

A. I. N° - 206956.0001/13-2
AUTUADO - AUTO POSTO CENTENÁRIO COM. DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
AUTUANTE - PAULO APARECIDO ROLO
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 22.11.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0247-02/13

EMENTA: ICMS. 1. 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 vendas 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 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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 11 de junho de 2013 e refere-se à cobrança de penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$73.105,09, pela constatação da seguinte infração, verificada no período de janeiro a dezembro de 2008:

Emissão pelo contribuinte de documento fiscal diverso daquele decorrente do uso regular de equipamento de controle fiscal - ECF - nas situações em que, legalmente, está obrigado.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 63 a 73, onde argui em sua defesa, inicialmente, após fazer digressão acerca do princípio da legalidade, inclusive mencionando e transcrevendo textos doutrinários, que a ação fiscal foi deflagrada com fundamento, somente, na presunção de emissão de outro documento fiscal em lugar daquele estabelecido, ficando evidente existir subjetividade na avaliação particular feita pelo agente fiscalizador, já que a própria descrição da infração assim denota, na medida em que remete a situações que estaria obrigado e não declinam quais seriam estas.

Defende, ainda, que a descrição incompleta do fato imputável ao contribuinte, tal como se verifica no caso concreto, representa inequívoca hipótese de cerceamento do direito de defesa, violação ao contraditório e ao devido processo legal, princípios estes que hão de ser observados também no procedimento fiscal administrativo.

Ressalta que não se discute nestes autos se houve ou não venda sem a emissão de comprovante fiscal, vez que tal fato está comprovado e revela-se isento de dúvidas que não houve qualquer infração ao RICMS e que todas as notas estariam contabilizadas. O que não foi levado em conta pelo autuante é que existem circunstâncias especiais que revestem a venda de produtos combustíveis, isto, principalmente, quando se toma o período de abrangência do Auto de Infração que se restringiu aos meses de janeiro a dezembro de 2008.

Considera que, à época, ainda se encontrava em fase de aprimoramento do sistema Sintegra e dos ECF's, tanto que, quando tornado obrigatório o uso do emissor do cupom fiscal, o Sindicato da

Categoria, preocupado com as peculiaridades da venda de combustíveis, consultou a Secretaria da Fazenda acerca de como proceder e repassou tal resposta aos associados revendedores.

"A Secretaria da Fazenda, através do funcionário encarregado pela Coordenadoria da Fiscalização, portanto, respondendo à aludida consulta, informou ter ficado estabelecido que os postos, sempre que solicitados, deveriam emitir o cupom fiscal, todavia, se não houvesse pedido, não haveria a necessidade da emissão, porque no encerramento do expediente far-se-ia as contas e emitir-se-ia nota fiscal ou cupom fiscal complementar. Tal procedimento se explica em razão do sistema de arrecadação do ICMS sobre os combustíveis, que se dá por substituição tributária".

Salienta que os Postos são obrigados a contabilizar, no Livro de Movimentação de Combustíveis, o movimento diário, inclusive lançando estoque, recebimentos, vendas e encerrantes das bombas medidoras, sendo, pois, fácil a fiscalização e difícil a sonegação, considerando, especialmente, a substituição. Assim, o tratamento dispensado pela fiscalização sempre foi o de não exigir a emissão do cupom ou nota por cada operação de venda, pelas razões supra e ante ao movimento rápido havidos nos postos. O cliente solicita o cupom fiscal ou nota fiscal e é atendido imediatamente, mesmo porque está obrigado a emitir nota complementar das vendas do dia, ao término das vendas, consoante se infere dos livros fiscais.

Indica que houve engano do preposto fiscal, porque a recomendação foi do próprio fisco através de sua Coordenadoria de Fiscalização, e lembra que, como regra de interpretação legal, disposta na Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro, o costume também faz regra entre o estado e o contribuinte, não se tendo como se manter a infração. O quanto apontado no auto de infração em tela, portanto, é plenamente escusável, ensejando que seja considerado improcedente, em especial para o atendimento ao princípio da razoabilidade, tanto que o posto já sofreu outras fiscalizações e nunca houve a alegação de ato infracional desta natureza.

Assevera que não houve a utilização de documento fiscal outro em lugar daquele que a norma estabelecia, mas, sim, a utilização de procedimento permitido e autorizado pela própria Coordenadoria de Fiscalização para o caso de contribuinte posto revendedor de combustível.

Passa a seguir, a discorrer acerca da teoria de produção da prova, mencionando doutrina, para a firmar que a Administração não pode negar o pedido de perícia, sob pena de ser entendida como violência ao direito de prova, mesmo quando entenda a Administração que a prova incumbe a quem alega. Mesmo assim, há dever de informar ao contribuinte, de lhe negar o acesso à prova com a qual pretende demonstrar seu direito, e que no presente caso, mesmo que a Administração entenda que compete a prova à Empresa, há de se buscar a verdade real o que norteia o sistema, transcrevendo julgado deste órgão administrativo, bem como decisão do Poder Judiciário que entende amparar seu pleito.

Por tais razões, solicita seja deferida a dilação probatória, com a possibilidade de juntada de novos documentos até o julgamento do presente Auto de Infração, inclusive da consulta formulada pelo Sindicato à Coordenadoria de Fiscalização, e, principalmente, a perícia administrativa contábil-fiscal, para o qual apresenta, inclusive, quesitos.

Finaliza, solicitando a improcedência do lançamento.

Informação fiscal prestada à fl. 132 pelo autuante argumenta de forma sucinta que "a autuada apresentou defesa, porém, nada de forma eficaz que justifique a impossibilidade de emissão do cupom fiscal. Foi verificado que não consta no Registro de termos de ocorrência, razões para o ocorrido, e também, não foi identificado no sistema SEFAZ/INC, atestado de intervenção nas datas autuadas".

Por tais razões, entende que o lançamento deva ser julgado procedente, não se acatando a alegação defensiva.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização: Emissão pelo contribuinte de documento fiscal diverso daquele decorrente do uso regular de equipamento de controle fiscal - ECF - nas situações em que, legalmente, estava obrigado.

Antes de adentrar na análise do lançamento propriamente dito, entendo que algumas observações são pertinentes. A primeira delas é a de que, embora a defesa não diferencie alegação preliminar, de alegação de mérito, aborda questões relativas a cerceamento de defesa, princípio da legalidade, e autuação por presunção, além de pedido de realização de "perícia fiscal-contábil", que ao meu entender são arguições tipicamente de natureza preliminar, e como tal as abordarei.

Inicialmente, verifico que o lançamento obedeceu aos princípios gerais do processo administrativo fiscal, não se podendo aventar a possibilidade de qualquer cerceamento de defesa, tal como levantado na peça defensiva, bem como o lançamento foi embasado em fato concreto (emissão de documento fiscal diverso do previsto na legislação), não se podendo falar em presunção, até pelo fato do objeto do Auto de Infração ser a cobrança de obrigação tributária de natureza acessória.

Por outro lado, não posso acolher o argumento de que a autuação baseou-se em presunção, até pelo fato de que as hipóteses para lançamento por tal modalidade estarem elencados no artigo 4º, parágrafo 4º da Lei 7.014/96, e dentre as hipóteses ali elencadas, não se enquadra o móvel da autuação:

"§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

I - saldo credor de caixa;

II - suprimento a caixa de origem não comprovada;

III - manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

V - pagamentos não registrados;

VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

a) instituições financeiras;

b) administradoras de cartões de crédito ou débito;

c) "shopping centers", centro comercial ou empreendimento semelhante;

VII - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito inferiores aos informados pelas respectivas administradoras".

Além do mais, a acusação refere-se a descumprimento de obrigação acessória, e não principal, neste caso, também descabendo falar-se em presunção.

Quanto à consulta aduzida pela autuada, caso a mesma tenha sido feita pelo sindicato da classe, como alega, não possui qualquer efeito vinculante, além de não se referir especificamente a questão levantada pela autuada, motivo pelo qual não posso, da mesma forma, acolher tal argumento.

No tocante ao pedido de realização de "perícia", a mesma, mais do que qualquer coisa, é prerrogativa do relator, diante do seu entendimento, ou da necessidade de coligir ao feito elementos que aclarem a discussão da lide, diante, inclusive, do fato da diligência já ter sido realizada no feito, não cabendo nenhuma imposição em contrário, diante dos elementos constantes da lide, sequer arguição de ilegalidade ou cerceamento de defesa, que, reitero, não ocorreu no curso de todo o processo.

Ademais, o processo contém todas as informações e dados necessários para o livre convencimento do relator, razão pela qual, nos termos do artigo 147, inciso II, alíneas "a" e "b" do RPAF/99, segundo o qual deverá ser indeferido o pedido de perícia fiscal, quando a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, ou for desnecessária em vista de outras provas produzidas.

Logo, atendendo aos requisitos legais, inexiste qualquer pecha, ainda que tênue, de nulidade do lançamento tributário em apreço.

Quanto ao mérito da autuação, o contribuinte na sua peça defensiva não nega ser usuário de equipamento emissor de cupom fiscal, a ser emitido em substituição à nota fiscal de venda a consumidor. Apenas afirma que à época o Fisco era tolerante com tal fato, bem como poder emitir o documento fiscal ao final do dia, para acobertar aquelas operações cujos documentos fiscais não foram emitidos no período.

A obrigatoriedade da emissão do cupom fiscal encontrava-se prevista no RICMS/97, então vigente à época dos fatos geradores, nos artigos 824-B e 238, sendo que, nos termos destes dispositivos regulamentares, o contribuinte usuário de equipamento emissor de cupom fiscal somente está autorizado a emitir notas fiscais de venda a consumidor ou modelo 1, em lugar do documento fiscal emitido pelo Equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, ou seja, motivos que impeçam de emitir o cupom fiscal. Também, quando solicitado pelo adquirente das mercadorias, o contribuinte usuário de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal pode emitir nota fiscal, porém, neste caso, deve ser emitido, concomitantemente, o cupom fiscal e anexado à via fixa do documento fiscal emitido, no qual deveria ser consignado o número seqüencial atribuído ao ECF no estabelecimento, bem como o número do documento fiscal emitido no ECF.

Tal artigo 238, inciso II e § 1º, do mesmo regulamento, já mencionado acima, preconiza que o contribuinte obrigado a utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) emitirá o Cupom Fiscal, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou o Bilhete de Passagem por meio deste equipamento, nas operações ou prestações destinadas a não contribuinte do ICMS, observada a natureza da operação ou prestação, podendo também ser emitido, em relação à mesma operação e/ou prestação a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, quando houver solicitação do adquirente dos bens, e, nesta hipótese, a 1ª via do documento fiscal emitido no ECF, deverá ser anexado à via fixa do documento fiscal emitido, no qual serão consignados o número seqüencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF.

Por seu turno, o artigo 238, inciso II e § 1º, do mencionado diploma legal regulamento, determinava que o contribuinte obrigado a utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) emitiria o Cupom Fiscal, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou o Bilhete de Passagem por meio deste equipamento, nas operações ou prestações destinadas a não contribuinte do ICMS, observada a natureza da operação ou prestação, podendo também ser emitido, em relação à mesma operação e/ou prestação a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, quando houver solicitação do adquirente dos bens, e, nesta hipótese, a 1ª via do documento fiscal emitido no ECF, deveria ser anexado à via fixa do documento fiscal emitido, no qual serão consignados o número seqüencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF.

Isso significa dizer que, ainda que a operação realizada fosse para outro contribuinte, ou estabelecimento com inscrição estadual, ainda assim, deveria ser emitido o cupom fiscal, e, comprovadamente, a empresa autuada assim não procedeu, razão pela qual lhe foi aplicada a multa mencionada.

Na mesma esteira, acaso o consumidor solicitasse nota fiscal, ainda assim haveria a necessidade de emitir o cupom fiscal, e quando da emissão da nota fiscal, necessário constar a observação de que a operação encontrava-se atrelada ao cupom fiscal anteriormente emitido.

Como a empresa não agiu desta forma, lhe foi aplicada a multa mencionada, corretamente.

Constatou que o autuante elaborou demonstrativo (fls. 08 a 13), no qual lista as notas fiscais de venda a consumidor modelo 2 que teriam sido emitidas ao invés do cupom fiscal, inclusive entregue ao sujeito passivo mediante recibo. Também, no intuito de provar a acusação fiscal, emitiu relatório obtido junto ao sistema de informação do contribuinte (INC) da Secretaria da Fazenda, no qual são informadas as intervenções realizadas nos equipamentos de uso fiscal no período autuado (fls. 14 a 16), e que no exercício autuado apenas informa uma colocação de lacre em equipamento, realizada em 22 de fevereiro de 2008 pela empresa Batista & Medeiros Ltda.. Consta, igualmente, dos autos, cópia do livro Registro de Saídas de Mercadorias, na qual estão registradas as notas fiscais de venda a consumidor emitidas em lugar dos cupons fiscais.

Cotejando tais documentos, constato que em 06 de janeiro de 2008, por exemplo, foram emitidas e lançadas no LRSM 15, fl. 02, as notas fiscais série D-1 n.º 61151 a 61157, no valor total de R\$16.622,54, e que, apesar de negar a prática do ato, a própria defendantecosta cópia de tal livro fiscal às fls. 88 a 128.

No presente caso, a emissão das notas fiscais em lugar do cupom fiscal não foi motivada por nenhuma das razões legais acima referidas, haja vista que o próprio autuado admite não ter emitido o documento fiscal próprio, conforme exigido na legislação tributária, além de não trazer qualquer alegação consistente que pudesse contrapor-se à acusação fiscal.

Por tais razões, julgo o Auto de Infração procedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206956.0001/13-2 lavrado contra **AUTO POSTO CENTENÁRIO COM. DE COMBUSTÍVEIS E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser efetuado o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$73.105,09**, prevista na Lei 7.014/96, artigo 42, inciso XIII-A, alínea "h" do citado dispositivo legal e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05.

Sala de Sessões do CONSEF, 07 de novembro de 2013.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR