

PROCESSO - A. I. Nº 281318.3001/16-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - COMERCIAL DE FERRAGENS SÃO LUIS LTDA. (COMERCIAL SÃO LUIS)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO– Acórdão 3º JF nº 0219-03/16
ORIGEM - INFAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 15/08/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0241-12/17

EMENTA: ICMS. EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL. UTILIZAÇÃO IRREGULAR. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Examinando-se as peças que integram os autos, vê-se que não mais se aplica no procedimento de fiscalização das máquinas atuais o dispositivo legal já revogado desde o ano 2000 em razão da própria evolução tecnológica do equipamento, e não havendo existência no mundo jurídico de tal descumprimento de obrigação acessória como proposta pelo autuante; entendeu-se que o lançamento é IMPROCEDENTE, devendo se ultrapassar a questão da nulidade, já que a decisão de mérito se decide em favor do contribuinte a quem aproveitaria a declaração de nulidade. Decretada, de ofício, a improcedência da infração 3. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício em razão da 3ª JF, haver desonerado o sujeito passivo de parte do valor inicial lançado de ofício, no que diz respeito à infração 3 do auto de infração, em que foi aplicada multa formal de R\$82.800,00 reais em razão de utilização irregular de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF, pela impossibilidade de emissão do Documento de Leitura da Memória Fiscal, com tipificação no art. 32, XV, alínea C da Lei nº 7.014/96, sendo aplicado o valor de R\$13.800,00 para cada ECF, multa prevista no Art. 42, XIII-A, alínea C, da mesma Lei Fonte do ICMS retromencionada.

A Decisão de piso considerou o lançamento improcedente, após as seguintes considerações:

Inicialmente cabe enfrentar a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado em relação à infração 03, sob o fundamento de que a multa prevista no inciso XV, alínea “c” do art. 42 da Lei nº 7.014/96, sugerida e tipificada no Auto de Infração para a irregularidade apurada de utilização irregular de ECF impossibilitado de emitir o documento “Leitura da Memória Fiscal”, sob o fundamento de que o referido dispositivo além de ser sido revogado quando vigente previa uma multa de R\$460,00. Ao compulsar as peças que compõem o contraditório atinente a acusação fiscal consubstanciada nesse item da autuação, precipuamente depois de examinar os argumentos defensivos do sujeito passivo ao abordar o mérito da infração, constato que, efetivamente, o autuante equivocou-se na capitulação da multa sugerida no Auto de Infração, fl. 02, haja vista o dispositivo indicado fora efetivamente revogado pela Lei nº 7.667, de 14/06/00.

Constato também que no demonstrativo de apuração desse item da autuação, acostado à fl. 19, mais uma vez o autuante se equivoca na tipificação da penalidade, autuado ao indicar a penalidade como sendo prevista no art. 40, inciso XIII-A, alínea “c”, dispositivo também inexistente na Lei 7.014/96. Assim, tendo em vista a tipificação incorreta e contraditória da sanção apontada pela fiscalização no Auto de Infração, entendo que restou prejudicado o exercício da ampla defesa pelo impugnante. Ademais, além da desconformidade da indicação da sanção, na descrição da acusação fiscal não consta expressamente a irregularidade cometida, ou seja, não ter sido solicitada a cessação de uso dos ECFs, objeto da autuação, como especificado, se considerada a tipificação correta da multa, no item 1.1, da alínea “c”, do inciso XIII-A da Lei nº 7.014/96, in verbis:

“Art. 42 [...] 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: [...] c) R\$ 13.800,00 (treze mil e oitocentos reais): 1. ao contribuinte que não solicitar cessação de uso de equipamento

de controle fiscal com impossibilidade técnica de uso por mais de 120 (cento e vinte) dias ou que esteja tecnicamente impossibilitado de emitir o documento “Leitura da Memória Fiscal” ou de exportar os dados da Memória Fiscal ou da Memória de Fita-detelhe para arquivo eletrônico, aplicada a penalidade por cada equipamento;”

Logo, ficam patentes as divergências na descrição da infração apurada e com erro na tipificação legal da infração e da multa aplicada, vícios esses somente superados com a lavratura de um novo Auto de Infração. A autuação foi efetuada de modo equivocado e por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Nos termos do art. 21 do RPAF-BA/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas. Concluo que o item 03 da autuação, nos termos do art. 18, incisos II e IV, alínea “a”, do RPAFBA/99, é nulo por cerceamento do direito de defesa e por insegurança na determinação da infração. Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

A JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

O item 3 do lançamento foi efetivamente descrito como utilização irregular de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF, pela impossibilidade de emissão do Documento de Leitura da Memória Fiscal, com enquadramento legal no art. 236 parágrafo único do RICMS publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, e multa prevista no art. 42, XV, “c” da Lei nº 7.014/96.

Diz o parágrafo único supracitado: *Independente da sistemática de escrituração utilizada pelo contribuinte usuário de ECF, este deve emitir uma Leitura da Memória Fiscal por período de apuração e mantê-la à disposição do fisco juntamente com as Reduções Z emitidas no respectivo período.*

Com relação à multa aplicada, a alínea “c”, do inciso XV do caput do art. 42 foi revogada pela Lei nº 7.667, de 14/06/00, DOE de 15/06/00, efeitos a partir de 15/06/00. Redação original, efeitos até 14/06/00: *“c) nas hipóteses de violação do lacre do totalizador de máquina registradora, terminal ponto de venda (PDV) ou qualquer equipamento emissor de cupom fiscal (ECF), de sua utilização não autorizada ou outra utilização irregular de tais máquinas ou equipamentos na emissão de documentos fiscais ou para emissão de cupons fiscais em substituição à emissão de documentos fiscais, acrescida esta penalidade do valor de 2 (duas) Unidades Padrão Fiscal (UPF-BA) por cada máquina ou equipamento em uso irregular, sem prejuízo da aplicação da penalidade prevista na alínea “j” do inciso IV, quando constatada a sonegação do imposto;”*.

De início verifica-se que não existe correlação entre a descrição da infração cometida e a correspondente multa, que já estava revogada desde 14/06/00. Na informação fiscal, a multa foi corrigida e informada pelo autuante como sendo a do art. 42, XIII-A, c, sem que fosse sequer dado vistas ao Recorrente para se pronunciar, cujo texto traz multa de R\$13.800,00 decorrente dos seguintes fatos cometidos pelo contribuinte que:

- 1.1. *não solicitar cessação de uso de equipamento de controle fiscal com impossibilidade técnica de uso por mais de 120 (cento e vinte) dias ou que esteja tecnicamente impossibilitado de emitir o documento “Leitura da Memória Fiscal” ou de exportar os dados da Memória Fiscal ou da Memória de Fita-detelhe para arquivo eletrônico, aplicada a penalidade por cada equipamento;(...)*

Reportando-se à descrição inicial, o autuante fala em *impossibilidade de emissão do Documento de Leitura da Memória Fiscal*, e efetivamente nem mesmo a descrição se coaduna com a previsão legal. Nem mesmo uma exegese mais aprofundada do item 1.1 permitiria outra interpretação que não a ausência da solicitação da cessação de uso de equipamento de controle fiscal para quaisquer das circunstâncias adiante expostas, seja impossibilidade de uso por mais de 120 dias, seja impossibilidade de emitir o documento de “leitura de memória fiscal” ou exportar dados da memória para arquivo eletrônico. Em qualquer destas circunstâncias haveria de se comprovar a ausência da solicitação da cessação de uso de equipamento, e isto sequer foi abordado no processo.

Assim, o lançamento encontra-se eivado de vícios, pois nem mesmo é possível assegurar com

total certeza, qual foi a imputação pretendida pelo autuante. Além disso, há o fato do Requerido não ter sido notificado da alteração feita pelo autuante na informação fiscal, e ainda que tal alteração fosse oferecida para manifestação, evidentemente estaria a se ferir o princípio da imutabilidade consagrado no art. 145 do CTN, cuja modificação só pode ser feita em circunstâncias especiais previstas no art. 149 do mesmo código.

Evidentemente não se trata de erro fático, como por exemplo, erro de cálculos, que não prejudica a essência do lançamento produzido. Nota-se no caso, um erro de direito, pois trata dos fundamentos jurídicos da norma aplicada, que não pode ser alvo de retificação, mas sim de declaração de sua nulidade. O lançamento é vinculado à lei, e o agente fiscal não pode alegar desconhecimento que justifique a correção depois de efetuado o lançamento. Assim, em primeiro plano está correta a decisão por nulidade.

No entanto, com o processo em discussão na sessão de julgamento, entendeu-se que a NULIDADE deve ser ultrapassada, conforme previsão expressa do RPAF, nos termos do art. 155, parágrafo único.

Quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Isto em razão de que, examinando as peças que integram os autos, vê-se que não mais se aplica no procedimento de fiscalização das máquinas atuais, o dispositivo legal já revogado desde o ano 2000 em razão da própria evolução tecnológica do equipamento, e não havendo existência no mundo jurídico de tal descumprimento de obrigação acessória como proposta pelo autuante, entendeu-se que o lançamento é IMPROCEDENTE, devendo se ultrapassar a questão da nulidade, nos termos do parágrafo único acima transcrito, já que a decisão de mérito se decide em favor do contribuinte a quem aproveitaria a declaração de nulidade.

Face ao exposto, a Decisão recorrida não merece reforma quanto ao seu resultado material, apenas alterando a decisão de NULA para IMPROCEDENTE. Pelo exposto, voto no sentido de NÃO PROVER o Recurso de Ofício e julgar IMPROCEDENTE o item 3 do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e, de ofício, declarar improcedente a infração 3, e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281318.3001/16-1, lavrado contra **COMERCIAL DE FERRAGENS SÃO LUIS LTDA. (COMERCIAL SÃO LUIS)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$12.022,43**, previstas, respectivamente, nos incisos IX, XI, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de julho de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIM – RELATOR

ANA CAROLINA ISABELLA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS