

A. I. N ° - 146468.0085/08-1
AUTUADO - POSTO DE SERVIÇOS RIBEIRO LTDA.
AUTUANTE - HENRIQUE IJALMAR LOPES GRANGEON
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 01.04.2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0048-02/09

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. Infrações acatadas pelo autuado. 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 a consumidor ou modelo 1, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, ou por se encontrarem impedidos de emitir o cupom fiscal. Foi reduzida a multa aplicada em razão da vigência da nova lei que passou de 5%, redação anterior, para 2%, redação atual. Infração parcialmente subsistente 3. LIVRO FISCAL. REGISTRO DE INVENTÁRIO. EXTRAVIO. MULTA. Fato reconhecido pelo autuado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PATE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 09/06/2008, traz a exigência do ICMS, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$51.897,74, 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, apurada através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2004, com ICMS devido no valor total de R\$270,56, 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, apurada através

de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2004, com ICMS devido no valor total de R\$ 85,74, acrescido da multa de 60%;

03 – 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\$50.621,44, nos meses de agosto a dezembro de 2004;

4 – Multa por descumprimento de obrigação acessória em razão do extravio de Livro Fiscal, no valor de R\$920,00, relativo à de dezembro de 2004. Consta que essa irregularidade deveu-se a falta de apresentação do Livro Registro de Inventário, não obstante o Termo de Intimação expedido em 28/03/2008.

O autuado, às fls. 212 a 219, apresenta impugnação, através de seu representante legal, devidamente constituído, versando inicialmente quanto à infração 03. De imediato, pede que a autuação seja examinada a partir do que dispõe a Lei nº 10.847, de 27/11/2007, que fixou o percentual de 2% para o caso em tela. Entende que não se pode alegar que a aplicação da “lei nova”, como determina o art. 106, inciso II, “c”, do CTN, atende ao pleito que adiante será formulado. A aplicação da “lei nova” e, caso concreto é imposição do CTN, não pode ser confundida com “redução da sanção”.

Argumenta que, assim, após a adequação da sanção ao dispositivo legal em vigor, solicita a dispensa ou redução da multa legalmente prevista, com arrimo no art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96.

Assevera que, no caso em tela, as operações registradas nos mesmos documentos já foram tributadas por antecipação tributária. Significa dizer que a Autuada está sendo punida, com pesada multa, por emissão de notas fiscais em operações que não mais se encontram sujeitas à incidência do próprio ICMS. Esse fato, por si só, demonstra que em razão da infração apontada no AI não houve “falta de recolhimento” do imposto, preenchendo uma das condições legais para o cancelamento ou redução da sanção.

Considera a pena injusta, pois além da ausência de incidência no imposto no momento da emissão das notas (nas saídas), é aplicada por ter o contribuinte emitido documento fiscal, e não pela falta de emissão.

Aduz que não há no processo provas de que a Autuada tenha agido com dolo, fraude ou simulação. Pelo contrário, a simples ação que deu ensejo à multa comprova que houve boa fé, pois as notas fiscais foram emitidas, acobertando, inclusive, saídas fora da cadeia de tributação. A pena é superior àquela aplicada no caso de falta de emissão de NF, mesmos nos casos de operações tributadas. Tratando-se especificamente de contribuintes do ramo de combustíveis, que trabalham com produtos com ICMS substituído. Aduz que o CONSEF tem feito uma interpretação mais branda da lei, permitindo, conforme julgados que relaciona, o cancelamento ou a redução da pena.

Destaca que a multa recaiu sobre o exercício de 2004 e o próprio Auto de Infração indica, no item 01, apenas a cobrança de R\$270,56, importância esta apurada a partir da base de cálculo de R\$1.591,52. Ora, continua o autuado, não se pode admitir que um posto de combustíveis que comercializa centenas de milhares de litros de combustível por ano possa ser tratado como “sonegador”, ou possa ter um benefício legal impedido, no caso de cancelamento ou redução da pena, em razão de ter errado na contabilização de suas operações, algo em torno de apenas 700 litros de combustível. Não parece sensata e, especialmente, nem justa, a autuação.

Em relação à infração 02, que, no mesmo exercício de 2004, cobra ICMS no valor de R\$86,74, é decorrente do próprio item 01, não se configurando uma infração autônoma que aponta para mais um erro da contribuinte, nem para qualquer ação fraudulenta ou munida do intuito de sonegação.

Entende que, no presente caso, encontram-se presentes os requisitos do art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96, eis que não existem provas de que a Autuada agiu com dolo, fraude ou simulação, bem como, em relação aos documentos emitidos, não houve falta de cumprimento da obrigação principal. Consigna que o CONSEF vem firmando posição no sentido do cancelamento ou da redução da multa para no máximo 10% do valor previsto e lei, como revelem os Acórdãos CJF nº 0436-11/06, CJF nº 0298-11/06, JJF nº, JJF nº 0066-01/07 e CJF nº 0260-12/07, passando a transcrever as respectivas ementas.

Assim, a autuada pede que a multa da infração 3 seja cancelada ou reduzida para 10% do percentual previsto na Lei nº 10.847/07, servindo a multa, como pede o espírito da lei, como sanção educativa. Destaca, ainda, que a administração tributária contribuiu para a ocorrência, na medida em que autorizava a confecção de dezenas ou centenas de talonários fiscais, prejudicando a própria interpretação da restrição à utilização de notas D-1 e, concomitantemente, do ECF. Todas as providências para coibir esse procedimento foram tomadas, a partir da “orientação” passada mediante a lavratura do Auto de Infração.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e, com base nos documentos ora carreados ao feito, revisão por fiscal estranho ao feito para conferência das quantidades e valores de cada produto, a Autuada pede pela NULIDADE do item 03, pela dispensa da multa ou, no mínimo, pela redução para 10% do percentual previsto em lei, bem como pela IMPROCEDÊNCIA dos itens 01 e 02.

O autuante, às fls. 226 e 227 dos autos, apresenta a informação fiscal, desancando, inicialmente, que o autuado acata a Infração 04, pede a nulidade da infração 03 e a improcedência das infrações 01 e 02 do auto de infração.

Com relação às infrações 01 e 02, lembra que, no desenvolvimento do levantamento quantitativo de estoque levado á efeito contra o estabelecimento da impugnante e referente ao Exercício de 2004, foram utilizados os procedimentos recomendados para o segmento específico de Comércio à Varejo de Combustíveis, e adotada para fins de cálculo do ICMS a recolher, a metodologia estabelecida pelo Artigo 10, Inciso I, alíneas “a” e “b” da Portaria acima citada, que reza, que na hipótese de omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, “a base de cálculo é o valor da mercadoria adquirida, que corresponde ao preço médio das compras efetuadas no último mês de aquisição da mesma espécie de mercadoria”.

Destaca que, em sua peça de defesa, em momento algum, a impugnante aponta erros ou falhas nos procedimentos adotados pela fiscalização, que pudessem vir a justificar uma possível revisão do procedimento, por fiscal estranho ao feito.

Entende que a metodologia utilizada foi referendada pela 1ª, 2ª e 3ª Juntas de Julgamento Fiscal deste egrégio Conselho de Fazenda Estadual, como provam os diversos Acórdãos acostados ao presente PAF (folhas 139 à 180).

A impugnante insurge-se contra aplicação da multa de 5% (cinco por cento), relativa à Infração 03, devida pelo fato de a mesma haver utilizado a Nota Fiscal de Venda a Consumidor em situações não permitidas ao usuário de Emissor de Cupom Fiscal, e conclui pedindo a sua nulidade, dispensa ou redução. Argumenta o autuante que a norma legal é clara e manda que seja aplicada a multa fixa nas situações em que o ilícito se configurar. Isto foi feito e a documentação que se acosta ao PAF, não deixa dúvida que a irregularidade, de fato, ocorreu, como demonstrado no Anexo IV (folhas 64 a 95), cuja cópia reprográfica foi regularmente entregue ao contribuinte em 09-06-2008.

Afirma que, quanto ao fato da aplicação retroativa da Lei 10.847/07, dispensar, reduzir ou mesmo cancelar a multa aplicada ficará a cargo do Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF, quando do julgamento da lide.

Conclui, solicitando a essa egrégia Corte que declare totalmente PROCEDENTE a exigência fiscal objeto da presente Ação Fiscal.

Consta, à fl. 230, documento do SIGAT, indicando o pagamento dos valores originalmente exigidos relativos às infrações 01,02 e 04.

VOTO

O presente Auto de Infração traz a exigência do ICMS, além de multa por descumprimento de obrigação acessória. Imputa ao sujeito passivo 04 infrações.

Cabe, preliminarmente, consignar que o impugnante, não só em relação à infração 03, como também nas demais infrações, exerceu plenamente o seu direito de defesa, trazendo aos autos os relatórios e documentos fiscais que entendeu necessários fazer prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual. Assim, observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes do processo administrativo fiscal.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de revisão do Auto de Infração, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a se produzir.

A infração 01, exige 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, apurada através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias e a Infração 02, resultante do mesmo levantamento, exige a falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, por ter o autuado adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária.

Em relação às infrações 01 e 02, o autuado, em sua peça defensiva, não indica erros ou incorreções nos procedimentos adotados pela fiscalização. Não há contestação objetiva que ofereçam elementos materiais para elidir as imputações concernentes a tais infrações. Resta a manutenção das aludidas exigências.

Consta, inclusive, como foi relatado, à fl. 230, documento do SIGAT, indicando o pagamento dos valores originalmente exigidos relativos às infrações 01,02 e 04, restando, portanto, o reconhecimento das respectivas imputações pelo autuado.

A infração 03 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 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 ou redução 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, constantes da presente autuação, inclusive falta de entrega de livro fiscal (inventário). Assim, diante das infrações claramente cometidas, devidamente apuradas e procedentes, 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 constates dos autos, é 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 03, vigia, à época em que foi lavrado o Auto de Infração, a redação do art. 42, XIII-A, alínea “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 28/11/2007, 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 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, alínea “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 03, pelos motivos expostos, cabe redução da mesma por força da nova lei, passando de 5% para 2%, conforme indica, a seguir, o demonstrativo de débito ajustado:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	B. Cálculo	Multa	ICMS Val. Histórico(R\$)
16.12.16	3	31/8/2004	9/9/2004	194.679,40	2%	3.893,59
16.12.16	3	30/9/2004	9/10/2004	196.336,17	2%	3.926,72
16.12.16	3	31/10/2004	9/11/2004	455,05	2%	9,10
16.12.16	3	30/11/2004	9/12/2004	331.226,98	2%	6.624,54
16.12.16	3	31/12/2004	9/1/2005	289.731,78	2%	5.794,64
TOTAL						20.248,59

Quanto à infração 04, não há contestação, restando o reconhecimento por parte do autuado. Infração subsistente, visto que não há óbice legal quanto à sua exigência.

Ante o exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, com a redução da infração 03, para R\$20.248,59, e a manutenção das exigências em seus valores originais com relação as infrações 01, 02 e 04, totalizando o valor a ser exigido em R\$21.524,89, devendo ser homologado o quanto recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **146468.0085/08-1**, lavrado contra **POSTO DE SERVIÇOS RIBEIRO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$356,30**, acrescido das multas de 60% sobre R\$85,74 e 70% sobre R\$270,56 previstas no inciso II, alínea “d” e III, do art. 42, da Lei 7014/96 e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$21.168,59**, previstas no art. 42, XIII-A alínea “h” e inciso XIV da mesma lei e dos acréscimos moratórios, conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o quanto efetivamente recolhido.

Sala das Sessões CONSEF, 24 de março de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA – JULGADOR