

A. I. Nº - 146468.0093/09-2
AUTUADO - POSTO DE SERVIÇO GRANDE AVENIDA LTDA.
AUTUANTE - HENRIQUE IJALMAR LOPES GRANGEON
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 14. 09. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0295-01/09

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO, NA ESCRITA FISCAL, DA SAÍDA DE MERCADORIAS RELATIVAS A OPERAÇÕES ISENTAS OU NÃO TRIBUTÁVEIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração reconhecida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. a) NOTAS FISCAIS DE VENDA A CONSUMIDOR. EXTRAVIO. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Infração caracterizada. b) CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO USO DO ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A legislação tributária estadual determina que os contribuintes do ICMS que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes desse imposto deverão utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações. O não atendimento resulta na aplicação da multa sobre o 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. Infração subsistente, com adequação da multa para 2%, conforme modificação introduzida pela Lei nº 10.847/07, em face da retroatividade benéfica da lei. Refeitos os cálculos para reduzir a exigência fiscal a 10% do valor da multa acessória aplicada, com fulcro no artigo 42, § 7º da Lei nº 7.014/96. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/02/2009, exige do autuado o valor de R\$ 85.235,77, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1. Omissão de saídas 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, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 50,00. Consta que a irregularidade decorreu da constatação de Omissão de Saídas de Mercadorias para os produtos Gasolina comum e Gasolina aditivada no transcorrer dos exercícios de 2004 e 2005, conforme discriminado nos Anexos III e IV, acostado ao presente PAF, razão pela qual foi aplicada a penalidade fixa prevista na legislação tributária estadual;
2. Extraviou Documentos Fiscais, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 3.250,00. Consta que essa irregularidade deveu-se a falta de apresentação das Notas

Fiscais Fatura n.s 1001 a 1850, Nota Fiscal de Venda a Consumidor n.s 9.751 a 9850, 13401 a 13.450, 13701 a 13800, 13901 a 14250, não obstante os Termos de Intimação em 17/12/2008 e 11/02/2009, razão pela qual aplicou-se a penalidade prevista na legislação tributária estadual;

3. Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso do equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, nos meses de janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2004, fevereiro e abril de 2005, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no percentual de 5% sobre os valores das operações ou prestações de serviço realizadas sem a emissão do documento decorrente do uso do ECF, no valor de R\$ 81.935,77. Consta que essa irregularidade ocorreu ao longo dos exercícios de 2004 e 2005, gerando multa fixa a recolher nos valores respectivos de R\$ 62.923,46 e R\$ 19.012,39, conforme discriminado nos Anexos I e II acostado ao presente PAF e cujas cópias reprográficas foram entregues ao contribuinte em 10/02/2009.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou defesa às fls. 193 a 199, solicitando, inicialmente, que todas as intimações e notificações relativas ao Auto de Infração em lide sejam encaminhadas ao signatário da peça impugnatória, na Rua Cel. Almerindo Rehem, 126, salas 411/414, Caminho das Árvores, Salvador, Bahia, CEP 41820-768. Invoca orientação emanada do Superior Tribunal de Justiça – STJ, reproduzindo-a, para sustentar que esta deve ser seguida, sendo o advogado regularmente constituído representante legal do autuado.

Esclarece que a defesa versará apenas sobre as infrações 02 e 03, manifestando o entendimento sobre a infração 02, de que a sanção correta seria referente à falta de atendimento às duas intimações. Observa que a multa pode ser cancelada, pois entre o pedido de baixa que originou a ação fiscal e a autuação decorreram quase 04 anos, sendo um fator determinante na impossibilidade de exibição dos documentos. Diz que as intimações não atendidas foram datadas de 17/12/2008 e 11/02/2009, constatando-se a ocorrência, após a segunda, não podendo se considerar o fato de forma retroativa a 15/04/2005, conforme lançado no Auto de Infração. Requer que a multa seja cancelada ou adequada à situação de falta da apresentação de livros ou documentos, mediante intimação.

No que concerne à infração 03, pede que seja feita a adequação da multa ao dispositivo legal em vigor da Lei n. 7.014/96, que fixou o percentual de 2% para o caso em exame. Consigna que a aplicação da “lei nova”, conforme determina o artigo 106, II, “c”, do CTN, não atende ao pleito que será formulado, não podendo ser confundida com “redução da sanção”, conforme prevista no artigo 42, § 7º da Lei n. 7.014/96, que transcreve.

Prosseguindo, diz que no caso em tela, as operações registradas nos mesmos documentos fiscais já foram tributadas por antecipação tributária, significando dizer que está sendo punido com pesada multa, por emissão de notas fiscais em operações que não mais se encontram sujeitas à incidência do próprio ICMS, restando claro que não houve falta de recolhimento do imposto, portanto, preenchidas uma das condições legais para cancelamento ou redução da sanção.

Assevera que a multa é injusta, tendo em vista que, além da ausência de incidência do imposto no momento de emissão das notas fiscais de saídas, é aplicada por ter emitido documento fiscal e não pela falta de emissão. Acrescenta que inexistem nos autos provas de que tenha agido com dolo, fraude ou simulação, demonstrando, contrariamente, a emissão das notas fiscais que houve boa-fé, pois acobertou saídas fora da cadeia de tributação.

Evoca posição do CONSEF, no sentido de cancelamento ou da redução da multa para 10% do valor exigido, apresentando como paradigma o Acórdão CJF N. 0344-12/08, que anexa aos autos. Cita e transcreve ainda as ementas dos Acórdãos CJF N. 0436-11/06, CJF N. 0298-/06, JJF N. 0066-01/07, CJF N. 0260-12/07 que, segundo diz, apontam a “pré-disposição” do CONSEF, no sentido de cancelamento ou redução da multa.

Conclui requerendo a procedência da infração 01, procedência parcial da infração 02, com o cancelamento ou redução da multa, e o cancelamento ou redução para 10% da multa da infração 03, no percentual previsto na “LEI NOVA”.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 216/217, na qual contesta a alegação defensiva relativa à infração 02, sustentando que as intimações expedidas em 17/12/2008 (fl. 07), 14/01/2009(fl.11) e, principalmente, a expedida em 03/02/2009(fl. 53), visavam que o autuado apresentasse notas fiscais, o que não ocorreu, restando caracterizada a infração pelo extravio dos citados documentos fiscais e aplicação da multa fixa correspondente, conforme o RICMS/BA.

Prosseguindo, rechaça o argumento defensivo de que a data da ocorrência da infração não poderia ser retroativa, afirmando que se trata de um processo de baixa de inscrição, protocolado na SEFAZ em 15/04/2005, conforme documento “Dados Cadastrais” à fl. 08. Salienta que o artigo 168, §2º do RICMS/BA, determina que o contribuinte deve apresentar ao preposto fiscal os documentos fiscais não utilizados ou utilizados parcialmente para serem destruídos pela SEFAZ, obrigação esta não cumprida pelo autuado, motivo pelo qual manifesta o entendimento de que a data para caracterização da irregularidade é 25/04/2005, conforme lançado no Auto de Infração.

Quanto à infração 03, diz que o impugnante reconhece o cometimento da infração, haja vista que não questiona qualquer dado constante dos Demonstrativos que fundamenta a acusação fiscal, contudo, apela ao órgão julgador no sentido de redução da multa para 10% do seu valor, sob a alegação de que as mercadorias já tinham sido objeto de tributação antecipada, argüindo, ainda, a aplicação da multa de 2%, conforme definido pela Lei n. 10.847/2007.

Manifesta o entendimento que a infração restou devidamente comprovada, conforme elementos acostados aos autos, contudo, diz caber a este órgão julgador decidir quanto à manutenção integral da multa imposta, o seu cancelamento ou redução, dando em tais circunstâncias um “caráter educativo” à sanção, em conformidade com o pleiteado na peça impugnatória.

Finaliza opinando pela procedência do Auto de Infração

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de três infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, todas decorrentes de descumprimento de obrigação acessória.

Inicialmente, no que concerne ao pedido do impugnante para que todas as intimações e notificações referentes ao Auto de Infração em discussão sejam encaminhadas ao signatário da peça impugnatória, na Rua Cel. Almerindo Rehem, 126, salas 411/414, Caminho das Árvores, Salvador, Bahia, CEP 41820-768, resalto nada obstar que seu pleito seja atendido e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço acima indicado. Observo, no entanto, que o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

Da análise dos documentos que compõem o presente processo, verifico que o autuado reconhece expressamente a infração 01.

No que concerne à infração 02, observo que o impugnante sustenta que a sanção correta seria referente à falta de atendimento às duas intimações, salientando que a multa pode ser cancelada, tendo em vista que, entre o pedido de baixa que originou a ação fiscal e a autuação decorreram quase 04 anos, sendo um fator determinante na impossibilidade de exibição dos documentos. Alega ainda que as intimações não atendidas foram datadas de 17/12/2008 e 11/02/2009, constatando-se a ocorrência, após a segunda, não podendo se considerar o fato de forma retroativa a 15/04/2005, conforme consignada no Auto de Infração, requerendo que a multa seja cancelada ou adequada à situação de falta da apresentação de livros ou documentos, mediante intimação.

Vejo também que o autuante contesta a alegação defensiva, afirmando que se trata de um processo de baixa de inscrição, protocolado na SEFAZ em 15/04/2005, conforme documento “Dados Cadastrais” à fl. 08, sendo que o artigo 168, §2º do RICMS/BA, determina que o contribuinte deve apresentar ao preposto fiscal os documentos fiscais não utilizados ou utilizados parcialmente para

serem destruídos pela SEFAZ, obrigação esta não cumprida pelo autuado, motivo pelo qual manifesta o entendimento de que a data para caracterização da irregularidade é 25/04/2005, conforme indicado no Auto de Infração.

A meu ver, a indicação da infração nos termos apontado no Auto de Infração se apresenta correta, haja vista que o próprio impugnante afirma na peça de defesa que, “...entre o pedido de baixa que originou a ação fiscal e a autuação decorreram quase 04 anos, sendo um fator determinante na impossibilidade de exibição dos documentos.” Ou seja, a afirmação de que o transcurso de quase 04 anos foi “um fator determinante na impossibilidade de exibição dos documentos,” permite concluir que os documentos exigidos foram extraviados, haja vista a impossibilidade de sua exibição ao Fisco.

Ora, independentemente do tempo transcorrido entre a protocolização do pedido de baixa e a sua análise pelo Fisco, é certo que tem o contribuinte a obrigação legal de conservar, pelo prazo mínimo de 05 (cinco) anos, todos os livros fiscais e contábeis, bem como todos os documentos relacionados aos lançamentos neles efetuados, consoante determina o artigo 144 do RICMS/BA, abaixo reproduzido:

“Art. 144. Os livros fiscais e contábeis, bem como todos os documentos relacionados aos lançamentos neles efetuados, deverão ser conservados, no mínimo, pelo prazo decadencial (art. 965), e, quando relativos a operações ou prestações objeto de processo pendente, até sua decisão definitiva, ainda que esta venha a ser proferida após aquele prazo.”

Portanto, apesar de o autuado alegar o transcurso de quase 04 (quatro) anos para apreciação do pedido de baixa, como um fator determinante da impossibilidade de exibição dos documentos, certamente, estava obrigado a conservar tais documentos pelo prazo mínimo de 05(cinco) anos, não podendo prosperar a sua alegação.

Contudo, no que tange a indicação da “Data de Ocorrência” consignada no Auto de Infração como 25/04/2005, entendo assistir razão ao autuado, haja vista que não pode a exigência retroagir para 15/04/2005, data de apresentação do pedido de baixa, mas sim considerar a data da última intimação para exibição dos documentos.

Isso porque, nos termos do artigo 168, § 2º do RICMS/BA, *o contribuinte deverá entregar ao servidor responsável pela execução da ordem de serviços os documentos fiscais não utilizados ou utilizados parcialmente, com todas as suas vias devidamente canceladas e relacionados no formulário Documentos Fiscais Não Utilizados (Anexo 14), para posterior recolhimento à repartição fiscal e inutilização de acordo com os métodos adotados pela Secretaria da Fazenda.*

Ocorre que, no presente caso, o autuante indica no Termo de Início de Fiscalização que os serviços de fiscalização se deram conforme “Ordem de Serviço N. 517.698/08”, portanto, emitida em 2008 e não em 2005. Assim, apenas a partir do início da ação fiscal, conforme ordem de serviço dada ao autuante deveria o autuado apresentar os documentos exigidos. Como foi intimado em 17/12/2008 (fl.07), 14/01/2009(fl.11) e 03/02/2009(fl.53), a fim de que apresentasse notas fiscais, o não atendimento restou caracterizado após a última intimação e não em 15/04/2005, data de apresentação do pedido de baixa.

Diante disso, considero subsistente a infração no valor de R\$ 3.250,00, contudo, com a data de ocorrência em 13/02/2009, prazo para atendimento da terceira intimação não cumprido pelo autuado.

Quanto à solicitação de cancelamento ou redução da multa aplicada, com fulcro no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96, o pleito não deve ser atendido, considerando que o contribuinte apesar de intimado em três oportunidades não atendeu as intimações, restando comprovado o cometimento da infração. Relativamente à infração 03, constato que o impugnante reconhece o cometimento da irregularidade, haja vista que pede apenas que seja feita a adequação da multa ao dispositivo legal em vigor da Lei n. 7.014/96, que fixou o percentual de 2% para o caso de que cuida o Auto de Infração em exame. Pede também o cancelamento ou redução da multa para 10% do valor exigido, com fulcro no artigo

42, § 7º da Lei n. 7.014/96, e fundamentado em decisões deste CONSEF, conforme os Acórdãos CJF N. 0344-12/08, CJF N. 0436-11/06, CJF N. 0298-/06, JJF N. 0066-01/07, CJF N. 0260-12/07, por terem sido as operações registradas nos mesmos documentos fiscais tributadas por antecipação tributária, restando claro que não houve falta de recolhimento do imposto, portanto, preenchidas uma das condições legais para cancelamento ou redução da sanção.

Vale observar que a legislação tributária estadual determina que os contribuintes do ICMS que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes desse imposto deverão utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações. O não atendimento resulta na aplicação da multa sobre o 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.

No presente caso, constato assistir razão ao impugnante quanto à aplicação da multa de 2% e não 5%, haja vista que a multa específica para esta infração, prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “h” da Lei nº. 7.014/96, que consistia em 5% sobre os valores das operações ou prestações de serviço realizadas sem a emissão do documento decorrente do uso do ECF nas situações em que o contribuinte está obrigado, foi alterada para 2%, através da Lei nº 10.847, de 27/11/2007, efeitos a partir de 28/11/2007. Assim sendo, considero que a infração 02 está devidamente caracterizada, cabendo a adequação da multa para 2%.

Constato ainda assistir razão ao autuado, quanto ao seu pedido de redução da multa aplicada, haja vista que as mercadorias acobertadas pelas notas fiscais objeto da autuação estão sujeitas ao regime de substituição tributária, portanto, com a fase de tributação encerrada, valendo dizer que não houve prejuízo para o Erário estadual, bem como, existência de simulação, dolo ou má-fé.

Assim, com fulcro no artigo 42, §7º da Lei n. 7.014/96, e em conformidade com as diversas decisões deste CONSEF, a exemplo dos Acórdãos paradigmas de nºs 0383-12/06, 0405-12/06 e 0260-12/07, acolho o pedido de redução da multa para 10%, passando esta infração para o valor de R\$ 3.277,42, conforme demonstrativo de débito abaixo:

Data de Ocorrência	Base de Cálculo	Multa (%)	Valor (R\$)	Valor devido c/redução 10%
31/01/2004	16.467,59	2,00	329,35	32,93
28/02/2004	114.690,33	2,00	2.293,81	229,38
30/04/2004	96.193,59	2,00	1.923,87	192,39
31/05/2004	160.328,49	2,00	3.206,57	320,66
30/06/2004	139.298,87	2,00	2.785,98	278,60
31/07/2004	112.945,79	2,00	2.258,91	225,89
31/08/2004	24.584,27	2,00	491,68	49,17
30/09/2004	168.170,63	2,00	3.363,41	336,34
31/10/2004	243.592,50	2,00	4.871,85	487,18
30/11/2004	124.461,99	2,00	2.489,24	248,92
31/12/2004	57.735,07	2,00	1.154,70	115,47
28/02/2005	86.602,49	2,00	1.732,05	173,20
30/04/2005	293.645,23	2,00	5.872,90	587,29
TOTAL				3.277,42

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **146468.0093/09-2**, lavrado contra **POSTO DE SERVIÇO GRANDE AVENIDA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$6.577,42**, previstas no artigo 42, incisos XIII-A, “h”, XIX, XXII, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de setembro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR