

A. I. N ° - 146468.0079/07-3
AUTUADO - A B O - POSTOS DE ABASTECIMENTO E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - HENRIQUE IJALMAR LOPES GRANGEON
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 27. 03. 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0087-01/08

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS **a)** MATERIAL DE CONSUMO. **b)** ATIVO IMOBILIZADO. FALTA DE PAGAMENTO. 3. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE SAÍDAS E NO REGISTRO DE APURAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infrações não impugnadas. Mantidas as exigências fiscais. 5. 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 a consumidor ou modelo 1, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, ou por se encontrarem impedidos de emitir o cupom fiscal. Infração subsistente, com adequação da multa para 2%, conforme modificação introduzida pela Lei nº 10.847/07, em face da retroatividade benéfica da lei. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 10/09/2007, traz a exigência do ICMS, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$ 37.235,75, conforme infrações a seguir imputadas:

01 - falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurado através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2002, com ICMS devido no valor total de R\$ 2.260.43, acrescido da multa de 70%;

02 - falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor agregado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurado através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2002, com ICMS devido no valor total de R\$ 716,33, acrescido da multa de 60%;

03 - deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença de alíquotas, nas aquisições de mercadorias originárias de outras unidades da federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, nos períodos de fevereiro, março, maio, agosto e setembro de 2004 e janeiro a junho, agosto a novembro de 2006, gerando ICMS a recolher no valor de R\$ 870,75, acrescido da multa de 60% ;

04 - deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença ente alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da federação e destinadas ao ativo imobilizado do estabelecimento, no decorrer do exercício de 2006, gerando ICMS a recolher no valor total de R\$ 328,59, acrescido da multa de 60%;

05 - recolheu a menos o ICMS nos meses de maio de 2004, fevereiro e maio de 2006, em razão de desencontro entre os valores escriturados no livro RAICMS e o documento de arrecadação estadual – DAE, apresentado à rede bancária, gerando uma diferença total a ser recolhida no valor de R\$67,53, acrescido da multa de 60%;

06 - deixou de recolher o ICMS decorrente da antecipação parcial em função das aquisições interestaduais ocorridas nos meses de julho, novembro e dezembro de 2006, gerando ICMS a recolher no valor total de R\$ 57,24, acrescido da multa de 60%;

07 – emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso do emissor de cupom fiscal - ECF, nas situações em que está obrigado, sujeitando-se à aplicação da penalidade fixa no valor total de R\$ 32.934,88, nos meses de janeiro a março, junho, julho e outubro a dezembro de 2003, janeiro a maio, julho a dezembro de 2004, janeiro a setembro de 2005, janeiro, fevereiro, abril a julho, setembro a dezembro de 2006.

O autuado, às fls. 653 a 655, apresenta defesa, reconhecendo, inicialmente, a procedência das infrações 01 a 06 e se insurgindo, apenas, em relação à infração 07.

Argumenta o autuado que, embora não tenha ficado claro o suficiente qual teria sido exatamente a infração cometida, já que nenhum imposto deixou de ser recolhido por conta da emissão de notas fiscais por parte do sujeito passivo, a lei prevê que o órgão julgador administrativo, em casos como este, tem competência para reduzir ou cancelar a multa aplicada.

Assevera que não houve falta de recolhimento, dolo ou simulação, pois o fisco não fez nenhuma menção à falta de recolhimento do imposto.

Pede, por fim, com base no §7º do art. 42, da lei 7014/96, que a multa referente à infração 07 seja cancelada.

O autuante às fls. 670 e 672 dos autos, apresenta a informação fiscal, relatando inicialmente, a título de esclarecimento, que a presente exigência fiscal, decorreu de uma solicitação feita pela Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustível – COPEC, que gerou um Relatório fiscal (fls. 561 a 536), para atendimento de solicitação feita pela CPI dos Combustíveis, desenvolvida pela Assembléia Legislativa da Bahia. Para tanto, foi encaminhado à Infaz varejo, em 12/07/2006, o presente Relatório Fiscal, narrando as irregularidades supostamente praticadas pelo autuado.

Complementa que, em função dessa solicitação, foi programada uma ação fiscal, com o objetivo específico de promover a homologação dos exercícios de 2002 a 2006, com aplicação do roteiro de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, estoque fechado, que resultou no Auto de Infração em tela.

Informa que o autuado protocolou a impugnação ao presente lançamento de ofício junto à SEFAZ em 11/10/2007, acatando integralmente as Infrações 01 a 06, e recolhendo os valores correspondentes, integralmente, em 30/09/2007, às fls. 647 a 650-V, insurgindo-se, especificamente, contra a infração 07.

Alega o autuante que o impugnante argumenta, em sínteses, que a prática dessa irregularidade não ocasionou qualquer prejuízo ao erário público baiano, pedindo ao Conselho de Fazenda que proceda a sua redução ou cancelamento, na forma prevista no artigo 42 § 7º da lei 7.014/96 e 158 do RPAF/BA.

Entende o autuante que a tese defendida pelo impugnante não deve ser acolhida por diversas razões, entre as quais passa a discorrer:

01 - o ilícito está perfeitamente caracterizado e o conjunto probatório documental o fundamenta com bastante clareza;

02 - o valor exigido não diz respeito à imposto (obrigação principal) e sim, multa fixa pela emissão irregular do citado documento fiscal;

03 - o valor objeto da penalidade, se for levado em conta o período fiscalizado de 05 (cinco) exercícios, não é, de forma alguma, “absurdo” ou mesmo “insuportável” para o defendente, o que por si só poderia justificar um eventual cancelamento ou mesmo redução desta multa. Seria aberto um perigoso precedente que futuramente criaria embaraços a toda fiscalização.

04 - lembra, ainda, que a 1ª J.J.Fiscal, ao julgar situação congênere, em sessão ocorrida em 16-11-2006, manteve a presente exigência, com a condenação da empresa Torres e Carvalho Comércio de Petróleo Ltda., a recolher, por inteiro, a multa fixa exigida através do AI 146.468.0070/06-8.

Pede, por fim, que seja homologado o valor recolhido relativos às infrações 01 a 06 e que seja mantida a infração 07.

O autuado, às fls. 678 a 680, se manifesta nos autos após a informação fiscal, para acrescentar, em relação ao alegado na impugnação inicialmente apresentada, que o autuante acabou confirmando não ter havido falta de recolhimento do imposto.

O autuante, às fls. 696 a 697, reproduz com literalidade os argumentos produzidos na primeira informação fiscal, ratificando, assim, suas colocações já consignadas.

Ficas consignado que consta à fl. 699 e 700, o extrato concernente ao pagamento parcial do débito.

VOTO

O presente Auto de Infração traz a exigência do ICMS, além de multa por descumprimento de obrigação acessória. Imputa ao sujeito passivo 07 infrações, entre as quais o autuado se insurge, exclusivamente, contra a infração 07, efetuando o pagamento relativo às demais.

A infração 07, exige do autuado multa de 5% sobre os valores das operações objeto da acusação fiscal, em razão do mesmo ter emitido outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso do emissor de cupom fiscal - ECF, nas situações em que está obrigado.

O impugnante alega não haver clareza suficiente em relação à infração. Preliminarmente, fica consignado que o lançamento de ofício, em especial a infração 07, foi descrita com bastante clareza e apoiada nos documentos fornecidos pelo autuado. A multa indica claramente que foi aplicada em razão do autuado ter emitido outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso do emissor de cupom fiscal - ECF, nas situações em que está obrigado, não havendo, portanto, mácula dos pressupostos processuais a ele pertinentes ou outras razões obstativas de análise do mérito.

Cumpra lembrar que a presente ação fiscal é resultante de uma solicitação feita pela Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustível – COPEC, que produziu o relatório constante às fls. 516 a 536, para atendimento de solicitação feita pela CPI dos Combustíveis, desenvolvida pela Assembléia Legislativa da Bahia. O aludido relatório foi encaminhado à Infaz varejo narrando as supostas infrações cometidas pelo impugnante, conforme relato do autuante.

O defendente não nega a ocorrência dos fatos geradores da obrigação acessória, concentrando sua defesa na inexistência de falta de imposto recolhido, resultante do procedimento por ele adotado, concluído, por fim, com o pedido de cancelamento da multa aplicada, amparado no §7º do art. 42 da Lei 7014/96.

O § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, concede ao órgão julgador administrativo a discricionariedade de, uma vez imputadas às multas por descumprimento de obrigações acessórias, conceder redução ou cancelamento das mesmas, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto, dispositivo legal que é regulamentado pelo art. 158 do RPAF/BA.

Esta discricionariedade, portanto, permite que, mesmo não havendo dolo, fraude ou simulação ou falta de imposto recolhido, relativo as infração por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não concedam a redução ou o cancelamento das multas aplicadas.

No presente caso, o autuado cometeu diversas irregularidades, por ele reconhecidas, como: aquisição de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal e conseqüente falta escrituração nos livros fiscais; falta de recolhimento do imposto relativo à antecipação tributária, inclusive antecipação parcial; falta de recolhimento do imposto relativo à diferença de alíquotas, entre outras. Assim, diante de tantas infrações claramente cometidas, devidamente apuradas e reconhecidas, bem como da não demonstração de inexistência de dolo, concluo que não há como contemplar o pedido do impugnante de redução ou cancelamento das multas.

Ainda que dolo não existisse, devidamente demonstrado, considero a emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso do emissor de cupom fiscal – ECF, na comercialização de um produto, como combustível, com tão freqüentes constatações de irregularidades, evidenciadas nas publicações e relatórios às fls. 316 a 533, um elemento de fragilização de todo o sistema de controle implantado, através das obrigações acessórias, por atos normativos, visando acompanhar e assegurar o devido e regular recolhimento do ICMS aos cofres do Estado.

Ocorre, entretanto, que em relação à penalidade aplicada na infração 07, vigia, à época em que foi lavrado o Auto de Infração, a redação do art. 42, XIII-A, aliena “h”, da Lei 7014/96, que determinava, nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e de sistema eletrônico de processamento de dados, a aplicação da multa de 5% (cinco por cento) do 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. A redação atual desse dispositivo, porém, foi dada pela Lei 10.847, de 27/11/2007, DOE de 28/01/2007, com efeito a partir de 28/11/2008, conforme segue:

“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 sistema eletrônico de processamento de dados:

(.).

h) 2% (cinco 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;”

Assim, fica modificada, de ofício, a penalidade aplicada, para 2% do valor da operação ou prestação de serviço ao contribuinte, em conformidade com a nova redação dada ao art. 42, XIII-A, aliena “h”, da Lei 7014/96, amparado no que dispõe a alínea “c”, II, do art. 106 do CTN, a seguir reproduzido:

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”

Diante das considerações, acima alinhadas, apesar de não acolher o pedido de cancelamento ou redução das multas aplicadas, relativas à infração 07, pelos motivos expostos pelo autuado, cabe redução da mesma por força da nova lei, passando de 5% pra 2%, conforme indica, a seguir, o demonstrativo de débito ajustado:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - INFRAÇÃO 07

Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	Base de cálculo	Multa %	Val. Julgado (R\$)
16.12.16	10	31/1/2003	9/02/2003	2.001,94	2,00	40,04
16.12.16	10	28/2/2003	9/03/2003	10.741,86	2,00	214,84
16.12.16	10	31/3/2003	9/04/2003	10.232,34	2,00	204,65
16.12.16	10	30/6/2003	9/07/2003	44.392,21	2,00	887,84
16.12.16	10	31/7/2003	9/08/2003	2.543,44	2,00	50,87
16.12.16	10	31/10/2003	9/11/2003	28.092,33	2,00	561,85
16.12.16	10	30/11/2003	9/12/2003	18.635,14	2,00	372,70
16.12.16	10	31/12/2003	9/01/2004	4.239,54	2,00	84,79
16.12.16	10	31/1/2004	9/02/2004	2.988,41	2,00	59,77
16.12.16	10	28/2/2004	9/03/2004	7.754,27	2,00	155,09
16.12.16	10	31/3/2004	9/04/2004	7.517,82	2,00	150,36
16.12.16	10	31/5/2004	9/06/2004	19.389,71	2,00	387,79
16.12.16	10	31/7/2004	9/08/2004	30.600,70	2,00	612,01
16.12.16	10	31/8/2004	9/09/2004	28.881,71	2,00	577,63
16.12.16	10	30/9/2004	9/10/2004	180,42	2,00	3,61
16.12.16	10	31/10/2004	9/11/2004	35.975,96	2,00	719,52
16.12.16	10	30/11/2004	9/12/2004	18.559,49	2,00	371,19
16.12.16	10	31/12/2004	9/01/2005	13.827,37	2,00	276,55
16.12.16	10	30/4/2004	9/05/2004	7.369,52	2,00	147,39
16.12.16	10	31/1/2005	9/02/2005	83.353,75	2,00	1.667,08
16.12.16	10	28/2/2005	9/03/2005	9.761,61	2,00	195,23
16.12.16	10	31/3/2005	9/04/2005	5.295,51	2,00	105,91
16.12.16	10	30/4/2005	9/05/2005	42.469,80	2,00	849,40
16.12.16	10	31/5/2005	9/06/2005	27.904,31	2,00	558,09
16.12.16	10	30/6/2005	9/07/2005	74.488,37	2,00	1.489,77
16.12.16	10	31/7/2005	9/08/2005	28.380,89	2,00	567,62
16.12.16	10	31/8/2005	9/09/2005	196,15	2,00	3,92
16.12.16	10	30/9/2005	9/10/2005	3.131,24	2,00	62,62
16.12.16	10	31/1/2006	9/02/2006	3.243,85	2,00	64,88
16.12.16	10	28/2/2006	9/03/2006	95,00	2,00	1,90
16.12.16	10	30/4/2006	9/05/2006	13.505,72	2,00	270,11
16.12.16	10	31/5/2006	9/06/2006	129,00	2,00	2,58
16.12.16	10	30/6/2006	9/07/2006	9.622,71	2,00	192,45
16.12.16	10	31/7/2006	9/08/2006	28.807,75	2,00	576,16
16.12.16	10	30/9/2006	9/10/2006	25.942,99	2,00	518,86
16.12.16	10	31/10/2006	9/11/2006	795,35	2,00	15,91
16.12.16	10	30/11/2006	9/12/2006	5.061,14	2,00	101,22
16.12.16	10	31/12/2006	9/01/2007	2.592,05	2,00	51,84
TOTAL						13.174,03

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, porém, adequando, de ofício, o percentual da multa aplicada a infração 7, por força da retroatividade benéfica da lei, devendo ser homologado o quanto recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, adequar, por retroatividade benéfica da lei, a penalidade indicada para a infração 7 e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **146468.0079/07-3**, lavrado contra **A B O - POSTOS DE ABASTECIMENTO E SERVIÇOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 4.300,87**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 2.260,43 e de 60% sobre R\$ 2.040,44, previstas no art. 42, III, II, alíneas “b”, “d” e “f” do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 13.174,03**, prevista no art. 42, XIII-A, alínea “h” da mesma lei, com a redação dada pela Lei nº 10.847/07, e dos acréscimos moratórios na forma prevista na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o quanto efetivamente recolhido.

Sala das Sessões CONSEF, 17 de março de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR