



**ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA**

PROCESSO Nº1740042016-0

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS-GEJUP

Recorrida: FEDERAL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA

Repartição Preparadora: COLETORIA ESTADUAL DE PRIMEIRA CLASSE-CABEDELO

Autuante: OACIR URBANO PEREIRA

Relatora: CONS.^a GILVIA DANTAS MACEDO

FALTA DE RECOLHIMENTO – ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – LEVANTAMENTO QUANTITATIVO – DECADÊNCIA PARCIAL DOS CRÉDITOS LANÇADOS - DENÚNCIA CONFIGURADA EM PARTE – AFASTADA MULTA RECIDIVA - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE – MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

O prazo inicial para contagem da decadência, em se tratando de falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária, em que houve a emissão de notas fiscais e declaração ao Fisco, deve ter, como marco temporal, aquele em que efetivamente ocorreram os fatos geradores.

Eventual diferença a maior detectada nos estoques de combustíveis, não tendo esse acréscimo sido tributado quando do recolhimento antecipado pela refinaria de petróleo, sujeita o contribuinte ao recolhimento do imposto devido por substituição tributária, haja vista a ocorrência de fato imponível. Afastada a aplicação de multa recidiva, em consonância com o art. 87, parágrafo único, da Lei nº 6.379/96.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M os membros do Tribunal Pleno de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular e, quanto ao mérito, pelo seu desprovidimento, para manter a decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002656/2016-70, lavrado em 15 de dezembro de 2012 em desfavor da empresa FEDERAL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA, inscrição estadual nº 16.132.353-9, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 47.545,74 (quarenta e sete mil, quinhentos e quarenta e cinco reais e setenta e quatro centavos), sendo R\$ 23.772,87 (vinte e três mil, setecentos e setenta e dois reais e oitenta e sete centavos) de ICMS por infringência aos artigos 160, V e VII, e 172, VI, c/c os artigos 391 e 399, I, todos do RICMS/PB e R\$ 23.772,87 (vinte e três mil, setecentos e setenta e dois reais e oitenta e sete centavos), a título de multa por infração, com fulcro no artigo 82, V, “c”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que mantem cancelado o montante de R\$ R\$ 296.185,32 (duzentos e noventa e seis mil, cento e oitenta e cinco reais e trinta e dois centavos), sendo R\$ 108.431,39 (cento e oito mil, quatrocentos e trinta e um reais e trinta e nove centavos) de ICMS, R\$ 108.431,39 (cento e oito mil, quatrocentos e trinta e um reais e trinta e nove centavos) de multa por infração e R\$ 79.322,54 (setenta e nove mil, trezentos e vinte e dois reais e cinquenta e quatro centavos) de recidiva, pelos fundamentos anteriormente expostos.

P.R.I

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 14 de setembro de 2018.

GÍLVIA DANTAS MACEDO
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, THAIS GUIMARAES TEIXEIRA, MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS (SUPLENTE), PETRONIO RODRIGUES LIMA e SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA

Assessor Jurídico

#

RELATÓRIO

Trata-se de recurso hierárquico, interposto nos moldes do artigo 80 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002656/2016-70 (fls. 03 a 05), lavrado em 15 de dezembro de 2012 em desfavor da empresa FEDERAL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA, inscrição estadual nº 16.132.353-9, no qual consta a seguinte acusação, *ipsis litteris*:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA >> Falta de recolhimento do

ICMS – Substituição Tributária.

Nota Explicativa: IRREGULARIDADE CONSTATADA PELA FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-ST, CONSTATADA PELAS DIFERENÇAS A MAIOR APURADAS ATRAVÉS DO LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE MERCADORIAS DOS PRODUTOS GASOLINA “A” E ÓLEO DIESEL, REFERENTE AO EXERCÍCIO DE 2011, E PELAS ENTRADAS DE GASOLINA “A” E ÓLEO DIESEL, SEM O RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DEVIDO, APURADAS ATRAVÉS DE NOTAS FISCAIS EMITIDAS PELA PRÓPRIA AUTUADA NO CFOP 1949, NO PERÍODO DE 2011, CONFORME DEMONSTRATIVO EM ANEXO.

OBSERVAÇÃO ACRESCENTE-SE AOS ARTIGOS DADOS POR INFRINGIDOS O ARTIGO 172, INCISO VI E O ARTIGO 160, INCISOS V E VII, AMOS D RICMS/PB, APROVADO PELO DECRETO 18.930/97 E OS ARTIGOS 9 E 15 DO DECRETO 29.537/2008.

Em decorrência deste fato, o representante fazendário responsável pelo cumprimento da Ordem de Serviço nº 93300008.12.00006513/2016-97 (fls. 14 e 15), considerando haver o contribuinte infringido os artigos 391 e 399, do RICMS/PB, lançou um crédito tributário na quantia total de R\$ 343.731,06 (trezentos e quarenta e três mil, setecentos e trinta e um reais e seis centavos), sendo R\$ 132.204,26 (cento e trinta e dois mil, duzentos e quatro reais e vinte e seis centavos) de ICMS e igual valor a título de multa por infração, com fulcro no artigo 82, V, “c”, da Lei nº 6.379/96, acrescido de R\$ 79.322,54 (setenta e nove mil, trezentos e vinte e dois reais e cinquenta e quatro centavos), de multa recidiva, arrimada no artigo 87, da Lei nº 6.379/96.

Traz a fiscalização aos autos, fls. 10 a 13, cópia do deferimento da medida liminar (Processo Judicial nº 0036433-69.2013.815.2001), a qual determina a abstenção da exigência do ICMS-ST, em virtude da variação volumétrica, informando que lavrou o presente auto de infração para prevenir a ocorrência da decadência para constituição do crédito tributário, nos termos do parecer da Coordenadoria da Assessoria Jurídica desta Secretaria, constante do processo nº 132.002.2016-3, que opinou pela lavratura de auto de infração, com suspensão dos atos executórios, até a decisão definitiva do processo judicial.

Depois de cientificada através de A.R., em 30 de dezembro de 2016, a autuada, por intermédio de seu procurador (fls. 28), apresentou, em 31 de janeiro de 2017, reclamação tempestiva (fls. 18 a 27) contra os lançamentos dos créditos tributários consignados no Auto de Infração em análise, por meio da qual, preliminarmente, alega a decadência dos créditos tributários relativos ao período de janeiro a novembro de 2011, e no mérito, argui que o ganho operacional decorre da variação da temperatura, diante dos parâmetros fixados pelos Órgãos Reguladores.

Com a informação de existência de antecedentes fiscais (fls. 118), foram os autos declarados conclusos (fls. 120) e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, tendo sido distribuídos ao julgador fiscal Leonardo do Egito Pessoa, que decidiu pela procedência parcial da exigência fiscal, conforme ementa supracitada:

ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE COMBUSTÍVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-ST INCIDENTE SOBRE DIFERENÇA VOLUMÉTRICA - DENÚNCIA CONFIGURADA EM PARTE.

- A falta de recolhimento do ICMS-ST pelo contribuinte legalmente responsável por tal ato, acarreta, "ipso facto", o lançamento de ofício do imposto. A constatação de diferença a maior nas vendas de combustíveis apurada através de Levantamento Quantitativo por espécie, justifica a cobrança do imposto, independentemente da origem do estoque.

- Atos executórios suspensos em face de medida liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 0036433-69.2013.815.2001.

Destaque-se que, não obstante haver sido dada a ciência ao contribuinte através do Edital nº 00078/2017, publicado em 15/08/2017, da decisão proferida pela instância prima, a autuada não apresentou recurso voluntário ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba.

Remetidos os autos a esta Corte Julgadora, tem-se que foram distribuídos a esta relatoria, segundo critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento.

Eis o breve relato.

VOTO

A *quaestio juris* versa sobre a denúncia de falta de recolhimento do ICMS – Substituição Tributária, constatada por meio de levantamentos quantitativos de mercadorias no exercício de 2011, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

De início, é importante discorrer acerca da verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional. Com efeito, sabe-se que um ato administrativo poderá ser anulado quando ilegal ou ilegítimo. O libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, a natureza da infração, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação, conforme se aduz dos artigos 15, 16 e 17, abaixo transcritos, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28/09/13:

Art. 15. As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas

quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a nulidade do auto de infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida;

IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V - ao local, à data e à hora da lavratura;

VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento.

Nesse norte, a natureza da infração está perfeitamente definida e a pessoa do infrator corretamente identificada, de modo que o lançamento de ofício atende aos requisitos da Lei nº 10.094/2013, não ensejando nulidade.

Considerando-se, ainda, o suporte probatório ínsito nos autos, relação das notas fiscais emitidas pela recorrente (DANFES emitidos para efeito de fechamento contábil dos estoques, constando a diferença entre litros), informadas na EFD pelo próprio contribuinte; deve-se observar, ainda, que às fls. 08, foi acostada, pela fiscalização, planilha referente ao ICMS-ST devido, demonstrando os valores apurados, e constando no campo de informações complementares os valores utilizados nas planilhas para o PMPF Ato Cotepe.

Da mesma forma, deve-se observar que às fls. 06 e 07, também foram acostadas planilhas referentes aos levantamentos quantitativos de mercadorias, os quais apontaram a ocorrência de aquisições de combustíveis sem amparo documental, implicando na ausência de recolhimento do ICMS-ST, tendo a fiscalização demonstrado os valores apurados, bem como aqueles utilizados nas planilhas para o PMPF Ato Cotepe.

Assim, observa-se que foram oportunizados à reclamante todos os momentos para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa, o contraditório, e o devido processo legal administrativo, alguns dos pilares do ordenamento jurídico processual.

No que tange à decadência suscitada pela recorrente, diante do recolhimento mensal do ICMS, com apresentação da EFD e da apuração do tributo, observa-se que a ciência dos autos se deu em 30/12/2016, fl. 16. Neste tópico, suscita a recorrente a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN.

Examinando o caso em questão, a matéria em tela não demanda maiores exegeses, pois, na acusação de falta de recolhimento do ICMS, em que houve a entrega das devidas declarações de informações fiscais perante o Fisco, constando as informações do lançamento das notas fiscais, referentes ao aumento no volume do combustível, aplica-se o art. 150, § 4º, do CTN.

Assim sendo, a situação se regula pela norma do art. 22, §§ 1º, 2º e 3º da Lei nº 10.094/2013, infra:

Art. 22. Os prazos de decadência e prescrição obedecerão ao disposto na legislação específica de cada tributo, respeitadas as regras do Código Tributário Nacional.

§ 1º. A decadência deve ser declarada de ofício.

§ 2º. Aplica-se o prazo decadencial previsto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional aos casos de lançamento por homologação.

§ 3º. Na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação em que o contribuinte tenha realizado a entrega de declaração de informações econômicas fiscais à Fazenda Estadual, ou tenha realizado recolhimento a menor do que o declarado, o prazo decadencial será de 5 (cinco) anos, contado exatamente da data da ocorrência do fato gerador. (g. n.)

Portanto, corroboro com o entendimento exarado na instância prima, considerando ter ocorrido a decadência em relação à acusação imposta na inicial para as notas fiscais emitidas pela recorrente, no período de 1/2011 a 11/2011, e informadas na EFD, porquanto a ciência dos autos se deu apenas em 30/12/2016, fl. 16, quando o direito do Fisco de proceder ao lançamento é de 5 (cinco) anos, contados exatamente da data da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º do CTN.

Reconheço, por esses fundamentos, a decadência do crédito tributário referente aos fatos geradores

ocorridos de 1/2011 a 11/2011, no total de R\$ 296.185,32, sendo R\$ 108.431,39 de ICMS, R\$ 108.431,39 de multa e R\$ 79.322,54 de recidiva.

Como se sabe, o levantamento quantitativo é um procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado.

A técnica consiste em confrontar, em cada exercício fechado, as mercadorias disponíveis para vendas (EI + C) com a soma das saídas mais o estoque final (S + EF), devendo ser satisfeita a equação $EI + C = S + EF$. As eventuais diferenças denotam irregularidade, sujeitando o contribuinte ao pagamento do imposto, no caso, por substituição tributária, na forma da legislação tributária.

Analisando-se a denúncia posta, observa-se que foram constatadas aquisições de combustíveis (Gasolina A e Óleo Diesel), no exercício de 2011, sem o recolhimento do ICMS-ST, demonstrativos acostados às fls. 06 a 08 e mídia digital, infringindo aos artigos 391 e 399, do RICMS/PB, in verbis:

Art. 391. Fica atribuída a responsabilidade pelo recolhimento do imposto e respectivos acréscimos legais, na qualidade de sujeito passivo por substituição, ao:

I – industrial, comerciante, produtor, extrator, gerador, inclusive de energia elétrica ou outra categoria de contribuinte, em relação às mercadorias ou bens constantes do Anexo 05 (Lei nº 7.334/03);

II - contratante de serviço ou terceiro, nas prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação de que participem (Lei nº 7.334/03);

§ 1º A responsabilidade será atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subsequentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.

§ 2º A responsabilidade será também atribuída:

I - ao contribuinte que realizar operação interestadual com petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, em relação às operações subsequentes;

II - às empresas geradoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de sujeito passivo por substituição pelo pagamento do imposto, desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer essa operação.

§ 3º Nas operações interestaduais com as mercadorias de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior, que tenham como destinatário consumidor final, o imposto incidente a operação será devido ao Estado onde estiver localizado o adquirente e será pago pelo remetente.

§ 4º O sujeito passivo por substituição sub-roga-se em todas as obrigações do contribuinte substituído, relativamente às operações internas.

§ 5º A substituição tributária não exclui a responsabilidade do contribuinte substituído, na hipótese de o documento fiscal próprio não indicar o valor do imposto, objeto da substituição tributária.

§ 6º O recolhimento do imposto pelo regime de substituição tributária encerrará a fase de tributação e não dará ensejo a utilização de crédito fiscal pelo adquirente, ressalvado o disposto no art. 72, incisos II, V, VI e VII.

§ 7º Equiparam-se às categorias mencionadas no “caput”:

I - o contribuinte de outra unidade da Federação que realizar, inclusive por meio de veículos, operações com produtos sujeitos à retenção antecipada do imposto, sem destinatário certo neste Estado;

II - qualquer possuidor, inclusive o comerciante varejista, que adquirir os produtos constantes no Anexo 05, sem retenção e pagamento do imposto.

Art. 399. O recolhimento do imposto nas operações com produtos submetidos ao regime de substituição tributária será efetuado:

I - no momento da entrada do produto no território deste Estado, nos casos de operações efetuadas sem a retenção antecipada;

II - até o dia 15 (quinze) do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador:

a) nas operações procedentes de outra unidade da Federação, sem retenção antecipada, destinadas a contribuintes que possuam Regime Especial concedido pelo Secretário de Estado da Receita;

b) nas operações internas com retenção, promovidas por estabelecimento industrial, comércio atacadista, distribuidor e/ou depósito;

c) nas prestações de serviços de transporte com retenção, realizadas por contribuintes inscritos no CCICMS;

IV - nas operações com cimento será observado o seguinte:

a) se internas, até o 5º (quinto) dia útil após a quinzena em que houver ocorrido a retenção;

b) se interestaduais:

1. entre o Estado da Paraíba e os Estados das regiões Norte Nordeste, até o 5º (quinto) dia após a quinzena em que houver ocorrido a retenção;

2. entre o Estado da Paraíba e os Estados das regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste, até o dia 15 (quinze) do

mês subsequente ao da respectiva saída;

V - relativamente a fato gerador ocorrido antes da entrada da mercadoria ou do serviço prestado ao sujeito passivo por substituição até o 5º (quinto) dia útil do mês subsequente àquele em que ocorrer a respectiva entrada;

VI - até o dia 10 (dez) do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador, nos demais casos não previstos neste artigo.

In casu, o exame de auditoria detectou que havia na empresa estoques de mercadorias (óleo diesel e gasolina "A"), cujos produtos, no dizer da autuada, são originados de um aumento de temperatura, chamados ganhos operacionais.

Ao se contrapor à acusação, a defesa, por meio de sua peça reclamatória, alega a ausência de previsão legal para a cobrança de ICMS sobre suposto ganho volumétrico decorrente de variação de temperatura, não havendo que se falar em ganho ou perda de volume, pois o estoque é ajustado à temperatura de 20º Celsius.

Necessário se faz destacarmos que todos os pontos combatidos pela defesa foram devidamente enfrentados pelo julgador fiscal, com os quais concordamos integralmente, ratificando os termos da sentença proferida pela instância prima.

Pois bem, quanto ao fator da medição, com efeito, os combustíveis saem da refinaria a uma temperatura convertida para o padrão de 20ºC, conforme estabelecido na Portaria MTIC nº 27, de 19/2/1959, podendo ocorrer variação no seu volume em razão de fatores como evaporação, manuseio na sua comercialização, ou mudança de temperatura no local em que é estocado ou comercializado, principalmente em nossa região onde a temperatura se situa geralmente em patamares bem superiores aos 20º C.

No entanto, apesar da legislação reguladora do setor de distribuição de combustíveis determinar que as refinarias realizem suas vendas de combustíveis, utilizando como unidade o volume a 20 ºC, esse mesmo procedimento não é exigido, quando as distribuidoras realizam vendas para seus clientes.

Argumenta a defendente que, quanto maior for a variação da temperatura ambiente, maior será o acréscimo verificado no volume de combustíveis disponíveis nos estoques.

Mister se faz esclarecermos que quaisquer alterações nas quantidades de mercadorias, independentemente do fato que lhe deu causa (variações de temperatura, questões relacionadas ao descarrego de combustíveis, etc.), não eximem o contribuinte de emitir documentos fiscais para regularização dos seus estoques, além de recolher o imposto devido, conforme determina o artigo e 172, VI, do RICMS/PB:

Art. 172. O contribuinte emitirá nota fiscal sempre que em seu estabelecimento entrarem bens ou mercadorias, real ou simbolicamente (Ajuste SINIEF 09/97):

(...)

VI - em outras hipóteses previstas na legislação.

Nesse sentido, tendo em vista o que preceitua o inciso VI do artigo acima transcrito, para o caso em apreço, podem-se considerar as regras contidas nos incisos V e VII do art. 160 do RICMS-PB, o qual determina que seja emitida a nota fiscal de entrada, prevendo a regularização do estoque do contribuinte em razão da diferença de quantidade. Abaixo transcrito:

Art. 160. A nota fiscal será emitida:

(...)

V – na regularização em virtude de diferença de preço, de peso ou de quantidade das mercadorias, quando efetuada no período de apuração do imposto em que tenha sido emitida a nota fiscal originária;

(...)

VII – relativamente à entrada de bens e mercadorias, nos momentos definidos neste artigo.

Destaque-se, o entendimento ora exposto, já se encontra consolidado pelo Conselho de Recursos Fiscais - CRF, conforme se observa dos acórdãos abaixo transcritos:

ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOR. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. MARGEM DE VALOR AGREGADO IRREGULAR. CONFIRMAÇÃO. PENALIDADE. AJUSTES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO MONOCRÁTICA. DESPROVIMENTO DO RECURSO HIERÁRQUICO. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO VOLUNTÁRIO.

Constatada a diferença a maior na quantidade de combustíveis comercializados, impõe-se a cobrança do ICMS ST, por saídas sem o imposto retido, não podendo tal diferença ser justificada pela variação de temperatura por ganho volumétrico dos combustíveis.

Exclusão de diferença não denunciada na peça exordial, apurada através do Termo Complementar de Infração.

Reduzida à multa aplicada em decorrência de lei nova mais benéfica ao contribuinte.

Acórdão nº 066/2016

RECURSOS HIE./VOL CRF n.º 733/2014.

CONSª. DOMENICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO E NOTAS FISCAIS DE ENTRADA DE COMBUSTÍVEIS, SEM RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. AJUSTES REALIZADOS EM SEDE DE CONTESTAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS VOLUNTÁRIO E HIERÁRQUICO DESPROVIDOS.

O levantamento quantitativo por espécie constitui uma técnica absolutamente legítima de que se vale a fiscalização na aferição da situação tributária do sujeito passivo. O lançamento indiciário decorrente do emprego dessa técnica de auditoria fiscal tem o efeito de transferir ao sujeito passivo, legítimo possuidor direto da documentação fiscal que lhe pertence, a responsabilidade da prova contrária e eficaz, tendente a elidir ou minimizar os efeitos do referido procedimento fiscal.

Eventual diferença a maior detectada nos estoques de combustíveis denota venda de mercadorias sem nota fiscal, sujeitando o contribuinte ao recolhimento do imposto devido por substituição tributária.

Acórdão nº 167/2016

RECURSO HIE/VOL Nº 666/2014.

CONS. PETRÔNIO RODRIGUES LIMA

Sendo assim, rejeito as justificativas apresentadas pela defendente, pelos motivos já expostos.

Caracterizado o descumprimento da obrigação tributária principal, impõe-se a aplicação da medida punitiva insculpida no artigo 82, V, "c", da Lei nº 6.379/96, *in verbis*:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

V - de 100% (cem por cento):

(...)

c) aos que entregarem, remeterem, transportarem, receberem, estocarem ou depositarem mercadorias sujeitas a substituição tributária, sem o recolhimento do imposto;

No que concerne à multa recidiva, a decisão proferida pela instância *a quo* corretamente excluiu sua exigência, com lastro no art. 87, parágrafo único, da Lei nº 6.379/96, pois a reincidência decorre da constatação de que o sujeito passivo possui antecedentes fiscais, ou seja, que tenha incorrido em nova infração ao mesmo dispositivo legal, desde que ocorrido dentro do prazo contido no artigo 39 da Lei nº 10.094/13 e está prevista no artigo 87 da Lei nº 6.379/96, *in verbis*:

Art. 87. A reincidência punir-se-á com multa acrescida de 50% (cinquenta por cento), adicionando-se a essa pena 10% (dez por cento) da multa original a cada nova recidiva.

Parágrafo único. Considera-se reincidência a prática de nova infração à mesma disposição legal, por parte da mesma pessoa natural ou jurídica, dentro de 05 (cinco) anos da data em que se tornar definitiva a decisão referente à infração anterior.

Nova redação dada ao parágrafo único do art. 87 pelo art. 1º da Lei nº 10.446/15 - DOE de 31.03.15.

Parágrafo único. Considera-se reincidência a prática de nova infração ao mesmo dispositivo legal, por parte da mesma pessoa, natural ou jurídica, dentro de 5 (cinco) anos contados da data do pagamento da infração, da decisão definitiva referente à infração anterior ou da inscrição em Dívida Ativa na hipótese de crédito tributário não quitado ou não parcelado, conforme disposto no art. 39 na Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013. (g.n.)

Art. 88. Considera-se reincidência a prática de nova infração à mesma disposição legal, por parte da mesma pessoa natural ou jurídica, dentro de 05 (cinco) anos da data em que se tornar definitiva a decisão referente à infração anterior.(g.n.)

Desta forma, concluo que, não havia reincidência, pois as infrações antecedentes foram julgadas posteriormente ao cometimento da infração para os períodos de janeiro de 2011 a dezembro de 2011.

Após analisar o caderno processual, hei de concluir que a sentença da primeira instância de julgamento está correta, uma vez que a ação fiscal tem respaldo nos dispositivos de lei supracitados, e nos próprios lançamentos realizados pela autuada em sua escrita, daí porque mantenho a decisão singular, caso em que estou desprovendo o recurso hierárquico.

Pelo exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter a decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002656/2016-70, lavrado em 15 de dezembro de 2012 em desfavor da empresa FEDERAL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA, inscrição estadual nº 16.132.353-9, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 47.545,74 (quarenta e sete mil, quinhentos e quarenta e cinco reais e setenta e quatro centavos), sendo R\$ 23.772,87 (vinte e três mil, setecentos e setenta e dois reais e oitenta e sete centavos) de ICMS por infringência aos artigos 160, V e VII, e 172, VI, c/c os artigos 391 e 399, I, todos do RICMS/PB e R\$ 23.772,87 (vinte e três mil, setecentos e setenta e dois reais e oitenta e sete centavos), a título de multa por infração, com fulcro no artigo 82, V, “c”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que mantenho cancelado o montante de R\$ R\$ 296.185,32 (duzentos e noventa e seis mil, cento e oitenta e cinco reais e trinta e dois centavos), sendo R\$ 108.431,39 (cento e oito mil, quatrocentos e trinta e um reais e trinta e nove centavos) de ICMS, R\$ 108.431,39 (cento e oito mil, quatrocentos e trinta e um reais e trinta e nove centavos) de multa por infração e R\$ 79.322,54 (setenta e nove mil, trezentos e vinte e dois reais e cinquenta e quatro centavos) de recidiva, pelos fundamentos anteriormente expostos.

Ressalvo que há medida liminar (Processo Judicial nº 0036433-69.2013.815.2001), determinando a abstenção da exigência do ICMS-ST, em virtude da variação volumétrica, tendo sido o presente auto de infração lavrado para prevenir a decadência do crédito tributário, em obediência ao parecer da Coordenadoria da Assessoria Jurídica desta Secretaria, constante do processo nº 132.002.2016-3, o qual opinou pela lavratura de auto de infração, com suspensão dos atos executórios, até a decisão definitiva do processo judicial.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 14 de setembro de 2018.

Gílvia Dantas Macedo
Conselheira Relatora