

A. I. N° - **146468.0131/13-0**
AUTUADO - **POSTO DE COMBUSTÍVEIS SETE PORTAS LTDA.**
AUTUANTE - **HENRIQUE IJALMAR LOPES GRANGEON**
ORIGEM - **INFAZ VAREJO**
INTERNET - **30.07.2015**

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0130-05/15

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE NOTA FISCAL DE VENDA A CONSUMIDOR EM SUBSTITUIÇÃO AO CUPOM-ECF. MULTA. Penalidade de 2% sobre o valor das operações. A conduta omissiva do contribuinte não teve implicações diretas na falta de recolhimento de tributo, pois o contribuinte opera, de forma preponderante, no ramo de revenda de combustíveis, produtos que se encontram submetidos ao regime da substituição tributária, com responsabilidade de recolhimento do ICMS atribuída, por lei, aos fornecedores das mercadorias. Inexistência de dolo, fraude ou simulação. Erro procedimental. Penalidade reduzida – aplicação do art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96. Penalidade reduzida ao patamar de 10% do valor autuado, com base em inúmeros precedentes do próprio CONSEF. 2. LIVROS FISCAIS. LIVRO DE MOVIMENTAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS – LMC. PENALIDADE FIXA. Escrituração em desacordo com as normas regulamentares. 3. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DADOS INCORRETOS. MULTA. Infrações não contestadas pela defesa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 12/11/2014, para exigir multas por descumprimento de obrigação acessória, no valor total histórico de R\$ 53.197,75. O lançamento é composto de três imputações, com os seguintes descriptivos:

Infração 1 – O contribuinte emitiu documento fiscal diverso daquele decorrente de uso regular de equipamento de controle fiscal - ECF - nas situações em que, legalmente, está obrigado. Valor exigido: R\$ 52.637,75. Penalidade de 2% incidente sobre o valor das saídas, prevista no art. 42, inc. XIII-A, letra “h”, da Lei nº 7.014/96. Demonstrativos que fundamentam a infração: anexos I e II, juntados às fls. 19 a 243 do PAF. Período: outubro e novembro de 2009 e janeiro a dezembro do ano de 2010.

Infração 2 – Escriturou livro fiscal em desacordo com as normas regulamentares. Fato vinculado ao livro de Movimentação de Combustíveis - LMC, do período de janeiro de 2009 a dezembro de 2010. Multa aplicada: R\$ 140,00, por exercício fiscal (2009 e 2010), totalizando a cifra de R\$ 280,00. Enquadramento legal da penalidade: art. 42, inc. XVIII, letra "b", da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02.

Infração 3 - Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Fato verificado nos exercícios de 2009 e 2010, sendo constatado que o contribuinte informou dados na DMA não compatíveis com os lançamentos consignados nos livros fiscais (Entradas, Saídas e Apuração do ICMS). Foi aplicada a penalidade de R\$ 140,00, por exercício fiscal, totalizando a cifra de R\$ 280,00. Enquadramento legal da penalidade: art. 42, inc. XVIII, letra "c", da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 28/11/14, via intimação pessoal, através de aposição de assinatura na peça acusatória firmada por preposto da empresa (doc. fl. 3).

Em 29/12/2014, foi interposta a defesa administrativa, subscrita por advogados constituídos através dos instrumentos juntados às fls. 311 e 320 e na forma do contrato social da empresa.

Após fazer uma síntese das acusações fiscais, a defesa requereu, de início, que doravante, sob pena de nulidade, todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos.

Foram acatadas as ocorrências dos itens 02 e 03 do Auto de Infração, com a informação de que as mesmas seriam quitadas oportunamente.

No que tange ao item 01, embora tenha sido também reconhecida a procedência da exigência fiscal, foi observado pela defesa que a falha apurada na ação fiscal não repercutiu no campo da obrigação principal, não existindo no A.I. qualquer cobrança pertinente a exigência de imposto. Enfatizou, então, que se o Estado não foi prejudicado na arrecadação de tributos, a multa formal no valor de R\$ 52.637,75 estaria exacerbada, possuindo claro condão arrecadatório.

Enfatizou também que a empresa autuada opera no ramo varejista de comércio de combustíveis, pagando o ICMS por substituição tributária, com retenção na fonte processada nas operações anteriores às aquisições dos produtos objeto de revenda.

Pontuou ainda que na peça de lançamento não foi consignada qualquer menção, pela autoridade fiscal, de que a empresa autuada tenha agido com dolo, fraude ou simulação, ou que a mesma tenha dificultado a ação fiscal. Que constou no A.I. apenas três ocorrências, de caráter acessório, gozando o estabelecimento do contribuinte de situação regular, possibilitando que a ação fiscal fosse exercida mediante a aplicação de diversos roteiros de auditoria, inclusive os contábeis. Disse que a pena aplicada é injusta, pois além da ausência de obrigação de pagar tributo, no momento da emissão da nota fiscal e em substituição ao cupom ECF (nas saídas), a sanção foi formalizada por ter o contribuinte emitido documento fiscal e não pela falta de sua emissão.

Pediu que a penalidade fosse cancelada ou minimizada para o patamar de 95% do valor lançado, considerando que a própria Administração Tributária, na vigência da Lei nº 12.903/13 ter considerado ser razoável a redução de multas por descumprimento de obrigações acessórias. Discorreu que apesar da referida lei já não ser mais aplicável, visto que a sua validade já se encontra expirada, há que se considerar que a administração pública, em relação aos fatos verificados até junho de 2013, possibilitou o pagamento de multas lançadas através de autos de infração com significativas reduções de valor.

Disse que em situações assemelhadas, especialmente no setor de vendas a varejo de combustíveis, o CONSEF tem minimizado a aplicação das sanções, fazendo incidir as disposições do art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, que permite ao órgão julgador proceder à redução das multas acessórias. Declarou, em acréscimo, que a emissão de notas fiscais em substituição aos cupons fiscais decorreu de três procedimentos equivocados da empresa, que, no entanto, não acarretam falta de pagamento de tributo. São eles: a) despreparo dos funcionários da autuada; b) a solicitação do consumidor, sem a prévia retenção do cupom fiscal no talão de notas; e, c) emissão de várias notas fiscais ao final do dia, englobando operações de venda em que o consumidor não solicitou a entrega do cupom ECF, por ocasião do abastecimento do veículo automotor.

Na peça defensiva, o contribuinte reiterou os seus argumentos, reafirmando que no caso em lide, estão presentes os requisitos do art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, por não existirem provas de que a autuada teria agido com dolo, fraude ou simulação, bem como, em relação aos documentos emitidos, declarou que não houve falta de cumprimento da obrigação principal.

Em complemento às razões articuladas na inicial, a defesa transcreveu diversas decisões originárias dos órgãos de julgamento do CONSEF, todas elas com fundamentação pela dispensa ou redução de multas acessórias, a saber: 1ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL - ACÓRDÃO CJF Nº

0436-11/06; ACÓRDÃO CJF Nº 0298-11/06 E ACÓRDÃO 0373-11/12; 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL - ACORDÃO JJF Nº 0066-01/07; 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO - ACÓRDÃO Nº 0260-12/07, ACÓRDÃO Nº 0119-12/09 E ACÓRDÃO Nº 0216-12/12; 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL, ACÓRDÃO Nº 0263-02/08.

Nas razões finais, a defesa destacou que a Procuradoria Estadual tem se manifestado no sentido de que a competência para deliberar sobre a dispensa ou redução da multa é exclusiva do CONSEF, desde que presentes os requisitos legais, postulando, que no caso em exame, e diante das nuances que envolvem a causa, a multa seja cancelada, ou, pelo menos reduzida para o patamar 5%, que é o percentual previsto na Lei nº 10.847/07, entendendo, a defesa, ser este o valor mais que suficiente para punir o contribuinte.

Protestou ainda pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de documentos, formulando pedido pela procedência da autuação, com redução da multa do item 01 do Auto de Infração.

Prestada informação fiscal (fls. 315 a 316), o autuante inicialmente consignou que a defesa reconheceu como legítimas as cobranças integrantes dos itens 2 e 3 do Auto de Infração se insurgindo apenas contra a exigência do item 1, pedindo que a multa fixa fosse reduzida ao patamar de 95% do valor lançado. Pontuou também que a defesa reconheceu a prática da infração uma vez que não houve qualquer questionamento em relação aos demonstrativos em que se fundamentou o Auto de Infração, mas o contribuinte alegou ausência de dolo na sua conduta e a inocorrência de outras infrações de natureza grave que tivessem implicado em falta de recolhimento de tributo. Outra excludente de ilicitude a fundamentar os pedido de cancelamento ou redução de multa, estaria relacionada à circunstância da empresa operar no ramo de revenda de combustíveis e lubrificantes, produtos que são tributados de forma antecipada, via regime de substituição tributária. Por fim, o autuante registrou que a análise de pedido de dispensa ou redução de multas é de competência exclusiva do CONSEF, conforme entendimento da PGE/PROFIS através de reiteradas manifestações daquele órgão em processos da mesma natureza.

VOTO

Neste processo encontra-se em discussão tão somente a infração 1, atinente a aplicação de penalidade fixa, de 2% (dois por cento), sobre o valor das operações de saídas verificadas nos períodos fiscalizados, em razão do contribuinte, obrigado ao uso de equipamento de controle fiscal - ECF, ter emitido, sem justificativa, outro documento fiscal.

Na fase de defesa o contribuinte reconheceu a prática do ilícito fiscal, porém pediu a exclusão ou redução da multa, ao patamar de 5% do valor autuado, ao apelo da equidade fiscal, argumentando que agiu sem DOLO e que as mercadorias que comercializa se encontram no regime de tributação antecipada, com recolhimento do imposto na sistemática da substituição tributária. Argumentou também que a sua conduta não implicou em falta de pagamento de tributo visto que o fisco apurou no lançamento de ofício tão somente infrações relacionadas ao descumprimento de obrigações acessórias.

O autuante, por sua vez, na informação fiscal, declarou, que apesar da configuração do ilícito, a análise de pedido de dispensa ou redução de multas é de competência exclusiva do CONSEF, conforme entendimento da PGE/PROFIS, através de reiteradas manifestações daquele órgão em processos da mesma natureza.

Diante dos fatos e circunstâncias acima delineados, vislumbro a possibilidade de aplicação, no caso em exame, das disposições contidas no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, com a seguinte redação:

Art. 42 -

(...)

§ 7º As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

O comando normativo acima traz implícito os princípios da equidade, da proporcionalidade e da razoabilidade, conferindo ao órgão julgador a possibilidade de reduzir as penalidades por descumprimento de obrigações acessórias a patamares mais adequados, atribuindo ao julgador administrativo a competência de desenvolver um juízo de dosimetria da multa pecuniária.

Neste contexto, observo a conduta omissiva da empresa, em relação à emissão de notas fiscais em substituição aos cupons ECF, não teve implicação direta na falta de recolhimento de tributo, pois o contribuinte opera, de forma preponderante, no ramo de revenda de combustíveis e lubrificantes, produtos que se encontram submetidos ao regime da substituição tributária, com responsabilidade de recolhimento do ICMS atribuída por lei aos fabricantes e fornecedores das mercadorias.

Considerando as circunstâncias do caso concreto e a natureza da atividade comercial desenvolvida pelo contribuinte, é de se concluir que se encontram atenuados os prejuízos sofridos pelo erário estadual. Em decorrência, reduzo a penalidade para o patamar de 10% do valor originalmente lançado, em sintonia com reiteradas decisões deste CONSEF, reproduzidas na peça de defesa. Acrescento ao repertório apresentado pela defesa outras decisões deste tribunal administrativo, proferidas em datas mais próximas, a exemplo dos Acórdãos originárias desta 5ª JJF, a saber: I) **ACÓRDÃO JJF N° 0091-05/13 e; II) ACÓRDÃO JJF N° 0120-05/13**, cujas ementas foram formatadas com o seguinte teor, “*in verbis*”:

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE NOTA FISCAL DE VENDA À CONSUMIDOR EM SUBSTITUIÇÃO AO CUPOM-ECF. MULTA. Penalidade de 2% sobre o valor das operações. A conduta omissiva do contribuinte não teve implicação direta na falta de recolhimento de tributo, pois o contribuinte opera, de forma preponderante, no ramo de revenda de combustíveis, produtos que se encontram submetidos ao regime da substituição tributária, com responsabilidade de recolhimento do ICMS atribuída por lei aos fornecedores das mercadorias. Inexistência de dolo, fraude ou simulação. Erro procedimental. Penalidade reduzida – aplicação do art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão não unânime.

Todavia, não acolho a pretensão empresarial de cancelamento ou de redução da multa do item 1 do Auto de Infração para o patamar de 5% (cinco por cento) do valor lançado, visto que a conduta da empresa, ainda que não tenha gerado significativos prejuízos para o erário, contrariou expressa disposição da norma tributária, acarretando também dificuldades para o controle e aplicação dos roteiros usuais de fiscalização, que tiveram que se valer, em grande parte, das informações em papel, lançadas nos talões de notas fiscais.

No tocante à redução da penalidade para o percentual de 5% do valor autuado, a postulação defensiva teve por principal fundamento disposições de normas já revogadas e de efeitos jurídicos temporários, a exemplo da Lei nº 11.908/10 e da Lei nº 13.903/13, que dispunham acerca da redução de multas e acréscimos moratórios de débitos tributários exigidos de contribuintes através de lançamentos via Auto de Infração ou decorrentes de denúncias espontâneas. Os efeitos daquelas normas legais, que estabeleceram o Programa de Recuperação Fiscal (REFIS), ficaram restritos ao período de vigência das referidas leis, não alcançando, portanto, relações processuais posteriores, travadas entre o fisco e o contribuinte, a exemplo da relação jurídico-tributária formalizada no Auto de Infração em lide.

Adoto, portanto, neste processo, a mesma solução que venho aplicando a outros PAFs de idêntica natureza, de forma que a multa da infração 01, que era de R\$ 52.637,75, passa, com as adequações feitas à luz do art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, para o montante de R\$ 5.263,77, correspondente a 10% do valor originalmente lançado.

Quanto às demais infrações, integrantes dos itens 2 e 3 do Auto de Infração, foram ambas expressamente reconhecidas pelo sujeito passivo. Estes itens devem ser mantidos, sem qualquer alteração.

Frente ao acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, modificando tão somente o “*quantum debeatur*” do item nº 1.

Observo, por fim, que todas as intimações e notificações relativas ao presente feito deverão ser encaminhadas para o endereço dos profissionais regularmente constituídos, conforme indicado nos instrumentos apensados às fls. 311 e 320 dos autos.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à infração 1)

Com a devida licença do nobre relator, passo a discordar da redução da multa por descumprimento de obrigação acessória, constante da infração 01.

O § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, concede ao órgão julgador administrativo a discricionariedade de, uma vez imputadas as multas 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 às infrações por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não conceda a redução ou o cancelamento das multas aplicadas.

Não acolho, inclusive, o afastamento do dolo, com o reiterado procedimento de emissão de documentos fiscais diversos daqueles decorrentes de uso regular de equipamento de controle fiscal – ECF, tendo em vista a quantidade de ocorrências dessa natureza.

Ainda que dolo não existisse, devidamente demonstrado, considero a emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso do emissor de cupom fiscal – ECF, na comercialização de um produto como combustível, com tão freqüentes constatações de irregularidades, um elemento de fragilização de todo o sistema de controle implantado, através das obrigações acessórias, por atos normativos, visando acompanhar e assegurar o devido e regular recolhimento do ICMS aos cofres do Estado.

Diante do exposto, voto pela procedência da infração 01, sem a redução constante do voto do nobre relator.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **146468.0131/13-0**, lavrado contra **POSTO DE COMBUSTÍVEIS SETE PORTAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$ 5.823,77**, previstas, respectivamente, no art. 42, inc. XIII-A, “h”, (R\$ 5.263,77); e inc. XVIII, letra “b” (R\$ 280,00) e letra “c” (R\$ 280,00), da Lei nº 7.014/96, além dos acréscimos moratórios, calculados na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de julho de 2015.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/VOTO DIVERGENTE
(Quanto à infração 1)

TOLSTOI SEARA NOLASCO - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA