutar observar as normas e o entendimento jurisprudencial dominante do STJ para definir quando é caso de lançamento por homologação e de ofício. Nessa esteira, o COTEB, numa reprodução do artigo 150, do CTN, assim entende o que seria o lançamento por homologação, consoante o teor do seu art. 107-B:

*“Art. 107-B. 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.”*

Sobre a diferenciação dos lançamentos, o STJ já pacificou seu entendimento no sentido de que lançamentos por homologação seriam aqueles que os sujeitos passivos têm o dever de antecipar o pagamento do ICMS sem que haja prévio exame por parte da autoridade administrativa, sendo

aplicável, nestes casos, o quanto disposto no art. 150, §4º do CTN, ou seja, a regra da decadência após 5 anos da ocorrência do fato gerador.

Trazendo à baila a decisão do Agravo Regimental no Recurso Especial 117291 do Rio Grande do Sul, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, fica por demais evidenciado o entendimento consolidado do STJ:

*“Ementa*

*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR. DECADÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 20, § 4º, E 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.*

*1. Agravo regimental no recurso especial em que se discute o prazo para a constituição de crédito tributário remanescente de ICMS, no caso em que ocorre o pagamento a menor do tributo.*

*2. Nos tributos cujos sujeitos passivos têm o dever de antecipar o pagamento sem que haja prévio exame da autoridade administrativa, caso se apure saldo remanescente, a Fazenda deverá constituí-lo no prazo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, sob pena de ocorrer a extinção definitiva do crédito, nos termos do parágrafo 4º do art. 150 do CTN. Precedentes: AgRg no REsp 1.152.747/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 22/2/2011; AgRg no REsp 1.192.933/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11/2/2011; AgRg no REsp 1.182.862/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 2/2/2011.*

*3. Ademais, a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 973.733/SC, realizado nos termos do art. 543-C e sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, sedimentou o entendimento de que o art. 173, I, do CTN se aplica aos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou, quando, a despeito da previsão legal, não há o pagamento, salvo nos casos de dolo, fraude ou simulação.*

*4. Honorários advocatícios fixados em 0,5% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 20, § 4º e 21, § 1º, do CPC.*

*5. Agravo regimental não provido.*

*(AgRg no REsp 1172391 / RS / AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0249482-0 / Relator(a) Ministro BENEDITO GONÇALVES (1142) / Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento: 04/08/2011 / Data da Publicação/Fonte DJe 10/08/2011)”*

Em face desse quadro legal, assegurado que: (i) a regra do ICMS é o lançamento por homologação, sendo exceção o lançamento de ofício, nos casos de lançamento por presunção do art. 4º, §4º da Lei 7.014/96, e (ii) entendendo que somente o CTN pode regulamentar as normas gerais de direito, por mandamento constitucional e aplicação da SV. 08 nos seus fundamentos, concluo que o prazo a ser observado é aquele previsto no art. 150, §4º do CTN, ou seja, 05 anos após o dia de ocorrência do fato gerador.

Por tudo do quanto acima exposto, voto para julgar pela DECADÊNCIA dos lançamentos de ofício atinentes aos fatos geradores ocorridos em datas anteriores a 21 de novembro de 2006 por terem mais de 05 anos em relação a data da lavratura do Auto de Infração, em epígrafe, ocorrida em 21 de novembro de 2011.

Assim, julgo que a preliminar de DECADÊNCIA trazida na peça recursal deve ser plenamente provida.

Todavia, considerando que, por decisão da maioria do colegiado votante nesta assentada de julgamento, a questão da vigência da decadência ficou superada, passo, agora, a análise do mérito da imputação fiscal em foco.

Quanto a este aspecto, também vou divergir do posicionamento da i. Conselheira Relatora apenas quanto ao valor do percentual aplicado para a redução da multa estipulada por descumprimento da obrigação acessória, nos termos constantes no lançamento de ofício.

Neste sentido, socorrendo-me dos mesmos preceitos legais consignados no seu voto pela redução, entendo justo acatar o pedido do recorrente de reduzir a multa lançada. Neste diapasão julgo justo aplicar o percentual de apenas 10% sobre o valor originalmente lançado no Auto de

Infração, em epigrafe, ou seja, o valor monetário da multa passa a ser de R\$ 4.322,51. Nos demais aspectos de mérito, alinho-me com o voto da prezada Conselheira Relatora.

Enfim, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para reformar a decisão recorrida, nos termos acima postos.

#### **VOTO DIVERGENTE (Manutenção da multa)**

Com a devida vênia para divergir do entendimento do ilustre relatora consignado em seu voto no que tange a redução da multa aplicada pelo autuante, bem como, por igual, da redução empregada pelo também ilustre conselheiro que proferiu o voto vencedor.

Isto porque, da análise dos argumentos apresentados em sede recursal vejo que estes são insuficientes para provocar alteração na Decisão recorrida, pelas razões que passo a expor.

O recorrente, a rigor, centra seus argumentos na tese de que não houve conduta ilícita de sua parte e que no processo não há provas de que tenha agido com dolo, fraude ou simulação, afirmando, ainda, que a constatação da infração foi de ter havido boa fé, pois as notas fiscais foram emitidas, acobertando saídas de mercadorias. Em assim sendo, entende presente os requisitos do art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, transcrevendo, nesta esteira, diversos julgados do CONSEF.

De início vejo que a planilha de fls. 7 a 42 elaborada pelo autuante para servir de base à autuação, lista um expressivo universo de notas fiscais Série D-1 emitidas, reiteradamente, pelo recorrente, inclusive Notas Fatura a título de vendas de combustíveis para "Clientes Diversos", em valores significativos. Desta forma, resta analisar a repercussão da sua conduta em relação à legislação tributária posta.

O RICMS/BA, em seu art. 824-B, estabelece 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, enquanto que o art. 42, inciso XII-A, "h" da Lei nº 7.014/96, na sua redação atual, prevê:

*“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

*(...)*

**XIII-A** - 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:

*(...)*

**h)** 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;

Portanto, à luz da legislação tributária, resta devidamente caracterizada e tipificada a infração, fato este admitido pelo recorrente e reconhecida pela i.relatora e pelo i.relator do voto vencedor.

Entretanto, considerando a atividade exercida pelo recorrente, comércio varejista de combustíveis, penso que o mesmo, ao alardear a licitude do seu procedimento, deveria ter explicado ou justificado, com dados confiáveis, a real motivação para a emissão do expressivo número de notas fiscais em desacordo com a norma regulamentar. Portanto, diante do quadro que se apresenta nos presentes autos, penso que é uma temeridade se afirmar e se convencer de que essas operações, principalmente aquelas indicadas nas Notas Fiscais - Faturas, em valores expressivos e que representam mais de 90% do valor da autuação, não se revestem de simulação, e, que estariam, por isso, abarcadas pela norma prevista no art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96.

No que tange a jurisprudência do CONSEF, citada pelo recorrente, considero que em nada lhe socorre, pois entendo que não restou comprovado que a situação fática presente nestes autos converge as decisões mencionados na peça recursal.

Por fim, destaco que a penalidade foi aplicada em função da emissão de documentos fiscais em

desacordo com o previsto pela legislação tributária em relação aos contribuintes usuários de equipamento emissor de cupom fiscal. Portanto, o fato do recorrente exercer a atividade cujas operações que realiza, em grande parte, encontram-se com a fase de tributação encerrada, por si só, não é motivo suficiente para a redução ou o cancelamento da multa. Aliás, não há como se assegurar, com convicção, que em face da emissão das notas fiscais de vendas em valores altamente significativos e sem comprovação da efetiva operação, que não houve falta de pagamento do imposto.

Em conclusão, em face do exposto, entendo que estão ausentes do presente PAF as condições elencadas pelo § 4º do art. 46 do CTN, bem como no § 7º, art. 42 da Lei nº 7.014/96 e, ainda, no art. 158 do RPAF/BA, para que se proceda ao cancelamento ou a redução da penalidade aplicada, e, nesta circunstância, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo ser mantida inalterada a Decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto à decadência, com voto de qualidade do presidente e, não unânime quanto à redução da multa, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206956.0017/11-0**, lavrado contra **POSTOS MATARIPE ABASTECIMENTOS E SERVIÇOS LTDA. (POSTO MATARIPE 01)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$4.322,51**, prevista no art. 42, XIII-A, da Lei nº 7.014/96, e com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência) – Conselheiros(as): Mônica Maria Roters, Valtercio Serpa Júnior e Carlos Fábio Cabral Ferreira

VOTO VENCIDO (Preliminar de decadência) – Conselheiro: Carlos Henrique Jorge Gantois, Rodrigo Lauande Pimentel e José Antonio Marques Ribeiro.

VOTO VENCEDOR (Redução da multa – 10%) – Conselheiros(as): Carlos Henrique Jorge Gantois, Rodrigo Lauande Pimentel e José Antonio Marques Ribeiro.

VOTO VENCIDO (Redução da multa – 30%) – Conselheira: Mônica Maria Roters e Valtércio Serpa Júnior.

VOTO DIVERGENTE (Manutenção da multa) Conselheiro Carlos Fábio Cabral Ferreira.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de fevereiro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/VOTO DIVERGENTE  
(Manutenção da multa)

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA/VOTO VENCIDO  
(Redução da multa – 30%)

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – VOTOS DIVERGENTE (Preliminar  
de decadência) e VENCEDOR (Redução da multa – 10%)

MARIA OLIVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS