

PROCESSO - A. I. Nº 146468.0113/10-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PETROÁLCOOL REVENDEDORA DE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 4º JJF nº 0285-04/12
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 11/06/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0134-12/13

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. COMBUSTÍVEIS ADQUIRIDOS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS ADQUIRIDOS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITOS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Nestas condições, o adquirente assume o ônus do pagamento do imposto devido nas aquisições de combustíveis sem prova de que o tributo foi pago (responsabilidade solidária), sendo também devida a exação sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de produto enquadrado no regime de substituição tributária. Infrações parcialmente elidida após retificação dos cálculos. Mantida a Decisão recorrida. **2. DOCUMENTOS FISCAIS. ESTABELECIMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). UTILIZAÇÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR 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. Mantida a Decisão recorrida. **Recurso NÃO PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício interposto pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal - 4ª JJF, que por intermédio do Acórdão nº 0285-04/12 decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração em referência, o qual fora 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 de quatro infrações, sendo objeto deste Recurso as infrações 1 a 3 a seguir discriminadas:

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.

A 4ª JJF, após afastar as questões preliminares, decidiu a lide com fundamento no voto abaixo reproduzido:

(...)

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 PARCIAL do Auto de Infração, na cifra de R\$ 15,562,28".

A 4ª JF recorreu, de ofício, para uma das Câmaras de Julgamento 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.

Foi juntado à fl. 1.638 dos autos, extrato obtido através do Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária - SIGAT, indicando a ocorrência de parcelamento parcial do débito.

VOTO

Analizando os documentos que integram os autos deste processo, conjuntamente com os argumentos apresentados e, principalmente, com a informação fiscal prestada pelo autuante e respectivos demonstrativos, fls. 1.608 a 1.619, entendo que a Decisão recorrida não carece de qualquer alteração.

Isto porque, naquilo que diz respeito às infrações 1 e 2, que tratam de responsabilidade solidária sobre aquisições de combustíveis de terceiros sem documentação fiscal e da respectiva antecipação tributária, cujo imposto incide sobre o valor acrescido, o autuante após analisar a documentação apresentada pelo recorrido em atendimento a intimação específica expedida para fim de revisão no lançamento, demonstra de forma cabal a redução da infração 1 para a quantia de R\$187,28 e da infração 2 para apenas R\$59,35. Neste ponto, considero correta a exoneração do débito levada a efeito pela Junta de Julgamento, pois lastreada em documentos probantes da lavra do próprio autuante, que analisou e revisou o lançamento, indicando, ao final, o *quantum* efetivamente devido.

Quanto a infração 3, penalidade por emissão de "NFVC e NFF" consideradas como emitidas irregularmente pelo recorrido em razão da sua condição de usuário de equipamento emissor de documento fiscal, cujo valor original de R\$153.156,54 foi reduzido para 10% deste valor, ou seja, R\$15.315,65, a Junta de Julgamento levou em consideração para o acolhimento do pedido de redução da multa dois fatores, concomitantemente: a) que se trata de contribuinte que opera com mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária e que não houve falta de emissão de documento fiscal e, sim, emissão de documento fiscal diverso daquele que estaria obrigado pela norma legal, e, b) ausência de dolo fraude ou simulação e que não restou comprovado que houve falta de recolhimento do imposto relacionado com a não emissão do cupom fiscal.

Analizando os demonstrativos elaborados pelo autuante, fls. 179 a 184, exercício de 2007, e fls. 560 a 565, exercício de 2008, verifiquei que a prática de emissão desses documentos fiscais ocorreu de forma reiterada, sem que houvesse, em princípio, uma justificativa para tais ocorrências.

O fato do estabelecimento do recorrido ter como atividade preponderante à comercialização de combustíveis, cujas operações já se encontram com a fase de tributação encerrada, por si só não é suficiente para acolher o pleito de redução da penalidade. Neste sentido o i.relator da primeira instância, para reduzir o valor da penalidade, aliou este fato aos outros acima mencionados.

Ocorre, entretanto, que dá análise das notas fiscais juntadas aos autos pelo autuante, não há como se afirmar, por exemplo, que não ocorreu simulação de vendas em determinadas operações indicadas em alguns documentos fiscais, como, por exemplo:

• Nota Fiscal nº 44851	08/08/07	R\$22.521,23	fl. 510
• Nota Fiscal nº 44852	13/08/07	R\$21.536,87	fl. 511
• Nota Fiscal nº 44853	14/08/07	R\$21.096,27	fl. 512
• Nota Fiscal nº 44895	18/12/07	R\$23.042,48	fl. 556
• Nota Fiscal nº 44898	27/12/07	R\$22.967,15	fl. 557
• Nota Fiscal nº 44899	31/12/07	R\$40.852,75	fl. 558
• Nota Fiscal nº 44913	06/03/08	R\$30.822,25	fl. 603

Os exemplos acima pinçados, por amostragem, referem-se a notas fiscais de vendas a consumidor, sem identificação do adquirente e em quantidades/volumes altíssimos, que, sem dúvida, não refletem uma única operação ocorrida através de bomba de combustível. Acrescente-se, que não há vinculação a cupom fiscal emitido anteriormente.

Por outro ângulo, constam na autuação notas fiscais emitidas para contribuintes, consumidores finais, devidamente identificados, em valores significativos, que foram emitidas claramente para fim de faturamento, com indicação da data do vencimento e com a expressão em carimbo "*em substituição aos cupons fiscais anexo ao talão*". Nesta situação, em princípio, houve a emissão regular do cupom fiscal a cada fornecimento efetuado e, em um determinado momento, previamente estabelecido, foi emitida uma única nota fiscal englobando a totalidade daquele período. Não há nos autos, prova em sentido contrário. Neste caso, também em princípio, não caberia a aplicação da penalidade.

Em função das duas situações acima postas, entendo que por uma questão de justiça, deve prevalecer a redução da penalidade inerente a infração 3 para o patamar de 10% do valor original aplicado pela Junta de Julgamento.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, devendo ser mantida inalterada a Decisão recorrida, recomendando que sejam homologados os valores recolhidos via parcelamento de débito.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **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 recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total 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, devendo ser homologados os valores já recolhidos através do débito parcelado.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de maio de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE/RELATOR

CLAUDIA MAGALHÃES GUERRA ATTINA - REPR. DA PGE/PROFIS