

PROCESSO - A. I. Nº 278007.0103/06-6
RECORRENTE - CCS-COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS E SERVIÇOS LTDA. (POSTO NAMORADO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0140-03/07
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 29/12/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0426-11/08

EMENTA: ICMS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES DE VENDAS SEM A EMISSÃO DO DOCUMENTO FISCAL CORRESPONDENTE. MULTA. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Verificado que o ato fiscalizatório que culminou na lavratura do Auto de Infração foi efetuado exclusivamente por servidores sem competência legal, em afronta às normas contidas na Lei nº 8.210/02, no Regulamento do ICMS, no Código Tributário do Estado da Bahia e no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Vícios insanáveis do processo. Análise do Recurso Voluntário **PREJUDICADA**. Decretada, de ofício, a **NULIDADE** do lançamento fiscal, com base no art. 18, inc. I, do RPAF/99. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra Decisão da 3ª JJF, a qual, no Acórdão nº 0140-03/07, considerou Procedente a Ação Fiscal, exigindo multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$690,00, resultante da aplicação de penalidade pela falta de emissão de notas fiscais de saída de mercadorias nas vendas a consumidor, apurada através de auditoria de caixa, previsionada no artigo 42, inciso XIV-A, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Apresentou o autuado sua impugnação (fls. 32 a 34), sustentando, inicialmente, que a ação fiscal foi deflagrada com fundamento na presunção de venda sem a emissão de nota fiscal ou cupom fiscal, pela existência de denúncia sem fundamento. Assevera que quando foi tornado obrigatório o uso do ECF, o Sindicato da Categoria, preocupado com as peculiaridades da venda de combustíveis, consultou à SEFAZ, para buscar orientação de procedimento, tendo o representante da Coordenadoria de Fiscalização da SEFAZ instruído no sentido de que, sempre que solicitado, o revendedor de combustíveis deveria emitir o cupom fiscal, e, se inexistente o pedido, seria desnecessária a emissão, uma vez que, ao se encerrar o expediente, seria emitida nota fiscal ou cupom fiscal equivalente. Declara que a mercadoria está submetida ao regime da substituição tributária, como também é obrigatória a escrituração diária do livro de Movimentação de Combustíveis.

Aduz que houve engano e/ou excesso de rigor na exação fiscal e que a empresa agiu de boa-fé, de acordo com os costumes, seguindo orientação do próprio Fisco, não existindo sonegação ou prejuízo para o Estado. Requer a improcedência da imputação e a oitiva da Coordenadoria de Fiscalização da SEFAZ.

Por sua vez, o autuante encaminhou o PAF ao Coordenador Técnico da SAT/DPF/GEAFI (fl. 47), objetivando a confirmação da existência de credenciamento do autuado para emitir cupom fiscal no fechamento do Caixa.

O órgão, através da Gerência de Automação Fiscal, informou ao autuante que desconhecia tratamento diferenciado para qualquer contribuinte e que o cupom fiscal deveria ser emitido no momento da circulação da mercadoria (fl. 58).

Assim, o autuante, à fl. 60, informa que, além da informação prestada pelo gerente da GEAFI, junta ao feito o Parecer Técnico de funcionário da mesma Gerência relativa ao presente PAF (fl. 59).

Houve nova manifestação do autuado às fls. 64/65, afirmando que a informação de fl. 59, prestada pelo Auditor Ednilton Meireles, esclarece a questão quando informa que o sistema de operação do posto de combustível não permite que cada um dos bicos das bombas medidoras tenha um ECF conectado à bomba, daí a impossibilidade de se emitir o cupom de forma automática, bem como que o processo somente pode ser manual, o que inviabiliza a emissão.

Adveio a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, a qual é objeto deste Recurso, inicialmente salientando que na ação fiscal realizada no roteiro de Auditoria de Caixa, originária de Denúncia Fiscal nº 00012460, foi constatada a existência de numerário, no valor de R\$6.132,24, sem os correspondentes documentos fiscais.

Esclarece que no Parecer, exarado pela SAT/DPF/GEAFI (fl. 59), foi informada a inexistência de qualquer regime especial, para emissão de documento fiscal no fechamento do caixa, além de que somente sobre o aplicativo SELLER fica possibilitado o controle de venda de combustíveis em cada bico de bomba.

Decidiu, então, a JJF que o referido programa permite conexão para emissão de cupom fiscal, porém condicionada a comando manual por parte do funcionário. Entretanto, tal aplicativo não autoriza a omissão de emissão de documento fiscal.

Enfatizou que o acordo tácito entre o sindicato da categoria e a SEFAZ não pode ser acolhido, não só por inexistência de provas documentais sobre ele, como em razão da obrigatoriedade da emissão do documento fiscal pelo autuado, nos termos dos artigos 142, VII, 192 e 201, I, do RICMS-BA.

Por tais fundamentos, o Auto de Infração foi julgado procedente pela 1ª Instância administrativa.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs, tempestivamente, Recurso Voluntário (fls. 82/85), ratificando as argumentações apresentadas na peça impugnatória e concentrando a tese recursal no argumento de que a empresa exerce a atividade de comercialização de produtos combustíveis, tendo o agente fiscalizador demonstrado desconhecimento das circunstâncias especiais que revestem a venda de produtos combustíveis e que o Sindicato da Categoria, após consulta à Secretaria da Fazenda, recebeu orientação para que os postos, sempre que solicitados, emitissem o cupom fiscal, mas, se não houvesse o pedido, seria desnecessária a emissão, ficando para o encerramento do expediente, após as contas.

Em seguida, afirma que o Colegiado Julgador não analisou os fatos contidos na defesa, notadamente os que comprovam o caráter especial que tem a revenda de combustíveis, nem considerou a inexistência de má-fé ou dolo ou qualquer possibilidade de evasão de renda para o Estado.

Ressalta que no julgamento foi proferido voto vencido, o qual indicava a redução da multa para 1 UPF-BA, que não foi acatado pelos outros membros que entenderam que a jurisprudência dominante e pacífica é no sentido da manutenção do auto e da multa de 15 UPF-BA, não considerando as razões de defesa.

Encerra apelando para reconsideração da Decisão dando pela improcedência do auto, e caso seja mantido, seja reduzida a multa para 1 UPF-BA.

Em seu Parecer, fls. 97/98, a ilustre representante da PGE/PROFIS analisa as alegações recursais, destacando que o recorrente apenas reproduz os mesmos argumentos já ventilados na defesa, cujo conteúdo é mera contestação genérica dos fatos e do direito, limitando-se a simples negativa do cometimento da infração sem apresentar provas capazes de elidir o lançamento fiscal.

Aduz que não procede a tese do Recurso Voluntário de que houve voto vencido, já que o julgamento foi decidido à unanimidade, conforme se observa do acórdão às fl. 72 dos autos.

Entende desassistir razão ao recorrente, pois não existe qualquer regime especial para emissão de documento fiscal no fechamento do caixa, e que suas afirmações não se mostram capazes de ensejar qualquer alteração na exigência fiscal, pois carecem de comprovação.

Conclui, pugnando pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto, por não trazer qualquer elemento capaz de elidir o acerto da ação fiscal.

VOTO

Do estudo atencioso do presente PAF, verifico que o Recurso Voluntário versa sobre Auto de Infração, onde é imputada ao contribuinte a multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$690,00, resultante da aplicação de penalidade pela falta de emissão de notas fiscais de saída de mercadorias nas vendas a consumidor, apurada através de auditoria de caixa, disciplinada no artigo 42, inciso XIV-A, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Como relatado, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal julgou totalmente procedente a autuação, tendo o recorrente, nas suas razões recursais, confirmado, de forma genérica, todas as teses argüidas na peça impugnatória, enfatizando, principalmente, que a venda de produtos combustíveis se reveste de circunstâncias especiais, inclusive tendo o Sindicato da categoria procedido consulta à Secretaria da Fazenda, quando recebeu orientação da Coordenadoria da Fiscalização na linha de que os postos de gasolina deveriam emitir cupom fiscal sempre que solicitados pelos consumidores, porém, quando isso não ocorresse, seria desnecessária, ficando a emissão de nota fiscal ou cupom complementar para ser feita quando do fechamento do caixa, após as contas.

Sucedee que, antes de ser apreciado o mérito do Recurso Voluntário, devem, por dever de ofício, ser observadas questões relativas à existência de atos ou procedimentos capazes de gerar nulidade absoluta do processo, suscitadas, no caso presente, quando da assentada de julgamento.

O fato concreto capaz de provocar a nulidade absoluta se reporta à questão da competência dos funcionários que elaboraram e assinaram os documentos de fls. 7, 8 e 9 para assim proceder.

Indaga-se, na espécie versada, se os servidores Vando Gilvan Batista Santana (cadastro 210573-0) e Noé Américo Mascarenhas Filho (cadastro 210313-6), Agentes de Tributos, teriam competência legal para a consecução de Termo de Auditoria de Caixa de Postos de Combustíveis, peça básica na imputação, com o objetivo de aplicação da multa ao contribuinte, sem a chancela de um Auditor Fiscal?

Entendo que o Termo de Auditoria de Caixa anexado aos autos, por ser um documento de comprovação da infração apontada no levantamento, de ofício, deveria ter sido lavrado apenas por um auditor fiscal.

Ressalte-se que o posicionamento atual deste CONSEF, citando, exemplificativamente, as Manifestações da Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS), no Processo Administrativo Fiscal nº 279836.0043/06-9 e as decisões da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, nos Acórdãos nºs 0210-12/08, 0214-12/08 e 280-12/08, os quais abordam a tese de forma didática e objetiva, indicando os dispositivos legais que regem a matéria, se dirige no sentido de ser o auditor fiscal a autoridade administrativa competente para formalizar o ato de lançamento tributário, sendo tal requisito imprescindível para a sua validade.

O Código Tributário do Estado da Bahia estabeleceu, em seu artigo 107, que compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização e arrecadação dos tributos estaduais e que a função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais (§ 1º), sendo a lavratura de autos de infração para exigência de tributos, acréscimos e multas privativa dos Auditores Fiscais (§ 2º), cabendo aos Agentes de Tributos Estaduais a execução de tarefas de subsídio à fiscalização (§ 3º).

Nesse contexto, no âmbito da legislação estadual, a Lei nº 8.210/2002, em diversas passagens, consigna que a atividade fiscalizadora é exercida pelos Auditores Fiscais, com o apoio operacional dos Agentes de Tributos Estaduais, não existindo previsibilidade legal para que as

atividades fiscalizadoras, repita-se, de competência privativa dos auditores fiscais, possam ser substituídas pela ação de agentes de tributos estaduais.

Dentro dessa linha de inteligência, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, no art. 41, incisos I e II, prescreve, de forma objetiva, que o Auto de Infração far-se-á acompanhar de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará obrigatoriamente, e dos demonstrativos e levantamentos **elaborados pelo fiscal autuante**, se necessário, e das provas imprescindíveis à demonstração do fato apurado (grifo do relator).

No caso epigrafado, os documentos de fls. 7, 8 e 9, Termo de Auditoria de Caixa de Postos de Combustíveis, à luz do que estatui o RPAF, são atos da ação fiscal que não foram expressamente atribuídos aos Agentes de Tributos, devendo ser praticados por Auditores Fiscais, os quais detêm, nos termos do art. 925 do RICMS, a competência para exercer as atividades de fiscalização, podendo praticá-las, todavia, em conjunto com os Agentes de Tributos, nos trabalhos de apoio mencionados no parágrafo único, do artigo referido, porém, jamais poderão ser efetivadas sem a chancela e homologação da autoridade fiscal competente, sob pena de tornar inválidos todos os atos, por vício de incompetência.

Portanto, em razão do ato de fiscalização perpetrado neste Processo ter sido efetivado por servidor incompetente, resta configurada nulidade insanável, aplicando-se ao caso a norma contida no art. 18, inc. I, do RPAF.

De todo o exposto e considerando as reiteradas decisões deste CONSEF, as quais corroboram com tal entendimento, declarar, de ofício, a NULIDADE do lançamento e, em consequência, considero PREJUDICADA a análise do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, declarar **NULO** o Auto de Infração nº 278007.0103/06-6, lavrado contra **CCS-COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS E SERVIÇOS LTDA. (POSTO NAMORADO)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2008.

FÁBIO DE ANDRADE MOURA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

ALINE SOLANO DE SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS