

A. I. Nº - 146468.0108/10-3
AUTUADO - POSTO ITAJUBÁ DE COMBUSTÍVEL LTDA.
AUTUANTE - HENRIQUE IJALMAR LOPES GRANGEON
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET 16.12.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0309-05/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. Exigência subsistente. Razões de defesa restrita à arguição de decadência; **b)** FALTA DE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA. Razões de defesa restrita à arguição de decadência e a cerceamento de defesa. Valores creditados a título de “Ativo Permanente” pelo próprio sujeito passivo. Exigência subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DESTINADOS AO CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. O sujeito passivo recolheu a parte relativa ao período o qual entendia não ter operado a decadência. Item subsistente. 3. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. **a)** ICMS LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Item reconhecido; **b)** CONTRIBUINTE USUÁRIO DE ECF. EMISSÃO DE NOTA FISCAL EM LUGAR DO CUPOM FISCAL. MULTA. Rejeitado o pedido de redução ou cancelamento da multa. Item comprovado; **c)** EXTRAVIO DOCUMENTOS FISCAIS. MULTA. Exigência reconhecida e recolhida. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. COMBUSTÍVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA; **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Acatadas partes das razões de defesa. Exigências subsistentes em parte; **c)** OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA. Item reconhecido. 5. EQUIPAMENTO CONTROLE FISCAL. FALTA DE COMUNICAÇÃO DE CESSAÇÃO DE USO. MULTA. Infração comprovada. Rejeitado o pedido de redução ou cancelamento da multa. Rejeitada a preliminar de nulidade e de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 09/08/2011, exige o débito no valor histórico de R\$ 112.214,16, consoante documentos às fls. 26 a 347 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

1. Utilização indevida de crédito fiscal, no valor de R\$ 295,32, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, inerente aos meses de fevereiro e março de 2006;
2. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, no valor de R\$ 10.946,56, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, em todos os meses do exercício de 2006 e nos meses de fevereiro, outubro e dezembro de 2007;

3. Deixou de recolher ICMS no prazo regulamentar, no total de R\$ 1.096,56, referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de fevereiro, junho e agosto de 2007;
4. Multa de 2% sobre o valor da operação, no montante de R\$ 28.832,20, em razão da emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, inerente aos exercícios de 2006 e 2007.
5. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 26.722,72, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios de 2006 e 2007;
6. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 8.468,43, por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios de 2006 e 2007;
7. Multa de R\$ 100,00, por omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios de 2006 e 2007;
8. Utilização indevida de crédito fiscal, no valor de R\$ 5.652,37, referente à aquisição de mercadorias adquiridas para integrar ao ativo permanente do estabelecimento, apropriado sob a rubrica "OUTROS CRÉDITOS" nos meses de janeiro a dezembro de 2006;
9. Multa, no valor de R\$ 2.500,00, por ter extraviado documentos fiscais, constatada em razão da falta de apresentação de notas fiscais, em 21/10/2010;
10. Multa, no valor de R\$ 27.600,00, datada de 21/05/2010, por deixar de cumprir as exigências legais para a cessação de uso de equipamento de controle fiscal junto à SEFAZ, referente ao ECF YANCO, nº de série 509512, e ECF BEMATECH, nº de série 4708010705636.

O autuado, em sua impugnação ao Auto de Infração, às fls. 353 a 373 dos autos, inicialmente diz que, desde julho de 2008, deixou de atuar neste ramo, passando à administração, tendo até requerido sua extinção.

Em seguida, preliminarmente, arguiu a decadência de parte dos créditos exigidos, diante da impossibilidade de cobrança de créditos, cujo fato gerador ocorreu a mais de cinco anos, nos tributos com lançamento por homologação, do que cita o art. 150 do CTN, tendo em vista que foi cientificado da lavratura da peça punitiva em 10/08/2008 (?), sendo absolutamente inexigíveis quaisquer eventuais créditos tributários cujo fato gerador tenha ocorrido em data anterior a 10/10/2003(?), o que por si só nulifica integralmente a cobrança perpetrada na infração 01 e parcialmente as infrações 04 e 05 dos presentes autos. Cita jurisprudência e conclui que constitui direito imprescindível da impugnante o reconhecimento de ocorrência da decadência dos períodos relativos aos fatos geradores anteriores a 10/08/2006.

Ressalta que foram reconhecidos e recolhidos, conforme DAE à fl. 387, o total da exigência da infração 2, com exceção dos débitos que ele entende decaídos; integralmente as infrações 3, 7 e 9, e parte do débito referente ao ano de 2006 das infrações 5 e 6, do que, nos termos do art. 156 do CTN, requer a extinção desses créditos tributários.

No mérito, em relação à infração 1, a qual exige débitos dos períodos de fevereiro e março de 2006, aduz o autuado que, por se encontrarem decaídos, deve ser julgada improcedente a infração.

Igualmente, entende que se encontram decaídos os débitos do período de janeiro a agosto de 2006, tendo sido quitados os débitos remanescentes, devendo ser extinto o crédito tributário relativo à infração 2.

Quanto às infrações 3, 7 e 9, aduz que os débitos foram integralmente quitados, estando extinto os respectivos créditos tributários, nos termos do art. 156, I, do CTN.

Inerente à infração 4, a qual exige a multa de R\$ 28.832,20 por emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal, salienta o autuado que, mesmo tendo deixado de emitir o cupom fiscal, jamais deixou de declarar suas vendas perante o fisco, utilizando notas fiscais de venda ao consumidor como substituição ao equipamento fiscal, do que entende a multa aplicada destoar, ainda mais se tratando de comercialização de combustíveis, cuja obrigação de recolhimento do imposto é de responsabilidade do fabricante e do distribuidor dos derivados de petróleo, através da figura da substituição tributária, cuja utilização de um procedimento secundário de emissão de nota fiscal de venda ao consumidor, autorizada por lei, não altera em nada o recolhimento do ICMS, sendo patentemente excessiva a aplicação da multa. Assim, requer o reconhecimento da inexistência de dano ao erário e o, conseqüente, cancelamento da multa imposta ou ao menos a sua redução para um patamar passível de ser arcado por uma empresa que jamais deixou de quitar seus impostos e que já está de portas fechadas.

Em relação às infrações 5 e 6, relativas à falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário e da antecipação tributária, reitera que os débitos inerentes ao exercício de 2006 foram integralmente quitados, estando extintos os referidos créditos tributários nos termos do art. 156, I, do CTN. Quanto ao ano de 2007, cuja acusação é de que teria havido a compra de mais de 25.653 litros de gasolina aditivada sem nota fiscal, aduz que o autuante não apurou as Notas Fiscais de nºs: 301051, 301577, 301670, 303379 e 317192, às fls. 392 a 405 dos autos, no total de entradas de 25.000 litros, cujos documentos fiscais foram devidamente escriturados, do que salienta que os 653 litros não é uma diferença a ser considerada, diante um movimento anual de mais de 785.000 litros, sendo provavelmente decorrente da simples imprecisão da medição manual dos tanques ou do percentual a mais ou a menos que os caminhões podem trazer, já que também a medição não é precisa. Por fim, defende que não houve a aquisição de combustível sem nota fiscal apontada nas infrações 5 e 6 para o ano de 2007.

No tocante à infração 8, relativa à suposta utilização indevida de crédito fiscal de ICMS para integração de ativo permanente, reafirma que os débitos dos períodos de janeiro a julho de 2006 se encontram decaídos, sendo inexigíveis, como também, independente da “prescrição” arguida, cabe destacar que a presente autuação é completamente nula, haja vista que não foram apontados os fatos geradores do suposto débito, impedindo que o autuado sequer saiba o que lhe está sendo cobrado, como consta do anexo IX, apontando valores sem efetuar a devida discriminação do lançamento. Diz que não poderia identificar os referidos valores olhando simplesmente o livro Registro de Apuração do ICMS (fl. 407), pois não consta do mesmo uma rubrica única nos valores mencionados, sendo estes resultados de somas de diversos valores, sendo impossível adivinhar os quais o autuante considera indevidos, prejudicando seu direito de defesa.

Inerente à infração 10, o autuado aduz que, em que pese ter se descuidado de transmitir o pedido de cessão de uso do ECF, a multa de R\$ 27.600,00 demonstra extremamente severa, desproporcional e incoerente, uma vez que a empresa não sonegou um só centavo de suas vendas, nem utilizou o equipamento, em nenhum momento, com intenção de dolo, fraude simulação ou má-fé, assim como não mais exerce mais a atividade desde o final de 2007, não mais utilizando o equipamento, razão de requerer a redução ou cancelamento da multa, nos termos do art. 42, § 7º, da Lei nº. 7.014/96.

Em sua informação fiscal, às fls. 411 a 414 dos autos, quanto à alegação defensiva de decadência do direito da constituição do crédito tributário em relação às obrigações principais e acessórias, cujos fatos geradores ocorreram a mais de cinco anos, ou seja, todas as parcelas exigidas em relação ao período de 01.01.2006 a 10.08.2006, o autuante entende que não há de prosperar, visto

que o artigo 173, inciso I, do CTN, prevê como marco inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Registra que isto também se acha previsto no artigo 107-B, § 5º, do COTEB, Lei nº. 3956/81. Assim, no caso em tela, a Fazenda Pública Estadual só perderia o direito de constituição do crédito tributário, em relação aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2006, a partir de 01.01.2012. Como o Auto de Infração foi lavrado em 09/08/2011 e a sua ciência se deu em 11.08.2011, entende que esta questão está superada, devendo todas as infrações ocorridas no período de 01.01.2006 a 10.08.2006 ser decretadas procedentes.

Quanto à alegação, objeto da infração 4, a qual a impugnante pleiteia a exclusão da multa aplicada por ausência de dolo e a inexistência de prejuízo para o fisco, o autuante aduz que, em relação a esta tese, o contribuinte reconhece efetivamente a prática das infrações que lhe são imputadas, vez que não questiona qualquer dado constante do demonstrativo que a fundamenta, cabendo que alguma redução possa ser deferida pelo CONSEF, haja vista que a ação fiscal não sofreu prejuízos graves e devido ao regime de tributação incidente sobre o setor de varejo de combustíveis, além de que o contribuinte é primário nesse tipo de ocorrência.

Inerente à alegação da impugnante quanto à exigência objeto das infrações 5 e 6, o autuante aduz que, após verificar a documentação fiscal, constatou que de fato deixou de considerar no levantamento de entradas do produto gasolina aditivada, para o exercício de 2007, as cinco notas fiscais relacionadas na peça de defesa, que totalizaram 25.000 litros do produto.

Assim, após a devida consideração, a exigência do ICMS normal, relativa ao exercício de 2007 da infração 5, deve ser feita no valor de R\$ 277,06, que acrescida do valor de R\$ 15.846,44, relativo ao exercício de 2006 (gasolina comum), resulta o valor total da aludida *infração 05 em R\$ 16.123,50*.

Já o ICMS-ST deve ser feita no valor residual de R\$ 87,80, para o exercício de 2007, que acrescido do valor original exigido de R\$ 5.021,74 para o exercício de 2006, em relação ao produto gasolina comum, resulta o valor total da aludida *infração 6 em R\$ 5.109,54*, conforme demonstrado às fls. 415 a 417 dos autos.

No tocante às alegações de defesa relativas à infração 8, o autuante sustenta serem totalmente insubsistentes, uma vez que a infração está claramente descrita no corpo do Auto de Infração e decorre do aproveitamento de CRÉDITOS FISCAIS DIVERSOS ao longo do exercício de 2006 a título de ATIVO FIXO, sem que a documentação comprobatória fosse apresentada ao fisco, apesar de o contribuinte ter sido intimado neste sentido, consoante documento à fl. 296 dos autos,

Por fim, quanto à alegação relativa à infração 10, o autuante destaca que a ocorrência encontra-se caracterizada, tanto que o autuado não se defendeu, pedindo apenas a redução ou mesmo o cancelamento da multa, que, assim como a infração 4, entende que alguma redução possa ser deferida pelo CONSEF.

Assim, pede que se declare a procedência total das infrações 3, 7 e 9, e parcial das demais infrações.

Instado a se pronunciar sobre a informação fiscal, o autuado apresenta nova manifestação, às fls. 432 a 438, na qual reitera seu entendimento de que operou a decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir os créditos tributários relativos aos fatos geradores ocorridos até 10/08/2006.

Também reafirma seu pleito para redução ou cancelamento das multas aplicadas nas infrações 4 e 10, do que ressalta que o próprio autuante atesta que não houve qualquer dano ao erário e nem agiu a impugnante com dolo, fraude ou simulação, restando assim o cancelamento ou a redução das penalidades.

Quanto às infrações 5 e 6, aduz que, inerente ao exercício de 2007, o débito que era de R\$ 10.876,28 passou a ser de R\$ 277,06, e o débito que era de R\$ 3.446,69 passou para R\$ 87,80, respectivamente.

Por fim, em relação à infração 8, reitera que a infração encontra-se parcialmente decaída, e que o autuante não ataca as alegações trazidas pela impugnante, pois apresenta justificativas genéricas.

Assim, mantém sua arguição de nulidade da infração por não apresentar explicação acerca dos elementos levantados.

O autuante, em nova informação fiscal, às fls. 442 a 446 dos autos, aduz que o autuado, em sua última manifestação, limita-se a reproduzir os argumentos apresentados na sua peça de impugnação, sem apresentar nenhum fato ou elemento novo que possa modificar o cenário apresentado. Assim, o autuante reitera todas suas posições exaradas na informação fiscal.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o valor de R\$ 112.214,16, relativo a dez infrações, sendo os itens 3, 7 e 9 objeto de reconhecimento e recolhimento integral pelo contribuinte, logo, não fazendo parte da lide. Assim, a contenda se restringe apenas às demais infrações.

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade da infração 8, arguida pelo autuado, sob a alegação de cerceamento do direito de defesa, uma vez que não foram apontados os fatos que geraram o suposto débito, impedindo que o autuado sequer saiba o que lhe está sendo cobrado, sendo impossível adivinhar o que o autuante considera indevido, prejudicando seu direito de defesa. E rejeito tal pretensão do autuado em razão de que os valores que compõem a infração estão listados à fl. 266 dos autos, cujos valores foram creditados a título de “Ativo Permanente” pelo próprio sujeito passivo, conforme cópia do livro Registro de Apuração do ICMS, às fls. 268 a 279 dos autos, sem, contudo, apresentar a documentação comprobatória do direito ao crédito fiscal, apesar de o contribuinte ter sido intimado para tal, consoante documento à fl. 296 dos autos. Assim, não prospera a arguição do autuado de nulidade desta infração.

Quanto à alegação do autuado de que já operou a decadência do lançamento relativo às parcelas anteriores a 10/10/2003 (fl. 358), há de se ressaltar que se equivoca o impugnante, uma vez que o lançamento de ofício não compreende tal período, se reportando apenas aos fatos geradores de 2006 e 2007, razão para que não seja analisada a citada alegação.

Contudo, entendendo que o defensor queria se reportar a fatos geradores anteriores a 10/08/2006, como posteriormente fez consignar à fl. 360 dos autos e nas demais oportunidades, também deixo de acatar a preliminar de decadência relativa aos créditos exigidos nos períodos compreendidos entre 1º de janeiro a 9 de outubro de 2006, pois decorrente da previsão legal contida no § 4º do artigo 150 do CTN, o qual dispõe que “*Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador...*”, a legislação pertinente no Estado da Bahia, ínsita no § 1º do art. 28 da Lei. nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB), fixou *o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência da hipótese tributária de incidência como o momento a partir do qual se iniciaria a contagem do prazo decadencial para constituição do respectivo crédito tributário.*

Assim, quando da lavratura do Auto de Infração, em 09.08.2011, não havia operado a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores do citado período do exercício de 2006, o que ocorreria só a partir de 1º/01/2012.

Em consequência, todas as exigências relativas ao citado período de 01/01/2006 a 09/08/2006, não defendidas pelo autuado quanto ao seu mérito, sob o manto da arguição de ter operado a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário, são consideradas procedentes.

No mérito, relativo à primeira infração, a qual exige débitos dos períodos de fevereiro e março de 2006, conforme já firmado, por não ser acolhida a preliminar de mérito de ter operado a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário, a infração é subsistente.

Inerente à segunda infração, na qual o sujeito passivo recolheu a parte relativa ao período o qual entendia não ter operado a decadência, pelas razões acima relatadas, também considero subsistente.

Quanto à quarta infração, a qual exige a multa de R\$ 28.832,20 por emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal, deixo de acolher o pedido

de redução ou cancelamento da penalidade por descumprimento de obrigação acessória aplicada ao autuado, nos termos do art. 158 do RPAF (Decreto nº. 7.629/99), por não ficar comprovado que o contribuinte preenche os requisitos exigidos para que este órgão julgador utilize o permissivo da norma acima citada, ou seja, de que a infração tenha sido praticada sem dolo, fraude ou simulação e que não tenha implicado falta de recolhimento de tributo. Item subsistente.

No tocante às infrações 5 e 6, relativas à falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário e da antecipação tributária, quanto aos valores de R\$ 15.846,44 e R\$ 5.021,74, relativos ao exercício de 2006, os mesmos foram integralmente reconhecidos e recolhidos pelo contribuinte, conforme DAE e demonstrativo às fls. 387 a 390 dos autos, sendo subsistentes.

Inerentes ao exercício de 2007, o autuado logrou êxito em demonstrar que no levantamento fiscal não havia sido considerado as Notas Fiscais de nºs: 301051, 301577, 301670, 303379 e 317192, às fls. 392 a 405 dos autos, no total de entradas de 25.000 litros, fato este acatado pelo próprio autuante que, após a devida consideração, apurou o débito remanescente *para o exercício de 2007* de R\$ 277,06 e de R\$ 87,80, respectivamente para as infrações 5 e 6, conforme demonstrado às fls. 415 a 417, do que concordo. Sendo assim, por não acolher a alegação de defesa de que a diferença remanescente de 653 litros não deve ser considerada, por decorrer de imprecisão de medições, subsistem as infrações 05 e 06 nos valores respectivos de R\$ 16.123,50 e R\$ 5.109,54 (exercícios de 2006 e 2007).

Quanto à oitava infração, por ter o autuado apenas alegado que os débitos dos períodos de janeiro a julho de 2006 se encontram decaídos e que a infração é nula por cercear o direito de defesa do contribuinte, fatos estes já analisados anteriormente, também considero a exigência subsistente.

Por fim, em relação à décima infração, a qual se exige a multa de R\$ 27.600,00, relativa à falta de comunicação à SEFAZ da cessação de dois equipamentos de controle fiscal, tendo o autuado pleiteado a redução ou cancelamento da penalidade, o indefiro pelos mesmos motivos exarados para a infração 04, agravado pelo fato de o contribuinte não mais exercer a atividade comercial. Exigência subsistente.

Do exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL o Auto de Infração, no valor de R\$ 98.256,05, sendo mantidas todas as infrações, com exceção das infrações 5 e 6, as quais remanescem os valores de R\$ 16.123,50 e R\$ 5.109,54, respectivamente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **146468.0108/10-3**, lavrado contra **POSTO ITAJUBÁ DE COMBUSTÍVEL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$39.223,85**, acrescido das multas de 50% sobre R\$1.096,56; 60% sobre R\$22.003,79 e 70% sobre R\$16.123,50, previstas no art. 42, incisos I, alínea “a”; II, alíneas “d” e “f”, VII, alínea “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$59.032,20**, previstas, respectivamente, no art. 42, incisos XIII-A, alíneas “c” e “h”; XIX e XXII da citada lei, com os acréscimos moratórios conforme previsto na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de dezembro de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA