

A. I. Nº - 60624.0102/10-7
AUTUADO - POSTO DE GASOLINA MUNIZ LTDA
AUTUANTE - MARIA DE LOURDES PIMENTEL MORAES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 13.06.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0144-02/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS AO CONSUMIDOR EM SUBSTITUIÇÃO A CUPONS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Não foram identificados os documentos emitidos em lugar do cupom fiscal. Não há elementos nos autos que determinem, com segurança, o cometimento imputado ao sujeito passivo, pois o modo como foi apurado o montante da base de cálculo da multa, através de levantamento fiscal, não dá a certeza que se referem exclusivamente a notas fiscais (NFVC). A existência deste vício formal no procedimento, acarreta a incerteza e imprecisão do lançamento de ofício, além de cerceamento ao direito de defesa. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 22/12/2010, sob acusação do cometimento de infração relacionada com a emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, nos exercícios de 2007 a 2009, sujeitando à multa no valor de R\$218.411,73, equivalente a 2% sobre o valor das notas fiscais série D-1 emitidas, conforme demonstrativo e documentos às fls.15 a 106.

Consta na descrição dos fatos: *..em cumprimento à O.S. acima discriminada, relativa ao período de 01/01/2007 a 31/12/2009 utilizando os Roteiros fiscais sugeridos AUDIF-209, AUDIF 309 e AUDIF 241, que após as verificações feitas em cima da documentação apresentada, muito embora, grande parte desta tenha sido destruída por enchente ocorrida o local. O que restou foi de forma legal e possível levantada e trabalhada resultando na ocorrência de irregularidades relativas às Obrigações Acessórias, que culminou na lavratura do Auto de Infração, cuja base de cálculo é de 10.920.586,82 (....) decorrente da diferença entre via DMA, (-vir ADMINISTRADORA, e vir NF 1, referente a aplicação de multa legal, nos índices de 5% e 2%, conforme legislação em vigor.*

O autuado, tempestivamente, através de advogado legalmente constituído, na sua peça defensiva (docs.fls.113 a 122), depois de descrever a infração apurada no presente Auto de Infração, impugnou o lançamento com base nos seguintes fatos e fundamento a seguir alinhados.

Destaca que sempre cumpriu com suas obrigações tributárias, e que na ação fiscal que resultou na autuação foram utilizados os roteiros fiscais AUDIF-209, AUDIF 309 e AUDIF-241, sem apuração de qualquer débito, inclusive que consta do PAF relatórios da GEAFI – Gerência de Automação Fiscal, dando conta de que, nos períodos referidos, a empresa informou operações em valores bastante superiores aos informados por “administradoras de cartões”.

Sobre a documentação destruída por enchente, ocorrida em abril de 2010, sustenta que tal fato não impediu que a fiscalização fosse exercida sem maiores percalços, com base nos arquivos magnéticos que foram entregues à SEFAZ, inclusive aduz que já foi apenado pela “falta de

apresentação do LRS”, referente ao período de 01/01/2006 a 31/12/2009, através da Notificação Fiscal e comprovante de quitação, fls.200 a 203.

Em seguida, em preliminar, suscita a nulidade do lançamento, com fundamento no art. 18, incisos II e IV, letra “a”, do RPAF, por entender que não existe a mínima segurança na determinação da infração e na apuração da base de cálculo, gerando, por via conexa, cerceamento do direito de defesa.

Assevera que para chegar à conclusão de que o estabelecimento emitiu milhares de notas fiscais de venda ao consumidor (D1), em substituição ao documento que se encontrava obrigado, a fiscalização fez uma “conta de chegada” inteiramente insegura, não permitindo, o regular exercício do direito de defesa. Além disso, que tendo solicitada na ação fiscal apenas o LRS, cuja ausência já havia sido punido, não poderia presumir a ocorrência ora impugnada.

Alega que os valores constantes nos demonstrativos “sintéticos” que instruem a ação foram coletados nas DMAS, deduzindo que se tratam de notas fiscais série D-1, sem contudo, terem sido listadas as notas fiscais que teriam sido emitidas em lugar do ECF.

Considerou a apuração fiscal sem amparo legal, por considerar sem consistência, significando um verdadeiro arbitramento da base sobre a qual a pena foi imposta, tornando viciada a autuação.

Argumenta que o art. 42, XIII-A, letra “h”, Lei 7.014/96, exige, para a aplicação da multa de 2%, sobre o valor da operação ou prestação, em decorrência de emissão de outro documento fiscal em lugar daquele oriundo do uso deste equipamento, que seja identificado o valor da operação ou prestação, de forma atrelada ao documento substituto, ou seja, que a operação ou a prestação seja identificada e individualizada.

Assim, sustenta que não sendo possível identificar no processo que notas teriam sido emitidas em substituição ao ECF, os valores de base apontados no AI são inseguros, o que também torna insegura a determinação da infração, devendo ser decretada a nulidade do lançamento de ofício.

No mérito, invoca o disposto no art. 155, § único, do RPAF, para argüir que a autuação é totalmente inconsistente, pois o lançamento deseja fazer crer que o autuado emitiu, respectivamente em 2007, 2008 e 2009, R\$3.521.012,77, R\$3.643.973,99 e R\$3.755.600,05, de Notas Fiscais de Venda ao Consumidor, sem a identificação de uma única situação em que tivesse sido o documento emitido e que a emissão fosse irregular.

Com fundamento no art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96, dizendo que não foi apontada nenhuma irregularidade sobre a falta de cumprimento de obrigação principal, nem que tenha agido com dolo, fraude ou simulação, argumenta que se a infração restasse caracterizada, deve o Julgador considerar que os fatos estariam dentro do período fixado pela Lei 11.908/10, e deve o CONSEF, diante das circunstâncias especiais do caso em tela, cancelar ou, no mínimo, reduzir a sanção, em 95%, pois se a fiscalização tivesse atuado antes (inclusive da enchente), e se caso houvesse efetiva comprovação de emissão de NF no lugar de ECF, teria a condição legal, e por isso requereu o cancelamento ou redução da sanção.

Cita a jurisprudência do CONSEF, em que foi dispensada ou reduzida a multa, a exemplo, dos Acórdãos CJF Nº 0436-11/06; JJF Nº 0066-01/07; CJF Nº 0298-11/06; CJF Nº 0260-12/07; CJF Nº 0119-12/09 e JJF Nº 0263-02/08.

Por fim, ao tempo em que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos, requer:

a) na hipótese de ser atribuída validade ao método de apuração por presunção, sem base legal, ante a ausência de efetiva constatação e identificação das operações que teriam sido realizadas com a emissão da NFVC em substituição ao CF, que seja aplicada a multa no percentual de 5% previsto na Lei nº 10.847/07.

b) a nulidade ou improcedência da autuação, ou, no caso de manutenção do AI, pelo cancelamento ou redução, em 95%, da multa aplicada.

Na informação fiscal às fls.253 a 254, a autuante esclareceu que iniciou a ação fiscal direcionando seu trabalho para verificar tanto a Obrigação Principal como a Obrigação Acessória relativas ao período de 2007 a 2009, conforme OS Nº. 516210/10 com programação fiscal de AUDITORIA SUMÁRIA, cujos roteiros sugeridos foi 209 - Auditoria - Fiscalização em usuário de emissor de cupom fiscal (ECF), 239 Auditoria da situação cadastral do contribuinte, na qual reconhece o equívoco ocorrido durante a digitação do Auto de Infração, onde foi lançado o código. 309 em vez do código 239, e 241- Auditoria dos documentos de informações econômico-fiscais.

Diz que na ação fiscal desenvolvida no período acima citado, constatou divergências entre as informações da DMA apresentada e dos registros fornecidos pelas administradoras de Cartões de Crédito, o que configura, no seu entender, falta de uso do ECF nas vendas a varejo e a emissão de Notas Fiscais de Vendas a Consumidor em substituição ao Cupom Fiscal, contrariando a legislação fiscal em vigor, que culminou com o fato em questão.

Sustenta que a infração e a base de cálculo têm amparo legal, e que a apuração através de levantamento procedido através do confronto entre os dados das DMA's apresentadas pelo autuado e os valores informados pela Administradora de Cartões de Crédito, decorreu da falta de apresentação do LRS que, segundo declaração da impugnante foi o único livro fiscal estranhamente escolhido e extraviado em enchente ocorrida em 04/2010.

Concluindo, solicita a declaração da procedência total da exigência fiscal.

VOTO

A infração imputada ao contribuinte diz respeito a emissão de notas fiscais série D-1 em lugar do cupom fiscal, na condição de usuário de ECF, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória.

Na defesa fiscal o patrono do autuado suscitou a nulidade da autuação, por cerceamento de defesa, com fulcro no art. 18, incisos II e IV, letra "a", do RPAF/99, por entender que não existe a mínima segurança na determinação da infração e na apuração da base de cálculo, pois nos demonstrativos sintéticos não foram listadas quais notas fiscais foram emitidas em lugar do cupom fiscal, e considerou que a base de cálculo não tem amparo legal, porquanto foi determinada através de arbitramento. Além disso, na sessão de julgamento do dia 26/05/2011, o patrono do autuado em sua sustentação oral apontou equívoco de natureza formal na constituição do crédito tributário concernente a intimação para apresentação de livros e documentos fiscais.

Analisando os documentos de formalização do Auto de Infração, verifico que:

1. a ação fiscal desenvolvida estava amparada na Ordem de Serviço nº 516.210/10 (fl.04). Ocorre que esta OS foi emitida em 21/12/2010, e determinava que o início deveria ocorrer a partir de 01/12/2010;
2. à fl.05, encontra-se o Termo de Início de Fiscalização lavrado em 17/06/2010, sem prova de que tivesse sido lavrado no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Ocorrências (RUDFTO), e sem ciência ao sujeito passivo, porém, este vício foi suprido com o Termo de Intimação para apresentação de documentos, fl.06, datado de 17/06/2010;
3. admitindo-se como início da ação fiscal o dia 17/06/2010, não foi lavrado o competente Termo de Prorrogação de Fiscalização, após 90 (noventa) dias, ou seja, no dia 17/09/2010, na forma prevista no § 1º do artigo 28, do RPAF/99;
4. o enquadramento legal no artigo 824-D do RICMS/97 não está condizente com o fato narrado no auto de infração, porém, pela descrição do fato ficou evidente o real motivo da imputação e o sujeito passivo demonstrou ter entendido perfeitamente o fulcro da autuação, dela se defendeu, aplicando-se o disposto no artigo 19 do RPAF/99.

Quanto a infração imputada ao autuado, o artigo 238, § 2º, do RICMS/97, aplicável ao caso, prevê que o contribuinte usuário de ECF só pode emitir Nota Fiscal de Venda a Consumidor, em substituição ao Cupom Fiscal, quando o equipamento estiver paralisado em decorrência de sinistro ou por motivos técnicos, e nesses casos, deve o estabelecimento proceder conforme determina o artigo 293, § 2º, do RICMS/97, a fim de documentar o fato.

Verifico que a autuante na descrição dos fatos informou que efetuou verificações na documentação apresentada pelo autuado, e que grande parte desta tinha sido destruída pela enchente no local onde está situado o estabelecimento. Constan nos autos duas intimações, fls.06 e 07, para apresentação de livros e documentos fiscais do período de 2005 a 2009, porém, não foram informados quais os documentos deixaram de ser apresentados, haja vista a informação de que parte foi destruída em enchente ocorrida no município de Lauro de Freitas.

Na fase de instrução deixei de submeter o processo a pauta suplementar visando a realização de diligência, uma vez a mesma seria para identificar quais as notas fiscais série D-1 foram emitidas em lugar do ECF, conclusão essa, que diante da informação da autuante de que não foi apresentado o livro Registro de Saídas e os documentos fiscais de todo o período fiscalizado, não haveria como se identificar as notas fiscais emitidas sem o referido livro e as cópias das notas fiscais.

O autuado, por seu, turno deixa de entregar o referido livro e os documentos fiscais, sob alegação de extravio nas enchentes, porém nada comprovou nesse sentido. A documentação juntada na impugnação, fls.129 a 144, comprova que realmente ocorreu em 16/4/2010, no município de Lauro de Freitas, enchente provocada por chuvas no local onde se situa o estabelecimento do autuado. Nas fotos às fls.147 a 160, não se sabe se realmente os livros fiscais foram extraviados, apesar da publicação no Jornal A Tarde do dia 24/2/2010 (fl.161).

Conforme publicação no jornal A Tarde do dia 24/04/2010, os livros e documentos considerados pelo autuado como perdidos na enchente se referem ao período de janeiro de 2005 a dezembro de 2008. No caso dos livros do ano de 2009, não consta que houvesse extraviado, e o autuado não o apresentou à fiscalização, tendo inclusive sido autuado antes da ação fiscal por falta de entrega de todos os citados livros e documentos fiscais.

Também não foi comprovado pelo autuado ter comunicado o fato à repartição fazendária, ou seja, quais os documentos que foram perdidos por ocasião das chuvas.

Para chegar a conclusão fiscal, o preposto fiscal autuante em seu Demonstrativo da Movimentação das Vendas, fls.14 a 17, partindo do valor informado pelo contribuinte na DMA, deduziu os valores das vendas através de cartão de crédito/débito informados pelas administradoras de cartões, e os valores apurados através das notas fiscais série 1, relacionadas no levantamento às fls.18 a 106, apurando os valores que entendeu corresponder às notas fiscais de venda a consumidor (D-1).

Concordo que sem o livro Registro de Saídas e os respectivos documentos fiscais, a fiscalização não teve outra alternativa para identificar o montante correspondente às notas fiscais (NFVC) série D-1. Porém, para ser válida tal conclusão entendo que seria necessário ficar perfeitamente identificado o montante das operações ocorridas no ECF.

O entendimento da fiscalização é que os valores informados pelas administradoras representam todas as vendas através do ECF. Não comungo com essa conclusão, pois admitir-se como verdadeira esta assertiva, seria considerar que não houve nenhuma venda em dinheiro, em cheque ou outra modalidade de pagamento através do ECF, o que é muito comum no ramo de comercialização de combustíveis.

Logo, como não há como se afirmar que a diferença apurada pela fiscalização se refere exclusivamente a emissão de notas fiscais (NFVC), entendo que não há como prosperar a

autuação, tendo em vista a inexatidão ou imprecisão para determinar o montante da base de cálculo da multa utilizada no lançamento de ofício, que materializou a acusação fiscal.

Desta forma, além da inobservância dos pressupostos de validade do lançamento acima alinhados, a falta de identificação clara da parcela lançada utilizada para aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória, além de caracterizar imprecisão do lançamento tributário, impede o exercício da ampla defesa, e essas inobservâncias geram a nulidade do lançamento, por vício formal, a teor do artigo 18, incisos II e IV, alínea “a”, do RPAF/99.

Ante o exposto, voto pela NULIDADE Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **60624.0102/10-7**, lavrado contra **POSTO DE GASOLINA MUNIZ LTDA**.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de maio de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR