

A. I. N.º - 022073.0067/10-3
AUTUADO - SOCOMBUSTÍVEIS COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - DANIEL ANTÔNIO DE JESUS QUERINO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 18.05.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO Nº 0130-04/12

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SUJEITAS À ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA POR SUBSTITUIÇÃO. FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. MULTA. Infração não elidida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. CONTRIBUINTE USUÁRIO DE ECF. EMISSÃO DE NOTA FISCAL EM LUGAR DO CUPOM FISCAL QUE ESTÁ OBRIGADO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Documentos juntados ao PAF comprovam que maior percentual do valor das operações objeto da penalidade se refere a vendas de combustíveis com tributação encerrada anteriormente. Reduzido o valor da multa com representação à autoridade competente em atenção às disposições do art. 156 do RPAF e 923 do RICMS-BA. Afastadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 08/09/11 exige o valor de R\$ 49.900,04, relativo às seguintes infrações:

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. Multa: R\$ 50,00. Período: 2006;

02. Emitiu documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Multa: R\$ 49.850,04. Período: janeiro a outubro 2006.

Às fls. 58 a 73, o autuado impugna o lançamento tributário de ofício. Transcreve as infrações e suscita preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa alegando que, apesar de indicação em contrário, não recebeu cópia dos demonstrativos que consubstanciam o auto de infração. Nesse sentido, transcreve ementas de decisões do CONSEF.

Transcrevendo os arts. 150, § 4º do CTN, 88, 89 e 90, do RICMS-BA, 146, III, “a” da CF, 2º da Lei nº 9.784/99, trechos de decisões judiciais e de doutrina, também em preliminar, argui a decadência do direito de lançar sustentando que lei ordinária não pode definir o marco inicial para a contagem do prazo decadencial pelo que a legislação da Bahia seria inócua por ser ilegal e inconstitucional. Entende, assim, que os fatos geradores anteriores a 30/09/2006, estariam alcançados pela decadência.

No mérito, embora reconhecendo o seu cometimento, diz que a multa proposta para a infração 02 é imprópria, exacerbada, pois somente comercializa produtos submetidos ao regime de substituição tributária com fase de tributação encerrada (álcool, gasolina e diesel). Alega que a infração resulta de equívoco dos seus empregados que emitiram notas fiscais série D-1, por solicitação dos consumidores, ao invés do cupom fiscal pelo ECF, mas que isso não causou prejuízo ao Erário, uma vez que a nota fiscal não dá direito a crédito fiscal ao adquirente.

Nesta esteira, alega que a penalidade se torna descabida por não atingir a intenção do legislador, qual seja prejuízo ao Fisco, pelo que, com fundamento nos arts. 42, §7º da Lei nº 7.014/96 e 158 do RPAF, roga pelo cancelamento ou redução da penalidade proposta, já que não agiu com dolo,

fraude ou simulação. Nesse sentido transcreve a ementa do Acórdão CJF N° 0119-12/09. Aduz que esse entendimento se manifesta em diversos outros julgados e pede: a) sejam acolhidas as preliminares de nulidade suscitadas; b) o cancelamento ou redução da multa.

Na informação fiscal (fls. 80-81), o autuante diz que entregou ao autuado cópia dos demonstrativos que constam dos autos e que suportam a autuação ao tempo que pede que o auto de infração seja julgado procedente.

Conforme fl. 87, considerando a disposição do art. 46 do RPAF e que não havia nos autos provas da entrega de cópia dos termos e levantamentos elaborados pelo autuante ao autuado, o PAF foi remetido em diligência à Infaz de origem para tal fim.

Cumprida a diligência, o autuado volta aos autos às fls. 94 a 106 apenas repetindo a defesa inicial.

Conforme fls. 115-116, anexando o recibo correspondente, o autuante informa o cumprimento da diligência conforme pedido.

VOTO

Rejeito a preliminar de nulidade de cerceamento ao direito de defesa por falta de entrega dos termos e levantamentos elaborados no curso da ação fiscal e que sustentam a autuação como previsto no art. 46 do RPAF, pois, conforme recibo de fls. 116-117 esse vício foi sanado na forma indicada no art. 18, §1º do citado regulamento.

Quanto ao período de homologação, observo que o CONSEF/BA tem sedimentado entendimento que a decadência do direito de constituir crédito relacionado ao ICMS se opera de acordo com o art. 173 do CTN.

Embora haja entendimento doutrinário concebendo que a fixação de prazo por lei prevista no art. 150, §4º do CTN somente se dá para estabelecer interstícios temporais menores que cinco anos, observo que o art. 28 da Lei nº 3.956/81 (COTEB - Código Tributário do Estado da Bahia) reza no seu § 1º que se inicia a contagem do prazo para sua homologação a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte. Esse dispositivo se acha reproduzido nos artigos 90 e 965, I do RICMS/97.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/1981 (COTEB), dispõe que o lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa (caso do ICMS), opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa e o § 5º desse artigo considera ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Rejeito, por conseguinte, também a preliminar de decadência.

Tendo em vista que a impugnação não trata sobre a infração 01 e por nada ter a reparar quanto a seu aspecto formal, aplica-se sobre ela a disposição dos arts. 140 e 142 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, devendo, portanto, ser mantida.

Infração procedente.

Caracterizado e reconhecido o cometimento da infração 2, neste caso, exige-se multa em vista da emissão de outro documento fiscal em lugar do cupom fiscal via ECF. Sendo o contribuinte usuário de Emissor de Cupom Fiscal (ECF), conforme disposto no art. 238, do RICMS/97, somente estaria autorizado a emitir as notas fiscais de venda a consumidor que emitiu, em situações que, justificadamente, estivesse impossibilitado de emitir Cupom Fiscal, a exemplo de casos de sinistro, defeito no ECF ou falta de energia, etc. (o que não ocorreu), pois, em caso de normalidade operacional do equipamento, mesmo demandado para emissão de NF deve, concomitantemente, emitir o cupom fiscal (RICMS-BA, art. 238, §2º).

A despeito de ter reconhecido o cometimento da infração, o autuado pediu o cancelamento ou redução da multa sob o argumento de que comercializa produtos submetidos ao regime de substituição tributária (álcool, gasolina e diesel), que já têm a fase de tributação encerrada.

Analizando os documentos autuados, em especial as cópias das notas fiscais de fls. 11 a 21 e do livro Registro de Saídas de fls. 22 a 45, constato (com o exemplo das notas de maior valor - NF 01764: R\$ 9.106,25 – fl. 15 e NF 01684: R\$ 9.852,72 – fl. 18), que os documentos se referem a venda de combustíveis (álcool, gasolina e diesel), mesmo existindo notas fiscais de valores diminutos (01712, 01635 – fls. 14 e 16) registrando venda de outras mercadorias (óleos lubrificantes, fluídos, etc.).

Observo, também, que, exceto as NFs 01576, emitida em nome da Prefeitura de Simões Filho, 01808 e 01807 em nome de Belov Engenharia (fls. 15, 19 e 20), as notas fiscais não nominam o consumidor adquirente.

Vê-se, também, que o livro Registro de Saídas em todo período compreendido pela ação fiscal registra diversas e rotineiras emissões de notas fiscais de venda a consumidor com elevados valores, o que, convenhamos, não só ser algo frequente na atividade comercial de venda direta a consumidor final.

Tomando como exemplo as notas fiscais 01764 e 01684 (fls. 15 e 18), nos valores totais e preços unitários que registram, representa o seguinte consumo por um adquirente em únicas operações: NF 01764: 1.656,26 lts de gasolina comum, 956,02 lts de gasolina supra, 237,53 lts de álcool e 1.260,82 lts de óleo diesel; NF 01684: 2.122,76 lts de gasolina comum, 779,90 lts de gasolina supra, 439,86 lts de álcool e 1.338,60 lts de óleo diesel. Ora, tendo em vista a diversidade dos combustíveis e a natural dificuldade até de existência de tanque em veículo ou maquinário consumidor, pouco provável é a materialidade de venda corriqueira de tão elevada e diversa quantidade de combustível em únicas operações que essas notas fiscais informam.

Entretanto, mesmo considerando as características de anormalidade acima, o autuante procedeu à fiscalização no período e, conforme visto na infração 01, apurou apenas omissão de saída de mercadorias com tributação antecipada por substituição tributária. Nesta situação específica, embora tenha ficado caracterizada a infração, considero razoável acolher o pedido de redução feito pelo contribuinte, nos termos do art. 158 do RPAF/BA, pelos motivos abaixo:

- a) As notas fiscais indevidamente emitidas indicam operações com mercadorias sujeitas à antecipação do ICMS, que já se encontravam com tributação encerrada;
- b) Os documentos fiscais, embora emitidos indevidamente no lugar do cupom fiscal que o contribuinte devia ter emitido no ECF, só ou concomitantemente, foram levados a registro nos livros fiscais.

Assim, tendo em vista que a dosimetria da penalidade deve ser ponderada atendendo à razoabilidade e proporcionalidade de cada caso concreto, decido reduzir a multa para 50% do valor proposto no auto de infração, passando a exigência fiscal de R\$ 49.900,04 para R\$ 24.950,02. Porém, a despeito da moderação na punibilidade da infração, considerando que o autuado é reincidente em seu cometimento já tendo sido por isso autuado em outro período (AI 146468.0072/06-0) e as disposições dos arts. 156 do RPAF e 923 do RICMS-BA, represento à autoridade administrativa competente para as providências cabíveis e, se for o caso, instaurar novo procedimento fiscal aprofundando a investigação sobre a infração admitida e confessada pelo contribuinte autuado, tendo em vista as suas possíveis repercussões penais.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração com a redução da multa como retro especificado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº. **022073.0067/10-3** lavrado contra **SOCOMBUSTÍVEIS COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias no

valor de **R\$ 24.975,02**, previstas no art. 42, XXII e XIII-A, “h” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de maio de 2012.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO - RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR