

A. I. Nº - 146468.0118/13-3
AUTUADO - POSTO MARINA DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
AUTUANTE - HENRIQUE IJALMAR LOPES GRANGEON
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 27.09.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0200-02/13

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias e bens destinados ao consumo do próprio estabelecimento ou destinados ao seu ativo fixo, é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Infração reconhecida. **2. 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. Infração caracterizada. Não foi acatado pedido para o cancelamento ou a redução da multa. Mantida a multa por está em conformidade com o artigo 42, XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847 de 27/11/07. **3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. EXERCÍCIO FECHADO. COMBUSTÍVEIS. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. EXIGÊNCIA DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA.** Infração reconhecida. Mantida a multa por exercício. **4. EQUIPAMENTO DE CONTROLE FISCAL. CESSÃO DE USO IREGULAR. FALTA DE COMUNICAÇÃO DO FISCO. MULTA.** Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 23/01/2013, reclama ICMS e MULTA no total de R\$15.048,13, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

1. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$36,06, no mês de fevereiro de 2010, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a uso e consumo do estabelecimento, conforme demonstrativo fl. 70.
2. Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, no período de janeiro de 2009 a outubro de 2010, sujeitando à multa no valor de R\$10.312,07, equivalente a 2% sobre o valor das notas fiscais série D-1 emitidas, conforme demonstrativos e cópias de livro fiscal e notas fiscais às fls. 75 a 169. Foi dado como infringido o artigo 824-D, inciso II do Decreto nº 6.284/97, e aplicada a multa prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “h” da Lei nº 7.014/96.
3. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis (gasolina comum e gasolina aditivada) efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie

de mercadorias em exercício fechado (2009 e 2010), sendo aplicada a multa no valor de R\$100,00. (docs. fls.170 a 239).

4. Deixou de cumprir as exigências legais para a cessão de uso de equipamento de controle fiscal, sendo aplicada a multa no valor de R\$4.600,00, prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “a”, item “4”, da Lei nº 7.014/96, conforme documentos às fls.241 a 245. Em complemento consta? *Esta irregularidade deveu-se ao fato de a empresa, embora regularmente intimada em 13/11/2012, haver deixado de requerer junta à SEFAZ a cessão de uso dos ECFs abaixo identificados: ECF-MR – ELGIN Nº DE SÉRIE 99070026 (Caixa 02); ECF-IF – BEMATECH Nº DE SÉRIE 4708/991131702 (Caixa 03)*

O autuado, tempestivamente, através de advogado legalmente constituído, na sua peça defensiva (docs.fls. 264 a 272), depois de repisar as infrações apuradas no presente Auto de Infração, impugnou o lançamento com base nas seguintes razões defensivas.

Inicialmente, requereu que doravante, sob pena de nulidade, todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais da Autuada na ação administrativa que ora se instaura.

No que tange ao item 02, observa que a ocorrência apontada não repercutiu no campo da obrigação principal, tendo o AI cobrado, em auditoria de 3 exercícios, apenas a quantia de R\$36,06, de ICMS, sem que a ocorrência tenha relação com a pena de que trata o referido item, o que, no seu entender, revela o condão de exagero da multa acessória de R\$10.312,07, especialmente por que o Estado não foi prejudicado na arrecadação. Diz que em tais situações, especialmente no setor de venda a varejo de combustíveis, o CONSEF tem minimizado a aplicação da sanção.

Frisa que através dos demonstrativos que instruem o PAF, inclusive, foi levada a efeito a auditoria de estoques, nos mesmos exercícios relativos à multa aplicada, não sendo encontradas diferenças tributáveis, fortalecendo a tese da ausência de prejuízo ao Erário.

Argumenta que o seu procedimento não acarretou qualquer prejuízo ao Estado, pois, inclusive, o ICMS não incide sobre as operações registradas nos demonstrativos anexos ao AI, eis que já se encontravam com a fase de tributação encerrada.

Salienta que deve o Julgador considerar que os fatos estariam dentro do período fixado pela Lei 11.908/10 e que diante das circunstâncias especiais do caso em tela, cancelar ou, no mínimo, reduzir a sanção, em 90%, por uma questão, até mesmo, de bom senso, pois a Administração Tributária já externou, através de lei, sua disponibilidade em fazer considerável redução. Aduz que se a ação fiscal, do exercício de 2006, tivesse sido levada a efeito em 2010, quatro anos depois de ocorridos os fatos, pagaria apenas 10% do total ora cobrado.

Com base em tais argumentos, invoca o art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, para argüir que, no caso em tela, nenhuma outra ocorrência grave foi apontada no AI e as operações registradas nos mesmos documentos já foram tributadas por antecipação tributária, e dizer que está sendo punido, com pesada multa, apenas, por emissão de notas fiscais em operações que não mais se encontram sujeitas à incidência do próprio ICMS, restando preenchida uma das condições legais para o cancelamento ou redução da sanção.

Prossegue afirmando que a pena é injusta, pois além da ausência de incidência no imposto no momento da suposta emissão das notas (nas saídas), é aplicada por ter emitido documento fiscal, e não pela falta de emissão.

Além disso, sustenta que não há no processo provas de que tenha agido com dolo, fraude ou simulação, e no caso de contribuintes do ramo de combustíveis, que trabalham com produtos com ICMS substituído, o CONSEF tem feito uma interpretação mais branda da lei, permitindo, conforme julgados através dos ACÓRDÃOS CJF Nº 0436-11/06; CJF Nº 0298-11/06; JJF Nº 0066-01/07; CJF Nº 0260-12/07; CJF Nº 0119-12/09; JJF Nº 0263-02/08, o cancelamento ou a redução da pena.

Assinala que a PGE/PROFIS, consoante parecer anexado, fls. 134 e 135, tem se manifestado no sentido de que a competência para deliberar sobre a dispensa ou redução da multa é exclusiva do CONSEF, onde foi destacado que, em situações semelhantes, os requisitos legais encontram-se presentes e que “não é a existência de qualquer débito tributário que logra desautorizar a redução ou cancelamento de multa, mas apenas a existência daqueles débitos que sejam diretamente relacionados, num liame de causa e efeito, à infração cuja multa se pretende cancelar ou reduzir.”. No caso em tela frisa que entregou as notas fiscais ao autuante, o que demonstra sua boa fé e afasta a ocorrência de embaraço ao Fisco.

Além disso, acostou à sua peça defensiva, fls. 276 a 280, o Acórdão CJF nº 0421-11/10, para mostrar que foram preenchidos todos os requisitos legais no presente caso, e pedir que a multa seja cancelada ou reduzida, no caso para 10% do percentual previsto na Lei nº 10.847/07, de modo a afastar o caráter arrecadatório.

Quanto ao item 03, diz que não existe previsão legal para que seja aplicada uma multa para cada exercício, pelo que pede a manutenção, apenas, da cobrança de R\$50,00.

No que tange ao item 04, aduz que a pena aplicada não se compatibiliza com a previsão legal apontada, nem com o fato narrado. Argumenta que o art. 42, XIII-A, alínea "c", da Lei 7.014/96, vigente na data da autuação, não sustenta a multa de R\$ 4.600,00, pois a alínea "d", do mesmo artigo, prevê tal multa quando devidamente intimado.

No caso, argumenta que não houve a solicitação para a apresentação dos equipamentos e, sim, conforme disse o autuante, falta de cumprimento das "exigências legais para a cessação do uso", o que não encontra respaldo no dispositivo legal adotado. Destaca que, em circunstâncias processuais iguais, o CONSEF tem assim se posicionado pela nulidade do lançamento por implicar mudança do fulcro da imputação, a exemplo do JJF Nº 0278-01/09.

Finaliza, protestando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e, pede a Nulidade do item 04; a Procedência Parcial do item 03; e a Procedência do item 02, com o cancelamento ou redução da multa, em 90%. No caso de condenação relativa ao item 04, pede o mesmo benefício.

O autuante, em sua informação fiscal às fls.290 a 292, rebateu as alegações defensivas na forme que segue.

Quanto às infrações 02 e 03, frisa que o autuado reconhece a sua prática, vez que não questiona qualquer dado constante dos demonstrativos que as fundamentam.

Sobre o apelo, ao órgão julgador, para que o valor da MULTA, seja reduzida de forma substancial para (10% do seu valor), alegando, em sua defesa, o fato de que as mercadorias já tinham sido objeto de tributação antecipada, entende o autuante que o ilícito está efetivamente comprovado, nos termos da legislação que regula a matéria e dos Anexos II e III integrantes do presente PAF, cabendo ao órgão julgador decidir quanto à sua manutenção integral ou mesmo o seu cancelamento ou redução, dando, em tais circunstâncias, um caráter “educativo” à presente sanção, como pleiteado na peça de defesa.

No tocante ao item 04, aduz que a infração também está perfeitamente caracterizada, visto que cessar o uso do equipamento fiscal é uma obrigação acessória da empresa usuária, conforme previsto na legislação tributária estadual (artigo 824-H, do RICMS/BA).

Lembra que a penalidade para quem deixar de atender esta norma está prevista no Artigo 42, XIII-A, Alínea “c”, item 04 da Lei 7.014/96, que prevê a multa fixa ali estabelecida para “o contribuinte que deixar de cumprir as exigências legais para a cessação de uso de equipamento de controle fiscal” (grifo do autuante)

Assim, reafirma sua conclusão fiscal no sentido, neste item, de que o ilícito está perfeitamente caracterizado, e a REDUÇÃO DE MULTA ou mesmo seu CANCELAMENTO, conforme pleiteado pelo contribuinte no item 16 de sua peça de DEFESA, deverá ser avaliado e definido pelo órgão julgador (CONSEF), por ser esta uma prerrogativa de sua exclusiva competência.

Conclui solicitando que seja declarada a total PROCEDÊNCIA da presente exigência fiscal.

VOTO

Na análise das peças processuais, constato que o item 01, que trata de exigência de ICMS no valor de R\$36,06, decorrente da falta de recolhimento do ICMS a título de diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a uso e consumo do estabelecimento, é subsistente, haja vista que o sujeito passivo em sua peça defensiva, reconheceu como legítima tal exigência fiscal. Observo que no demonstrativo à fl. 70 foi apurado o débito no valor de R\$39,06, sendo lançado no demonstrativo de débito do auto de infração o valor de R\$36,06. Deixo de representar a autoridade competente para lançar a diferença por se tratar de valor irrisório que não demandaria a lavratura de auto de infração.

No item 03, face a constatação de omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis (gasolina comum e gasolina aditivada) efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2009 e 2010), foi aplicada multa de R\$50,00 por cada exercício, totalizando a exigência fiscal o valor de R\$100,00.

O trabalho fiscal está devidamente demonstrado nas planilhas às fls. 170 a 239, onde se verifica a constatação de omissão de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, quais sejam, gasolina comum e gasolina aditivada.

Observo que não houve questionamento por parte do sujeito passivo no tocante a constatação de omissão de saídas apurada no aludido levantamento quantitativo, porém, alega que não existe previsão legal para que seja aplicada uma multa para cada exercício, pelo que pede a manutenção, apenas, da cobrança de R\$50,00.

Com todo respeito ao patrono do autuado, discordo do seu entendimento, uma vez que o contribuinte cometeu a infração – omissão de mercadorias isentas/não tributadas – em dois exercícios, e de acordo com o art. 5º, inciso III da Portaria 445/98 combinado com o art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96, é devida a multa para cada exercício, como aliás é o entendimento CONSEF, (1ª Câmara de Julgamento Fiscal), através do ACÓRDÃO CJF Nº 0394-11/07, que, ao analisar a aplicação de multa por declaração incorreta da DMA, reformou o Acórdão 2ª JF nº 0209-02/07 da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, por entender que a multa é por cada exercício, conforme a seguir transcritos os trechos da conclusão de ambos os citados julgamentos.

Acórdão 2ª JF nº 0209-02/07 – Relator: ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA

“Na infração 02 é imputado ao autuado o fato de ter declarado incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA- Declaração de Apuração Mensal do ICMS, sendo aplicado multa.

Embora o autuado não tenha questionado a infração, observo que o autuado aplicou a multa por exercício, enquanto o entendimento deste Conselho é que a multa deve ser aplicada em face da infração apurada e não por exercício. Assim, a infração em tela restou parcialmente caracterizada no valor de R\$140,00.”

ACÓRDÃO CJF Nº 0394-11/07 - 30/10/2007 – Conselheiro Relator: VALNEI SOUSA FREIRE

“No tocante à infração de nº 02, discordo do entendimento consignado no acórdão da JF, uma vez que a multa por descumprimento de obrigação acessória, com amparo no art. 42, XVIII, “b”, da Lei nº 7.014/96, em atendimento ao Princípio da Isonomia e de acordo com o entendimento atual desta Câmara deve ser aplicada por infração cometida. Sob este enfoque restabeleço o valor imputado originalmente para a infração em tela, R\$280,00.”

Mantido o lançamento.

No que diz respeito ao item 04, a infração foi descrita no auto de infração da seguinte maneira: *“Deixou de cumprir as exigências legais para a cessação de uso de equipamento de controle*

fiscal.” E no complemento consta: Esta irregularidade deveu-se ao fato de a empresa, embora regularmente intimada em 13/11/2012, haver deixado de requerer junto à SEFAZ a cessão de uso dos ECFs abaixo identificados: ECF-MR – ELGIN Nº DE SÉRIE 99070026 (Caixa 02); ECF-IF – BEMATECH Nº DE SÉRIE 4708/991131702 (Caixa 03).

Na defesa o autuado aduz que a penalidade aplicada não se compatibiliza com a previsão legal apontada, nem com o fato narrado. Argumenta que o art. 42, XIII-A, alínea "c", da Lei 7.014/96, vigente na data da autuação, não sustenta a multa de R\$ 4.600,00, pois a alínea "d", do mesmo artigo, prevê tal multa quando devidamente intimado.

A infração está descrita com clareza, e não deixa dúvida que a multa foi aplicada em razão do autuado não ter cumprido as exigências legais para a cessação de uso dos equipamentos de controle fiscal acima especificados.

Logo, entendo que restou caracterizada a infração, e a multa foi aplicada corretamente com base no que dispõe o artigo 42, inciso XIII-A, alínea “a”, item “4”, da Lei nº 7.014/96.

Mantido o lançamento, não havendo necessidade de expedição de intimação conforme alegado pelo patrono do autuado para a cessão do ECF, não se aplicando a jurisprudência citada na defesa por se tratar de caso diverso do presente. Além do mais, o autuado em momento algum de sua defesa comprovou ter cumprido a legislação apresentando o seu pedido à repartição fiscal para a cessação de uso do ECF.

Quanto a infração, 02, autuação versa sobre a constatação de emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, no período de janeiro de 2009 a outubro de 2010.

Para chegar a conclusão fiscal, o preposto fiscal autuante elaborou planilha intitulada de DEMONSTRATIVO DAS NFVC EMITIDAS IRREGULARMENTE POR EMPRESA USUÁRIA DE EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL – ECF, fls.74 a 75, e 125 a 128, na qual, encontram-se discriminadas as notas fiscais emitidas e o valor da multa calculada à alíquota de 2%.

Portanto, os documentos acostados aos autos caracterizam objetivamente a infração apontada pelo Fisco, pois há o descumprimento por parte do contribuinte autuado da disposição do artigo 824-D, inciso II do Decreto nº 6.284/97.

Da legislação supra, resta incontestado que no período objeto da autuação foi emitido outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações a que está obrigado por força da legislação tributária.

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. Nesse sentido, o autuado não justificou o motivo para a utilização das notas fiscais em lugar do ECF, ou seja, não comprovou a impossibilidade da emissão de cupom fiscal.

Ressalto que diante do reconhecimento do cometimento da infração por parte do sujeito passivo, resta plenamente caracterizada a infração apontada pelo Fisco e corretamente aplicada ao presente caso a penalidade capitulada no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “h” da Lei nº 7.014/96.

No tocante ao pedido do impugnante para o cancelamento ou a redução da multa isolada tendo em vista a inexistência de dolo e outros impedimentos legais, ressalto que na esteira das determinações contidas no Código Tributário Nacional, art.136, a intenção do agente é irrelevante para a tipificação do ilícito fiscal. Sendo a infração objetiva, havendo o resultado previsto na descrição normativa, qualquer que seja a motivação ou ânimo do agente, tem-se por configurado o ilícito.

Note-se, pois, que a infração descrita no Auto de Infração é formal e objetiva, encontrando-se, como dito acima, caracterizada nos autos.

Com relação ao argumento defensivo de que a atividade do estabelecimento é o comércio de combustíveis cujos produtos são enquadrados no regime de substituição tributária, os quais são adquiridas com tributação encerrada, não é capaz para elidir a multa aplicada, pois, 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 descumpre as suas obrigações de caráter acessório está passível de aplicação de penalidades, a exemplo da que cuida o Auto de Infração em exame.

Portanto, a redução ou a relevação da penalidade, por constituir faculdade subjetiva do órgão julgador, não está ele obrigado a acolher pedido dessa natureza, ainda que presentes os pressupostos exigidos, nem a declinar expressamente os motivos pelos quais não o fizera. Ressalto que se o autuado optar pelo pagamento da multa com a sua redução em 90%, ou seja, a multa de apenas 10% do valor lançado, poderá utilizar o benefício de redução previsto no Decreto nº 12.903, de 05/09/2013, inclusive das multas de que cuidam as infrações 02 e 04.

Nestas circunstâncias, não tendo o sujeito passivo justificado o motivo para emissão de notas fiscais em lugar do ECF, mantenho a multa aplicada, com fulcro no artigo 42, XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, em vigor na data da lavratura do auto de infração, que reza *in verbis*:

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

...

h) 2% (dois 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;

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 **14646.0118/13-3**, lavrado contra **POSTO MARINA DE COMBUSTÍVEIS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$36,06**, previsto no artigo 42, II, alínea “F”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$15.012,07**, previstas nos incisos III-A, alínea “c” e “h”, e XXII, a Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de setembro de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR