

A. I. Nº - 022073.0079/10-1
AUTUADO - POSTO KALILÂNDIA LTDA.
AUTUANTE - DANIEL ANTÔNIO DE JESUS QUERINO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 12/072013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0158-03/13

EMENTA: ICMS. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO USO DE EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL. MULTA. A legislação tributária estadual determina que os contribuintes do ICMS que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes desse imposto deverão utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações. O não atendimento resulta na aplicação da multa sobre o valor da operação, ao contribuinte usuário de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento nas situações em que está obrigado. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 13/12/2011, refere-se à exigência de multa, em razão da emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, nos meses de janeiro, agosto, setembro e outubro de 2006, sendo aplicada a multa de 2% sobre o valor das notas fiscais, totalizando R\$21.791,94.

O autuado apresentou impugnação às fls. 57 a 65 do PAF. Inicialmente, solicita que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas à sede empresarial, sita, na Rua Professor Germiniano Costa, nº 490, Kalilândia, CEP 44.025-070, Feira de Santana/Bahia. Alega que as ocorrências foram constatadas no exercício de 2006, sendo intimado do lançamento no dia 20/12/2011, por isso, pede o reconhecimento da decadência do direito de constituição do crédito tributário, cujos fatos ocorreram até o dia 01/10/2006, afirmando que se esgotou o prazo de 5 anos para cobrança. Cita o art. 150, § 4º, do CNT e diz que não há dúvida de que o prazo decadencial começa a fluir a partir do fato gerador do imposto, ou do cumprimento das obrigações acessórias, e não a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte, como, forçosa e erroneamente, vem entendendo o Fisco Estadual. Entende que nenhuma incompatibilidade com esta circunstância traz o artigo 965 do RICMS do Estado da Bahia, ao reproduzir a disposição constante no artigo 173, I, do CNT, conforme se evidencia da sua própria redação, que transcreveu. O defendente comenta sobre o lançamento por homologação, cita o entendimento pacificado na Órbita Jurídica e do Superior Tribunal de Justiça sobre essa questão. Alega que em relação à decadência o CONSEF deve atentar para a Súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal nº 08.

Quanto ao mérito, o autuado informa que no exercício fiscalizado, atuou no ramo de comércio varejista de combustíveis, sendo o imposto de competência do Estado recolhido pelo regime de substituição tributária. Entende que o Estado não foi prejudicado na arrecadação do imposto, sendo as parcelas ora contestadas apenas de caráter formal. As quantias reconhecidas foram de valores ínfimos e não possuem relação direta, com a comercialização de combustíveis. Afirma que o fato de o autuado ter emitido outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, se de propósito nada lhe renderia, pois o ICMS já havia sido recolhido por antecipação. Também alega que a multa

imposta pela infração questionada foi de R\$ 24.764,70 (valor histórico), assumindo o caráter arrecadatório, o que não vem sendo aceito pelo CONSEF, particularmente no setor de vendas a varejo de combustíveis, em que se assenta o fato concreto;

A autuada afirma que de acordo com o que pode ser apurado no sistema da SEFAZ, nunca teve conta si autuações dessa natureza. É “primária” nesse tipo de situação, não se justificando, portanto, que seja obrigada a pagar uma multa tão onerosa, por ter agido de tal forma, que embora seja contrária à legislação, constitui um procedimento formal lícito.

Salienta que o Julgador deve considerar que os fatos estariam dentro do período fixado pela Lei 11.908/10, e se, por absurdo, alguma parcela for mantida, muito embora os efeitos da Lei 11.908/10 já não mais prevaleçam, deve o CONSEF, verificar a existência da decadência do pretense crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos até 01/10/2006, aplicando o § 7º do art. 42 da Lei 7.014/96.

Diz que no caso em tela, nenhuma ocorrência dolosa ou fraudulenta foi apontada no auto de infração. Além disso, as operações registradas nos mesmos documentos, emitidos em substituição aos cupons fiscais, já foram tributadas por substituição tributária, o que significa dizer que a Autuada está sendo punida, com pesada multa, apenas, por emissão de notas fiscais em operações que não mais se encontram sujeitas a incidência do próprio ICMS. Entende que esses fatos demonstram que em razão da infração apontada no presente auto de infração não houve “falta de recolhimento” do imposto, restando preenchida uma das condições legais para o cancelamento ou redução da sanção.

Apresenta o entendimento de que a pena é injusta, pois além da ausência de incidência do imposto no momento da suposta emissão das notas (nas saídas) é aplicada por ter o contribuinte emitido documento fiscal não pelo contrário, pela falta de emissão. Diz que não há no processo provas de que o autuado tenha agido de má fé, dolo ou fraude, pelo contrário, a simples constatação de que o contribuinte emitiu documentos fiscais, Fatos Administrativos, que ensejaram a multa, por si só, comprova que o contribuinte (autuada), agiu de boa fé, pois as notas fiscais foram emitidas acobertando as saídas das mercadorias comercializadas, cujo imposto já havia sido pago em cascata, isto é, na fonte. Diz que a pena se afigura superior à aquela aplicada no caso de falta de emissão de NF, em particular, nos casos de operações sujeitas a tributação normal. Tratando-se especificamente de contribuintes do ramo de combustíveis, que trabalham com produtos com ICMS pago pelo regime de substituição tributária, isto é, na origem, o CONSEF tem feito uma interpretação mais branda da lei, permitindo o cancelamento ou a redução da pena. Neste sentido, cita decisões das Juntas de Julgamento Fiscal e Câmaras de Julgamento Fiscal, transcrevendo as ementas.

Por fim, o defendente protesta pela produção de provas em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos, e requer seja julgado improcedente o presente Auto de Infração.

O autuado apresentou pedido de reconsideração (fls. 73/74) em face da decisão que arquivou a impugnação ao Auto de Infração, sob o argumento de que a referida impugnação foi protocolada fora do prazo regulamentar, defesa intempestiva

Às fls. 113/114 consta apreciação pelo CONSEF de impugnação contra arquivamento da defesa intempestiva, com a conclusão de que restou configurado que a empresa não foi devidamente cientificada do presente Auto de Infração. Por isso, foi dado provimento ao recurso contra o arquivamento da defesa e determinado o prosseguimento do trâmite processual.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 122/123 dos autos. Reproduz os fatos constantes no Auto de Infração e informar os documentos que foram acostados aos autos para comprovar a irregularidade apurada. Quanto às alegações defensivas, informa que se trata de multa de 2% por descumprimento de obrigação acessória pelo autuado, usuário de ECF, que utilizou Nota Fiscal

de Venda a Consumidor sem motivos ou justificativa. Pede que o presente Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Inicialmente, analisando a preliminar de decadência suscitada pelo defendente, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir multa referente fatos ocorridos no exercício de 2006, sendo alegado pelo defendente que o fisco não exerceu de forma tempestiva o seu direito de constituir o crédito tributário relativo aos fatos que ocorreram até o dia 01/10/2006, fundamentando a sua alegação no art. 150, § 4º do CTN.

Observo que a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, e não é acatada a alegação com base no § 4º do art. 150 do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação:

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 5 (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.

Vale salientar, que o Código Tributário do Estado da Bahia, instituído pela Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, estabelece nos arts. 28, § 1º e § 5º do 107-B:

Art. 28. Compete ao contribuinte efetuar o lançamento do imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeito a posterior homologação da autoridade administrativa.

§ 1º Após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento.

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.

§ 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.

No caso em exame, os fatos geradores relativos ao exercício de 2006 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2011. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 13/12/2011, nesta data, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Assim, constato que na data da ação fiscal não houve decurso do prazo fixado pela legislação, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

No mérito, o presente Auto de Infração refere-se à exigência da multa de 2% do valor das operações realizadas, pelo fato de o contribuinte, usuário de equipamento de controle fiscal, ter

emitido outro documento fiscal (Nota Fiscal de Venda a Consumidor) em lugar daquele decorrente do uso do citado ECF, nas situações em que está obrigado, nos meses de janeiro, agosto, setembro e outubro de 2006. Exigida a multa prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96.

Em relação ao uso de ECF, o RICMS/97 estabelece:

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:

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.

§ 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.

§ 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.

De acordo com os dispositivos regulamentares acima reproduzidos, os usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) estão autorizados a emitir nota fiscal modelo 1 em três situações elencadas nos incisos I e II, e no § 2º do art. 238.

O autuado reconhece que emitiu Nota Fiscal de Venda a Consumidor em lugar do Cupom Fiscal, mas alegou está sendo punido, com pesada multa, apenas, por emissão de notas fiscais em operações que não mais se encontram sujeitas à incidência do próprio ICMS. Entende que esses fatos demonstram que em razão da irregularidade apontada no presente auto de infração não houve “falta de recolhimento” do imposto, restando preenchida uma das condições legais para o cancelamento ou redução da sanção.

Vale salientar que a legislação não impede a emissão de notas fiscais, devendo o contribuinte, para tal procedimento, cumprir as regras estabelecidas, e no caso em exame, não foi comprovado o motivo que levou o autuado a emitir outro documento fiscal, e não ficou comprovado impedimento de utilizar o ECF.

Quanto ao argumento do autuado de que jamais deixou de recolher o ICMS e que tal fato denota a sua boa fé, saliento que não está sendo exigido imposto, e sim a multa estabelecida na legislação em decorrência descumprimento de obrigação acessória, relativamente à emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de ECF na situação em que está obrigado, estando esta irregularidade, devidamente caracterizada.

O autuado pede que a multa seja cancelada ou reduzida, citando decisões do CONSEF sobre o tema. Entretanto, não acolho a alegação defensiva, haja vista que não ficou comprovado nos autos que a falta de cumprimento da obrigação acessória não implicou falta de recolhimento de tributo, consoante o disposto no art. 158 do RPAF/99.

De acordo com as cópias do livro Registro de Saídas acostadas aos autos, além de combustíveis,

o autuado comercializa outras mercadorias tributáveis com apuração de débito do ICMS, e neste caso, não se pode afirmar que o descumprimento da obrigação acessória não trouxe prejuízo à fiscalização, considerando a necessidade da realização de auditorias fiscais e contábeis aplicando os elementos constantes das informações do Sistema ECF. Ademais, já foi lavrado outro Auto de Infração contra o defendente incluindo a mesma irregularidade tratada neste lançamento.

Face ao exposto, 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** o Auto de Infração nº **022073.0079/10-1**, lavrado contra **POSTO KALILÂNDIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor total de **R\$21.791,94**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de Julho de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - JULGADOR