

A. I. N° - 060624.0103/10-3  
AUTUADO - TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.  
AUTUANTE - MARIA DE LOURDES PIMENTEL MORAES  
ORIGEM - INFRAZ VAREJO  
INTERNET - 26.05.2011

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0136-04/11**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EMISSÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL EM LUGAR DA EMISSÃO DE CUPOM FISCAL QUE ESTÁ OBRIGADO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Restou comprovado que na apuração da base de cálculo foram consideradas as notas fiscais emitidas com suporte em atestados de intervenções juntados no processo e devidamente registrados no sistema de processamento de dados da Secretaria da Fazenda. Refeito o cálculo em virtude do erro de soma e acatado o pedido de redução da multa. Infração elidida em parte. Não acatada a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração foi lavrado em 22/12/10 para aplicar multa no valor de R\$27.696,30 em razão de ter emitido outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.

O autuado na defesa apresentada (fls. 31 a 36), inicialmente destaca a tempestividade da defesa, comenta a infração, “resultando na imposição de penalidade no valor de R\$71.490,55”, ressaltando que não houve exigência de imposto e tão somente a aplicação de multa.

Afirma inexistir fundamento jurídico para sustentar a multa imposta, visto que “os dispositivos legais supostamente violados pelo defendantem não possuem qualquer pertinência com o enquadramento fático descrito”, que se refere aos requisitos técnicos necessários ao *software* destinado à impressão de cupons fiscais.

Argumenta que a infração acusa “emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado”, tendo em vista que é usuária de Emissor de Cupom Fiscal (ECF) e emitiu nota fiscal de venda a consumidor, nos exercícios de 2005 a 2009.

Transcreve o artigo 824-D, II, do Dec. 6.284/97, e indica a tipificação da multa no art. 42, XIII-A, “H”, da Lei n° 7.014/97 e diz que a leitura do dispositivo legal é suficiente para concluir-se que o mesmo não diz respeito a uma infração correspondente de emissão de documentação fiscal determinada por lei e sim sobre os requisitos referentes ao software para emitir documento fiscal, muito mais direcionada ao fabricante e/ou desenvolvedor destes meios eletrônicos, conforme disposto no Convênio ICMS 85/01, do que ao próprio contribuinte.

Entende que a descrição dos fatos pela fiscalização é omissa quanto à observância ou não dos requisitos legais do meio eletrônico utilizado pelo contribuinte para a emissão de nota fiscal e não dá suporte a suposta violação ao art. 824-D, II, do RICMS/BA, de modo que a autuação se mostra manifestamente nula de pleno direito.

Diz que na hipótese do órgão julgador concluir pela perfeita subsunção dos fatos descritos à indigitada norma legal, remanescem motivos, expressos no próprio regulamento do ICMS, para infirmar-se a imposição da penalidade.

No mérito, ressalta que durante todo o período fiscalizado ocorreram problemas com os ECFs utilizados, os quais foram remetidos para assistência técnica por diversas vezes, conforme cópias dos atestados de intervenção de manutenção juntados com a defesa fato que ocorre também na Secretaria da Fazenda que enfrenta problemas gerando impossibilidade de fornecer informações ou expedir documentos diante de “falhas no sistema” ou o “sistema estar fora do ar”, dentre outras situações do gênero.

Ressalta que a emissão de nota fiscal em substituição ao cupom fiscal devido a conserto de ECF foi feito em conformidade com o art. 691 do RICMS/BA, voltando a emitir cupom após conserto.

Afirma que este procedimento não implicou em falta de recolhimento de imposto, visto que a fiscalização apurou as operações realizadas sem apurar omissão de saída e se ocorresse resultaria em aplicação de multa de R\$50,00 por não emissão de nota fiscal relativo à saída de mercadorias com imposto pago por antecipação. Em seguida passou a indicar as ocorrências de intervenções no equipamento por exercício:

2005 - Dias 01 a 13 /01/05 a impressora ficou sem funcionar, de acordo com a nota fiscal de prestação de serviços 02357 emitida pela GL informática Ltda. em 10/01/2005. Foi emitida nota fiscal D1 com CFOP 5656 (impressora parada) totalizando R\$25.189,10;

Idem no dias 23/3/05 a 02/04/05, emitindo notas fiscais D1 totalizando R\$104.157,13 e montante de R\$30.359,50 referentes ao período entre 07 a 12/07/2005.

2006 – Idem entre os dias 01 a 04/01, do total de R\$ 766.028,23; R\$ 38.705,40 são referentes a nota fiscal D-1 com CFOP 5656 (impressora parada); R\$786,59 com CFOP 5929 e outros R\$726.536,26 relativos à D1 com CFOP 5656.

2007 - idem entre 02 a 09/07/2007. Do total de R\$78.308,23; R\$ 54.474,74 são relativos à D1 com CFOP 5656 (impressora parada); R\$ 3.819,87 são D1 com CFOP 5929 e outros R\$20.013,62 são referentes à D1 com CFOP 5656.

2008 – Idem entre os dias 21 e 22/12/2008. Do total de R\$36.101,18, R\$19.430,23 são D1 com CFOP 5656 (impressora parada), R\$2.841,40 com CFOP 5929 e R\$13.829,55 com CFOP 5656.

2009 – Foi apontado pela fiscalização valor de R\$ 9.077,71, entretanto o valor correto é R\$7.673,71. Deste valor, são R\$5.060,77 refere-se à nota fiscal D1 com CFOP 5656 e R\$2.612,94 relativos à D1 com CFOP 5929.

Alega que na eventualidade de não ser acolhida a argumentação acima exposta, possui motivos para ter a penalidade reduzida. Ressalta que exerce atividade de comercialização de combustíveis, submetido ao regime de substituição tributária, tendo efetivamente recolhido o ICMS aos cofres públicos pelas refinarias distribuidoras, não restando imposto a pagar.

Ressalta que não houve qualquer embaraço à fiscalização, não houve apuração de irregularidade na movimentação dos estoques. Entende que houve “falta de razoabilidade e proporcionalidade da multa imposta (quarenta e um mil, oitocentos e vinte reais e oitenta e sete centavos), cujo montante não traduz a gravidade da infração e os prejuízos que dela resultaram – no presente caso sequer houve qualquer prejuízo”.

Transcreve ementas dos Acórdãos JJF 0021-04/02 e JJF0010-01/03 nas quais o CONSEF reconheceu a inexistência de dolo e decidiu pela exclusão ou redução da multa aplicada. Requer nulidade da autuação, se não atendida, improcedência ou redução a multa e juntada de documentos.

A autuante na informação fiscal prestada (fl. 349) inicialmente faz um resumo da infração, alegações defensivas e passa a contestá-las conforme expôs. Ressalta que o valor histórico da multa aplicada é de R\$27.696,30 e não entende como argumentou aplicação de multa com outro valor, bem como foi feito na defesa, alusão a uma segunda infração que não existe.

Rebate a nulidade suscitada alegando falta de fundamento jurídico do enquadramento, dizendo que o mesmo foi lavrado em conformidade com o disposto nos artigos 32, 38 e 39 do RPAF/BA.

Com relação à documentação acostada ao processo, esclarece que os valores correspondentes foram excluídos dos demonstrativos da multa aplicada em conformidade com os atestados de intervenções expedidos. Afirma que a falta de uso do ECF sem uma justificativa legal, com emissão de nota fiscal de venda a consumidor “é perfeitamente manuseável” e é difícil afirmar a inexistência de dolo. Requer a procedência do Auto de Infração.

## VOTO

Rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo fato da infração ter sido enquadrada como incursa no art. 824-D, II do RICMS/97 ao invés do art. 824-B. Verifico que a descrição no Auto de Infração indica “Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado”, bem como os demonstrativos relacionam as notas fiscais, valores e porcentual de 2% cuja multa é prevista no art. 42, XIII-A, “h” da Lei nº 7.014/96 que indica infrações relacionadas com o uso de ECF e 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.

Inclusive o impugnante trouxe aos autos documentos fiscais com o intuito de elidir parte da infração, bem como indicou decisões proferidas pelo CONSEF correlatas com a infração apontada, para fundamentar pedido de redução de multa com enquadramento tipificado nesta infração. Portanto, pela descrição dos fatos, demonstrativos e tipificação da multa é possível determinar a natureza da infração, o autuado compreendeu e se defendeu da acusação, motivo pelo qual não acato a nulidade suscitada, nos termos do art. 18 do RPAF/BA.

No mérito a autuação aplica multa em razão de ter emitido nota fiscal ao invés de cupom fiscal. Inicialmente cabe ressaltar que em dois momentos a defesa indicou valores totais da aplicação da multa que não correspondem às indicadas no Auto de Infração, bem como se refere a uma segunda infração que não existe. Assim sendo, passo apreciar os fatos pertinentes a autuação.

Na defesa apresentada o autuado alegou que a fiscalização não considerou as situações em que foram emitidas notas fiscais em razão de defeito e intervenção no ECF. A autuante por sua vez, informou que os valores de notas fiscais emitidas em decorrência de conserto nos ECFs foram excluídos do levantamento fiscal.

Da análise dos elementos contidos no processo faço as seguintes constatações:

Exercício de 2005. A empresa alegou defeitos nos equipamentos entre os dias 01 a 13 /01/05 e 23/03/05 a 02/04/05.

Verifico que embora a empresa tenha registrado a ocorrência de defeitos do ECF no livro de Registro de Ocorrências (RUDFTO - fls. 54/55), a nota fiscal 002357 emitida pela GL Informática Ltda., indica data de emissão 10/01/2004 e não no exercício de 2005, conforme cópia juntada à fl. 227. Da mesma forma o detalhamento de intervenções no ECF constante no sistema de informações ao contribuinte (INC) da Secretaria da Fazenda juntado às fls. 51/52 não constam intervenções nos ECFs naquelas datas.

Exercício de 2006. A empresa alegou que entre os dias 01 a 04/01/06 emitiu DI com CFOP 5656 totalizando R\$38.705,40, além de outros valores em virtude de defeito na impressora, fato registrado no livro RUDFTO (fl. 56). Verifico que não foi apresentado qualquer atestado de intervenção do ECF. Por sua vez a fiscalização juntou cópia de atestados de intervenções em 09/06/06, 10/10/06 e 07/11/06 e cópias das notas fiscais correspondentes de nºs 6639, 6791 e 6821 (fls. 39/43), tendo considerado mediante exclusão dos valores das notas fiscais emitidas no período que esteve sob intervenção.

Exercício de 2007. A empresa alega que entre 02 a 09/07/07, o total de R\$54.474,74 refere-se a notas fiscais emitidas por defeito na impressora, bem como outros valores. Da mesma forma, embora o livro RUDFTO registre este fato (fl. 57) não foi apresentado atestado de intervenção do ECF.

Exercício de 2008. Alegou que entre os dias 21 e 22/12/08 os valores de R\$19.430,23 se referem a notas fiscais devido a defeito na impressora, bem como outros valores. Também não foi apresentado qualquer atestado de intervenção e registro no sistema INC.

Exercício de 2009. Argumentou que foi apontado valor de R\$ 9.077,71, mas o correto é R\$7.673,71, bem como o valor de R\$5.060,77 refere-se emissão de nota fiscal em função de defeito no ECF.

Constatou que embora tenha registrado eventos de defeito no livro RUDFTO (fl. 58), foi juntado atestado de intervenção em 27/11/09 (fl. 37), data esta em que não foram relacionadas notas fiscais no demonstrativo à fl. 31 elaborado pela fiscalização.

Com relação à alegação de que o valor correto é de R\$7.673,71 verifico que assiste razão ao autuado. Constatou que no demonstrativo à fl. 31 a soma indicada no período de 03 a 28/11/09 totaliza R\$594,00 e não R\$1.998,00 como foi grafado. Logo, a base de cálculo fica reduzida para R\$7.673,71 neste exercício (R\$9.077,71 – R\$1.998,00 + R\$594,00), valor este que será considerado no demonstrativo no final do voto.

Pelo exposto, restou comprovado que o contribuinte emitiu notas fiscais de venda a consumidor em lugar do cupom fiscal que estava obrigado e nos casos em que foi justificado mediante comprovação de intervenção no ECF, foram considerados pela fiscalização.

Quanto ao pedido de redução da multa aplicada, observo que em outros julgamentos fui contrário ao seu acatamento, porém em algumas circunstâncias, decisões em primeira e segunda instância deste Conselho têm acatado o pedido de redução.

Nesta situação específica, trata-se de estabelecimento que comercializa na sua quase totalidade combustíveis que são submetidos ao regime de substituição tributária, com pagamento do ICMS por antecipação. Consta na descrição dos fatos que foram aplicados diversos roteiros de auditorias e não foi constatada nenhuma outra irregularidade a não ser a da emissão de nota fiscal em lugar do cupom fiscal. Neste ramo de atividade é comum ocorrer exigência do ICMS por responsabilidade solidária quando apurado omissão de entrada de mercadoria, além do ICMS-ST devido ou aplicação de multa quando apurado omissão de saídas.

Logo, neste caso, embora a emissão irregular de nota fiscal de venda a consumidor em lugar do cupom oriundo do ECF, dificulte o exercício de atividade de fiscalização, os roteiros de auditorias aplicados demonstram que não implicou em falta de recolhimento do imposto, sendo que a infração apontada não caracteriza omissão do impugnante na emissão de documento fiscal, mas, sim, na emissão de documento inadequado, o que possibilita executar outros roteiros de fiscalização, motivo pelo qual deve ser atenuado o rigor da penalidade imposta.

Nesses termos, na esteira dos precedentes deste Conselho de Fazenda (Acórdãos CJF 0025-11/10 e CJF 0007-11/10), acato o pedido do impugnante, reduzindo a multa para 10% do valor resultante da aplicação do percentual de 2%, conforme demonstrativo abaixo.

Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo	Multa %	Valor Histórico	Reduzida a 10%
31/12/05	09/01/06	495.300,70	2	9.906,01	990,60
31/12/06	09/01/07	766.028,23	2	15.320,56	1.532,05
31/12/07	09/01/08	78.308,23	2	1.566,16	156,62
31/12/08	09/01/09	36.101,18	2	722,02	72,20
31/12/09	09/01/10	7.673,71	2	153,47	15,35
Total				27.668,22	2.766,82

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **060624.0103/10-3**, lavrado contra **TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor

de **R\$2.766,82**, prevista no art. 42, XIII-A, “h” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR