

A. I. N° - 146468.0090/08-5
AUTUADO - SODIC SOCIEDADE REVENDEDORA DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
AUTUANTE - HENRIQUE IJALMAR LOPES GRANGEON
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 19/03/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0036-03/10

EMENTA: ICMS. 1. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO USO DE EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL. MULTA. Os contribuintes usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) somente estão autorizados a emitir as notas fiscais de venda a consumidor ou modelo 1, por outro meio que não o ECF, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, por se encontrarem impedidos de emitir o cupom fiscal, ou concomitantemente ao ECF. Efetuadas correções nos cálculos e alterado o percentual da multa para 2%. Infração subsistente com redução do valor da multa exigida. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração não impugnada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/08/2008, refere-se à exigência de multa no valor total de R\$31.156,34, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que o contribuinte está obrigado, sendo exigida multa no valor total de R\$31.106,34.

Infração 02: Omissão de saídas 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 em exercício fechado (2006), sendo exigida a penalidade no valor de R\$50,00.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 230, apresentou impugnação (fls. 223 a 229), alegando que a defesa versa somente quanto à primeira infração, e que, antes da apreciação dos argumentos defensivos que demonstrarão a possibilidade de se aplicar o disposto no art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96, pede que a autuação seja examinada a partir do que dispõe a Lei nº 10.847, de 27/11/2007, que fixou o percentual de 2% para o caso em tela. Diz que a aplicação da “lei nova” em caso concreto é imposição do CTN, não podendo ser confundida com “redução da sanção”. Pede que sejam observadas as intervenções feitas no equipamento do estabelecimento autuado, justificando a utilização da Nota Fiscal D-1, principalmente em relação à intervenção realizada em 17/08/2004, asseverando que não foi de apenas “um dia”, como inserto no “EFC Detalhado”. Pede que a SEFAZ obtenha junto ao assistente técnico credenciado o período exato que durou a referida intervenção, a fim de que a multa correspondente ao mesmo período seja expurgada. O defendente alega, ainda, que em 14/06/2006, consta a cessação de uso do equipamento, não podendo ser excluída da autuação o total da multa correspondente ao período.

uma vez que o autuado solicitou a cessação do uso do ECF, o que, por si só, induz a ausência de caracterização da infração em relação ao mencionado período.

O defendente argumenta que após a adequação da sanção ao dispositivo legal em vigor e das exclusões pleiteadas, solicita a dispensa ou redução da multa, o que faz amparado no art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96, que transcreveu. Diz que no caso em tela, as operações registradas nos mesmos documentos já foram tributadas por antecipação tributária, e sendo punido com pesada multa, por emissão de notas fiscais em operações que não mais se encontram sujeitas à incidência do próprio ICMS, esse fato demonstra que em razão da infração apontada na autuação fiscal não houve “falta de recolhimento” do imposto, preenchendo uma das condições legais para o cancelamento ou redução da sanção. Alega, ainda, que não há no processo provas de que o autuado tenha agido com dolo, fraude ou simulação, pelo contrário, a simples ação que deu ensejo à multa comprova que houve boa fé, pois as notas fiscais foram emitidas, acobertando, inclusive, saídas que estão fora da cadeia de tributação. Salienta que a multa exigida é superior àquela aplicada no caso de falta de emissão de nota fiscal, mesmos nos casos de operações tributadas. Lembra que se trata de contribuinte do ramo de combustíveis, que trabalha com produtos com ICMS recolhido por substituição tributária, e o CONSEF tem feito uma interpretação mais branda da lei, conforme julgados que o autuado citou na impugnação, transcrevendo as ementas, cuja decisão foi pelo cancelamento ou a redução da multa. Ressalta que a multa recaiu sobre os exercícios de 2004 a 2006, e o próprio Auto de Infração também indica, no item 02, apenas a cobrança de multa formal de R\$ 50,00, referente ao exercício de 2006. Assevera que o CONSEF vem firmando posição no sentido do cancelamento ou da redução da multa para no máximo 10% do valor previsto e lei, como revelam os Acórdãos CJF Nº 0436-11/06, CJF Nº 0298-11/06, JF Nº 0066-01/07 e CJF Nº 0260-12/07, transcrevendo as respectivas ementas. Assim, o autuado pede que a multa da primeira infração seja cancelada ou reduzida para 10% do percentual previsto na Lei nº 10.847/07, servindo a multa, como pede o espírito da lei, com sanção educativa. Apresenta o entendimento de que a administração tributária contribuiu para a ocorrência, na medida em que autorizava a confecção de dezenas ou centenas de talonários fiscais, prejudicando a própria interpretação da restrição à utilização de notas D-1 e, concomitantemente, do ECF. Por fim, o defendente protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e, com base nos documentos ora carreados aos autos, revisão para exclusão de valores conforme alegações apresentadas. Reitera o pedido de dispensa da multa contestada ou, no mínimo, pela redução para 10% do percentual previsto em lei.

O autuante, em sua informação fiscal à fl. 241 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que o defendente reconhece a sua prática, e não questionou os dados constantes dos demonstrativos que fundamentaram a autuação fiscal. Quanto ao pedido apresentado pelo autuado para que a multa seja cancelada ou reduzida diz que ao Consef cabe decidir quanto à manutenção integral ou mesmo o cancelamento ou redução da multa, “dando, em tais circunstâncias, um caráter educativo à presente sanção”. Finaliza, pedindo a procedência do presente Auto de Infração.

Considerando a solicitação do autuado, quanto à primeira infração, para que sejam observadas as intervenções feitas no equipamento do estabelecimento autuado, justificando a utilização da Nota Fiscal D-1, principalmente em relação à intervenção realizada em 17/08/2004, asseverando que não foi de apenas “um dia”, como consta no “EFC Detalhado”, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência (fl. 245) para o autuante intimar o autuado a comprovar a alegação defensiva, comprovando o correto período de intervenção iniciada em 17/08/2004 e 04/08/2005, excluindo a multa exigida nos mencionados dias ou períodos.

Quanto à alegação do autuado de que houve cessação de uso do conforme “ECF Detalhado” à fl. 217 do PAF, foi solicitado para ser a referida data, elaborando novo demonstrativo de débito, e a In:

entrega ao autuado de cópia de todos os elementos anexados aos autos pelo autuante, mediante firmado recibo pelo contribuinte ou seu representante legal, com a indicação do prazo de dez dias para o defendente se manifestar, querendo.

Em atendimento, o autuante prestou informação fiscal à fl. 249 dos autos, dizendo que em relação ao dia 17/08/2004 o sistema que controla o uso de ECF pela SEFAZ é alimentado a partir das informações enviadas pelos usuários do equipamento e empresas credenciadas a intervir no ECF. Esclarece que a intervenção do mencionado dia foi procedida com base no Atestado de Intervenção emitido pela TELL INFORMÁTICA, e durou apenas um dia, tendo sido excluída a multa neste dia. Quanto às alegações do defendente de que a intervenção pode ter se alongado por mais dias, informa que ao contribuinte cabe fazer a comprovação com documento específico. Em relação ao dia 04/08/2005, esclarece que a intervenção foi realizada pela TELL INFORMÁTICA, e que também durou apenas um dia, sendo excluída a multa exigida na mencionada data, cabendo ao defendente comprovar se a intervenção ocorreu por mais dias. O autuante informa, ainda, que deve ser excluída a cobrança da multa exigida no período de 14/06/2006 a 16/07/2006, por isso, fica alterado o valor da penalidade no mês de junho de 2006 para R\$400,88, e no mês de julho do referido exercício fica zerado. Com isso, o total do exercício de 2006 fica alterado para R\$10.728,16. Pede a procedência parcial do presente Auto de Infração.

Intimado da informação fiscal, o defendente se manifestou às fls. 258 a 263, destacando, inicialmente, que o estabelecimento autuado encontra-se em processo de baixa, por isso, pede que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam direcionadas ao profissional que subscreve a manifestação. Em seguida, o defendente ratifica todos os termos da defesa datada de 24/09/08, apresentando o entendimento de o autuante não cumpriu a determinação contida no terceiro parágrafo da diligência de fls. 245, atinente à cessação de uso do ECF, alegando que a Junta “mandou” que se fizesse a exclusão dos valores relacionados a partir de 14/06/2006, sem condicionar a ordem a qualquer outro ato, como o fez no pedido inserto no segundo parágrafo da mesma diligência. Por isso, alega que a parcela de R\$400,88, mantida pelo autuante, também é indevida. Quanto aos períodos anteriores, ligados às “intervenções”, diz que o autuante igualmente não cumpriu a determinação da JF, porque não solicitou da empresa qualquer comprovação de suas alegações, que assim devem ser tomadas como verdadeiras. Afirma que o autuante apenas, manteve a exclusão de um dia para cada “intervenção”, não apresentando demonstração analítica de sua “conta”, o que indica que foi mantido ilegalmente o percentual de 5%. O autuado renova o pedido de dispensa ou redução da sanção, com base no art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96, asseverando que não existe no PAF qualquer indício de prova de que tenha existido dolo, fraude ou simulação, assim como as infrações apontadas, de caráter acessório, não possibilitam a evasão do ICMS, notadamente em razão da “substituição tributária” que recai sobre o setor de varejo de combustíveis. Cita decisões mais recentes do CONSEF sobre o tema e conclui protestando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos. Pede a dispensa da multa contestada ou, no mínimo, redução para no máximo 10% do percentual previsto na Lei 10.847/07.

Em nova informação fiscal prestada às fls. 266/267 dos autos, o autuante diz que o defendente insiste nos mesmos argumentos apresentados por ocasião da impugnação inicial, e que mostraram-se incapazes de elidir a exigência fiscal objeto do presente Auto de Infração. Entende que esta é uma estratégia de cunho meramente protelatório, que deve ser rechaçada pelo CONSEF.

Informa que a diligência solicitada por esta 3ª JF foi devidamente atendida, nos seguintes termos:

1. Quanto à multa aplicada no dia 17/08/2004, lembra que o sistema que controla o uso de ECF no âmbito da SEFAZ é alimentado a partir de informações eletrônicas enviadas pelos usuários e empresas credenciadas a intervir em ECF no âmbito do estado da Bahia. Diz que em consonância com este raciocínio a intervenção do dia 17/08/2004
Atestado de Intervenção nº 1.059, emitido pela TELL INFORMA

apenas um dia, ou seja, o dia 17.08.2004, e esta premissa norteou a exigência da multa com a exclusão da mesma para este dia.

2. Com relação às alegações do autuado de que esta intervenção possa ter se alongado por mais dias, cabe ao contribuinte fazer prova desta sua afirmação com documento comprobatório específico (Laudo técnico fornecido pela credenciada), salientando que é praxe a empresa credenciada fornecer ao usuário do ECF cópia de cada ATESTADO DE INTERVENÇÃO que a mesma emite em relação ao equipamento da empresa usuária. Portanto, neste caso específico, para o defendente, as informações oficiais da SEFAZ (Sistema ECF) estariam “furadas”, fazendo entender aos julgadores que o equipamento permaneceu inoperante por mais de um dia.
3. Em relação à multa aplicada no dia 04/08/2005, também informa que o sistema que controla o uso de ECF no âmbito da SEFAZ é alimentado a partir de informações eletrônicas enviadas pelos usuários e empresas credenciadas a intervir em ECF no âmbito do estado da Bahia, e em consonância com este raciocínio a Intervenção do mencionado dia foi procedida com base no Atestado de Intervenção nº 282, emitido pela TELL INFORMATICA (I.E. 36.791.383), e durou apenas um dia, ou seja, o dia 04/08/2005. Esta premissa norteou a exigência da multa com a exclusão da mesma para este dia.
4. Quanto às alegações defensivas de que esta intervenção possa ter se alongado por mais dias, cabe ao contribuinte fazer prova desta sua afirmação com documento comprobatório específico (Laudo técnico fornecido pela credenciada). Diz que neste caso, o autuado também entende que as informações oficiais da SEFAZ (Sistema ECF) estariam “furadas”, fazendo entender aos julgadores, que o equipamento permaneceu inoperante por mais de um dia.

Com relação à multa correspondente às operações posteriores a 13/06/2006, informa que, na mesma linha de raciocínio, deve ser excluída da cobrança a multa exigida no período compreendido entre 14/06/2006 a 16/07/2006, razão pela qual, os valores desta penalidade para o mês de junho fica alterado para R\$ 400,90 (Quatrocentos reais e noventa centavos) e o total do débito para o Exercício de 2006, nos termos do Anexo III (fls. 60 a 63 do PAF), fica alterado para R\$ 7.678,42. Salienta que as informações utilizadas na autuação fiscal foram extraídas do Sistema ECF da SEFAZ, são inteiramente fidedignas, sendo de interesse do contribuinte que estas informações estejam corretas. Entretanto, na visão do autuado, tem um dado correto que se refere à exclusão da multa fixa a partir de 14/06/2006; e uma parte incorreta, concernente à exclusão apenas das datas de 17/08/2004 e 04/08/2005. O autuante entende que os argumentos defensivos não haverão de encontrar guarida junto a este órgão julgador. Por fim, pede que esta Junta de Julgamento Fiscal declare a PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração.

VOTO

A primeira infração se refere à exigência da multa de 5% do valor das operações realizadas, pelo fato de o contribuinte, usuário de equipamento de controle fiscal, ter emitido outro documento fiscal (Notas Fiscais) em lugar daquele decorrente do uso do citado ECF, nas situações em que está obrigado.

Em relação ao uso de ECF, o RICMS/97 estabelece:

***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 emitida, em relação a mesma operação e/ou prestação:*

I - a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou o Bilhete

Created with

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.

§ 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 sequencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF.

§ 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.

De acordo com os dispositivos regulamentares acima reproduzidos, os usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) estão autorizados a emitir nota fiscal modelo 1 em três situações elencadas nos incisos I e II, e no § 2º do art. 238.

O autuado alegou que emitiu Nota Fiscal de Venda a Consumidor em lugar do Cupom Fiscal porque o equipamento emissor do cupom fiscal – ECF encontrava-se com defeito, juntando aos autos apenas uma cópia do “ECF Detalhado” (fl. 236), extraído do Sistema Informações do Contribuinte (INC) desta SEFAZ.

De acordo com o mencionado extrato “ECF Detalhado” houve intervenção no equipamento nos dias 17/08/2004 e 04/08/2005 e cessação de uso em 14/06/2006. Assim, foi solicitado por esta Junta de Julgamento Fiscal para o autuante excluir a multa exigida nas datas ou períodos citados.

Vale salientar, que de acordo com os esclarecimentos prestados pelo autuante e as informações constantes do referido documento denominado ECF Detalhado, extraído no sistema de Informações do Contribuinte (INC) desta SEFAZ, as intervenções técnicas no equipamento de controle fiscal estão conforme as informações inseridas no Sistema de Controle pelas empresas credenciadas, e tais informações também devem constar no Atestado de Intervenção fornecida ao contribuinte pela empresa credenciada a intervir no equipamento. No caso de divergência de dados, o autuado deveria comprovar mediante a juntada aos autos da comprovação, o que não foi feito, haja vista que o defendente apenas juntou cópia do ECF Detalhado, o mesmo utilizado pelo autuante para excluir as multas nos dias em que houve intervenção no ECF.

Portanto, conforme esclarecimentos prestados pelo autuante nas últimas informações fiscais, foram excluídas as multas referentes aos dias em que ficaram comprovadas as intervenções, inexistindo nos autos Atestados de Intervenção de outros dias, que a defesa alega que o ECF não estava operando, salientando-se que em tais circunstâncias a empresa credenciada teria que emitir o Atestado de Intervenção e transmitir ao Sistema INC – ECF/SEFAZ.

Vale salientar que a legislação não impede a emissão de notas fiscais, devendo o contribuinte, para tal procedimento, cumprir as regras estabelecidas, e no caso em exame, não foi comprovado o motivo que levou o autuado a emitir outro documento fiscal nos dias em que não ficou comprovado impedimento de utilizar o ECF.

Quanto aos dias 17/08/2004 e 04/08/2004, o autuante esclareceu nas informações fiscais de fls. 249 e 266 dos autos ficaram comprovadas as intervenções com base nos Atestados de Intervenção emitidos pela TELL INFORMÁTICA, e não foram exigida multa nestes dias. Assim, confrontando os demonstrativos de fls. 22 e 31 dos autos com as cópias do livro Registro de Saídas (fls. 29 e 39 do PAF) constato que, efetivamente, não foram computados no cálculo da multa exigida os valores das notas fiscais emitidas nas mencionadas datas, esta adotado pelo autuante.

Quanto ao período em que houve cessação de uso do equipamento, a partir de 14/06/2006, o autuante disse nas informações fiscais de fls. 249 e 266 dos autos, que fica alterado o valor da penalidade no mês de junho de 2006 para R\$400,88, e no mês de julho do referido exercício fica zerado.

Observo que de acordo com o levantamento fiscal de fls. 60/62 e cópia do livro Registro de Saídas à fl. 76 dos autos, houve emissão de notas fiscais no período de 01/06/2006 a 13/06/2006. Por isso, está correta a informação do autuante de que a multa remanescente é de R\$400,88 para o mês de junho de 2006. Portanto, não assiste razão ao defendente quando contestou o mencionado valor, haja vista que foi excluída a multa a partir do dia 14/06/2006, salientando-se que em todos os demonstrativos elaborados e acostados aos autos pelo autuante, consta assinatura de representante do contribuinte atestando que recebeu a respectiva cópia, sendo desnecessário fornecer outras cópias.

O autuado pede que a multa desta primeira infração seja cancelada ou reduzida para 10% o valor exigido, citando decisões do CONSEF sobre o tema. Entretanto, não acolho a alegação defensiva, haja vista que não se pode dizer que o descumprimento da obrigação acessória não trouxe prejuízo à fiscalização, considerando a necessidade da realização de auditorias fiscais e contábeis aplicando os elementos constantes das informações do Sistema ECF.

Em relação aos cálculos, constatei que o percentual da multa aplicável ao caso em exame, foi alterado para 2%, conforme art. 42, inciso XIII-A, alínea “h” do RICMS/97, e de acordo com o art. 106, inciso II, alínea “c” do Código Tributário Nacional, aplica-se a lei a fato pretérito quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática. Assim, acatando as alegações do autuado e fazendo as correções nos cálculos para aplicar o percentual de 2%, fica alterado o valor da multa exigida, conforme quadro abaixo:

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	BASE DE CÁLCULO	MULTA	VALOR DO DÉBITO R\$
31/3/2004	9/4/2004	2.339,17	2%	46,78
30/4/2004	9/5/2004	786,10	2%	15,72
31/5/2004	9/6/2004	80,00	2%	1,60
30/6/2004	9/7/2004	54,00	2%	1,08
31/7/2004	9/8/2004	61.494,05	2%	1.229,88
31/8/2004	9/9/2004	18.257,74	2%	365,15
31/3/2005	9/4/2005	21.520,00	2%	430,40
30/4/2005	9/5/2005	27.000,00	2%	540,00
31/5/2005	9/6/2005	9.015,00	2%	180,30
30/6/2005	9/7/2005	9.155,00	2%	183,10
31/7/2005	9/8/2005	43.467,92	2%	869,36
31/8/2005	9/9/2005	1.939,39	2%	38,79
30/9/2005	9/10/2005	50.126,21	2%	1.002,52
31/10/2005	9/11/2005	34.623,37	2%	692,47
30/11/2005	9/12/2005	639,51	2%	12,79
31/12/2005	9/1/2006	34.170,96	2%	683,42
31/1/2006	9/2/2006	10.096,51	2%	201,93
28/2/2006	9/3/2006	11.604,04	2%	232,08
31/3/2006	9/4/2006	7.715,77	2%	154,32
30/4/2006	9/5/2006	8.423,21	2%	168,46
31/5/2006	9/6/2006	107.710,86	2%	2.154,22
30/6/2006	9/7/2006	8.017,73	2%	160,35
TOTAL	-	-	-	9.364,73

Concluo pela subsistência parcial desta infração, com redução do R\$9.364,73.

A infração 2 é decorrente de levantamento quantitativo de estoques no exercício de 2006, sendo apurado omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, e exigida a multa correspondente, no valor de R\$50,00.

De acordo com as alegações defensivas, o autuado não impugnou esta infração, tendo sido apresentada contestação somente quanto ao primeiro item da autuação fiscal. Assim, considero procedente esta segunda infração, inexistindo controvérsia.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 146468.0090/08-5, lavrado contra **SODIC SOCIEDADE REVENDEDORA DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor total de **R\$9.414,73**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “h” e inciso XXII, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de março de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTESD REIS - JULGADOR