

PROCESSO - A. I. Nº 022073.0495/08-3
RECORRENTE - POSTO DE GASOLINA A CABANA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0009-02/09
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 26/08/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0239-12/09

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS COM BASE DE TRIBUTAÇÃO JÁ ENCERRADA. MULTA. Reduzido o débito a 1% do valor da autuação tendo em vista a adequação da multa às operações com fase de tributação encerrada. Infração parcialmente procedente. Modificada a Decisão recorrida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Reduzido o débito a 10% do valor exigido originalmente. Modificada a Decisão recorrida. Infração parcialmente subsistente. Recurso **PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo, visando reformar a Decisão proferida pela 2ª JF, que julgou o Auto de Infração totalmente procedente. Em que pese o lançamento de ofício imputar 3 infrações, o presente apelo apenas se insurge contra as infrações 1 e 3, cujo teor das acusações abaixo transcrevo:

INFRAÇÃO 1: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Foi aplicada uma multa por descumprimento de obrigação acessória no percentual de 10% sobre o valor das entradas, prevista no inciso IX do art. 42 da Lei Estadual nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 3: Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Consta na descrição dos fatos que o sujeito passivo emitiu notas fiscais de venda a consumidor, série D-1, irregularmente por empresa usuária de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal. Foi aplicada uma multa por descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 42, XIII, “h”.

A 2ª JF, após analisar a impugnação interposta pelo sujeito passivo, julgou o Auto de Infração procedente, aduzindo que o pedido do sujeito passivo, em relação à infração 1, de se substituir a multa aplicada para aquela prevista no inciso XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96, não podia ser acolhido pelo fato de que a natureza tributária das operações com mercadorias não escrituradas e objeto da autuação não coincide com a previsão expressa do referido dispositivo legal, ou seja, isentas, não tributadas ou substituídas.

No que concerne à infração 3, os julgadores de primeiro grau disseram que não acatavam as alegações trazidas pelo sujeito passivo, isto porque embora a autuação houvesse sido em data anterior ao advento da Lei Estadual nº 10.847/07, já foi considerado pelo autuante o percentual de 2%, sendo assim, aplicada a retroatividade benigna da Lei, prevista no art. 106, II, “c” do CTN.

Em relação às jurisprudências acostadas pelo Autuado, para fundamentar a sua tese de retroatividade benigna da Lei, aduziu que naqueles casos a retroatividade foi aplicada pelo fato

de que o imposto ali cobrado era no percentual de 5%, o que não ocorre no presente caso.

No tocante à alegação defensiva acerca da natureza tributária das operações das mercadorias comercializadas pelo autuado, afirmou que em nada afetaria a presente lide, isto porque o legislador visou disciplinar e criar mecanismos adequados para o controle das operações realizadas pelo contribuinte como instrumento gerencial da administração tributária, o que faria inexistir uma vinculação entre a sanção imposta e a natureza tributária da operação, tanto que a legislação não contempla gradação da penalidade de acordo com as diversas formas de tributação.

Quanto ao pedido de dispensa de multa, asseverou que diante do roteiro de auditoria aplicado no lançamento fiscal, não há como se inferir se houve, ou não, a falta de recolhimento do imposto, carecendo, portanto, um dos principais requisitos para a aplicação do § 7º, do art. 42, da Lei Estadual nº 7.014/96.

Inconformado com a Decisão proferida em primeiro grau, o sujeito passivo ingressou com Recurso Voluntário, pugnando pela reforma da Decisão proferida formulando os mesmos pedidos da sua peça defensiva.

Em relação à infração 1 requereu a substituição da multa aplicada para aquela prevista no inciso XI do art. 42, da Lei Estadual nº 7.014/96, sob o fundamento de que as mercadorias objeto da autuação, além de serem adquiridas para o uso e consumo do autuado, já se encontravam com as suas fases de tributação encerradas, o que enquadraria a conduta do autuado no referido inciso. A fim de fundamentar o seu julgado, transcreveu ementas de julgados deste CONSEF, no mesmo sentido de sua tese defensiva.

Quanto à infração 3, aduziu que os julgadores de primeiro grau cometeram diversos equívocos de interpretação, ao ter confundido a retroatividade benéfica da lei penal com a faculdade de redução da sanção, o que prejudicou, sobremaneira o Contribuinte. Segundo o sujeito passivo a JJF deveria analisar se as exigências da Lei Estadual foram preenchidas, para poder deliberar se adotava ou não a faculdade atribuída ao julgador, prevista no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Aduz que no caso em tela as operações registradas na autuação já haviam sido tributadas por antecipação tributária, o que ocasionaria uma penalidade bastante severa, uma vez que lhe estaria sendo aplicada uma multa pela emissão de notas fiscais em operações que não mais se encontram sujeitas à incidência do próprio ICMS, o que leva à conclusão de que não houve a falta de recolhimento do imposto, um dos requisitos legais para o cancelamento ou a redução da multa aplicada.

Diz que não há nos autos provas de que o sujeito passivo agiu com dolo, fraude ou simulação, pelo contrário, tanto que o sujeito passivo emitiu notas fiscais. Segundo o autuado, o CONSEF tem abrandado a aplicação nos casos de contribuintes do ramo de combustíveis, pelo fato dos mesmos comercializarem mercadorias com fase de tributação já encerradas.

Alega que os requisitos previstos no §7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96 encontram-se devidamente preenchidos, vez que não existem nos autos provas de que o autuado agiu com dolo, fraude ou simulação, bem como em relação aos documentos emitidos não houve falta de cumprimento da obrigação principal e o CONSEF vem firmando posição no sentido do cancelamento ou da redução da multa para no máximo 10% do valor previsto em Lei.

Assevera que na forma em que os fatos aconteceram no Auto de Infração se justifica, ao menos, a redução da multa a fim de exigi-la ao cunho “educativo”, tolhendo por via conexa o seu instinto arrecadatário e que se for reduzida a multa para o valor de R\$2.217,58, a punição estará compatível com a infração e o Estado terá Recurso nos seus cofres, assim como uma satisfação moral.

Ao final de sua súplica recursal, pugna pela procedência parcial do item 1 e com relação ao item 3, pugna pela dispensa da multa ou, no mínimo, a redução da multa para o percentual de 10% do valor aplicado.

A PGE/PROFIS, ao se manifestar acerca do Recurso Voluntário, se posiciona favoravelmente à tese sustentada pela defesa, quanto à substituição da penalidade aplicada na infração 1, para aquela prevista no inciso XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Segundo a ilustre procuradora, o Inciso XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96 foi alterado pela Lei nº 10.847/07, em novembro de 2007, aonde ficou determinado que a multa de 1% se aplicaria a todos os casos em que a fase de tributação já houvesse sido encerrada. Tendo em vista a retroatividade da legislação mais benéfica ao contribuinte, a penalidade aplicada na infração 1 deve ser no percentual de 1% sobre o valor comercial da mercadoria.

Quanto à infração 3 disse que não possui elementos capazes de identificar a inocorrência do dolo, fraude ou simulação, e que o contribuinte não apresentou uma justificativa para a não emissão do cupom fiscal nas operações. Aduziu que, no seu entender, não ficaram preenchidos os requisitos do art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96, para o cancelamento ou redução da multa aplicada.

Na sessão de julgamento o ilustre representante da PGE/PROFIS, José Augusto Martins, se manifestou favoravelmente à redução da multa no tocante à infração 3, isto porque, segundo o mesmo, a emissão de outro documento fiscal, no lugar do cupom fiscal, no caso de posto de gasolina trata-se de uma praxe comercial.

VOTO

O recorrente no seu Recurso Voluntário, pugna pela substituição da multa aplicada descrita no art. 42, IX, da Lei 7.014/96 para aquela prevista no art. 42, XI, da mesma Lei. Analisando a situação concreta, verifico que razão assiste ao recorrente, isto porque a Lei Estadual nº 10.847/07 estabeleceu que a multa de 1% se aplicaria a todos os casos em que a fase de tributação já houvesse sido encerrada, como é o caso dos Autos.

Atendendo ao princípio da retroatividade mais benéfica ao contribuinte, entendo que a multa a ser aplicada no presente caso, infração 1, será aquela prevista no Inciso XI do art. 42, da Lei nº 7.014/96, conforme bem explicitou a ilustre PGE/PROFIS.

Quanto à infração 3, o recorrente não se insurge contra a acusação fiscal, porém pugna pelo cancelamento ou redução da multa aplicada por descumprimento de obrigação acessória, aduzindo, para tanto, que praticou a referida infração sem dolo, fraude ou simulação, bem como não houve prejuízo ao erário da Fazenda Pública, vez que trabalha exclusivamente com mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária.

Tendo em vista que o pedido de cancelamento da multa ou a sua redução encampa ambas as infrações, passo a analisar tal pedido de forma conjunta.

Compulsando os autos, entendo que razão assiste ao recorrente apenas ao pedido de redução da multa aplicada. Como se pode verificar dos autos, não ficou devidamente comprovado que o autuado praticou as referidas infrações com dolo, fraude ou simulação, bem como não houve descumprimento de obrigação principal, vez que o recorrente comercializa com mercadorias com fase de tributação já encerradas, bem como as mercadorias não escrituradas (infração 1) se tratavam de bens a serem incorporadas ao ativo imobilizado, e também já haviam sido tributadas.

Não é demais lembrar que o julgador ao reduzir a multa aplicada por descumprimento de obrigação acessória, com fundamento no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, deve fazer baseado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, analisando o caso concreto sob a égide da maior justiça fiscal. Tal previsão legal, tem como seu principal objetivo adequar a multa ao caso concreto.

No presente caso, entendo que o descumprimento das obrigações acessórias pelo sujeito passivo, não causou qualquer prejuízo ao erário do FISCO baiano, pois conforme foi reiteradas vezes afirmado nos autos, a empresa autuada trata-se de um posto de combustível, o qual comercializa, exclusivamente com mercadorias já substituídas.

Não vislumbro nos autos a hipótese de terem sido as infrações cometidas com dolo, fraude ou

simulação, até porque as mercadorias objeto das autuações já se encontravam com suas fases de tributação encerradas.

Diante da quantidade de documentos fiscais emitidos pelo sujeito passivo, percebe-se, que a infração não causou tanto prejuízo à fiscalização.

Assim, acompanhando reiterado entendimento do CONSEF, entendo que as multas por descumprimento de obrigação acessória (infrações 1 e 3), devem ser reduzidas ao percentual de 1% e 10%, respectivamente, sobre o valor remanescente conforme demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
INFRAÇÃO 1					
Seq.	D. Ocorrência	D. Vencimento	Base de Cálculo	Vlr Exigido (Multa de 10%)	Vlr Julgado-CJF (Multa de 1%)
1	31/03/2004	09/04/2004	518,06	51,80	5,18
2	30/06/2004	09/07/2004	59.554,88	5.955,48	595,55
TOTAL			60.072,94	6.007,28	600,73

INFRAÇÃO 3					
Seq.	D. Ocorrência	D. Vencimento	Base de Cálculo	Vlr Exigido (Multa de 2%)	Vlr Julgado-CJF (Multa de 10%)
1	30/01/2004	09/02/2004	6.437,41	128,74	12,87
2	29/02/2004	09/03/2004	188.479,91	3.769,59	376,96
3	30/03/2004	09/04/2004	218.556,12	4.371,12	437,11
4	30/04/2004	09/05/2004	39.181,80	783,63	78,36
5	11/05/2004	09/06/2004	13.050,83	261,01	26,10
6	25/05/2004	09/06/2004	8.045,45	160,90	16,09
7	27/05/2004	09/06/2004	4.328,50	86,56	8,66
8	28/05/2004	09/06/2004	13.331,46	266,62	26,66
9	31/05/2004	09/06/2004	51.483,00	1.029,66	102,97
10	01/06/2004	09/07/2004	176.994,24	3.539,88	353,99
11	01/07/2004	09/08/2004	48.319,13	966,38	96,64
12	01/08/2004	09/09/2004	213.437,82	4.268,75	426,88
13	01/09/2004	09/10/2004	3.331,07	66,62	6,66
14	03/10/2004	09/11/2004	7.323,64	146,47	14,65
15	20/11/2004	09/12/2004	20.991,89	419,83	41,98
16	01/12/2004	09/01/2005	380,00	7,60	0,76
17	02/12/2004	09/01/2005	74.000,00	1.480,00	148,00
18	10/12/2004	09/01/2005	1.622,75	32,45	3,25
19	15/12/2004	09/01/2005	18.000,00	360,00	36,00
20	17/12/2004	09/01/2005	1.499,77	29,99	3,00
TOTAL			1.108.794,79	22.175,80	2.217,59

Portanto, voto no sentido de dar PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

VOTO DIVERGENTE (Quanto ao percentual da redução da multa)

Acompanho o voto do ilustre conselheiro relator, em relação à infração 1, porém diverjo de seu entendimento apenas quanto ao percentual da redução da multa indicada na infração 3.

Tendo em vista o ramo de atividade e o fato de que os roteiros de auditoria aplicados ao recorrente não apuraram falta de recolhimento de imposto, considero que a multa indicada na infração 3 merece ser reduzida, para que a pena aplicada seja dosada segundo as peculiaridades envolvidas no caso concreto.

Todavia, creio que a redução proposta pelo ilustre Conselheiro (para 10% do valor original) é muito, pois a multa em questão já tinha sido reduzida pela Lei nº 8534/02 de 5% para 2%. Dessa forma, considero que a multa deve ser reduzida para o equivalente a 25% do valor original.

Dessa forma, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida para adequar o percentual da multa da infração nos termos consignados pelo relator e

reduzir a multa indicada na infração 3 para 25% do valor original.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 022073.0495/08-3, lavrado contra **POSTO DE GASOLINA A CABANA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$2.818,32**, com redução das multas referentes às infrações 1 e 3 para 1% e 10%, respectivamente, do valor da autuação, com base no § 7º, da Lei nº 7.014/96, previstas no artigo 42, incisos IX, XXII XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, alterada pelas Leis nº 8.534/02 e 10.847/07, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto na Lei nº 9.837/05.

Quanto à Redução do Percentual da Multa

VOTO VENCEDOR – Conselheiros (as): Márcio Medeiros Bastos, Fauze Midlej, Nelson Antonio Daiha Filho e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros: Álvaro Barreto Vieira e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de agosto de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO DIVERGENTE
(Quanto à Redução do Percentual da Multa)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS