

A. I. Nº	- 146468.0113/10-7
AUTUADO	- PETROÁLCOOL REVENDEDORA DE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES LTDA.
AUTUANTE	- HENRIQUE IJALMAR LOPES GRANGEON
ORIGEM	- INFAZ VAREJO
INTERNET	23.11.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0285-04/12

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. COMBUSTÍVEIS ADQUIRIDOS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Provadas as aquisições do combustível gasolina comum sem documentação fiscal. Assim ocorrendo, o adquirente assume a responsabilidade pelo imposto devido por quem lhe vendeu ilegalmente, sem prova de que o tributo foi pago (responsabilidade solidária). **Infração 1 parcialmente elidida após retificação dos cálculos. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS ADQUIRIDOS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITOS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO.** O estabelecimento adquiriu o combustível gasolina comum sem documentos fiscais, sendo, portanto, devida a exação sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de produto enquadrado no regime de substituição tributária. **Infração 2 parcialmente elidida após retificação dos cálculos. 2. EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM VEZ DAQUELE DECORRENTE DO USO DO ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA.** Nos termos do § 2º do art. 238 do RICMS/1997, quando não for possível a emissão de documento fiscal por meio do ECF, em decorrência de sinistro ou razões técnicas, o contribuinte pode emitir nota fiscal de venda a consumidor. Porém, para isso, o defeito ou sinistro do equipamento deve ser documentado na forma regulamentar. O art. 824-H prevê como se deve proceder em tal situação. A empresa encarregada da intervenção técnica no equipamento deve observar, dentre outras regras, aquelas contidas nos arts. 824-L e 824-M. Multa reduzida para 10% do valor proposto, de forma a cumprir o efeito educativo a que se destina. **Infração 03 caracterizada. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. Ilícito tributário expressamente acatado. Infração 4 mantida. Indeferido o pedido de perícia e / ou diligência. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 05/06/2012 para exigir ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor histórico de R\$ 190.268,33, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades.

INFRAÇÃO 1 – Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido combustíveis de terceiros desacompanhados de documentação fiscal, sem a respectiva escrituração das entradas sujeitas ao regime de substituição, apurado através de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercícios fechados. Valor de R\$ 28.018,39 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 2 – Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, calculado em função de valor acrescido com percentuais de MVA (margem de valor adicionado), deduzida parcela a título de crédito, por ter adquirido combustíveis de terceiros desacompanhados de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro das entradas sujeitas ao regime de substituição, apurado através de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercícios fechados. Valor de R\$ 8.879,03 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 3 – Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso do ECF (equipamento emissor de cupons fiscais). Multa de R\$ 153.156,54, prevista no art. 42, XIII-A, “h” da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 4 – Falta de recolhimento do tributo decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições em outras unidades da Federação de mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento. Valor de R\$ 214,37 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/1996.

O autuado ingressa com defesa às fls. 1.413 a 1.417, através de advogado regularmente constituído, conforme procuração de fl. 1.418.

Inicialmente, assinala a tempestividade da peça, enumera as acusações e, no que se refere à primeira, sustenta que nunca, em nenhum tempo ou hipótese adquiriu combustível sem nota. Etribado em documentação que anexa, entende que o auditor pode ter cometido equívoco, em virtude da troca de alguns bicos. O de número 04, por exemplo, foi substituído no dia 26/05/2008 (“*vendia gasolina e passou a vender álcool*”). Nessa data, ocorreu o que denomina de “*zeramento*” da contagem, com o início de uma nova, passando a registrar o novo combustível.

Quanto à segunda infração, questiona os percentuais de MVA utilizados e requer diligência.

Na sua concepção a infração 03 não ocorreu, por não ter agido em desconformidade com o art. 824-D, II, RICMS/1997, transcrito à fl. 1.415. Uma vez que, através de seu equipamento, não havia a possibilidade de emitir outro documento distinto do cupom fiscal, argumenta que o ilícito não se verificou. Igualmente, o ECF, consoante elementos que junta aos autos, teria apresentado defeitos e passado um período indisponível, o que demonstraria sua lisura e boa fé.

Roga pela redução da multa para um patamar equivalente a 10% do valor originalmente lançado, uma vez que a mesma, a seu ver, é desproporcional.

Reconhece a infração 4, solicita que eventuais notificações sejam endereçadas ao seu patrono, pleiteia ulterior juntada de documentos e encerra pedindo diligência e declaração de nulidade do lançamento de ofício.

Na informação fiscal, de fls. 1.608 a 1.610, o auditor autuante, no que concerne às infrações 1 e 2, acata parcialmente as alegações da defesa, em face dos elementos acostados aos autos, e reduz a infração 1 de R\$ 28.018,39 para R\$ 187,28, enquanto a segunda de R\$ 8.879,03 para R\$ 59,35, valores atinentes à omissão de saídas de gasolina comum em 2007 (fl. 1.612).

Concorda com um possível deferimento do pedido de redução da multa da infração 03, pois o descumprimento de obrigação acessória não implicou em grave prejuízo à fiscalização e os produtos com que o autuado trabalha são sujeitos ao regime de substituição tributária.

Conclui solicitando a declaração de procedência parcial.

Devidamente intimado (fl. 1.621), o sujeito passivo não se manifestou.

VOTO

Os pressupostos de validade do procedimento administrativo foram devidamente observados, uma vez que o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu as infrações, apontando os documentos e demonstrativos, bem como seus dados e cálculos, assim como indicou o embasamento jurídico.

Nada existe que possa macular o lançamento de ofício de nulidade. Não foi identificada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

A infração 4 foi acatada pelo defendente. Assim, com fundamento no art. 140, RPAF/1999, a mesma não terá o mérito apreciado neste julgamento.

Infração mantida.

Indefiro o pleito de diligência ou perícia, pois, com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), entendo serem suficientes para a formação da convicção dos julgadores os elementos já contidos nos autos.

Quanto ao endereço fornecido, devem ser observadas as normas dos arts. 108/109, RPAF/1999.

No mérito das duas primeiras infrações, restaram comprovadas as aquisições do combustível gasolina comum sem documentação fiscal. Assim ocorrendo, o adquirente assume a responsabilidade pelo imposto devido por quem lhe vendeu ilegalmente, sem prova de que o tributo foi pago (responsabilidade solidária, infração 1).

Com a demonstração de que o estabelecimento adquiriu o referido produto sem documentos fiscais, incide o ICMS sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de mercadoria enquadrada no regime de substituição (infração 2).

O impugnante argumentou que no dia 25/05/2008 houve uma mudança no bico 04, posto que antes dessa data o mesmo era utilizado para a comercialização de gasolina comum, e depois passou a funcionar na venda de álcool, com o que concordou a autoridade fiscal, tendo sido efetuada a revisão às fls. 1.612 a 1.619, com a indicação das folhas do LMC (Livro de Movimentação de Combustíveis) de onde foram extraídas as informações (vide, v.g., fl. 1.619).

Acolho o levantamento de fl. 1.612, elaborado pelo fisco, de modo que a infração 1 seja modificada de R\$ 28.018,39 para R\$ 187,28, enquanto a 2 de R\$ 8.879,03 para R\$ 59,35, quantias relativas à omissão de saídas de gasolina comum em 2007.

Quanto à margem de valor acrescido (MVA) de 31,69%, é a prevista na legislação para o indigitado combustível (gasolina comum, 2007).

Infrações 1 e 2 parcialmente elididas.

Com relação à infração 3, não merece acolhimento a tese defensiva de que não procede por não haver possibilidade de uso de outro documento, distinto do cupom fiscal, no equipamento de propriedade do autuado, pois, para que o ilícito se caracterize, a emissão irregular não precisa ser efetuada no ECF.

Nos termos do § 2º do art. 238 do RICMS/1997, quando não for possível a emissão de documento fiscal por meio do ECF, em decorrência de sinistro ou razões técnicas, o contribuinte pode lançar mão da nota fiscal de venda a consumidor. Porém, para isso, o defeito ou sinistro do equipamento deve ser documentado na forma regulamentar. O art. 824-H prevê como se deve proceder em tal situação. A empresa encarregada da intervenção técnica no equipamento deve observar, dentre outras regras, aquelas contidas nos arts. 824-L e 824-M.

Acolho o pedido de redução da penalidade por descumprimento de obrigação acessória aplicada ao fiscalizado, nos termos do art. 158 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/1999, conforme entendimento já consolidado neste CONSEF, a exemplo daqueles registrados nos Acórdãos CJF 0007-11/10 e 0025-11/10, relativos à mesma matéria, uma vez que se trata de um contribuinte que opera com produtos sujeitos à tributação por substituição, de responsabilidade dos seus fornecedores, cujas saídas subsequentes ocorrem sem incidência, e, ainda, diante do fato de que a penalidade em tela decorre não da falta de emissão de documento fiscal, cuja gravidade é maior, mas sim de emissão de um outro diverso do exigido (NF série D em substituição ao cupom fiscal).

Deve-se ressaltar que os requisitos exigidos para que este órgão julgador utilize o permissivo regulamentar acima citado, cancelando ou reduzindo a multa prevista por descumprimento de obrigação tributária acessória, encontram-se presentes, visto que não houve na ação estatal qualquer acusação de que o contribuinte tenha agido com dolo, fraude ou simulação, nem tampouco restou comprovado que houve falta de recolhimento do imposto relacionado com a não emissão do cupom e a emissão de nota de venda a consumidor em seu lugar. Assinale-se que não há prova nos autos de eventual liame entre esta infração e as demais.

Portanto, diante de tais considerações, acolho o pedido do contribuinte para reduzir a multa por descumprimento de obrigação tributária acessória, neste caso específico, para 10% do valor proposto, perfazendo então o montante de R\$ 15.315,65, de forma a cumprir o efeito educativo a que se destina.

Infração 3 caracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PÁRCIAL do Auto de Infração, na cifra de R\$ 15,562,28.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **146468.0113/10-7**, lavrado contra **PETROÁLCOOL REVENDEDORA DE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$461,00**, acrescido das multas de 60% sobre R\$273,72 e 70% sobre R\$187,28, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além da penalidade por descumprimento de obrigação acessória de **R\$15.315,65**, prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da citada lei, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de novembro de 2012.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR