

**PROCESSO** - A. I. Nº 206956.0015/11-7  
**RECORRENTE** - POSTO DE LUBRIFICAÇÃO BARBALHO LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0055-01/12  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 20.12.2013

### 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0466-13/13

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CONTRIBUINTE USUÁRIO DE ECF. EMISSÃO DE NOTA FISCAL EM LUGAR DO CUPOM FISCAL QUE ESTÁ OBRIGADO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. A legislação tributária estadual determina que os contribuintes do ICMS que realizarem venda de mercadorias relacionadas a combustível para não contribuintes deverão utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) no sentido de documentar a operação. O não atendimento desta determinação resulta na aplicação da multa de 2% sobre o valor de cada operação ao contribuinte usuário de equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento nas situações em está obrigado. Infração comprovada. Rejeitada a preliminar de decadência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

#### RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário, impetrado contra a Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 16/11/2011, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento de irregularidade concernente à legislação do ICMS, por ter emitido outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal (ECF) nas situações em que está obrigado. Foi elaborado o demonstrativo mensal dos valores devidos (fl. 07) e o demonstrativo das notas fiscais de venda a consumidor emitidas (fls. 08-09) e entregues ao contribuinte mediante recibo.

A multa lançada foi de R\$ 10.681,72 correspondente a 2% do valor de cada operação realizada sem a emissão do documento fiscal decorrente do uso de equipamento de controle fiscal (ECF) nas situações em que está obrigado, relativo aos meses de janeiro a dezembro do ano de 2006, período da ação fiscal, conforme previsto no art. 42, inciso XIII-A, alínea “h” da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07.

O contribuinte autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 56 a 65, com documentos anexos, acostados aos autos, sobre os quais o i. Relator assim se manifestou:

*“Inicialmente constato que o presente Processo Administrativo Fiscal esta revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo as multas e suas bases de cálculo apurados consoantes os levantamentos e documentos acostados aos autos.*

*Verifico que foi imputado ao contribuinte autuado o cometimento de 01 (uma) infração em razão de ter emitido outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal (ECF) nas situações em que está obrigado.*

*Preliminarmente, o autuado argumenta que o direito da Fazenda Publica Estadual constituir crédito tributário referente aos fatos geradores da ação fiscal, com data de ocorrência no demonstrativo de debito (fl. 01), entre o*

período de janeiro a novembro de 2006, já está decaído. Assevera que, por ser o ICMS um imposto lançado por homologação, a contagem do prazo decadencial se faz a partir da data da ocorrência do fato gerador nos termos do art. 150, §4º do Código Tributário Nacional (CTN), o que a seguir reproduzo:

*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 à 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.*

*(grifo aditado)*

Com devido respeito aos argumentos do autuado, discordo da tese defendida, pois o termo inicial da contagem do prazo decadencial é o primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o lançamento poderia ter sido lançado. O art. 150, §4º, do CTN, acima destacado e grifado, prevê que “se a lei não fixar prazo para homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador”. Contudo, a legislação tributária do Estado da Bahia, utilizando da permissão contida no próprio §4º do art. 150 do CTN, fixou prazo de homologação em cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme dispõe o art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB); reproduzido pelo art. 965, I, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, conforme a seguir destacado:

*Art. 107-A. O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado:*

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

A homologação tácita, prevista no art. 150, §4º, do CTN, só ocorre quando o imposto devido é lançado pelo sujeito passivo e pago dentro das condições previstas na legislação tributária. No caso em comento, os valores que estão sendo cobrados foram apurados mediante aplicação de roteiros de auditoria fiscal e, portanto, não houve lançamento por homologação e, em consequência, não se pode aplicar o previsto no art. 150, §4º, do CTN, como pleiteia o autuado.

Para os fatos geradores ocorridos durante o exercício de 2006, a Fazenda Pública do Estado da Bahia tinha até o dia 31/12/2011 para constituir o crédito tributário. No caso em análise, o crédito foi constituído em 16/11/2011, quando foi encerrado o procedimento fiscal com a lavratura do Auto de Infração 206956.0014/11-0 em tela, tendo sido o autuado notificado do lançamento no dia 18/11/2011. Isto posto, afasto a arguição de decadência suscitada e, por conseguinte o indeferimento da nulidade da infração.

Adentrando no mérito, a obrigatoriedade da emissão do documento fiscal decorrente do uso de equipamento de controle fiscal, conhecido por cupom fiscal, encontra-se previsto no artigo 824-B do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, cujo teor faço por reproduzir:

*Art. 824-B. 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. (Grifo nosso)*

Quando solicitado pelo adquirente das mercadorias, o contribuinte usuário de equipamento de controle fiscal (ECF) pode emitir Nota Fiscal, porém, neste caso, deve ser emitido, concomitantemente, o Cupom Fiscal e anexado à via fixa do documento fiscal emitido, no qual será consignado o número sequencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF, conforme dispõe o § 1º, inciso II, art. 238 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, que a seguir transcrevo.

*Art. 238. O contribuinte obrigado a utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) emitirá o Cupom Fiscal, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou o Bilhete de Passagem por meio deste equipamento, nas operações ou prestações destinadas a não contribuinte do ICMS, observada a natureza da operação ou prestação, podendo também ser emitido, em relação a mesma operação e/ou prestação: (Grifo nosso)*

*I - a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou o Bilhete de Passagem, se a Legislação Federal dispuser desta forma;*

*II - a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, ou a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, quando houver solicitação do adquirente dos bens. (Grifo nosso)*

*§ 1º 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. (Grifo nosso)*

*§ 2º 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.*

*No presente caso, a emissão das Notas Fiscais em lugar do Cupom Fiscal não foi motivada por solicitação do adquirente dos bens (art. 238, II, do RICMS/BA), nem tampouco em decorrência de sinistro ou razões técnicas (art. 238, § 2º, do RICMS/BA). A legislação tributária estadual é taxativa em determinar que os contribuintes do ICMS que realizarem venda de mercadorias para não contribuintes (art. 824-B do RICMS/BA) deverão utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), o que não ocorreu para as operações de vendas de combustíveis acobertadas pelas Notas Fiscais objeto da presente autuação na forma do demonstrativo as fls. 08 a 23.*

*O não atendimento da determinação do art. 824-B, associado a não ocorrências das prerrogativas do art. 238, destacadas no parágrafo anterior, resultou na aplicação, pelo fiscal autuante, conforme descrito no Auto de Infração nº 206956.0014/11-0 em tela, da multa de 2% sobre o valor de cada Nota Fiscal emitida em lugar do Cupom Fiscal decorrente do uso do Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) nas situações em que o autuado estava obrigado no período da ação fiscal. Neste sentido voto pela subsistência da infração.*

*Quanto ao pedido de redução das multas pleiteado pelo contribuinte, observo que está respaldado no § 7º do art. 42 da Lei 7.014/96, onde diz que 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.*

*A análise das documentações acostadas aos autos não me permite ver com segurança de que o descumprimento da obrigação acessória pelo autuado não tenha implicado na falta de recolhimento do imposto, uma das condições necessárias para redução ou dispensa da multa conforme dispõe o § 7º do art. 42 da Lei 7.014/96.*

*Ademais, em relação às alegações do autuado de que a emissão da Nota Fiscal em lugar do Cupom Fiscal, no período da ação fiscal, foi devido à ocorrência de pedidos dos clientes que solicitam emissão da Nota Fiscal, apresenta-me imprópria a alegação, pois desenvolvendo uma relação percentual do volume de emissão de documento fiscal indevido (Nota Fiscal D1), mês a mês, com o volume de vendas totais do autuado (Valor Contábil lançado no LRS), observa-se uma média mensal da ordem de 6%, sendo que no mês de setembro chegou ao percentual de 57%. Assim não são situações esporádicas e corriqueiras, aliás, foi uma situação de não cumprimento da legislação de forma linear para todo o ano de 2006, sem demonstrar nenhuma ação de melhora.*

*Outra questão que merece destaque é a afirmação do autuado em dizer que na prática a grande maioria dos consumidores não aguarda a emissão dos cupons fiscais. Portanto, ao final de cada dia, para não deixar de registrar as vendas, levanta o total vendido e emite uma Nota Fiscal do montante que não foi objeto de emissão de Cupom Fiscal. Em relação a essa afirmação, observo, à luz do demonstrativo de Notas Fiscais emitidas irregularmente, elaborado pelo autuante, acostados aos autos às fls. 08 e 09, este procedimento de emissão de Notas Fiscais no final do dia somente acontecia no último dia de cada mês e não todos os dias como quer deixar entender o defendente.*

*Em que pese essas considerações, cabe destacar o disposto no art. 236 do RICMS/BA, onde a permissibilidade de emissão de uma só Nota Fiscal a Consumidor, pelo total das operações realizadas durante o dia, é para pequenos valores (R\$ 2,00), ainda com a condicionante de que não seja exigido o documento fiscal pelo comprador no momento da saída da mercadoria.*

*Por fim, há de se observar, que a legislação do ICMS, admite a emissão da Nota Fiscal em lugar do Cupom Fiscal, porém que seja motivada por solicitação do adquirente dos bens (art. 238, II, do RICMS/BA), ou por sinistro, ou por razões técnicas (art. 238, § 2º, do RICMS/BA). Em todos os três casos é condicionado que o documento fiscal emitido no ECF, seja 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. Tudo isso na prerrogativa de que tal fato aconteça esporadicamente e não com tamanha intensidade como ocorrida na situação da infração em análise, objeto do presente processo administrativo fiscal.*

*Desta forma, não acolho o pedido de redução nem tampouco anulação da multa requerida pelo autuado no que preceitua o §7º do art. 42 da Lei 7.014/96."*

**E julga pela Procedência do Auto de Infração em tela por restar caracterizada a infração.**

**Em sede de Recurso Voluntário o recorrente pede expressamente reexame de toda a matéria destacando que a Decisão da JJF, no que concerne ao pedido de redução da multa, se afasta, do pensamento dominante no CONSEF.**

**Aduz que o procedimento do recorrente não causou qualquer prejuízo ao Estado, pois, o ICMS não incide sobre as operações acusadas, por se encontrarem com a fase de tributação encerrada, e**

que a emissão das notas fiscais visava a regularidade dos registros das vendas, no LRS, LMC, SINTEGRA e DMA'S.

Diz que os fatos estariam dentro do período fixado pela Lei 11.908/10, e embora os efeitos dessa Lei não mais prevaleçam, deve o CONSEF, sem se falar em "retroatividade", diante das circunstâncias especiais do caso em tela, cancelar ou, no mínimo, reduzir a sanção, em 90%, pois a Administração Tributária já externou, através de lei, fazer considerável redução sobre os fatos da época, os quais sequer estariam suscetíveis de denúncia espontânea. Cita que no caso da ação fiscal, caso ocorresse até início de 2010, quatro anos após, pagaria apenas 10% do total ora cobrado.

Manifesta-se no sentido de não estando mais vigente a aludida "lei de anistia", deve ser observado o disposto na Lei 7.014/96, no seu art. 42, § 7º, abaixo:

*§ 7º 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.*

Alude que nenhuma outra ocorrência foi apontada nos autos, além das operações contidas nos mesmos documentos, e que como já dito, foram tributadas anterior e antecipadamente. 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.

Cita que, demonstrado que não houve "falta de recolhimento" do imposto, atende a uma das condições legais para o cancelamento ou redução da sanção.

Aponta não haver provas de ação com dolo, fraude ou simulação. A constatação da emissão de notas fiscais acobertando saídas fora da cadeia de tributação atesta a boa-fé, e a pena aplicada se afigura superior àquela para a situação de falta de emissão de notas fiscais mesmos nos casos de operações tributadas.

Alega o recorrente que para contribuintes do ramo de combustíveis, que trabalham com produtos com ICMS substituído, o CONSEF tem interpretado mais brandamente a lei, conforme julgados contidos no presente PAF.

Comenta a presença dos requisitos do art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96, por não restar provas de que o autuado teria agido com dolo, fraude ou simulação, e destaca que, em relação aos documentos supostamente emitidos, não houve falta de cumprimento da obrigação principal.

Aduz que o CONSEF, apoiado pela PGE (Parecer já anexado), nesses casos, ainda que comprovados, vem declinando pela dispensa ou redução da multa, a saber:

**1ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL**  
**ACÓRDÃO CJF Nº 0436-11/06**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS CONCOMITANTEMENTE AO USO DO EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL. *Reduzida a multa por descumprimento de obrigação acessória, arrimado no que dispõe o § 7º, do art. 42, da Lei n.º 7.014/96, uma vez que a infração foi praticada sem dolo, fraude ou simulação e não implicou em falta de recolhimento do imposto. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.*

**1ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL**  
**ACÓRDÃO CJF Nº 0298-11/06**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS CONCOMITANTEMENTE AO USO DO EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL. *Não comprovada pelo contribuinte suas alegações da impossibilidade da emissão de cupom fiscal. Modificada a Decisão recorrida, com redução da penalidade aplicada, com fulcro no § 7º, art. 42, da Lei nº 7.014/96. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.*

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**  
**ACÓRDÃO JJF Nº 0066-01/07**

**EMENTA.** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO ECF. **DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO**

ACESSÓRIA. MULTA. Auto de Infração **PROCEDENTE**, com redução da multa prevista no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Decisão unânime.

**RELATOR(A): CONS. NELSON ANTONIO DAIHA FILHO**

**Auto de Infração - 2069560014064**

**ACORDÃO CJFNº 0260-12/07**

ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Modificada a Decisão recorrida. Refeitos os cálculos para reduzir a exigência fiscal a 10% do valor da multa acessória originalmente aplicada. Infração parcialmente caracterizada. Recurso de Ofício **PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime.

**RELATOR(A): CONS. FAUZE MIDLEJ**

**Auto de Infração - 1464680078077**

**ACORDÃO CJFNº 0119-12/09**

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. cálculos, reduzindo-se o valor do crédito tributário. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. ESTABELECIMENTO USUÁRIO DE ECF. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE VENDA A CONSUMIDOR CONCOMITANTEMENTE AO USO DO EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Modificada a Decisão recorrida. Infração parcialmente subsistente. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime.

**RELATOR(A): CONS. JOSE BIZERRA LIMA IRMAO**

**Auto de Infração - 1141550134084**

**ACORDÃO JJFNº 0263-02/08**

EMENTA: ICMS. 1. EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM VEZ DA UTILIZAÇÃO DE ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. É procedente a autuação - não de 5% do valor das operações, como erroneamente foi aplicada a multa, mas de 2%, de acordo com a alteração introduzida na alínea "h" do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96 pela Lei nº 10.847/07 (retroatividade benigna) -, excluída, porém, a pena, com base no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Em comentário ao citado Parecer da PGE/PROFIS, anexado com a defesa, realça que a manifestação da mesma é de que a competência para deliberar sobre a dispensa ou redução da multa é exclusiva do CONSEF. E que em situações semelhantes à em curso, registra que os requisitos legais à concessão 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.”.

O recorrente indicou o **Acórdão CJF nº 0421-11/10 da 1ª CJF**, mais recente e que serve como paradigma para o caso presente, vislumbrando preenchidos todos os requisitos legais, e diante das nuances que envolvem a causa (notadamente histórico da empresa junto à SEFAZ), fato pelo qual pede e espera que a multa seja cancelada, ou ao menos, reduzida para 10% do percentual previsto na Lei nº 10.847/07, ficando afastado o caráter arrecadatário.

Firma que, concedida a redução, ainda permanecerá a sujeição passiva no valor de **R\$ 1.657,00**, mais que suficiente para o aludido caráter educativo da pena.

Reserva-se o recorrente a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos, e pede o provimento do presente recurso, mantendo-se a procedência da autuação, contudo com a aplicação do disposto no art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96, seja, com cancelamento ou redução de 90%, da multa aplicada.

O opinativo da PGE/PROFIS resta dispensado, de conformidade ao art. 136, III, “b” 3 do RPAF/99.

## **VOTO VENCIDO**

Ao início de seu Recurso Voluntário, a arguição do recorrente em reprisar a defesa inicial, conduziu à baila a preliminar da alegada decadência das ocorrências a partir dos fatos geradores

acusados nos meses de janeiro a novembro de 2006, por conta de ter-se exaurida a possibilidade da autuação, eis que a SEFAZ manteve-se silente, decorrendo a homologação desses lançamentos.

Pede o reconhecimento da decadência do direito de constituição do crédito tributário, em relação às obrigações principal e acessórias, cujos fatos ocorreram até o dia 22/11/2006, eis que, à luz do seu entendimento, se esgotou o prazo de 5 anos de cada fato gerador para a cobrança, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN, o qual descreve. Relata que o entendimento já pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, é de que a decadência do direito de constituir o crédito tributário se rege pelo artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, ou seja, o prazo para esse efeito será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, refutando o posicionamento do fisco que de acordo com legislação interna citada, entende a decadência ocorrer a partir do início do exercício seguinte ao do fato gerador.

Em sua conclusão desta preliminar, o recorrente classifica de cristalina a decadência do crédito tributário em esqueque, correspondente aos fatos geradores ocorridos até 22/11/2005, posto que o Estado deixou de ultimar as medidas cabíveis visando a satisfação do seu direito de exigência do tributo dentro do prazo estabelecido em lei, julgando não haver como subsistir, o lançamento.

Na Decisão, o i. Relator aduziu que a homologação tácita, prevista no art. 150, §4º, do CTN, só ocorre quando o imposto devido é lançado pelo sujeito passivo e pago dentro das condições previstas na legislação tributária. E o recorrente aponta que ocorreu essa circunstância, por restar visto tratar-se de antecipação tributária total, na qual houve recolhimento abrangendo toda a cadeia sucessória das movimentações daqueles produtos.

Em que pese não partilhar da aceitação do disposto no art. 107-A, I do COTEB, art. 965, I do RICMS/BA, não acato esta preliminar por observar que a SEFAZ não pode exercer seu direito ao crédito, por desconhecimento de lançamento que não implicava em recolhimento de imposto, ou de utilização de crédito, pois o lançamento de multa, destacadamente em período distante do ocorrido, enquadra-se na situação diversa da que caracterizasse omissão do Estado.

*“Art. 107-A. O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado:*

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

No mérito, o recorrente alude à presença no PAF, dos atendimentos às condicionantes previstas no RPAF/99, situação necessária à requerida aplicação do disposto no art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96, seja, com cancelamento ou redução de 90%, da multa aplicada.

Sobre esse mister, aponta a anterioridade de posicionamentos nesse sentido deste CONSEF:

***1ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL  
ACÓRDÃO CJF Nº 0298-11/06***

***EMENTA:*** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS CONCOMITANTEMENTE AO USO DO EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL. Não comprovada pelo contribuinte suas alegações da impossibilidade da emissão de cupom fiscal. Modificada a Decisão recorrida, com redução da penalidade aplicada, com fulcro no § 7º, art. 42, da Lei nº 7.014/96. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

***1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL  
ACORDÃO JJF Nº 0066-01/07***

***EMENTA.*** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Auto de Infração PROCEDENTE, com redução da multa prevista no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Decisão unânime.

**RELATOR(A): CONS. NELSON ANTONIO DAIHA FILHO  
*ACÓRDÃO CJF Nº 0260-12/07***

***ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Modificada a Decisão recorrida. Refeitos os cálculos para reduzir a exigência fiscal a 10% do valor da multa***

*acessória originalmente aplicada. Infração parcialmente caracterizada. Recurso de Ofício PROVIDO. Decisão unânime. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão não unânime.*

**RELATOR(A): CONS. FAUZE MIDLEJ**  
**ACORDÃO CJFNº 0119-12/09**

*ICMS.. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. ESTABELECIMENTO USUÁRIO DE ECF. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE VENDA A CONSUMIDOR CONCOMITANTEMENTE AO USO DO EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Os contribuintes usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) somente estão autorizados a emitir notas fiscais de venda ao consumidor ou modelo 1, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, ou por se encontrarem impedidos de emitir o cupom fiscal. Percentual de multa reduzido de 5% para 2%, por força da alteração introduzida pela Lei nº 10.847/07 e arrimo no art. 106, II, "c" do CTN. Redução da multa para 10% do valor exigido na autuação, a teor do § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96. Modificada a Decisão recorrida. Infração parcialmente subsistente. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Decisão unânime. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão não unânime.*

**RELATOR(A): CONS. JOSE BIZERRA LIMA IRMAO**  
**ACORDÃO JJFNº 0263-02/08**

*ICMS. 1. EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM VEZ DA UTILIZAÇÃO DE ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. É procedente a autuação - não de 5% do valor das operações, como erroneamente foi aplicada a multa, mas de 2%, de acordo com a alteração introduzida na alínea "h" do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96 pela Lei nº 10.847/07 (retroatividade benigna) -, excluída, porém, a pena, com base no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.*

Foram apresentadas ponderações do recorrente que consistiram em:

- a) O ICMS não incide sobre as operações acusadas, por se encontrarem com a fase de tributação encerrada;
- b) A emissão das notas fiscais visava a regularidade dos registros das vendas, no LRS, LMC, SINTEGRA e DMA'S.
- c) A emissão de notas fiscais acobertando saídas fora da cadeia de tributação atesta a boa-fé;
- d) A multa aplicada se afigura superior àquela para a situação de falta de emissão de notas fiscais, ainda que fossem, e não são, casos de operações tributadas;
- e) Para contribuintes do ramo de combustíveis, com produtos substituídos, o CONSEF tem interpretado mais brandamente a lei, conforme julgados que transcreve;
- f) Presentes os requisitos do art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96, por não restar provas de que o autuado teria agido com dolo, fraude ou simulação, e destaca que, em relação aos documentos supostamente emitidos, não houve falta de cumprimento da obrigação principal;
- g) Em suma, aduz que o CONSEF, apoiado pela PGE (Parecer já anexado), nesses casos, ainda que com infração comprovada, vem declinando pela dispensa ou redução da multa.

Da apreciação dessas considerações, e pelo entendimento que evolui neste CONSEF, consubstanciado pelos julgamentos acima transcritos, meu voto é pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso apresentado, para que a multa lançada seja reduzida para 10% do lançamento inicial, perfazendo R\$1.068,17.

#### **VOTO VENCEDOR**

Discordo, com a devida *venia*, do entendimento do ilustre Relator, quanto a sua decisão de reduzir para 10% do lançamento inicial a multa aplicada de R\$ 10.681,72, correspondente a 2% (dois por cento) do valor da operação, em razão de o contribuinte obrigado ao uso de equipamento de controle fiscal emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento, conforme previsto no art. 42, XIII-A, "h", da Lei nº 7.014/96.

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.

Já o art. 238, inciso II e § 1º, do mesmo regulamento, preconiza que o contribuinte obrigado a utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) emitirá o Cupom Fiscal, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou o Bilhete de Passagem por meio deste equipamento, nas operações ou prestações destinadas a não contribuinte do ICMS, observada a natureza da operação ou prestação, podendo também ser emitido, em relação à mesma operação e/ou prestação a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, quando houver solicitação do adquirente dos bens, e, nesta hipótese, 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 seqüencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF.

Como o recorrente não agiu desta forma, lhe foi aplicada a multa mencionada, corretamente, por ser a específica ao caso concreto, em razão da infração cometida.

Por tratar de contribuinte com objeto social de revenda de combustível e derivados de petróleo, como também de loja de conveniência, com o agravante de só emitir um documento fiscal de “venda a consumidor” por mês (NF série D em substituição ao cupom fiscal), não acolho o pedido de redução ou cancelamento da penalidade por descumprimento de obrigação acessória aplicada ao autuado, nos termos do art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, conforme entendimento já consolidado neste CONSEF, relativo à mesma matéria.

Assim, diante de tais considerações, mantenho a Decisão recorrida e deixo de acolher o pedido do contribuinte para reduzir a multa por descumprimento de obrigação tributária acessória, pois, neste caso específico, a penalidade de R\$ 10.681,72 não é tão gravosa ao contribuinte e cumpre o efeito educativo da penalidade.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206956.0015/11-7**, lavrado contra o **POSTO DE LUBRIFICAÇÃO BARBALHO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$10.681,72**, prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros(as): Álvaro Barreto Vieira, Osmira Freire Carvalho Ribeiro da Silva e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO VENCIDO - Conselheiros: Oswaldo Ignácio Amador, Leonardo Baruch Miranda Souza e Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de novembro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/VOTO VENCEDOR

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR/VOTO VENCIDO

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS