

A. I. N° - 206956.0013/10-6
AUTUADO - POSTO 4 COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
AUTUANTE - PAULO APARECIDO ROLO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 30. 06. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0179-01/11

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO USO DO ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A legislação tributária estadual determina que 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. O não atendimento resulta na aplicação da multa sobre o valor da operação, ao contribuinte usuário de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento nas situações em que está obrigado. Infração subsistente. Não acolhida a nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 14/12/2010, atribui ao autuado infringência à legislação do ICMS, por ter emitido outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, no exercício de 2005, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 24.904,34.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls. 74 a 82), registrando que a acusação fiscal decorreu do fato de haver supostamente emitido notas fiscais desacompanhadas da emissão do cupom fiscal correspondente, sendo imposta mera multa formal, em razão de não se configurar falta de pagamento de imposto, tendo em vista que o comércio de combustíveis está sujeito ao regime de substituição tributária nas refinarias, importadoras e distribuidoras. Acrescenta que, sem embargo dos fundamentos apresentados pela lavratura para subsidiar a exigência da pretensão fiscal, as razões de Direito, Justiça e Equidade militam em prol da revisão do ato de lançamento, conforme diz restará demonstrado.

Argui, em caráter preliminar, a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de defesa pela ausência de documentos nos autos do processo necessários à instrução do lançamento, bem como a insubsistência do lançamento baseado em notas fiscais supostamente emitidas de forma irregular, contudo, ausentes do processo. Invoca o aforisma jurídico de que o que não está nos autos não está no mundo, para afirmar que se aplica inteiramente ao presente Auto de Infração.

Frisa que o Processo Administrativo Fiscal se rege dentre outros pelos princípios da informalidade e da verdade material, depositando tanto mais as responsabilidades do deslinde do feito no acervo probatório e na sua valoração, e menos nos debates técnicos e excessivamente doutrinários e teóricos. Acrescenta que seu conteúdo diz com a necessidade de que as pretensões das partes estejam assentadas em acervo probatório idôneo.

Observa que o princípio implica na necessidade de que o lançamento esteja calcado em documentação idônea, documentação esta que, no mais das vezes, no processo, consubstancia o próprio conjunto de documentos fiscais do contribuinte, documental que verte em linguagem oficial a vida negocial das entidades empresariais.

Salienta que, no presente caso, a documentação se refere ao conjunto de notas fiscais supostamente emitidas de forma irregular e referidas pelo autuante no demonstrativo anexo ao Auto de Infração.

Afirma que de todas as notas fiscais referidas na autuação, nenhuma instruiu originariamente o ato de lançamento, que fica assim a carecer de documentação idônea a fundamentar a pretensão fiscal.

Sustenta que a ausência das notas fiscais no processo impossibilita a realização da ampla defesa por parte do contribuinte, condenando a imputação à imediata nulidade, conforme consolidada jurisprudência deste CONSEF.

Aduz que a juntada dos documentos fiscais permite o escrutínio das operações retratadas no documentário fiscal e, dessa forma, aferir, a efetiva existência do documento fiscal, a ocorrência da transação, a mercadoria transacionada, o regime jurídico aplicável, dentre outras variáveis que informarão o desate da lide instaurada no Auto de Infração. Acrescenta que a análise dos documentos fiscais se constitui diligência imprescindível para apurar a obrigatoriedade da emissão do cupom fiscal, precisamente quanto à condição de não contribuinte do adquirente da mercadoria.

Ressalta que a exigibilidade da emissão do cupom fiscal, conforme o art. 824-B do RICMS/BA está vinculada à condição de não contribuinte do adquirente da mercadoria, de sorte que, em se tratando de destinatário inscrito no cadastro do ICMS, no Estado da Bahia ou em outra unidade da Federação, inaplicável é a incidência do comando legal, e também a premissa tomada pelo autuante na ação fiscal.

Assevera que sem a juntada aos autos dos documentos fiscais referidos, resta impossível a análise de tais elementos de fato essenciais para a fundamentação do ato de imposição da multa.

Conclui sua argüição preliminar, afirmando que em qualquer hipótese, a lavratura levada a efeito com base em documentos fiscais supostamente emitidos de forma irregular não prescinde de ser instruída com as notas fiscais referidas, de modo que a falta de tais documentos, consoante se deu no caso concreto, tornam a autuação insubsistente, resultando na sua nulidade, o que requer.

Prosseguindo, diz que sem embargo da preliminar ventilada acima, no que concerne ao mérito, o que expende apenas por amor ao argumento, não encontra êxito a pretensão fiscal, conforme diz restará demonstrado.

Alega que malgrado não tenha o autuante juntado os documentos fiscais em que fundamenta sua tipificação imputa conduta correspondente à emissão irregular de documentos fiscais para impor a multa prevista no art. 915, inciso XXX-A, alínea "h", do RICMS/BA, correspondente a 2% sobre o valor da operação irregularmente documentada, contudo, tal dispositivo regulamentar foi revogado pelo Decreto nº 12.156 de 28 de maio de 2010, nos termos do seu art. 4º, cujo teor reproduz. Acrescenta que o referido diploma legislativo, que veio operar a alteração de nº 135 ao RICMS/97, teve como termo inicial de vigência a data de 01/06/2010, o que implica a revogação do dispositivo a partir desta data, alcançando, dessa forma, indubitavelmente, a lavratura, datada de 14/12/2010.

Sustenta que não subsiste o suporte legal para a aplicação da sanção imputada no ato de lavratura, o que, se superada a preliminar arguida, o que não espera, é de ser decretado por este Egrégio CONSEF, sem prejuízo do aplicável juízo de equidade, seguidamente vindicado.

Argumenta que o regime impositivo do ICMS incidente sobre combustíveis, que é o objeto de sua mercancia, caracteriza-se exatamente por submeter tais mercadorias à substituição tributária na refinaria, importadora ou distribuidora de combustíveis, nada restando que recolher de imposto à altura do comércio varejista, na cadeia de circulação deste gênero mercantil. Frisa que na condição de varejista, já adquire o combustível tendo o ICMS referente à venda que promoverá ao consumidor final devidamente tributada antecipadamente pelo sujeito passivo por substituição, que retém e recolhe o ICMS ao Erário estadual.

Alega que tal tratamento tributário não traz qualquer repercussão negativa ao Fisco Estadual, na medida em que não houve falta de recolhimento de ICMS, todo devidamente antecipado nas pessoas dos contribuintes substitutos, mesmo que a suposta emissão de documentos fiscais irregulares, apontada pelo autuante, se confirmasse.

Frisa que não menos relevante é a circunstância de que a implantação do sistema ECF em todo o Estado requereu período de complexa adaptação dos contribuintes, seja pela implementação dos sistemas informáticos, seja pela educação e treinamento dos usuários e demais empregados, o que acarretou determinado grau de falhas e equívocos na conformidade dos procedimentos de venda adotados pelos contribuintes, notadamente nos primeiros exercícios de incorporação definitiva da obrigatoriedade no RICMS/BA, entre 2004 e 2005.

Diz que, além disso, e ainda que sejam desprezadas as circunstâncias que infirmam os fundamentos para a imposição da multa, ou seja, admitindo-se hipoteticamente que houve a irregularidade apontada, seria nítida a ausência de intenção pelo contribuinte, máxime porque não houve qualquer ganho para a empresa, como tampouco houve perda para o Estado da Bahia, em matéria de arrecadação de ICMS.

Sustenta que se encontra campo para aplicação do §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, pelo qual a multa por descumprimento de obrigação acessória, na hipótese de ausência de dolo e de que não tenha implicado falta de recolhimento do imposto, autoriza ao julgador administrativo cancelar a multa aplicada.

Aduz que se trata de medida de Justiça que restaura a proporcionalidade e a equidade na relação Fisco-contribuinte, na medida em que o mero erro ou equívoco por parte do sujeito passivo, quando não acarreta qualquer prejuízo para o Fisco, não configura base valorativa razoável para a aplicação de onerosa sanção ao particular.

Diz que, em qualquer hipótese, não sendo acolhidas as razões suscitadas acima, o que não espera, pugna pelo acolhimento do juízo de equidade, na forma do §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, para cancelar a penalidade, ou, quiçá, reduzi-la a níveis módicos, compatíveis com a baixa gravidade da conduta infracional apontada, porque inexistente intenção de malferir a norma, e tampouco tendo havido prejuízo ao Fisco Estadual.

Finaliza sua peça defensiva requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, sua improcedência. Requer, ainda, o cancelamento ou redução da multa, com fulcro no art. 42, § 7º da Lei n.7.014/96.

O autuante prestou informação fiscal (fl. 99), na qual diz que o autuado apresentou defesa, porém, nada de forma eficaz que justifique a impossibilidade de emissão do cupom fiscal.

Contesta o argumento defensivo, afirmando que o enquadramento da infração e a multa imposta constam no Auto de Infração, não sendo o cabeçalho da planilha que mudaria a decisão do CONSEF.

Consigna que as notas fiscais arroladas na autuação constantes das planilhas de fls. 07 a 14 foram extraídas do livro Registro de Saídas, o que é uma informação prestada pelo contribuinte e não mera invenção do autuante. Acrescenta que foi verificada a inexistência no livro Registro de Termos de Ocorrência de registro para o fato, bem como que não foi identificado no sistema SEFAZ/INC, atestado de intervenção no período objeto da autuação.

Finaliza mantendo o Auto de Infração.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de infração à legislação do ICMS imputada ao autuado, decorrente de emissão de notas fiscais em substituição à emissão de cupom fiscal, na condição de usuário de equipamento de controle fiscal.

Inicialmente, não acolho a preliminar de nulidade arguida pelo impugnante, sob o argumento de cerceamento do direito de ampla defesa pela ausência de notas fiscais necessárias à instrução do processo, haja vista que todas as notas fiscais arroladas na autuação foram emitidas pelo próprio autuado, significando dizer que estão em sua posse, sendo, portanto, desnecessária a juntada, conforme pretendido pelo defendente.

Noto que os demonstrativos elaborados pelo autuante identificam claramente as notas fiscais D-1 emitidas pelo autuado, inclusive com o respectivo registro no livro Registro de Saídas. Certamente que não há que se falar em cerceamento do direito de defesa e do contraditório, pois claramente estão descritas a infração, o infrator, o montante da base de cálculo.

No que concerne à alegação defensiva de que o art. 915, inciso XXX-A, alínea “h”, do RICMS/BA indicado no Auto de Infração, referente à multa de 2% sobre o valor da operação irregularmente documentada foi revogado pelo Decreto nº 12.156 de 28 de maio de 2010, nos termos do seu art. 4º, cujo termo inicial de vigência data de 01/06/2010, o que implica a revogação do dispositivo a partir desta data, alcançando, dessa forma, indubitavelmente, a lavratura do Auto de Infração em lide, pois datado de 14/12/2010, também não vejo como prosperar tal alegação defensiva, haja vista que consta na tipificação da multa no Auto de Infração a indicação da multa de 2% prevista no art. 42, XXX-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, que se encontra em plena vigência. Ademais, mesmo que houvesse a indicação do art. 915, inciso XXX-A, alínea “h”, do RICMS/BA, mesmo revogado, não se constituiria em vício capaz de inquinar de nulidade o lançamento ou mesmo sua insubsistência.

No que concerne ao mérito, observo que a obrigatoriedade da emissão do cupom fiscal encontra-se prevista no RICMS/97, nos artigos 824-B e 238, sendo que, nos termos destes dispositivos regulamentares, o contribuinte usuário de equipamento emissor de cupom fiscal somente está autorizado a emitir notas fiscais de venda a consumidor ou modelo 1, em lugar do documento fiscal emitido pelo Equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, ou seja, motivos que o impeçam de emitir o cupom fiscal.

Também, quando solicitado pelo adquirente das mercadorias, o contribuinte usuário de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal 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 sequencial atribuído ao ECF no estabelecimento, bem como o número do documento fiscal emitido no ECF.

No presente caso, constato que a emissão das notas fiscais em lugar do cupom fiscal não foi motivada por nenhuma das razões acima referidas.

Verifico que o próprio autuado reconheceu a irregularidade, isto é, admitiu que emitiu notas fiscais quando deveria ter utilizado o equipamento ECF, tendo pleiteado a redução ou o cancelamento da multa aplicada, sob a justificativa de que opera exclusivamente com mercadorias tributadas sob o regime de substituição tributária e que no caso em tela estariam presentes os requisitos previstos no

art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96. Em reforço a sua tese, invoca julgados deste CONSEF, cujos resultados teriam seguido seu entendimento. Ressalto, no entanto, que nos casos correspondentes a essas decisões ficou comprovada que a infração praticada pelos autuados não resultara na falta de pagamento do imposto.

Desta forma, no respeitante à dispensa ou redução da multa requerida pelo autuado, verifico que a mesma ficou devidamente caracterizada e por não ter ficado evidenciado que o cometimento da irregularidade não implicou em falta de recolhimento do imposto, não acolho o pleito.

Diante do exposto, considero integralmente subsistente a infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 206956.0013/10-6**, lavrado contra **POSTO 4 COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$24.904,34**, prevista no art. 42, XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios conforme a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR