

**A. I. Nº** - 146468.0097/09-8  
**AUTUADO** - POSTO DE COMBUSTÍVEIS VERDES MARES LTDA.  
**AUTUANTE** - HENRIQUE IJALMAR LOPES GRANGEON  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 18.05.2010

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0104-02/10**

**EMENTA:** ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. CIMENTO. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. 1.1. a) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DETENTOR DE MERCADORIAS EM ESTOQUE DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS. Provada documentalmente a existência de aquisições de mercadorias sem documentação fiscal. Assim ocorrendo, o adquirente adquire a condição de responsável solidário pelo imposto devido por quem lhe vendeu as mercadorias sem documentação fiscal e, por conseguinte, sem prova de que o tributo foi pago. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. A empresa adquiriu combustíveis sem documentos fiscais, sendo, portanto, devido o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Infrações reconhecidas. 1.2 - SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. EXIGÊNCIA DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Constatando-se omissão de saídas de mercadorias sem emissão de documento fiscal e sendo a mercadoria enquadrada no regime da substituição tributária, a fase de tributação já se encontra encerrada, sendo correta a exigência de multa pelo descumprimento de obrigação acessória à legislação tributária. Infração reconhecida. 2. LIVROS FISCAIS. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO NO PRAZO REGULAMENTAR. Infração não elidida. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS AO CONSUMIDOR EM SUBSTITUIÇÃO A CUPONS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A legislação prevê que o contribuinte só deve proceder dessa forma quando o equipamento estiver paralisado em decorrência de sinistro ou por motivo técnico. Não foi justificado o motivo para o procedimento adotado pelo contribuinte. Não foi acatado o cancelamento ou a redução da multa. Mantida a multa por está em conformidade com o artigo XIII-A da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847 de 27/11/07. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Fato não contestado. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unân

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 27/11/2009, para exigência de ICMS e MULTA no valor de R\$ 48.369,31, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercícios fechados (2006 e 2007), sendo exigido o imposto no valor de R\$ 1.452,59 e aplicada a multa de 70%. (docs.fl.s.113 a 246). Em complemento consta: “Essa irregularidade ocorreu no Exercício de 2006 com relação ao produto Álcool (R\$1.260,13 – Conforme Anexo V) e também nos Exercícios de 2007 com relação aos produtos Gasolina Aditivada (R\$103,37 – conforme Anexo VI) e Gasolina Comum (R\$89,00 – Conforme Anexo VII), totalizando um Débito de R\$1.452,59 (Um mil quatrocentos e cinquenta e dois reais e cinquenta nove centavos), conforme discriminado nos Anexos acima citados, acostados ao presente PAF e cuja cópia reprográfica foi entregue ao contribuinte”.
2. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro, em sua escrita, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercícios fechados (2004 e 2005), sendo exigido o imposto no valor de R\$ 406,14 e aplicada a multa de 60%. (docs.fl.s.113 a 246). Em complemento consta: “Essa irregularidade ocorreu no Exercício de 2006 com relação ao produto Álcool (R\$352,33 – Conforme Anexo V) e também nos Exercícios de 2007 com relação aos produtos Gasolina Aditivada (R\$28,90 – conforme Anexo VI) e Gasolina Comum (R\$24,91 – Conforme Anexo VII), totalizando um Débito de R\$406,14 (Quatrocentos e seis reais e quatorze centavos), conforme discriminado nos Anexos acima citados, acostados ao presente PAF e cuja copia reprográfica foi entregue ao contribuinte”.
3. 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 estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2006), sendo aplicada a multa fixa de R\$ 50,00. (docs.fl.s.113 a 246). Em complemento consta: “Esclareça-se que está infração ocorreu nos Exercícios de 2006 e 2007 (Em relação ao Produto Diesel Premium, nos Termo dos Anexos VIII), tendo sido aplicada a penalidade fixa estabelecida no RICMS/BA vigente à época das respectivas ocorrências”.
4. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$869,93, nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro de 2006 a agosto de 2007, conforme demonstrativo à fl. 42 e 59.
5. Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, nos meses de fevereiro a maio, julho, setembro a dezembro de 2006, janeiro a outubro de 2007, sujeitando à multa no valor de R\$45.290,58, equivalente a 2% sobre o valor das notas fiscais série D-1 emitidas, conforme demonstrativo e documentos às fls.71 a 111.
6. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$ 300,07, nos meses de maio, agosto e dezembro de 2007, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, conforme demonstrativo e cópias de notas fiscais

O autuado, tempestivamente, através de advogado legalmente constituído, apresentou impugnação ao lançamento (docs.fls.317 a 327), na qual, depois de descrever todas as infrações apuradas no presente Auto de Infração, solicitou que todas as intimações e notificações relativas ao feito fiscal sejam encaminhadas ao seu endereço constante no rodapé de sua peça defensiva.

Em seguida, informou que a impugnação se restringe apenas sobre o item 05, sendo os demais itens reconhecidos e o pagamento correspondente efetuado.

Quanto ao item 05, relativo à aplicação de multa pela emissão de “outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal”, requer, com arrimo no art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96, a redução da multa, em 90%, aliando o caso concreto à orientação jurisprudencial emanada do CONSEF.

Alega que no caso em tela, as operações registradas nos mesmos documentos já foram tributadas por antecipação tributária, entendendo 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. Com esse argumento, salienta 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.

Frisa que além da ausência de incidência no imposto no momento da emissão das notas fiscais de saídas, foi aplicada multa por ter o contribuinte emitido os documentos fiscais, e não pela falta de emissão.

Aduz que não há no processo provas de que a empresa tenha agido com dolo, fraude ou simulação, e que 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. Assim, entende que a pena é superior àquela aplicada no caso de flagrante de falta de emissão de NF, mesmos nos casos de operações tributadas.

Por conta disso, argumenta que os valores exigidos nos demais itens da autuação, servem para ratificar o quanto esposado, por entender que o item 01 se reporta a “omissão de entradas”, apurada mediante levantamento quantitativo, nos exercícios de 2006 e 2007, mesmos sobre os quais recaiu a sanção do item 05, único, portanto, do AI que poderia ser relacionado à pena que se pretende reduzir.

Observa que os valores exigidos de R\$ 1260,13, em 2006, e R\$ 192,46, em 2007, demonstram uma “omissão” referente a uma ínfima quantidade de combustível, especialmente se forem consideradas as compras, nos dois períodos, de centenas de milhares de litros, resultado esse, que salienta não se relacionar com sonegação do imposto, podendo ser decorrente de divergências normais no setor de varejo de combustíveis, até mesmo além do percentual de 0,6%, aceito como padrão. Igualmente, que são ínfimos os valores cobrados nos demais itens, não podendo, também, servir de obstáculo para a redução da multa.

Com esses argumentos, assevera que, no caso específico em comento, encontram-se presentes os requisitos do art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96, por entender que não existem provas de que a empresa agiu com dolo, fraude ou simulação, bem como, em relação aos documentos emitidos, não houve falta de cumprimento da obrigação principal, assim como os demais itens que compõem o AI não são impeditivos ao benefício pleiteado.

Transcreveu Acórdãos do CONSEF de nº CJF nº 0436-11/06, CJF nº 0298-11/06, JJF nº, JJF nº 0066-01/07, CJF nº 0260-12/07, 0239-12/09, 0344-12/08 e 0269-05/09, referentes a julgamentos que decidiram pelo cancelamento ou da redução da multa para no máximo 10% do valor previsto em lei, em processos que versa sobre a matéria em questão, por considerar que a infração foi praticada sem dolo, fraude ou simulação e não implicou em falta de recolhimento do imposto.

Assim, diz que se admitida a redução para R\$ 4.529,00, a punição se e o Estado terá o recurso em seus cofres, assim como uma satisfação

Por fim, protestando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos, e pede a redução da multa do item 05 para 10% do valor aplicado, pugnando pela procedência parcial do Auto de Infração.

O autuante em sua informação fiscal às fls.336 a 337, esclareceu o fundamento da cada infração, indicando os anexos onde se encontram os demonstrativos e respectivos documentos, destacando que o autuado apenas impugnou o item 05, para o qual, se manifestou nos seguintes termos.

Salienta que o autuado reconheceu a expressão monetária dos valores lançados, pois não questionou qualquer dado constante dos demonstrativos constantes nos Anexos III e IV acostados ao PAF.

Quanto ao apelo feito para que o valor da multa aplicada seja cancelada ou reduzida para 10% do seu valor (R\$ 4.529,05), entende que o ilícito está comprovado no processo, e que nos termos da legislação que regula a matéria, cabe ao órgão julgador decidir quanto à manutenção integral, cancelamento ou redução da multa, com vista a dar um caráter educativo à sanção em questão, como pleiteado e admitido na defesa.

Concluindo, solicita a declaração da procedência total da exigência fiscal.

#### **VOTO**

Na análise das peças processuais, verifico que não existe lide sobre o lançamento do débito relativo às infrações 01, 02, 03, 04 e 06, porquanto foram reconhecidas pelo sujeito passivo, inclusive consta no processo às fls. 340/344 relatório Detalhes de Pagamento do PAF extraído do SIGAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária comprovando o recolhimento dos referidos itens.

Quanto ao item 05, trata-se de multa por descumprimento de obrigação acessória, e foi aplicada em virtude de, na condição de usuário de ECF, o autuado ter emitido notas fiscais série D-1 em lugar do cupom fiscal.

O artigo 238, § 2º, do RICMS/97 prevê que o contribuinte usuário de ECF só pode emitir Nota Fiscal de Venda a Consumidor, em substituição ao Cupom Fiscal, quando o equipamento estiver paralisado em decorrência de sinistro ou por motivos técnicos, e nesses casos, deve o estabelecimento proceder conforme determina o artigo 293, § 2º, do RICMS/97, a fim de documentar o fato.

O autuado não nega a ocorrência, porém, aduz que deve ser levado em conta o aspecto material da ilicitude, salientando que sua conduta não resultou em prejuízo para o Erário Público porque o estabelecimento comercializa com produtos com fase de tributação encerrada por força da substituição tributária. Requereu a redução da multa, com espeque no § 7º, art. 42 Lei nº 7.014/96.

A imposição de penalidades pelo descumprimento de obrigação acessória, existe em virtude da possibilidade de inobservância pelo sujeito passivo das determinações legais, e além do seu caráter educativo, visa preservar o crédito tributário. Nessa situação, quando o contribuinte descumpra as suas obrigações de caráter acessório está passível de aplicação de penalidades, a exemplo da que cuida o Auto de Infração em exame.

Observo que, o valor da multa prevista na data do fato gerador era calculada pelo percentual de 5% sobre o valor das notas fiscais, série D1, emitidas em lugar daqueles decorrentes do uso do ECF. Contudo, tendo em vista que com o advento da Lei nº 10.847/07 que alterou o art. 42, XIII-A, “h” da Lei nº 7.014/06, a ocorrência em questão está sujeita a multa de 2%, adotando-se a retroatividade benigna da lei (art. 106, II “c” do CTN), o valor da multa consignado no demonstrativo de débito foi calculado corretamente com base no citado percentual.

No que concerne à redução da multa, pleiteada pelo autuado, o  
concede ao órgão julgador administrativo a discricionariedade de,

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 a 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, considerando a ocorrência das infrações imputadas neste processo, e reconhecidas pelo autuado, bem como a inexistência de demonstração da não ocorrência de dolo, haja vista tratar de uma questão subjetiva, não há como contemplar o pedido do impugnante de redução ou cancelamento da multa.

Quanto aos diversos acórdãos do CONSEF citados na defesa, os mesmos não se aplicam a este processo, ou seja, os fatos considerados na jurisprudência citada não têm similitude com as mesmas questões de fato discutidas neste processo.

Nestas circunstâncias, mantenho a multa aplicada, uma vez que o autuado não justificou o motivo para emissão de notas fiscais em lugar do ECF.

Cumpre observar que houve enquadramento errado da multa no item 03, devendo ser alterado para o inciso XXII do art. 42 da Lei nº 7014/96.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **146468.0097/09-8**, lavrado contra **POSTO DE COMBUSTÍVEIS VERDES MARES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.028,73**, acrescido das multas de 50% sobre R\$869,93, 60% sobre R\$706,21, e de 70% sobre R\$1.452,59, previstas no artigo 42, incisos I, “a”, II, “d”, e “f”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$45.340,58**, prevista nos incisos XIII-A, “h”, e XXII do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de maio de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR