

A. I. N.º - 002207.3097/08-0
AUTUADO - POSTO DE GASOLINA FELICI LTDA.
AUTUANTE - DANIEL ANTONIO DE JESUS QUERINO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 15.06.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0137-02/09

EMENTA: ICMS. 1. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS APURADA ATRAVÉS DO LEVANTAMENTO QUANTITATIVO POR ESPÉCIE DE MERCADORIAS. FALTA DE EMISSÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL CORRESPONDENTE. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA: Reduzido o valor da penalidade por não caber a exigência por exercício. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigações acessórias. Multas de 1% e de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações subsistentes, reconhecidas pelo autuado. 3. 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, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, ou por se encontrarem impedidos de emitir o cupom fiscal. Não acolhido o pedido de redução da multa. Infração subsistente. Multa alterada de 5% para 2%, conforme modificação introduzida pela Lei nº 10.847/07, em face da retroatividade benéfica da lei. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 10/09/2008, foram imputadas ao sujeito passivo as infrações que seguem:

Infração 01- omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Consta que foi efetuado levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos anos 2004 e 2005, constatou-se que a omissão de saídas foi maior que a omissão de entradas. Multa no valor de R\$ 100,00;

Infração 02 – deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Consta que o autuado deu entradas de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, relativo às notas fiscais números: 965706; 965705; 9111183; 097729; 055.569;884434; 858181; 000961; 000354; 019032. Multa no valor de R\$106,79;

Infração 03 – deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Consta que o autuado deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, conforme notas fiscais números 063242; 021908. Multa no valor de R\$100,42;

Infração 04 – emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Multa no valor de R\$11.804,34.

O autuado, às fls. 153 a 159, apresenta a impugnação ao Auto de Infração, alegando, preliminarmente, que só se insurgirá em relação às infrações 01 e 04.

Alega, em relação à infração 01, que a multa deve ser de apenas R\$50,00, não havendo base legal para a imposição desta por exercício.

Quanto à infração 04, pede que seja examinada a partir do que dispõe da Lei 10847/07, que fixou o percentual da multa em 2%.

Solicita a redução da multa, com amparo no art. 42, § 7º da Lei 7014/96. Argumenta que as operações em tela já foram tributadas antecipadamente, não havendo falta de recolhimento do imposto, preenchendo o autuado uma das condições legais para o cancelamento ou redução da sanção. Ressalta que a pena é injusta, por ausência de incidência do imposto no momento da emissão e por ter o contribuinte emitido documento fiscal e não pela sua falta.

Considera ser também da SEFAZ a culpa por tal infração, na medida em que autoriza inúmeros talões de notas fiscais, salientando que muitos contribuintes exigem as notas fiscais em lugar dos cupons.

Lembra que 2% é próximo dos 50% da margem de lucro do setor e assegura que o autuado agiu sem dolo, fraude ou simulação, destacando que não há exigência por descumprimento de obrigação principal.

Afirma que, nesses casos, o CONSEF tem decidido pela redução da multa para no máximo 10% do valor previsto em lei, conforme Acórdãos CJF números: 436-11/06, 0298-11/06, 0066-01/07 e 0260-12/07.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos.

O autuante, às fls. 168 a 171, apresenta a informação fiscal, reafirmando a exigência fiscal imputada. Argumenta que o contribuinte não contesta a multa da infração 01, entende que as multas são independentes, relativo a cada ano fiscalizado.

Quanto à infração 02, argui que a multa só foi reduzida a partir do ano de 2007, não cabendo o pleito do autuado para aplicação do dispositivo que modificou a multa aplicada.

VOTO

O Auto de Infração, em lide, ora impugnado, imputa ao sujeito passivo 04 (quatro) infrações, todas por descumprimento de obrigações acessórias, conforme já relatadas.

O autuado restringe-se a impugnar as infrações 01 e 04. No que diz respeito à infração 01, cabe acolhimento ao argumento do autuado de que a multa deve ser de apenas R\$50,00, uma vez que, conforme afirma, não há previsão legal para a exigência por exercício fiscalizado. O inciso XXII,

do art. 42 da Lei 7014/96, determina a aplicação da multa em caso de descumprimento de obrigação acessória sem penalidade prevista expressamente nesta Lei, não havendo como extrair desse dispositivo o entendimento de que deve ser aplicado por cada exercício apurado pelo autuado, na medida em que o mesmo faz uma única imputação concernente ao mesmo lançamento.

Quanto à infração 04, cabe alinhar que 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 mesmo falta de imposto recolhido, relativo as infração por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não conceda a redução ou o cancelamento das multas aplicadas.

No presente caso, o autuado cometeu diversas irregularidades, por ele reconhecidas, relativas a todas as infrações imputadas. Assim, diante das infrações claramente cometidas, devidamente apuradas e reconhecidas, bem como da inexistência de demonstração da não ocorrência de dolo, 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, se consubstancia em um elemento de fragilização do 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 04, 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, entretanto, desse dispositivo 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 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, cabe redução da multa por força da nova lei, passando de 5% pra 2%, conforme indica a seguir o demonstrativo de débito ajustado:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO AJUSTADO DA INFRAÇÃO 04.

Débito	Ocorrência	Vencimento	Val. Principal (R\$)	Multa %	Val. Julgado (R\$)
4	31/1/2004	9/2/2004	9.056,33	2,00	181,13
4	28/2/2004	9/3/2004	7.751,07	2,00	155,02
4	31/3/2004	9/4/2004	5.136,23	2,00	102,72
4	30/4/2004	9/5/2004	4.669,18	2,00	93,38
4	31/5/2004	9/6/2004	6.516,61	2,00	130,33
4	30/6/2004	9/7/2004	5.962,34	2,00	119,25
4	31/7/2004	9/8/2004	6.320,17	2,00	126,40
4	31/8/2004	9/9/2004	6.485,66	2,00	129,71
4	30/9/2004	9/10/2004	5.388,57	2,00	107,77
4	31/10/2004	9/11/2004	8.841,42	2,00	176,83
4	30/11/2004	9/12/2004	7.680,17	2,00	153,60
4	31/12/2004	9/1/2005	7.303,51	2,00	146,07
4	31/1/2005	9/2/2005	7.327,33	2,00	146,55
4	28/2/2005	9/3/2005	7.080,27	2,00	141,61
4	31/3/2005	9/4/2005	6.957,56	2,00	139,15
4	30/3/2005	9/4/2005	1.013,49	2,00	20,27
4	30/4/2005	9/5/2005	9.996,50	2,00	199,93
4	31/5/2005	9/6/2005	610,39	2,00	12,21
4	30/6/2005	9/7/2005	2.709,75	2,00	54,20
4	31/7/2005	9/8/2005	9.066,10	2,00	181,32
4	31/8/2005	9/9/2005	4.533,16	2,00	90,66
4	30/9/2005	9/10/2005	18.198,65	2,00	363,97
4	31/10/2005	9/11/2005	30.379,36	2,00	607,59
4	30/11/2005	9/12/2005	11.450,82	2,00	229,02
4	31/12/2005	9/1/2006	45.654,86	2,00	913,10
TOTAL					4.721,79

Assim, voto pela **PROCÊDENCIA PARCIAL** do Auto de Infração.

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 **002207.3097/08-0**, lavrado contra **POSTO DE GASOLINA FELICI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$5.029,00**,

previstas no art. 42, incisos IX, IX, XII-A, alínea “h” da Lei 7014/96, e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de maio de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR.