

A. I. N° - 022073.9818/10-1
AUTUADO - POSTO TAQUIPE DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
AUTUANTE - DANIEL ANTÔNIO DE JESUS QUERINO
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 16/04/2012

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0061-03/12

EMENTA: ICMS. 1. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO USO DE EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL. MULTA. Os contribuintes usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) somente estão autorizados a emitir as notas fiscais de venda a consumidor ou modelo 1, por outro meio que não o ECF, nos casos previstos na legislação. Excluído da exigência fiscal o débito correspondente ao dia em que houve intervenção no equipamento. Vencido o voto do relator quanto à redução da multa aplicada. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração não impugnada. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro, desacompanhada de documentação fiscal, além do imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Refeitos os cálculos mediante revisão efetuada pelo autuante, o débito originalmente apontado ficou reduzido. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal por estranho ao feito. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime, exceto quanto ao item 1.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 10/03/2010, refere-se à exigência de R\$9.386,37 de ICMS, acrescido das multas de 50%, 60% e 70%, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$5.380,00, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Empresa usuária de ECF emitiu irregularmente Nota Fiscal de Venda a Consumidor durante os exercícios de 2005, 2006 e 2007, sendo exigida a multa de 2% sobre o valor das operações, totalizando R\$5.280,00.

Infração 02: Omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercícios fechados (2005 e 2007), sendo

constatado que as omissões de saídas são superiores às omissões de entradas. Exigida a multa de R\$50,00 em cada exercício, totalizando R\$100,00.

Infração 03: Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro, desacompanhada de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado (2006). Valor do débito: R\$7.611,10. Multa de 70%.

Infração 04: Falta de recolhimento do imposto por antecipação, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro, desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado (2006). Valor do débito: R\$1.775,27. Multa de 60%.

O autuado apresentou impugnação (fls. 107 a 122), informando que reconheceu a procedência da infração 02, e recolheu o montante exigido no prazo estabelecido em Lei, conforme cópia do DAE que acostou aos autos. Quanto à infração 01, o defendant alega que somente comercializa produtos submetidos ao regime de substituição tributária, e neste caso, todos os produtos já se encontram com fase de tributação encerrada. Pergunta qual seria o prejuízo para o Erário Público baiano na emissão de Nota Fiscal D-1 em lugar do Cupom Fiscal. Diz que houve um engano cometido pelos funcionários frentistas do posto de combustíveis, em decorrência de um atendimento a um pedido do cliente que solicitou a emissão da Nota Fiscal D-1. Assegura que a emissão de documento fiscal incorreto não fora um ato ilícito. Entende que, se a emissão de documento errôneo não ocorreu no intuito de configurar uma situação propícia ao contribuinte para burlar o Estado, porque não gerou falta de recolhimento do imposto, este engano não configura como ato ilícito capaz de ser tratado com penalidade severa. Afirma que seria incongruente aplicar uma penalidade ao contribuinte que, por um engano, não gerou repercussão nem falta de recolhimento do ICMS. Pede o cancelamento da multa, ou ainda, pela sua graduação, conforme prevê o § 7º do art. 42 da Lei 7.014/96, reafirmando que o engano não era doloso e não impedi que o tributo fosse recolhido, nem gerou crédito, já que os produtos comercializados estão com fase de tributação encerrada. Para corroborar o entendimento de que deve ser reduzida a multa exigida, transcreve trechos da decisão tomada pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal por meio do Acórdão CJF N° 0119-12/09. O defendant também alega que em relação ao dia 03/04/2007, o equipamento ECF estava em manutenção, conforme Atestado de Intervenção que acostou aos autos, o que demonstra que a emissão de Notas Fiscais D-1 em lugar de Cupom Fiscal ocorreu em virtude de situações inusitadas que impedem a perfeita emissão dos documentos fiscais.

Infrações 03 e 04: Inicialmente, informa que acostou aos autos cópias de notas fiscais de aquisição que não foram analisadas pelo autuante e comprovam a não ocorrência de omissão de entrada. Diz que a fiscalização equivocou-se quando não se ateve à existência de algumas Notas Fiscais oriundas da BR Distribuidora S/A. Comenta sobre as seguintes Notas Fiscais: NF 084001 referente à aquisição de 5.000 litros de gasolina comum; NF 084002, correspondente a 5.000 litros de gasolina aditivada e Notas Fiscais de números 084004 e 082773 comprovando a aquisição de 10.000 litros de diesel. O defendant assegura que os mencionados documentos fiscais comprovam que não houve omissão de saídas, e que houve equívoco do autuante na lavratura do presente Auto de Infração.

Em relação à base de cálculo do imposto exigido, o defendant alega ilegalidade e constitucionalidade do critério jurídico da determinação da base de cálculo; utilização de MVAs inaplicáveis ao caso; *bis in idem* do ICMS, dizendo que o tributo já tinha composto o preço tomado como base de cálculo; supervalorização do preço unitário em decorrência da dupla adição da margem de lucro do fornecedor do autuado: uma que já compunha o preço bruto médio e outra pela adição da MVA que também adiciona tal margem. Entende que a metodologia

adotada por Ato Normativo editado por meio da Portaria 445/98, a Fazenda não identifica qualquer operação de circulação específica de mercadorias para caracterizar, concretamente, a referida omissão. Assim, o defendant contesta a quantificação da base de cálculo das omissões, alegando que no caso de operações com combustíveis há um critério legal específico para a apuração da base de cálculo. Diz que, além de não ser o valor médio das últimas aquisições (critério estabelecido na Portaria 445/98), no caso da gasolina, por exemplo, entende que já se aplicou sobre o preço cobrado pela Refinaria, uma MVA específica (art. 512-B do RICMS c/c Convênio 03/99). O defendant cita o Acórdão CJF Nº 0346-12/05, que julgou nulo o Auto de Infração 108880.0008/03-0 e diz que anteriormente sofreu autuação com o mesmo objeto, sendo a decisão proferida no Acórdão nº 006-05/10, reduzindo a multa para 10% do valor do lançamento. Prosseguindo, o defendant comenta sobre a MVA aplicável sobre o preço da refinaria e diz que os critérios geral e específico chegam a valores de ICMS completamente díspares. Por fim, requer seja anulada a cobrança referente à infração 02 com a juntada do DAE correspondente ao pagamento da multa lançada; que seja determinado o cancelamento da penalidade prevista na infração 01; e caso seja entendido pela procedência da infração, que a mesma seja reduzida para 10%. Pede a retirada do valor exigido em relação ao dia 03/04/2007, já que o equipamento emissor estava em manutenção. Também requer a nulidade das infrações 03 e 04 e que seja realizada diligência por fiscal estranho ao feito, para apurar todas as alegações defensivas.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 149/150 dos autos, dizendo que o autuado reconheceu o débito exigido na infração 02. Quanto à infração 03, diz que o defendant apresentou notas fiscais após a lavratura do Auto de Infração, e o que seria omissão de entradas tornou-se omissão de saídas. Em relação ao item 1, referente à emissão de nota fiscal em lugar de cupom fiscal, afirma que o autuado não apresentou qualquer documento comprovando que o ECF estivesse quebrado. Pede a procedência do Auto de Infração.

Consta à fl. 154, extrato do Sistema SIGAT referente ao pagamento do valor exigido na infração 02, totalizando R\$100,00.

Às fls. 157/158 esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem para que o autuante analisasse os documentos juntados aos autos pelo defendant (fls. 133 a 135), elaborando novo demonstrativo referente à infração 01. Quanto às infrações 03 e 04, foi solicitado para que o autuante também elaborasse novos demonstrativos analíticos e sintéticos indicando os valores relativos a cada mercadoria e discriminando o débito a ser lançado para uma das imputações, devendo ficar demonstrado o cálculo que resultou na alteração quanto à infração 03, citada na informação fiscal.

O autuante prestou nova informação fiscal às fls. 161/162, dizendo que em relação à infração 01, o autuado emitiu irregularmente Notas Fiscais de Venda a Consumidor nos anos de 2005, 2006 e 2007, e apresentou às fls. 133/134 dos autos Atestado de Intervenção de Manutenção com data de 03/04/2007, tendo como motivo o ajuste do relógio. Disse que o defendant reconheceu a procedência da infração 02. O total da multa aplicada, de R\$5.280,00 menos R\$137,86 referente ao dia em que houve manutenção no equipamento em decorrência do ajuste de relógio, a multa fica reduzida para R\$5.142,14. Quanto à infração 03, informa que as notas fiscais apresentadas pelo autuado foram registradas e que a omissão de entradas de gasolina comum e gasolina aditivada tornou-se omissão de saídas. Em relação ao diesel a omissão de entrada passou a ser de 185 litros e a omissão de entrada de gasolina supra passou a ser de 70 litros. Disse que a omissão de saídas foi superior à omissão de entradas no ano de 2006, por isso, a multa a ser exigida é de R\$50,00.

Intimado da informação fiscal, o defendant se manifestou às fls. 173 a 176 dos autos, apresentando os mesmos argumentos quanto à infração 01, reafirmando que houve falha administrativa de controle interno da empresa na emissão de Notas Fiscais D-1, e estas falhas foram incapazes de gerar qualquer dano ao estado baiano, principalmente considerando o enquadramento das mercadorias no regime de substituição tributária. Pede o cancelamento da multa exigida.

Quanto às infrações 03 e 04, diz que restou comprovado e reconhecido pelo autuante que não houve omissão de saída, mas tão somente o equívoco na lavratura do Auto de Infração. Por fim, o defendant pede que seja anulada a penalidade exigida na infração 01, afirma que as infrações 03 e 04 ficaram totalmente descharacterizadas.

Em nova informação fiscal prestada à fl. 187, o autuante repete os esclarecimentos prestados na informação anterior e conclui pedindo a procedência do presente Auto de Infração.

Às fls. 191/192 o presente processo foi convertido em nova diligência por esta Junta de Julgamento Fiscal para que o autuante ou preposto fiscal designado pela autoridade competente, em relação às infrações 03 e 04, elaborasse novos demonstrativos analíticos do levantamento quantitativo de estoque, apurando o ICMS devido por responsabilidade solidária e também por substituição tributária para os produtos em que haja diferença de entradas.

À fl. 202 o autuante informou que elaborou os demonstrativos referentes ao exercício de 2006, inclusive o demonstrativo da base de cálculo relativo ao “ICMS normal e por substituição tributária”, exercício de 2006, correspondente à omissão de entradas.

Intimado da informação fiscal, o defendant se manifestou às fls. 210 a 217 dos autos, pedindo a improcedência da infração 01, alegando que a multa fora imposta em virtude de uma suposta irregularidade na emissão de notas fiscais, porém a cobrança da referida multa tornou-se imprópria e exacerbada. Repete as alegações já apresentadas anteriormente e conclui dizendo que, ainda que seja julgada procedente a autuação, é inegável o direito do contribuinte em ter reduzido o percentual da multa. Quanto às infrações 03 e 04, alega que a autuação causou transtorno à empresa, principalmente em relação aos custos resultantes deste lançamento, tendo em vista que contratou serviços de advocacia para atuar em sua defesa, além de outras despesas. Requer a emissão de DAE para proceder ao pagamento do valor remanescente referente às infrações 03 e 04. Por fim, reitera o pedido de cancelamento ou redução da multa referente à infração 01. Que a mesma seja reduzida para 10% em arrimo ao entendimento jurisprudencial pacificado neste CONSEF.

O autuante prestou nova informação fiscal à fl. 228, dizendo que em relação à infração 01, o autuado não fez constar no RUDFTO qualquer informação de intervenção técnica no ECF, inclusive a intervenção do dia 03/04/07, referente ao ajuste do relógio. Quanto à infração 03, disse que as notas fiscais foram apresentadas à fiscalização após a lavratura do Auto de Infração, e se as mesmas fossem entregues juntamente com os demais documentos fiscais não teria sido exigido o imposto relativo à omissão de entradas.

O presente PAF foi redistribuído para o atual relator em razão do afastamento da relatora designada anteriormente, tendo assumido como Conselheira da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O autuado requereu a nulidade das infrações 03 e 04 alegando ilegalidade e inconstitucionalidade do critério jurídico da determinação da base de cálculo; utilização de MVAs inaplicáveis ao caso e *bis in idem* do ICMS. Entretanto, não se constatou nos autos as ilegalidades alegadas, estando o imposto exigido de acordo com os demonstrativos elaborados pelo autuante e acostados aos autos.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência por estranho ao feito, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide, diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo.

No mérito, a infração 01 trata de exigência de penalidade por descumprimento de obrigação acessória em razão da emissão pelo autuado de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Empresa usuária de ECF emitiu irregularmente Nota Fiscal de Venda a Consumidor durante os exercícios de 2005, 2006 e 2007, sendo exigida a multa de 2% sobre o valor das operações, totalizando R\$5.280,00. Planilhas às fls. 57 a 59 do PAF.

Em relação ao uso de ECF, o RICMS/97 estabelece:

Art. 238. O contribuinte obrigado a utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) emitirá o Cupom Fiscal, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou o Bilhete de Passagem por meio deste equipamento, nas operações ou prestações destinadas a não contribuinte do ICMS, observada a natureza da operação ou prestação, podendo também ser emitido, em relação a mesma operação e/ou prestação:

I - a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou o Bilhete de Passagem, se a Legislação Federal dispuser desta forma;

II - a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, ou a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, quando houver solicitação do adquirente dos bens.

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos I e II, a 1ª via do documento fiscal emitido no ECF, deverá ser anexado à via fixa do documento fiscal emitido, no qual serão consignados o número seqüencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF.

§ 2º Quando não for possível a emissão de documento fiscal por meio do ECF, em decorrência de sinistro ou razões técnicas, serão emitidos de forma manual, datilográfica ou eletrônica, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, ou a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou o Bilhete de Passagem, observada a natureza da operação ou prestação.

De acordo com os dispositivos regulamentares acima reproduzidos, os usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) estão autorizados a emitir nota fiscal modelo 1 em três situações elencadas nos incisos I e II, e no § 2º do art. 238 do RICMS/BA.

O autuado alegou que emitiu Nota Fiscal de Venda a Consumidor em lugar do Cupom Fiscal porque o equipamento emissor do cupom fiscal – ECF encontrava-se em manutenção no dia 03/04/2007, juntando aos autos uma cópia do Atestado Intervenção de Manutenção (fl. 133 do PAF).

De acordo com os esclarecimentos prestados pelo autuante e as informações constantes do referido documento, ocorreu a intervenção técnica no equipamento. Por isso, foi excluída a multa referente ao dia em que ficou comprovada a intervenção, inexistindo nos autos Atestados de Intervenção de outros dias. Assim, na informação fiscal às fls. 161/162 o autuante disse que o total da multa aplicada, após deduzir o valor referente ao dia em que houve manutenção no equipamento em decorrência do ajuste de relógio, ficou reduzido para R\$5.142,14, montante que não foi contestado pelo deficiente.

Vale salientar que a legislação não impede a emissão de notas fiscais, devendo o contribuinte, para tal procedimento, cumprir as regras estabelecidas, e no caso em exame, não foi comprovado o motivo que levou o autuado a emitir outro documento fiscal nos dias em que não ficou comprovado impedimento de utilizar o ECF, tendo sido confessado o cometimento da irregularidade pelo defendant, sob a alegação de que não causou prejuízo ao erário estadual.

O autuado pede que a multa desta primeira infração seja cancelada ou reduzida para 10% o valor exigido, citando decisões do CONSEF sobre o tema. Entretanto, não acolho a alegação defensiva, haja vista que não se pode dizer que o descumprimento da obrigação acessória não trouxe prejuízo à fiscalização, considerando a necessidade da realização de auditorias fiscais e contábeis aplicando os elementos constantes das informações do Sistema ECF.

Concluo pela subsistência parcial desta infração, com redução do valor da multa para o total de R\$5.142,14.

O de acordo com as alegações defensivas, o autuado não impugnou a infração 02, tendo informado que reconhece a procedência desta infração e que já providenciou o recolhimento do valor exigido, conforme cópia do DAE à fl. 131 dos autos. Assim, considero procedente o item não contestado, haja vista que não existe controvérsia.

Infração 03: Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro, desacompanhada de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado (2006).

Infração 04: Falta de recolhimento do imposto por antecipação, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro, desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado (2006).

As infrações impugnadas, 03 e 04, serão analisadas conjuntamente, tendo em vista que foram apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques no exercício de 2006, sendo o imposto exigido na infração 04 decorrente do resultado encontrado na infração 03 e o autuado impugnou as mencionadas infrações, também de forma conjunta.

O defendant alegou que a fiscalização equivocou-se quando não se ateve à existência das seguintes Notas Fiscais oriundas da BR Distribuidora S/A: NF 084001 (fl. 138 do PAF) referente à aquisição de 5.000 litros de gasolina comum; NF 084002 (fl. 141 do PAF), correspondente a 5.000 litros de gasolina aditivada e Notas Fiscais de números 084004 e 082773 (fls. 144 e 146 do PAF) comprovando a aquisição de 10.000 litros de diesel. O defendant assegura que os mencionados documentos fiscais comprovam que houve equívoco do autuante na apuração do imposto exigido.

Os demonstrativos às fls. 41/42 dos autos indicam que no exercício de 2006 foi apurada omissão de entradas de 445 litros de gasolina comum, 5.070 litros de gasolina aditivada, 27 litros e álcool e 10.185 litros de óleo diesel.

Na última informação fiscal (fls. 203/204), foi demonstrado pelo autuante que após os ajustes com a inclusão das notas fiscais de aquisição apresentadas pelo defendant, foi apurada omissão de entradas de 70 litros de gasolina aditivada, 27 litros de álcool e 185 litros de óleo diesel, conforme demonstrativo de cálculo das omissões à fl. 200 do PAF. Foi elaborado o demonstrativo do ICMS devido em relação às mencionadas mercadorias, apresentando os resultados reproduzidos no quadro abaixo:

PRODUTOS	INFRAÇÃO 03 ICMS (R\$)	INFRAÇÃO 04 ICMS (R\$)
Gasolina Aditivada	43,28	12,10
Álcool	7,07	2,24
Óleo Diesel	76,31	21,24
TOTAL	126,66	35,58

Vale salientar, que o defensor se manifestou às fls. 210 a 217 dos autos, dizendo que em relação às infrações 03 e 04, requer a emissão de DAE para proceder ao pagamento do valor remanescente. Portanto, após a última informação fiscal e manifestação do autuado, inexiste controvérsia quanto aos valores apurados pelo autuante.

Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, além do imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Assim, Concluo pela subsistência parcial destas infrações, de acordo com os valores apurados pelo autuante na última informação fiscal.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo, devendo ser homologados os valores já recolhidos, vencido o voto do relator quanto à infração 01.

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	-	50,00
02	PROCEDENTE	-	100,00
03	PROCEDENTE EM PARTE	126,66	-
04	PROCEDENTE EM PARTE	35,58	-
TOTAL	-	162,24	150,00

VOTO VENCEDOR QUANTO AO ITEM 1:

O fato objeto do item 1º deste Auto é este: emissão de outro documento fiscal em lugar daquele previsto para o usuário de equipamento de controle fiscal – a empresa, na qualidade de usuária de ECF, emitiu Nota Fiscal de Venda a Consumidor em vez do Cupom Fiscal.

Darei meu voto coerentemente com o que tenho sustentado em situações semelhantes noutros processos em que tenho atuado como julgador.

O autuado é um *posto de combustíveis*. Postos de combustíveis comercializam mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Não consta neste caso que o estabelecimento em questão comercialize outras mercadorias sujeitas ao regime normal de tributação. Isto significa que, pelos elementos existentes nos autos, tudo o que o estabelecimento comercializa *tem o imposto pago por antecipação*, estando as operações subsequentes livres de tributação, nos termos do art. 356 do RICMS.

O autuado pede que a multa seja cancelada ou reduzida. A possibilidade de cancelamento ou redução de multa por descumprimento de obrigação acessória é prevista no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que estabelece dois requisitos: que não tenha havido dolo, fraude ou simulação e que não tenha implicado prejuízo ao erário.

Para decidir sobre esse aspecto, faço a seguinte conjectura: o que é mais grave, é vender mercadorias sem emissão de qualquer documento, ou emitir um documento inadequado?

Ora, a resposta é óbvia. Muito mais grave é a falta de emissão de documento. O fato de emitir um documento fiscal em lugar de outro é infração, porém *o grau de gravidade é incomparavelmente menor*.

Em todos os casos – todos, absolutamente todos – em que, por meio de levantamento quantitativo de estoques de *postos de combustíveis*, se apura *falta de emissão de documentos fiscais*, ou seja, sempre que o levantamento fiscal aponta *omissões de saídas de mercadorias cuja fase de tributação esteja encerrada*, a fiscalização vem aplicando a multa de R\$ 50,00. O programa SAFA já é orientado nesse sentido. E se eventualmente algum auditor se desvia dessa orientação o CONSEF corrige o equívoco.

A jurisprudência deste Conselho é pacífica nesse sentido.

Nesta Junta, essa tem sido a tônica dos julgamentos sobre essa questão. A única discordância desta Junta tem sido se a multa de R\$ 50,00 é por exercício fiscalizado, ou se tal multa é pelo fato em si, independentemente do número de exercícios em que o fato se verificou.

Sendo assim, se a multa para quem *deixa de emitir qualquer documento fiscal* nas operações com mercadorias cuja fase de tributação esteja encerrada (combustíveis) é de R\$ 50,00, com muito mais razão esta é a penalidade para quem, *em vez do Cupom Fiscal, emita a Nota Fiscal de Venda a Consumidor* na venda de mercadorias cuja fase de tributação esteja encerrada.

O Estado não tem o intuito de apenar seus contribuintes de forma indiscriminada. O que ele espera é que as pessoas cumpram sua obrigação dita principal. É claro que o contribuinte não pode descuidar-se do cumprimento dos deveres de natureza acessória ou instrumental estabelecidos pela legislação relativos às prestações positivas ou negativas previstas para viabilização da arrecadação e da fiscalização dos tributos, porém em relação a esses deveres o legislador, atendendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, atribui ao órgão julgador a *faculdade* de reduzir ou cancelar as multas pelo seu descumprimento, desde que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação (*primeiro requisito*) e não impliquem falta de recolhimento do imposto (*segundo requisito*), nos termos do § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Em caso de postos de combustíveis, quando preenchidos os dois requisitos estipulados pela lei para dispensa ou redução da multa, considerando-se que as operações se encontravam com sua fase de tributação encerrada, e não sendo demonstrada a existência de dolo, fraude ou simulação, é razoável a redução ou até mesmo o cancelamento da multa. Conforme já foi assinalado, não consta nos autos que a empresa comercialize mercadorias do regime normal de tributação, ficando patente que tudo o que o estabelecimento comercializa *tem o imposto pago por antecipação*, estando as operações subsequentes livres de tributação, nos termos do art. 356 do RICMS.

O RPAF, ao inaugurar a regulação processual do contencioso administrativo fiscal, no título das disposições gerais, recomenda que se apliquem ao processo administrativo determinados princípios jurídicos, “sem prejuízo de outros princípios de direito” (art. 2º). Dentre esses princípios, aflora o princípio da proporcionalidade, que se traduz na dosimetria da pena em função da gravidade da falta e da situação individual do infrator. Esse princípio reflete-se no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, o qual admite que o órgão julgador cancele ou reduza a multa, se não tiver havido dolo, fraude ou simulação, e desde que não tenha havido falta de pagamento de imposto.

Voto pela PROCEDÊNCIA do item 1º deste Auto de Infração, reduzindo-se porém a multa para R\$ 50,00, com fundamento no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Quanto aos demais lançamentos, acompanho o voto do nobre Relator.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, exceto quanto ao item 1, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 022073.9818/10-1, lavrado contra **POSTO TAQUIPE DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$162,24**, acrescido das multas de 60% sobre R\$35,58 e 70% sobre R\$126,66, previstas no art. 42, inciso II, alínea “d”, e inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor total de **R\$150,00**, previstas no art. 42, inciso XIII-A, alínea “h”, e inciso XXII, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de abril de 2012

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR/ VOTO VENCEDOR QTO AO ITEM 1

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA