

PROCESSO - A. I. N° 22073.0090/12-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - POSTO KALILÂNDIA LTDA. (POSTO BUSCA VIDA)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão n° 0217-02/13
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 02/04/2014

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0043-12/14

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Item elidido em parte, com a adequação da multa imputada. Infração procedente em parte. 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. NULIDADE. A autuação contém vícios que afetam a sua eficácia. O demonstrativo base para a autuação contém equívocos que não possibilitam o saneamento dos erros apontados na autuação. Infração nula. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício interposto pela 2^a Junta de Julgamento Fiscal - 2^a JJF que, em decisão não unânime, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em referência, o qual fora lavrado com a indicação das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de apresentar livro (s) Fiscal (is) quando regularmente intimado. Multa aplicada de R\$132.480,00, com enquadramento no art. 42, inciso XX, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07. Consta dos autos que o contribuinte deixou de apresentar os LMC's de Gasolina Comum, Gasolina Aditivada, Álcool e Diesel nos anos de 2008, 2009 e 2010.

INFRAÇÃO 2. Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Aplicado multa de 2% sobre os valores das operações, em que se utilizou Nota Fiscal de Venda a Consumidor em lugar de Cupom Fiscal, formando o montante de R\$427,83, conforme previsto no art. 42, inciso XIII-A, alínea "h" da Lei nº 7.014/96.

A 2^a JJF decidiu a lide com fundamento nos votos abaixo reproduzidos:

VOTO VENCEDOR

(...)

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ao sujeito passivo multa de R\$132.480,00 por descumprimento de obrigação acessória, em razão a falta de apresentação de livros fiscais quando regularmente intimado no que se refere à infração 01, bem como a cobrança de multa de R\$427,83, em relação à infração 02, por ter emitido outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal (ECF) nas situações em que está obrigado.

Observando os termos da impugnação do Auto de Infração nº 022073.0090/12-1 em tela, constato que o contribuinte não contesta o cometimento da infração lançada em relação à infração 02, nem tampouco o mérito da autuação, porém suscita a desconstituição da data do lançamento da multa aplicada, por entender que deve ser a data da constatação do fato da ocorrência fiscal.

Adentrando no mérito, a obrigatoriedade da emissão do documento fiscal decorrente do uso de equipamento de controle fiscal, conhecido por cupom fiscal, à época da ocorrência do fato gerador, encontra-se previsto no artigo 824-B do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, cujo teor faço por reproduzir:

Art. 824-B. 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. (Grifo nosso)

Quando solicitado pelo adquirente das mercadorias, o contribuinte usuário de equipamento de controle fiscal (ECF) pode emitir Nota Fiscal, porém, neste caso, deve ser emitido, concomitantemente, o Cupom Fiscal e anexado à via fixa do documento fiscal emitido, no qual será consignado o número seqüencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF, conforme dispõe o § 1º, inciso II, art. 238 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, que a seguir transcrevo.

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. (Grifo nosso)

§ 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. (Grifo nosso)

§ 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.

No presente caso, a emissão das Notas Fiscais em lugar do Cupom Fiscal não foi motivada por solicitação do adquirente dos bens (art. 238, II, do RICMS/BA), nem tampouco em decorrência de sinistro ou razões técnicas (art. 238, § 2º, do RICMS/BA). A legislação tributária estadual é taxativa em determinar que os contribuintes do ICMS que realizarem venda de mercadorias para não contribuintes (art. 824-B do RICMS/BA) deverão utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), o que não ocorreu para as operações de vendas de combustíveis acobertadas pelas Notas Fiscais objeto da presente autuação na forma do demonstrativo à fl. 40.

O não atendimento da determinação do art. 824-B, associado a não ocorrências das prerrogativas do art. 238, destacadas no parágrafo anterior, resultou na aplicação, pelo fiscal autuante, conforme descrito no Auto de Infração nº 022973.0090/12-1 em tela, da multa de 2% sobre o valor de cada Nota Fiscal emitida em lugar do Cupom Fiscal decorrente do uso do Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) nas situações em que o autuado estava obrigado no período da ação fiscal.

Não obstante o autuado não questionar o mérito da infração 02 e reconhecer o cometimento da infração, insurge-se quanto ao fato do autuante ter lançado a multa de forma anualizada, quando o correto deve ser a data da constatação do fato gerador da infração, ou seja, a data do documento fiscal emitido de forma indevida em lugar daquele decorrente do uso do Equipamento de Controle Fiscal (ECF) nas situações em que está obrigado, isto é, na data de emissão da Nota Fiscal de venda a consumidor, em que o autuado deveria ter usado o Cupom Fiscal.

Por sua vez, sabe-se que é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança o “quantum” devido da multa aplicada. O demonstrativo que o autuante acosta aos autos à fl. 40, em que dá sustentação a infração, objeto em análise, indica um montante de base de cálculo para o exercício de 2008 o valor de R\$21.391,66, onde aplicando 2% de multa, efetuou o lançamento de R\$427,83 para a infração, porém as Notas Fiscais de venda a consumidor emitidas em lugar dos Cupons Fiscais devidos, constantes do citado demonstrativo, perfaz um montante maior que o valor de R\$21.291,66, com o agravante de que, dado o autuante ter desenvolvido o papel de trabalho de forma manuscrita, não se pode ao certo determinar com segurança o valor dessas Notas Fiscais emitidas indevidamente em lugar do ECF, o que, se não fosse essa dificuldade, à luz do § 1º do art. 18 do RPAF/99, poderia determinar o valor da multa devida na data da ocorrência do fato gerador da autuação, como requerido pelo próprio autuado.

Há de se ressaltar que o § 1º do art. 18 do RPAF/99 admite o saneamento do Auto de Infração no caso de eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação. No caso em análise a incorreção apontada não nos permite corrigi-la, em que se possa determinar com segurança o débito tributário. Em sendo assim, concluo que deve ser decretada a nulidade da infração 02, em que represento à autoridade fazendária para verificar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas.

Quanto ao mérito da infração 01, que diz respeito ao autuado ter deixado de apresentar o Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), relativo à gasolina comum, gasolina aditivada, álcool e diesel dos

exercícios de 2008, 2009 e 2010, conforme os Termos de Intimação com data de recebimento em 19/12/2012, 24/01/2013, 21/02/2013 e 01/03/2013, acostados aos autos às fls. 08, 09, 10 e 11, respectivamente, encontra-se previsto no inciso IV, do artigo 142, do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, conforme a seguir descrito:

Art. 142. Além das obrigações previstas na legislação, relativas à inscrição, emissão de documentos, escrituração das operações e prestações, fornecimento de informações periódicas e outras, **são obrigações do contribuinte**: (Grifo acrescido)

IV - exibir ou entregar ao fisco os livros e documentos fiscais previstos na legislação tributária, bem como levantamentos e elementos auxiliares relacionados com a condição de contribuinte; (Grifo acrescido)

O defendente atua no segmento de combustíveis, portanto sob a exigência de apresentar o LMC, como obrigação acessória, nas datas e prazo em que a legislação determina. Sobre o cometimento da infração o sujeito passivo não se insurge, entretanto reage quanto à ausência de nexo entre o enquadramento legal e a pena aplicada. Diz que, não existe no art. 42, inciso XX, da Lei 7.014/98, como indicado na autuação por fundamentação para a imposição dos valores calculados e lançados na autuação, cujo teor a seguir transcrevo:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, **serão aplicadas as seguintes multas**: (Grifo acrescido)

XX - àquele que, dentro do prazo de 48 (quarenta e oito) horas, deixar de prestar esclarecimento ou informação, de exibir livro ou documento, arquivo eletrônico ou similar (exceto os arquivos previstos no inciso XIII-A), ou de mostrar bem móvel ou imóvel, inclusive mercadoria, ou seu estabelecimento a funcionário fiscal, quando por este regularmente solicitado; (Grifo acrescido)

- a) R\$460,00 (quatrocentos e sessenta reais), pelo não atendimento do primeiro pedido;
- b) R\$920,00 (novecentos e vinte reais), pelo não atendimento da intimação que lhe for feita posteriormente;
- c) R\$1.380,00 (mil e trezentos e oitenta reais), pelo não atendimento de cada uma das intimações subsequentes;

De fato, o autuante, pela falta de apresentação dos livros obrigatórios LMC, em relação aos produtos gasolina comum, gasolina aditivada, diesel e álcool, aplicou a seguinte proposição de cálculo da multa: “como são 04 livros, gasolina comum, gasolina aditivada, diesel e álcool, bem assim 03 exercícios sociais, 2008, 2009 e 2010, efetuou o seguinte desenvolvimento matemático: 04 x 12 meses = 48 livros x 03 anos = 144 livros multiplicado pela multa de R\$920,00 = R\$132.480,00”, que é o valor da multa imputada na infração 01.

Portanto, totalmente disforme, do que dispõe a norma legal, na aplicação da multa para a infração cometida. Não vejo, na leitura do texto acima destacado, qualquer interpretação de que o descumprimento do contribuinte em deixar de prestar esclarecimento ou informação, bem assim de exibir livro ou documento, quando regularmente solicitado pelo agente fiscal, que é o caso em exame, se enquadre no cálculo da pena imputada, a hipótese de aplicação da multa por livro e por exercício, como de forma equivocada interpretou o autuante na infração 01.

Da análise das documentações acostadas aos autos, a multa devida a ser aplicada para infração cometida na infração 01 é de R\$4.140,00, referente ao valor de R\$460,00 pelo não atendimento da primeira intimação (fl. 08), acrescido do valor de R\$920,00 pelo não atendimento da segunda intimação (fl. 09), mais 02 vezes R\$1.380,00 correspondentes a terceira (fl. 10) e quarta e última intimação (fl. 11) não atendida, conforme se depreende da leitura do art. 42, inciso XX, da Lei 7.014/98, em que se enquadra a autuação.

Logo o valor da multa lançada na infração 01 deve ser alterado do valor de R\$132.480,00, para o valor de R\$4.140,00, tomando como data de ocorrência da infração 01/03/2013 data da última intimação.

Sobre o pedido de cancelamento ou redução das penas aplicadas na autuação, com fundamento no art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96, constitui uma faculdade subjetiva do órgão julgador, não estando obrigado a acolher o pedido, ainda que presentes os pressupostos exigidos, nem tampouco a expressar os motivos pelos quais não o fizera. Ressalto, entretanto, que, se o autuado optar pelo pagamento da multa ora alterada, poderá utilizar o benefício fiscal previsto no Decreto nº 12.903, de 05/09/2013, que reduz multas e acréscimos moratórios incidentes sobre os créditos tributários do ICMS do Estado da Bahia, e, percentuais diferenciados até 29 de novembro de 2013.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

VOTO DISCORDANTE

No item 02 do Auto de Infração foi aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória, face a constatação pelo fisco de que o autuado emitiu as notas fiscais de venda a consumidor final, discriminadas à fl. 40, em lugar do cupom fiscal, em desobediência ao artigo 824-B do RICMS/97.

Na defesa fiscal não foi negado o fato pelo patrono do autuado, inclusive declarou textualmente que sua impugnação ao Auto de Infração se restringe apenas em relação à infração 01.

Apesar desse reconhecimento, o ilustre Relator, entendendo que o demonstrativo à fl. 40, que comprova o cometimento da infração, não contém elementos suficientes para se determinar o “quantum” devido da multa aplicada, concluiu pela nulidade desse lançamento.

Com todo respeito a esta conclusão, no referido demonstrativo estão indicadas mensalmente os números documentos fiscais e o montante das operações, sendo totalizado o valor de R\$21.291,66, apesar desse valor não corresponder com o total real que é de R\$27.121,66.

Desta forma, entendo que o referido documento de prova tem todos os elementos capazes para se determinar com segurança o montante para fins de aplicação da multa em questão. Se foi somado errado, como realmente ocorreu, o valor da multa deveria ser mantido, inclusive a data do fato gerador no final do exercício, pois o valor que foi utilizado para o cálculo da multa foi menor que o real, e representar a autoridade competente para instaurar outro procedimento fiscal visando o lançamento complementar do valor exigido a menor, na forma regulamentar. Ressalto que não existe nenhuma irregularidade no fato de o referido demonstrativo ter sido feito de forma manuscrita.

Pelo acima exposto, voto pela manutenção do lançamento da multa em questão.

Quanto ao item 01, acompanho integralmente a conclusão do Relator, pela redução da multa para o valor de R\$4.140,00, pois ficou evidenciado que houve erro no cálculo da mesma, em desacordo com o inciso XX, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Contudo, considerando que foram consignadas incorretamente, no demonstrativo de débito à fl. 01, como datas de ocorrências os dias 31/12/08; 31/12/09 e 31/12/2010, merece reparo tais datas, para os dias em que não foram atendidas as intimações, ou seja, para o momento em que venceu o prazo para atendimento das intimações, quais sejam:

| INTIMAÇÃO | FL. | CIÊNCIA | PRAZO | VENCIMENTO |
|----------------|-----|------------|----------|------------|
| 1 ^a | 08 | 19/12/2012 | 72 HORAS | 24/12/2012 |
| 2 ^a | 09 | 24/01/2013 | 48 HORAS | 29/01/2013 |
| 3 ^a | 10 | 21/02/2013 | 72 HORAS | 27/02/2013 |
| 4 ^a | 11 | 01/03/2013 | 72 HORAS | 07/03/2013 |

Da Decisão acima, a 2^a JJF recorreu, de ofício, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Consta às fls. 122 a 125, o Processo SIPRO nº 450317/2013-3 onde o autuado requer a juntada de documentos referentes a pagamento do débito confessado, com os benefícios da Lei nº 12.903/13.

VOTO

Analizando as peças que integram este processo, vejo que, em relação a primeira infração, a 2^a JJF decidiu acertadamente ao adequar o valor da penalidade ao fato efetivamente ocorrido. Isto porque, o que se constata às fls. 08 a 10 dos autos, é que foram expedidas quatro intimações para apresentação de livros e documentos fiscais, as quais não foram atendidas pelo recorrido. Este é o fato que deve ser analisado e enquadrado corretamente na legislação tributária.

O procedimento adotado pelo autuante não tem suporte legal, na medida em que se pautou, para apontar a infração, em premissa totalmente equivocada, consoante se extrai do conteúdo inserido na informação fiscal, fls. 94 e 95, que assim se apresenta: *“a multa corresponde a R\$920,00, por não apresentação dos livros obrigatórios, que foi a causa do embargo a fiscalização, pois foi a falta de elementos para se proceder a ação fiscal. Então como são 04 livros, que considerou, gasolina comum, gasolina aditivada, diesel, e, álcool, aplicou a seguinte proposição: 04 x 12 meses = 48 livros x 03 anos = 144 livros multiplicado pela multa de R\$920,00 = R\$132.480,00”.*

Considerando a ausência de amparo legal para aplicação da penalidade relativa ao não atendimento de intimações para apresentação de livros e documentos fiscais, vejo que pautou-se acertadamente a Junta ao assim concluir o i.relator: *“Da análise das documentações acostadas aos autos, a multa devida a ser aplicada para infração cometida na infração 01 é de R\$4.140,00, referente ao valor de R\$460,00 pelo não atendimento da primeira intimação (fl. 08), acrescido do*

valor de R\$920,00 pelo não atendimento da segunda intimação (fl. 09), mais 02 vezes R\$1.380,00 correspondentes a terceira (fl. 10) e quarta e última intimação (fl. 11) não atendida, conforme se depreende da leitura do art. 42, inciso XX, da Lei 7.014/96, em que se enquadra a autuação".

Quanto a segunda infração, também considero correta a Decisão recorrida, na medida em que o demonstrativo de fl. 40, base para apuração do fato imputado ao recorrido, se apresenta com uma série de equívocos destacados pelo julgador *a quo*, a exemplo de erro na totalização, indicação incorreta do percentual da multa, data da ocorrência em conflito com a indicada no Auto de Infração, fatos estes que denotam completa insegurança da autuação.

Isto posto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para manter inalterada a Decisão recorrida, devendo ser, após confirmação pelo órgão competente, homologado o valor já recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 22073.0090/12-1, lavrado contra POSTO KALILÂNDIA LTDA. (POSTO BUSCA VIDA), devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$4.140,00, prevista no inciso XX, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios conforme previsto na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor já recolhido, após as devidas confirmações.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de março de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE/RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS