

A. I. N° - 146468.0128/13-9
AUTUADA: - POSTO TAQUIPE DE COMBUSTÍVEIS LTDA
AUTUANTE: - HENRIQUE ILJALMAR LOPES GRANGEON
ORIGEM: - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 01.10.2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO nº .0179-05/14

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAS DE MATERIAL DE CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. 2. EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). IRREGULARIDADE NA CESSAÇÃO DE USO DO EQUIPAMENTO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. EXTRAVIO DE NOTAS FISCAIS DE VENDA A CONSUMIDOR. 4. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICOS FISCAIS. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Infrações reconhecidas pelo contribuinte. Objeto de parcelamento. 5. ENTRADAS DE MERCADORIAS ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS SEM REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MULTA. Comprovado nos autos que as operações se referiam a entradas de bens remetidos em comodato. Descumprimento de obrigação acessória diversa. Aplicação da multa prevista no art. 42, inc. XXII, da Lei nº 7.014/96 (penalidade inespecífica). 6. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA. Comprovado nos autos que os créditos lançados pelo contribuinte em sua escrita fiscal não foram objeto de compensação com débitos de ICMS. Remanesce, neste caso, a exigência da penalidade prevista no art. 42, inc. XVII, "a", da Lei nº 7.014/96. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 15/05/2014, para exigir ICMS e penalidade fixa, no valor histórico de R\$ 159.572,00 (cento e cinquenta e nove mil, quinhentos e setenta e dois reais), com as seguintes imputações:

Infração 01 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável, sem o devido registro na escrita fiscal, gerando multa fixa a recolher no valor de R\$4.947,97 (quatro mil, novecentos e quarenta e sete reais e noventa e sete centavos), conforme consta do Anexo I, cuja cópia reprográfica acha-se acostada ao presente PAF;

Infração 02 – Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da federação e destinadas a consumo do estabelecimento, gerando um valor total a recolher, nos exercícios de 2010 e 2013, na cifra de R\$ 1.543,74 (um mil, quinhentos e quarenta e três reais e setenta e quatro centavos), conforme se acha detalhado nos Anexos II a V, acostados ao presente PAF;

Infração 03 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias, no decorrer dos exercícios de 2010 e 2011, no valor total de R\$145.460,29 (cento e quarenta e cinco mil, quatrocentos e sessenta reais e vinte e nove centavos), conforme se acha detalhado nos Anexos VI e VII acostados ao presente PAF;

Infração 04 – Deixou de cumprir as exigências legais para a cessação de uso do ECF IONICS nº de ORDEM 01, sujeitando à multa fixa de R\$4.600,00 (quatro mil e seiscentos reais), conforme se acha detalhado no Anexo VIII, acostado ao presente PAF;

Infração 05 - Extraviou diversos documentos fiscais, conforme indicado no Anexo IX, sujeitando-se, por conseguinte, ao pagamento da multa fixa no valor de R\$2.750,00 (dois mil, setecentos e cinquenta reais);

Infração 06 – Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), sujeitando-se ao pagamento da multa fixa no valor total de R\$280,00 (duzentos e oitenta reais), conforme discriminado no Anexo X, acostado ao PAF.

Em suas razões de defesa, protocolada junto à SEFAZ em 17.06.2014, subscrita por advogado com procuraçāo nos autos (doc. fl. 318), a impugnante inicialmente requereu, sob pena de nulidade que todas as intimações e notificações relativas ao feito fossem encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos.

Acatou integralmente as exigências fiscais objeto das Infrações 02, 04, 05 e 06 e insurgiu-se contra as Infrações 01 e 03, levantando situações e apresentando justificativas.

Quanto à infração 1 informou que as notas fiscais que serviram e base para a autuação se referem a bens do ativo immobilizado (bombas de combustíveis) que entraram no estabelecimento autuado em regime de comodato, com não incidência do ICMS, sendo proprietários dos equipamentos as empresas Petrobras e Dresser. Consignou que nas referidas operações não houve desembolso financeiro, sendo, portanto, indevida a multa de 1%, prevista no art. 42, inc. XI, da Lei nº 7.014/96, aplicada sobre a base de cálculo de R\$ 494.797,00. Juntou ao processo o contrato de comodato de equipamentos e cópias do livros fiscais a partir das folhas 325.

No tocante à infração 3 esclareceu que a autuação decorreu de ação fiscal em processo de baixa da inscrição, face à desapropriação da área onde se encontrava o estabelecimento, na Av. Paralela. Em razão do encerramento das atividades a empresa, de forma equivocada, se apropriou, na escrita fiscal, dos créditos narrados no A.I, porém sem compensação com débitos de ICMS, visto que operava no ramo de varejo de combustíveis, situação em que o imposto incidente sobre as operações de saídas são recolhidos de forma antecipada pelos fornecedores das mercadorias. Disse que providenciou refazer o seu livro de Apuração do ICMS, com o estorno dos referidos créditos. Citou decisões do CONSEF relacionadas com a questão, contidas nos Acórdãos 0189-12/07 e 0551-12/06.

Ao finalizar a peça defensiva, protestou pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente juntada posterior de documentos e demonstrações, e pediu pela improcedência das infrações 1 e 3, ou, no máximo, pela procedência em parte, com aplicação, no item 1, da multa do art. 42, inc. XXII (R\$50,00), e, no item 3, o inc. XVIII, letra "a", da Lei nº 7.014/96.

Na informação fiscal, juntada às fls. 620/622 do PAF, o autuante rebateu os argumentos defensivos.

Em relação à infração 1, a defesa alegou que não adquiriu os citados produtos, e que os mesmos são de propriedade da PETROBRÁS/DRESSER, cedidos através de comodato.

Para o autuante a expressão adquirir no dicionário significa “*alcançar a propriedade ou a posse de; vir a ter*”. Logo, através da figura jurídica do COMODATO os citados produtos passaram a ser efetivamente utilizados pela autuada a partir do mês de novembro/2010. Como as citadas operações não foram objeto de registro na sua escrita fiscal, entendeu, ser perfeitamente cabível a exigência da multa fixa prevista pela legislação tributária estadual.

Frisou ainda que as citadas operações possuem CFOP específicos para as situações de entradas e de saídas, como destacado abaixo:

CFOP A SER UTILIZADO POR OCASIÃO DAS ENTRADAS:

1.908 - Entrada de bem por conta de contrato de comodato;

1.909 - Retorno de bem remetido por conta de contrato de comodato.

CFOP a ser utilizado por ocasião das saídas:

5.908 - Remessa de bem por conta de contrato de comodato;

5.909 - Retorno de bem recebido por conta de contrato de comodato.

Com relação à infração 03 a mesma decorreu da utilização indevida de créditos fiscais de energia elétrica por estabelecimento do segmento comercial: (Posto Revendedor de Combustíveis).

Em sua peça de defesa a impugnante admitiu que “equivocadamente lançou em sua escrita fiscal os créditos narrados no Auto de Infração. Mais adiante ponderou no sentido de que “o Erário não sofreu qualquer prejuízo decorrente de tal apropriação, não restando assim caracterizada a efetiva absorção dos montantes lançados, em detrimento do Estado. Ou seja, não teria ocorrido compensação financeira dos créditos fiscais apropriados na escrita.

O autuante relatou mais à frente que esta utilização de crédito fiscal de energia elétrica pelo segmento de comércio varejista é vedada pela Legislação Tributária Estadual, e por certo, este fato contribuiu decisivamente para que ação fiscal que redundou na lavratura do presente Auto de Infração fosse disparada pelo órgão responsável pelo Planejamento Fiscal e gerador da Ordem de Serviço nº 504.428/14.

Destacou ainda que um dos Roteiros de Fiscalização indicados na referida Ordem de Serviço era a AUDIF-204 – AUDITORIA DO CRÉDITO FISCAL DO ICMS, através do qual devem ser verificados se as exigências impostas pela legislação tributária estadual para creditamento do imposto foram efetivamente observadas pelo contribuinte.

No caso em tela, estas exigências não foram observadas pelo contribuinte, visto que o direito ao crédito do ICMS pelo segmento comercial está vedado desde 01.01.2001.

Sendo a atividade fiscalizadora plenamente vinculada, não restou outra alternativa senão a exigência do ICMS creditado indevidamente pelo contribuinte, o que foi feito nos termos da Infração 03 e com base nos Anexos VI e VII, gerando um ICMS no valor total de R\$145.460,29.

Com relação aos fatos alegados pela autuada nos itens 06 a 09 de sua peça de defesa observou que uma vez refeitos os livros fiscais (folhas 340 à 390), os mesmos apontam para o fato de que não ocorreu absorção pela empresa (nem mesmo transferência a terceiros) dos aludidos créditos fiscais. Pediu pela manutenção, em sua totalidade, da referida infração, ou a sua transformação em uma penalidade mais branda, de natureza acessória.

Ao finalizar a peça informativa pugnou pela manutenção integral do Auto de Infração e o consequente julgamento pela sua procedência.

VOTO

A defesa acatou integralmente as exigências fiscais objeto das infrações 02, 04, 05 e 06. Consta ainda dos autos às fls. 625 a 628 que o contribuinte procedeu ao parcelamento das infrações reconhecidas. Os valores já recolhidos pelo sujeito passivo deverão ser homologados pela autoridade fiscal competente.

Logo, a irresignação do sujeito passivo concentrou-se exclusivamente nas infrações 01 e 03.

Quanto à infração 1, as notas fiscais que serviram de lastro para autuação, cujos "espelhos" foram anexados às fls. 34 a 51 dos autos, revelam que as operações objeto do lançamento se referiam a saídas de bens em comodato para o estabelecimento da empresa impugnante. Nesta situação não há que se falar em "valor comercial", expressão que integra o tipo tributário-penal, contido no art. 42, inc. XI, da Lei nº 7.014/96, por não se tratar de mercadorias adquiridas para fins de comercialização. O tipo tributário não fala em aquisição de bens, restringindo a mercadorias sem tributação ou com tributação antecipada, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal.

Todavia, apesar do fato não se enquadrar no art. 42, inc. XI da Lei do ICMS, deveria o contribuinte ter procedido ao registro dos bens na sua escrita fiscal. Incorreu, portanto, na penalidade inespecífica, no valor de R\$50,00, prevista no art. 42, inc. XXII, do mesmo diploma legal acima citado, que se aplica neste momento, atendendo-se, inclusive, a um dos pedidos formulados na inicial.

No tocante à infração 3, a autuação decorreu de ação fiscal em processo de baixa da inscrição, face à desapropriação da área onde se encontrava o estabelecimento, na Av. Paralela. A exigência fiscal foi consubstanciada na acusação de utilização indevida de créditos fiscais de energia elétrica por estabelecimento do segmento comercial: (Posto Revendedor de Combustíveis).

O contribuinte admitiu, na peça de defesa, que equivocadamente lançou em sua escrita fiscal os créditos narrados no Auto de Infração. Mais adiante ponderou no sentido de que “*o Erário não sofreu qualquer prejuízo decorrente de tal apropriação, não restando assim caracterizada a efetiva absorção dos montantes lançados, em detrimento do Estado*”. Ou seja, não teria ocorrido compensação financeira dos créditos fiscais apropriados na escrita.

O autuante ao contrapor os argumentos defensivos, ressaltou que o direito ao crédito do ICMS de energia elétrica pelo segmento comercial está vedado desde 01.01.2001. Com relação aos fatos alegados observou que uma vez refeitos os livros fiscais (folhas 340 à 390), os mesmos apontam para o fato de que não ocorreu absorção pela empresa (nem mesmo transferência a terceiros) dos aludidos créditos fiscais indevidamente lançados na escrita fiscal.

Pelo exposto acima, não há dúvidas de que restou provado nos autos que o autuado não compensou os créditos indevidos de energia elétrica com débitos de ICMS, até porque a atividade que exercia, relativa à revenda de combustíveis, é tributada de forma antecipada, pelo regime da substituição tributária. Todavia os créditos fiscais foram lançados escrituralmente no livros de uso obrigatório do ICMS.

Neste caso remanesce tão somente a multa, prevista no art. 42, inc. VII, letra "a", da Lei nº 7.014/96, com a seguinte redação:

Art. 42 - (...)

Inc. VII - 60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal, que não importe em descumprimento principal, sem prejuízo da exigência do estorno:

*a) quando da utilização indevida de crédito fiscal.
(...)*

Insubstancial, portanto, os pedidos formulados pelo contribuinte, de improcedência da autuação ou de conversão da exigência fiscal em multa por descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 42, inc. XVIII, "a", da Lei nº 7.014/96, correspondente a R\$140,00, visto que no ordenamento há penalidade específica para a situação posta nestes autos.

Frente ao acima exposto a infração 3 passa a ter a configuração apresentada no demonstrativo abaixo:

| DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO 3 | | | |
|-----------------------------|------------|----------------|---|
| OCORRÊNCIA | VENCIMENTO | VLR. HISTÓRICO | VLR. JULGADO (60% SOBRE O VLR. HISTÓRICO) |
| 31/01/2010 | 09/02/2010 | 8.169,67 | 4.901,80 |
| 28/02/2010 | 09/03/2010 | 8.229,91 | 4.937,95 |
| 31/03/2010 | 09/04/2010 | 8.519,81 | 5.111,89 |
| 30/04/2010 | 09/05/2010 | 6.093,17 | 3.655,90 |
| 31/05/2010 | 09/06/2010 | 5.586,78 | 3.352,07 |
| 30/06/2010 | 09/07/2010 | 6.180,76 | 3.708,46 |
| 31/07/2010 | 09/08/2010 | 6.808,49 | 4.085,09 |
| 31/08/2010 | 09/09/2010 | 6.100,90 | 3.660,54 |
| 30/09/2010 | 09/10/2010 | 6.712,63 | 4.027,58 |
| 31/10/2010 | 09/11/2010 | 5.993,42 | 3.596,05 |
| 30/11/2010 | 09/12/2010 | 6.073,28 | 3.643,97 |

| | | | |
|--------------|------------|-------------------|------------------|
| 31/12/2010 | 09/01/2011 | 5.332,26 | 3.199,36 |
| 31/01/2011 | 09/02/2011 | 4.876,42 | 2.925,85 |
| 28/02/2011 | 09/03/2011 | 4.498,34 | 2.699,00 |
| 31/03/2011 | 09/04/2011 | 5.003,07 | 3.001,84 |
| 30/04/2011 | 09/05/2011 | 5.134,84 | 3.080,90 |
| 31/05/2011 | 09/06/2011 | 6.169,58 | 3.701,75 |
| 30/06/2011 | 09/07/2011 | 6.274,24 | 3.764,54 |
| 31/07/2011 | 09/08/2011 | 5.737,76 | 3.442,66 |
| 31/08/2011 | 09/09/2011 | 6.142,33 | 3.685,40 |
| 30/09/2011 | 09/10/2011 | 6.974,29 | 4.184,57 |
| 30/11/2011 | 09/12/2011 | 7.482,20 | 4.489,32 |
| 31/10/2011 | 09/11/2011 | 7.366,14 | 4.419,68 |
| TOTAL | | 145.460,29 | 87.276,17 |

Com a fundamentação acima alinhavada nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Ressalto, por fim, que todas as intimações e notificações relativas ao feito devem ser encaminhadas aos profissionais de advocacia regularmente constituídos nos autos.

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 **146468.0128/13-9**, lavrado contra **POSTO TAQUIPE DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor **R\$1.533,74**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no valor de **R\$87.276,17** e por descumprimento de obrigações acessórias no valor **R\$7.680,00**, previstas no incisos VII, "a", XIII-A, "c", XVIII, "c", XIX e XXII, alterada pela Lei nº 8.534/02, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

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 de sessões do CONSEF, 09 de setembro de 2014.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIM - JULGADOR