

A. I. Nº - 146468.0104/10-8

AUTUADO - RODRIGUES TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.

AUTUANTE - HENRIQUE IJALMAR LOPES GRANGEON

ORIGEM - INFRAZ VAREJO

INTERNET .. 07. 07. 2011

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0190-01/11

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Autuado apresenta elementos de prova que elidem parcialmente as infrações. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infrações parcialmente subsistentes. **c)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE EMISSÃO DE NOTA FISCAL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração reconhecida. 2. 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 venda 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 desta determinação 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. 3. EMBARAÇO A AÇÃO FISCAL. MULTA. Infração reconhecida. Não acolhida a arguição de nulidade do lançamento atinente à infração 04. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 15/12/2010, exige crédito tributário no valor de R\$ 68.944,34, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Falta de recolhimento do ICMS, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício de 2009, sendo exigido imposto no valor de R\$ 14.316,46, acrescido da multa de 70%. Consta que a irregularidade ocorreu no exercício de 2009, com relação aos produtos gasolina comum (R\$ 7.306,37) e álcool (R\$ 7.010,09), conforme discriminado nos Anexos I e II, acostados aos autos;
2. Falta de recolhimento do ICMS, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício de 2009, sendo exigido imposto no valor de R\$ 4.536,89, acrescido da multa de 60%. Consta que a irregularidade ocorreu em relação à gasolina comum e álcool, conforme discriminado nos Anexos I e II, acostados aos autos, e cujas cópias foram entregues ao contribuinte;
3. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício de 2009, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 50,00. Consta que a irregularidade ocorreu em relação à gasolina aditivada e diesel comum, conforme discriminado nos Anexos III e IV, acostado ao presente PAF, razão pela qual foi aplicada a penalidade fixa prevista na legislação no RICMS/BA;
4. Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso do equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, nos meses de março a setembro de 2005, novembro e dezembro de 2006, agosto a dezembro de 2007, janeiro a julho e dezembro de 2008, fevereiro e outubro de 2009, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no percentual de 2% sobre os valores das operações ou prestações de serviço realizadas sem a emissão do documento decorrente do uso do ECF, no valor de R\$ 49.580,99. Consta que essa irregularidade ocorreu ao longo dos exercícios de 2005 a 2009, gerando multa fixa a recolher nos valores indicados nos Anexos V a IX, cujas cópias reprográficas foram entregues ao contribuinte;
5. Embaraço a ação fiscal, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 460,00. Consta que o contribuinte embaraçou a fiscalização pelo fato de ao longo do exercício de 2005 haver efetuado Vendas e Transferências de combustíveis diversos para outros Postos Revendedores de combustíveis, em flagrante desrespeito a norma legal expedida pela Agencia nacional do Petróleo (ANP), conforme consta no Anexo X, acostado aos autos às fls. 230 às 241.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa às fls. 423 a 439, registrando, inicialmente, que a defesa é tempestiva e, depois, discorre em breve síntese sobre o Auto de Infração.

Salienta que no tocante às infrações 03 e 05, não apresenta qualquer impugnação tendo em vista os valores irrisórios exigido, requerendo a concessão de prazo para a juntada do documento de arrecadação do valor exigido. Acrescenta que a lide se cinge tão-somente em relação às infrações 01, 02 e 04, sobre as quais passa a expor, conforme a seguir.

Rechaça as infrações 01 e 02, sustentando que inexistiu aquisição de mercadorias desacompanhada de documentação fiscal, haja vista que as notas fiscais existem e apenas não foram arroladas pelo autuante no levantamento que realizou, ou seja, no Auto de Infração e seu relatório, anexos I e II.

Frisa que no intuito de facilitar uma melhor visualização, enumera as notas fiscais, com as respectivas datas de emissão e numeração, bem como a referência à quantidade e espécie de mercadoria adquirida, conforme abaixo:

Data	Número	Quantidade	Combustível
15/08/2009	12515	5.000	Gasolina Comum
09/09/2009	34998	10.000	Gasolina Comum
15/09/2009	35385	5.000	Gasolina Comum
30/12/2009	42505	5.000	Gasolina Comum
02/01/2009	6235	10.000	Álcool Comum
02/02/2009	7032	5.000	Álcool Comum
05/12/2009	20750	5.000	Álcool Comum

Salienta que o autuante utilizou em duplicidade a Nota Fiscal nº 30.341, emitida em 01/07/2009, referente à aquisição de 5.000 litros de Gasolina Comum.

Sustenta que desta forma, as infrações 01 e 02 são inteiramente improcedentes.

Prosseguindo, argui a nulidade da infração 04, afirmando que a penalidade imposta é severa pelo exclusivo fato de suposta emissão de nota fiscal do tipo diverso ao que determina a legislação, conforme a descrição dos fatos feita pelo autuante.

Diz que se verifica no lançamento a total inexistência de fundamento jurídico que lhe confira sustentáculo, haja vista que os dispositivos legais supostamente violados, não possuem qualquer pertinência com o enquadramento fático descrito, relacionando-se, ao contrário, com os requisitos técnicos necessários ao *software* destinado à impressão de cupons fiscais.

Frisa que a literal transcrição das normas jurídicas em comento, se comparadas ao substrato fático da autuação, é suficiente para elidir quaisquer dúvidas quanto à completa ausência de subsunção do fato à norma, conforme passa a aborda.

Consigna que o autuante sustenta uma suposta “emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado”, o que a seu critério, constitui infração à legislação fiscal, afirmando que a “Empresa, usuária de ECF (equipamento emissor de cupom fiscal) emitindo nota fiscal de venda a consumidor, nos anos de 2005, 2006, 2007, 2008 e 2009”, indicando a seguir os períodos em que ocorreram as infrações. Acrescenta que o autuante finaliza a acusação fiscal fundamentando o Auto de Infração nos artigos 824-D, inciso II, do Decreto 6.284/1997[RICMS/BA], cominando a penalidade inserta no art. 42, inciso XIII-A, alínea “h”, da Lei 7.014/97.

Transcreve o referido art. 824-D, inciso II, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/1997, para sustentar que a mera exegese literal do mencionado dispositivo regulamentar é suficiente para concluir-se que este nada diz respeito a uma infração correspondente à emissão de uma espécie de documentação fiscal quando a lei determina que outra seja emitida, inexistindo a instituição de qualquer obrigação referente à documentação fiscal. Acrescenta que em verdade, são requisitos referentes ao *software* que vai emitir esta documentação, no caso, cupom fiscal, nota fiscal, ou qualquer outra espécie de documento que já exista ou venha a ser aprovado pela legislação, o programa de computador utilizado pelo contribuinte não pode conter a opção de, uma vez registrada a operação, não ser emitida a documentação fiscal correspondente.

Salienta que se trata de legislação muito mais direcionada ao fabricante e/ou desenvolvedor destes meios eletrônicos, diretamente interessados na aprovação do seu modelo de *software* pela Secretaria da Fazenda, em conformidade com o quanto disposto no Convênio ICMS 85/01, do que ao próprio contribuinte.

Diz que neste particular é forçoso trazer a lume que a descrição dos fatos pelo autuante é inteiramente omissa quanto à observância ou não dos requisitos legais do meio eletrônico utilizado pelo contribuinte para a emissão de nota fiscal, sequer reportando-se a esse respeito, portanto, inexistindo razão para afirma-se suposta violação ao art. 824-D, inciso II, do RICMS, de modo que a autuação se mostra manifestamente nula de pleno direito.

Prosseguindo, diz que na hipótese deste 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.

Alega que, conforme a própria autuação e documentos que instruem o presente processo, teve alguns problemas com o equipamento emissor de cupom fiscal, necessitando remetê-lo à assistência técnica por diversas vezes ao longo do período objeto da fiscalização, conforme cópias dos atestados intervenção de manutenção acostados à defesa, sendo este fato absolutamente corriqueiro a todos que se utilizam de equipamentos. Acrescenta que a própria Secretaria da Fazenda enfrenta problemas de igual natureza quando não raras vezes se vê impossibilitada de fornecer informações ou expedir documentos ante a “falhas no sistema” ou em razão do “sistema estar fora do ar”, dentre outras situações do gênero.

Salienta que o direito deve socorrer e disciplinar tais situações inclusive para que estas exceções não se tornem uma via de acesso àqueles que têm a intenção de vender mercadoria desacompanhada do documento fiscal. Diz ser evidente que a comercialização das mercadorias não fica estancada a gerar enormes prejuízos, a mercê da reparação da falha no sistema eletrônico.

Observa que em conformidade com o disposto no Convênio ICMS 156/94, qualquer intervenção no equipamento emissor de cupom fiscal só poderá ser realizado por pessoa jurídica devidamente credenciada junto à Secretaria da Fazenda e sob sua responsabilização civil e criminal, sendo necessária a lavratura de um atestado de intervenção em cada manutenção efetuada para fins de controle e fiscalização da Administração Tributária.

Frisa que sendo o número de credenciados habilitados para realizar este tipo de procedimento extremamente reduzido, a identificação e correção dos defeitos existentes se torna um procedimento bastante lento, retendo-se o equipamento por longos períodos na assistência técnica. Diz que neste interstício, por óbvio, o contribuinte não pode simplesmente paralisar suas atividades à espera do conserto de sua máquina, mormente na hipótese em que, por força da substituição tributária operada anteriormente, o cumprimento ou descumprimento da obrigação fiscal acessória, no caso, a emissão de cupom fiscal, em nada influi no recolhimento ou na fiscalização do imposto devido nas operações realizadas.

Diz que possui documentos a exemplo do atestado de intervenção anexado, que não deixam margem à dúvida acerca da veracidade das suas afirmações, valendo dizer que realmente os equipamentos em determinados momentos precisaram de reparos e, para tanto, as empresas credenciadas pela Fazenda Estadual foram chamadas a solucionar a questão.

Salienta que muito embora o autuante afirme que “os demonstrativos não fazem parte das intervenções técnicas que constam no termo de ocorrências”, é certo que qualquer intervenção no equipamento emissor inviabiliza totalmente a emissão dos cupons fiscais, e assim sendo, ao contribuinte restavam apenas duas opções. Ou seja, o caminho da ilicitude, não emitindo qualquer documento fiscal, e desta forma descumprir a obrigação acessória de vender mercadorias acompanhadas de nota fiscal, ou seguir a lei e só vender mercadoria se acompanhada do documento fiscal, ainda que eventualmente o faça utilizando dos documentos fiscais diversos do que ordinariamente emite.

Ressalta que tendo optado pelo caminho da licitude, utilizou em caráter eventual, a nota fiscal de venda consumidor, com amparo no art. 691 do RICMS, cujo teor reproduz.

Realça que sem alternativa emitiu a nota fiscal D1, contudo, isto decorreu por falha do equipamento e em caráter eventual, procedendo de forma correta ao emitir a nota fiscal com a utilização do código correspondente ao da operação realizada, para cada uma das hipóteses em que houve a temporária parada da máquina impressora, conforme diz demonstrará a seguir.

Assevera que sobre a documentação emitida não há qualquer pecha de inidoneidade capaz de elidir a regularidade de suas atividades. Acrescenta que tanto é assim que através dela foi possível ao autuante mensurar todas as operações realizadas, confrontá-las com as saídas registradas e apontar a omissão de saída de mercadorias efetuadas sem emissão da nota fiscal correspondente no irrisório valor de R\$ 50,00.

Sustenta que é manifesta a improcedência da autuação, mormente se levada em consideração à existência de incontáveis erros no lançamento, conforme elenca abaixo:

- exercício 2005

Alega que entre os dias 14/07/05 a 14/09/05 houve uma serie de problemas com a impressora, que retornou varias vezes à oficina técnica inclusive para a realização de uma intervenção no dia 21/07/05, conforme consta no atestado de intervenção nº 006138 emitido pela GL Informática Ltda. no dia 21/07/05.

Diz que neste diapasão do valor de R\$ 579.546,68 que foi apurado, R\$ 498.679,90 se refere à notas fiscais D1 com CFOP 5656 (impressora parada) e R\$ 80.866,78 a notas fiscais D1 com CFOP 5929;

- exercício 2006

Argumenta que no mês de novembro de 2006 do valor de R\$ 17.475,93 levantado pelo autuante o valor de R\$ 17.097,43 se refere à nota fiscal D1 com CFOP 5656 e R\$ 378,50 à nota fiscal D1 com CFOP 5929.

Alega que no mês de dezembro de 2006, a impressora fiscal estava com problemas entre janeiro a outubro de 2006, conforme consta e faz prova a cópia reprográfica da Nota fiscal de prestação de serviço nº 003106 emitida pela GL Informática Ltda. no dia 06/12/06. Destaca que neste período o valor de R\$ 162.406,95 se refere à notas fiscais D1 com CFOP 5656 (impressora parada);

- exercício 2007

Diz que no mês de agosto de 2007 foram emitidas notas fiscais D1 com CFOP 5929 no valor de R\$ 2.378,29 e no mês de setembro de 2007 o valor apurado pelo autuante é R\$ 35.475,01, contudo, o valor correto é R\$ 5.968,38.

Observa que entre os dias 02 e 03 de setembro houve uma falha no sistema e passaram-se 2 dias sem a impressora funcionar, sendo emitida documentação fiscal no valor de R\$ 5.968,38, dos quais R\$ 5.670,01 se refere à notas fiscais D1 com CFOP 5656 (impressora parada) e R\$ 298,37 à notas fiscais D1 com CFOP 5929.

Diz que no mês de outubro de 2007 do valor de R\$ 949,31 apurado pelo autuante, R\$ 403,65 se refere a notas fiscais D1 com CFOP 5656 e R\$ 545,66 a notas fiscais D1 com CFOP 5929.

Consigna que entre os dias 22/11 a 05/12 a impressora não funcionou, conforme se verifica na nota fiscal de Remessa nº 0894 de 22/11/07, emitida por Rodrigues Torres Comercio e Derivados de Petroleo Ltda; Nota fiscal de Remessa nº 001094, dia 30/11/07 emitida pela GL Informática Ltda. e Nota fiscal de Prestação de Serviço nº 003436, dia 30/11/2007, emitida pela GL Informática Ltda. Salienta que neste período o valor de R\$ 158.023,61 se refere à notas fiscais D1 com CFOP 5656 “impressora parada

Diz que no mês de dezembro de 2007 houve nova falha no sistema e a impressora ficou sem funcionar entre os dias 15 e 28/12, totalizando o valor de R\$ 174.066,36 às notas fiscais D1 com CFOP 5656 impressora parada;

- exercício 2008

Alega que entre os dias 02 a 16 de janeiro a impressora não funcionou, conforme atesta a Nota fiscal de prestação de Serviço nº 003470, datada de 11/01/08, emitida pela GL Informática Ltda. No período R\$ 373.408,04 são referentes à D1 com CFOP 5656 (impressora parada).

Salienta que, da mesma forma, entre os dias 01 a 12 de fevereiro a impressora não funcionou, conforme pode ser verificado através do Atestado de intervenção técnica nº 007414 no dia 08/02/08, emitido pela GL Informática Ltda. Acrescenta que nesta hipótese o valor de R\$ 238.683,56 se refere às notas fiscais D1 com CFOP 5656 impressora parada;

Diz que entre os dias 01 de março a 05 de abril a impressora não funcionou, conforme, Atestado de intervenção nº 007471, emitido pela GL Informática Ltda. no dia 31/03/08 a 01/04/08, apurando-se, na oportunidade o valor de R\$ 446.498,02 referente às notas fiscais D1 com CFOP 5656 (impressora parada);

Frisa que o mesmo ocorreu entre os dias 10 a 24 de maio de 2005, conforme o Atestado de intervenção nº 007516, emitido pela GL Informática Ltda., no dia 16/05/08, sendo o valor de R\$ 204.567,71 referente às notas fiscais D1 com CFOP 5656 (impressora parada);

Registra que no mês de junho do valor de R\$ 629,13 levantado pelo autuante, R\$ 110,00 se refere às notas fiscais D1 com CFOP 5656 e R\$ 519,13 às notas fiscais D1 com CFOP 5929. Acrescenta que no mês de julho do valor apurado de R\$ 380,00, R\$ 200,00 se refere às notas fiscais D1 com CFOP 5656 e R\$ 180,00 às notas fiscais D1 com CFOP 5929. Já no mês de dezembro o valor de R\$ 3.452,28, afirma que diz respeito às notas fiscais D1 com CFOP 5929;

- exercício 2009

Alega que no mês de fevereiro do valor de R\$ 15.265,83 apurado pelo autuante, R\$ 14.132,83 se refere às notas fiscais D1 com CFOP 5656 e R\$ 1.133,00 às notas fiscais D1 com CFOP 5929. Acrescenta que no mês de outubro ainda houve falhas no sistema e a impressora ficou desde o dia 23 a 25 sem funcionar. Frisa que neste período, do valor apurado de R\$ 64.458,85, o valor de R\$ 64.078,85 diz respeito às notas fiscais D1 com CFOP 5656 e R\$ 280,00 às notas fiscais D1 com CFOP 5929.

Continuando, diz que em atenção ao princípio da eventualidade, na hipótese de não ser acolhida sua argumentação acima exposta, possui motivos para, ao menos, ter a penalidade reduzida.

Ressalta que se dedica ao comércio de combustíveis, atividade totalmente sujeita, nos termos da legislação do ICMS, ao regime de substituição tributária “para trás”, portanto, todo o imposto incidente nas suas operações já se encontra efetivamente recolhido aos cofres públicos pelas refinarias distribuidoras, não restando, por consequência irrefutável, saldo de tributo a pagar.

Registra que inexiste qualquer embaraço a Fiscalização, uma vez que não apontados pelo autuante vícios na documentação fiscal apresentada e/ou emitida.

Realça que é induvidoso concluir-se que no caso em análise não existe qualquer prejuízo ao erário público, seja no tocante ao volume da arrecadação, haja vista que houve pagamento integral do ICMS pelo substituto tributário, seja em relação à fiscalização das atividades do contribuinte. Observa que, neste particular, malgrado a discussão sobre a obrigatoriedade da emissão de cupom ou nota fiscal, pode-se aferir concretamente e em números precisos as operações realizadas e o volume de vendas que efetuou, de modo ser inevitável a conclusão de que o documento fiscal emitido prestou-se fielmente ao seu desiderato.

Aduz que nesta linha de intelecção, mostra-se a toda evidência a falta de razoabilidade e de proporcionalidade da multa imposta, cujo montante não traduz a gravidade da infração e os prejuízos que dela resultaram, sendo que, no caso em discussão sequer houve qualquer prejuízo.

Diz que em situações semelhantes, reconhecendo à inexistência de dolo por parte do contribuinte e ausente qualquer prejuízo à arrecadação, este CONSEF excluiu ou reduziu em patamares consideráveis a multa aplicada, conforme Acórdãos JJF Nº 0021-04/02 e JJF Nº 0010-01/03, cujo teor reproduz parcialmente.

Ressalta que pelo número de vezes em que foi necessária a emissão da nota fiscal D1, a escassez destas situações evidenciam longe de dúvidas que não se trata de um contumaz agente a incorrer na irregularidade apontada no Auto de Infração em tela, haja vista que foram registradas ao longo do período fiscalizado apenas cinco infrações, relativas à interstício temporal não superior a 50 dias, fato que por si só acentua a necessidade da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação da suposta sanção.

Conclui requerendo a improcedência da autuação em relação às infrações 01 e 02, a declaração de nulidade da autuação em relação à infração 04, em razão da ausência de fundamento legal do Auto de Infração.

Requer, ainda, alternativamente, caso não acolhido o pedido anterior, que seja julgada improcedente a infração 04 ou, a exclusão da penalidade imposta ou a sua redução, em atenção à ausência de dolo do contribuinte, a proporcionalidade, a razoabilidade e a equidade ante a inexistência de prejuízo ao erário público.

Por fim, requer a juntada dos documentos anexados, cópias dos livros Registro de Saídas do ICMS a demonstrar os erros de cálculos perpetrados e os atestados de intervenção e notas de conserto de equipamento emissor e impressor de nota fiscal.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 635 a 637, consignando que o defendente insurge-se contra a infração 01, argüindo sua improcedência, anexando diversas notas fiscais de entradas que teriam deixado de ser consideradas por ocasião do Levantamento Quantitativo de Estoque levado a efeito para o Exercício de 2009 (folhas 498 à 504).

Frisa que em razão disto realizou revisão dos lançamentos, o que resultou em novos demonstrativos, sendo que a mercadoria gasolina comum (Anexo I) deixou de apresentar diferença passível de exigência do ICMS, contudo, no que diz respeito à mercadoria álcool subsistiu uma diferença de ICMS a recolher nos valores de R\$ 1.455,86, para o ICMS NORMAL e de R\$ 461,36, para o ICMS SUBSTITUTO.

Observa que relativamente à mercadoria álcool, a Nota Fiscal nº 7032, emitida pela GASFORTE em 30/01/2009, deixou de ser considerada no novo Levantamento, haja vista que já fora inserida no levantamento original, conforme consta à fl. 33 dos autos.

Diz que com a revisão estas infrações devem ser julgadas procedentes em parte, com base nos novos levantamentos, subsistindo apenas as diferenças referentes ao álcool nos valores de R\$ 1.455,86, referente ao ICMS NORMAL e de R\$ 461,36 relativa ao ICMS SUBSTITUTO.

No que concerne aos argumentos defensivos referentes à infração 04, observa que o impugnante concentra o seu pleito em uma série de explicações em sua maioria não justificadas e conclui requerendo a exclusão da multa indicada por ausência de dolo e inexistência de prejuízo para o Fisco.

Aduz que com esta tese o impugnante reconhece efetivamente a prática da infração que lhe é imputada, uma vez que não questiona qualquer dado constante do Demonstrativo que a fundamenta.

Contesta os argumentos defensivos, afirmando que a ocorrência encontra-se caracterizada, tanto que o autuado não se defendeu, pedindo apenas a redução ou mesmo o cancelamento da multa, na forma e condições previstas no artigo 42 § 7º da Lei 7.014/96, sob a alegação de ausência de dolo e o fato que as mercadorias já tinham sido objeto de tributação antecipada.

Salienta que a legislação que regula a matéria é clara ao exigir que cada vez que o contribuinte proceda a intervenção técnica em seu equipamento ECF esta seja procedida por empresa credenciada e o seu registro nos sistemas da SEFAZ/BA, o que na presente situação não restou comprovado.

Diz que de qualquer modo a definição sobre o cancelamento e/ou redução da multa, cabe ao CONSEF.

Finaliza mantendo parcialmente as infrações 01 e 02 e integralmente as infrações 03, 04 e 05.

Intimado o autuado para conhecimento da informação fiscal, este se manifestou às fls. 647 a 649, sustentando que não assiste razão ao autuante quando assevera que o contribuinte, em sua impugnação, deteve-se apenas em pretender imotivadamente, a redução ou extinção da multa aplicada. Acrescenta que possui documentos a exemplo do atestado de intervenção anexado, que não deixam margem a dúvidas acerca da veracidade das suas afirmações. Reitera que, efetivamente, os equipamentos em determinados momentos precisaram de reparos e, para tanto, as empresas credenciadas pela Fazenda Estadual foram chamadas a solucionar a questão.

Repete em todos os seus termos os argumentos apresentados na defesa inicial, referente à infração 04.

No que tange as demais infrações, diz nada a ter a acrescentar àquelas já reconhecidas, no caso, infrações 03 e 05, bem como concorda com a redução verificada pelo autuante na informação fiscal concernente às infrações 01 e 02.

O autuante se pronunciou às fls. 653 a 654, esclarecendo que no desenvolvimento do levantamento de estoque foram utilizados os procedimentos recomendados para o segmento específico de Comércio à Varejo de Combustíveis, disciplinados pela Agencia Nacional de Petróleo/ANP (Portarias DNC 26/1992 e Portaria ANP 116/2000) e pela própria SEFAZ/BA, em sua legislação específica e outros Pareceres, no caso, Parecer 3820/2002; Parecer 327/2005; Parecer 7754/2005, além de algumas Decisões prolatadas pelo CONSEF/BA, ao longo dos exercícios de 2008 a 2010, pertinentes ao assunto em discussão e que se encontram acostados aos autos às fls. 351 a 375.

Diz que na manifestação apresentada o impugnante restringe-se a apresentar os mesmos argumentos apresentados na sua peça de defesa inicial, sem trazer nenhum novo argumento capaz de elidir as irregularidades apontadas.

Frisa que o autuado afirma categoricamente que “é certo que qualquer intervenção no equipamento emissor de cupom fiscal inviabilizada totalmente a emissão dos cupons fiscais”, sendo exatamente isto que se exige no Auto de Infração em lide, que se configura como descumprimento de obrigação acessória, com multa específica prevista no art. 42 da Lei 7.014. Enfatiza que em todas as datas relacionadas nos anexos V à IX do Auto de Infração, a emissão do cupom fiscal pelo ECF “ficou inviabilizada” de ocorrer.

Ressalta que em tais circunstâncias e sendo a empresa regularmente intimada em 30/09/2010, conforme consta à fl. 10 excluiu da exigência fiscal apenas aquelas datas acobertadas pelos correspondentes Atestado de Intervenção em ECF que, inclusive, foram alimentadas no sistema próprio da SEFAZ/BA, que controla tais intervenções.

Diz que desta forma foram excluídas apenas as ocorrências referentes ao Atestado 6138, de 21/07/2005; Atestado 6667, de 28/06/2006; e Atestados nºs 7414, de 08/02/2008; 7471, de 31/03/2008 e 01/04/2008, e 7516, de 16/05/2008.

Manifesta o entendimento de que o ilícito, objeto da Infração 04, está efetivamente comprovado, nos termos da legislação que regula a matéria e dos seus Anexos V à IX, parte integrante do presente processo, cabendo ao órgão julgador decidir quanto à sua manutenção integral ou mesmo o seu cancelamento ou redução.

Finaliza mantendo parcialmente as infrações 01 e 02, nos valores sugeridos na informação fiscal, e integralmente as infrações 03, 04 e 05.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de cinco infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, dentre as quais este reconhece as infrações 03 e 05, e insurge-se contra as infrações 01, 02 e 04.

No que concerne às infrações 01 e 02, observo que dizem respeito à falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário e por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, respectivamente, tudo apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2009.

Verifico que o autuado exerce a atividade de comércio varejista de combustíveis, condição na qual invariavelmente deve receber as mercadorias adquiridas acompanhadas de notas fiscais com destaque do ICMS referente à operação própria praticada pelo fornecedor, bem como o ICMS devido por antecipação tributária relativo às saídas subsequentes realizadas pelos adquirentes.

Ocorre que, no presente caso, exige-se do autuado o imposto devido, por solidariedade, bem como o ICMS devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo (apurado em função do valor acrescido), haja vista a constatação de falta de registro, em sua escrituração, de entradas de combustíveis, ocorridas em seu estabelecimento.

Noto que na peça impugnatória o defendente rechaça as infrações 01 e 02, sustentando que inexistiu aquisição de mercadorias desacompanhada de documentação fiscal, haja vista que as notas fiscais existem e apenas não foram arroladas pelo autuante no levantamento realizado, apontando as Notas Fiscais nºs 12515, 34998, 35385, 42505, 6235, 7032, 20750, com as respectivas quantidades de entradas de gasolina comum e álcool. Alega, ainda, que a Nota Fiscal nº 30.341, referente à aquisição de 5.000 litros de gasolina comum foi arrolada na autuação em duplicidade.

Vejo, também, que o autuante acertadamente acatou os argumentos defensivos e revisou o levantamento quantitativo de estoque, o que resultou na inexistência de omissão de entradas da mercadoria gasolina comum, remanescente apenas diferença referente à mercadoria álcool comum, cujo ICMS devido por responsabilidade solidária passou para R\$ 1.455,86 e o ICMS por antecipação para o valor de R\$ 461,36, conforme os novos demonstrativos elaborados acostados às fls. 638 a 641.

No tocante à Nota Fiscal nº 7032, constato que assiste razão ao autuante quando diz que deixou de ser considerada no novo levantamento realizado, em razão de ter sido incluída no levantamento original, conforme consta à fl. 33 dos autos.

Relevante registrar que na manifestação apresentada pelo impugnante este acatou o resultado da revisão acima aduzida.

Desta forma, considero parcialmente subsistentes as infrações 01 e 02.

No que tange à infração 03, conforme consignado linhas acima, o autuado reconheceu o cometimento da irregularidade. Infração mantida.

No respeitante à infração 04, constato que diz respeito à imposição de multa por descumprimento de obrigação acessória, por ter o contribuinte emitido notas fiscais em substituição à emissão de cupom fiscal, em decorrência do uso de equipamento de controle fiscal.

Inicialmente, cabe-me apreciar a nulidade desta infração arguida pelo impugnante, sob o argumento de inexistência de fundamento jurídico que lhe confira sustentáculo, tendo em vista que os dispositivos legais supostamente violados, no caso, o artigo 824-D, inciso II, do RICMS/BA e art. 42, inciso XIII-A, alínea "h", da Lei 7.014/97, não possuem qualquer pertinência com o enquadramento fático descrito, relacionando-se, ao contrário, com os requisitos técnicos necessários ao *software* destinado à impressão de cupons fiscais.

Não vejo como prosperar tal pretensão defensiva, haja vista que a autuação expõe com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, fundamentando com a indicação dos demonstrativos e relatórios, bem como de seus dados e cálculos. Não vislumbro qualquer violação aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa ou do contraditório. Nota que ao rechaçar o mérito da autuação o impugnante abordou todos os aspectos da acusação

fiscal, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infração imputada, deixando claro que é conhecedor do motivo da autuação.

Diante do exposto, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inocorrência de qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

No mérito, observo que a obrigatoriedade de emissão do cupom fiscal encontra-se prevista no RICMS/97, nos artigos 824-B e 238, sendo que, o contribuinte usuário de equipamento emissor de cupom fiscal somente está autorizado a emitir notas fiscais de venda a consumidor, por outro meio que não o ECF, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, motivos que o impeçam de emitir o cupom fiscal.

Observo que apesar de o autuado alegar a ocorrência de problemas nos equipamentos que necessitaram de intervenções, conforme Atestado de Intervenção em ECF que relaciona e acosta aos autos, o autuante esclareceu e comprovou que sendo o contribuinte regularmente intimado em 30/09/2010, conforme consta à fl. 10 excluiu da exigência fiscal apenas aquelas datas efetivamente acobertadas pelos correspondentes Atestado de Intervenção em ECF, que inclusive foram alimentadas no sistema próprio da SEFAZ-BA, que controla tais intervenções. Ou seja, excluiu apenas o Atestado 6138, de 21/07/2005, Atestado 6667, de 28/06/2006, e Atestados nºs 7414, de 08/02/2008, 7471, de 31/03/2008 e 01/04/2008, e 7516, de 16/05/2008.

Na realidade, verifico que o próprio autuado ao dizer que emitiu as notas fiscais em lugar do cupom fiscal em razão de o equipamento ECF apresentar defeito, contudo, sem comprovar mediante a apresentação do indispensável atestado de intervenção, permite concluir que incorreu na prática da irregularidade apontada neste item da autuação.

Convém consignar que o contribuinte usuário de ECF pode sim emitir outro documento fiscal em substituição ao cupom fiscal quando o equipamento apresenta defeito, porém, a condição indispensável para tanto é que tal fato seja comprovado mediante apresentação do Atestado de Intervenção em ECF, o que não ocorreu no presente caso.

No que concerne ao pedido de redução ou o cancelamento da multa aplicada, sob a justificativa de que opera exclusivamente com mercadorias tributadas sob o regime da substituição tributária e que no caso em tela estariam presentes os requisitos previstos no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96, apresentando em reforço ao requerimento, Acórdãos referentes a julgados deste CONSEF, cujos resultados teriam seguido o entendimento que sustenta, não acolho o pedido, tendo em vista que de acordo com as infrações 01 e 02 do Auto de Infração em exame, restou comprovado que o sujeito passivo incorreu em irregularidades que consistiram na aquisição e comercialização de mercadorias sem o pagamento do imposto devido.

Certamente, tal fato contraria a possibilidade aventada de redução ou cancelamento da multa aplicada no presente caso, haja vista que incorreu a necessária premissa de que não teria havido falta de cumprimento da obrigação principal. Ressalto que nos Acórdãos deste CONSEF invocados pelo impugnante, cujos resultados teriam seguido o seu entendimento, restou comprovado que a infração praticada pelos sujeitos passivos não resultara na falta de pagamento do imposto.

Desta forma, considero subsistente a infração 04.

No que tange à infração 05, conforme dito acima, o impugnante reconheceu o cometimento da irregularidade, inclusive dizendo que estaria efetuando o pagamento do valor exigido. Infração mantida.

Diante do exposto, as infrações 01 e 02 são parcialmente subsistentes e as infrações 03, 04 e 05, integralmente subsistentes.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **146468.0104/10-8**, lavrado contra **RODRIGUES TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.917,22**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 1.455,86 e de 60% sobre R\$ 461,36, previstas no art. 42, incisos III e II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas decorrentes de descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$50.090,99**, previstas nos incisos XXII, XIII-A, alínea “h” e XV, alínea “e” do artigo e Lei acima citados, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de junho de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR