

PROCESSO - A. I. Nº 146468.0089/08-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e WHL COMERCIAL LTDA.
RECORRIDOS - WHL COMERCIAL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0048-04/09
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 12/04/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0053-11/10

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS EM LUGAR DE CUPONS FISCAIS NAS VENDAS A NÃO CONTRIBUÍNTES. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A legislação atual prevê a multa de 2% do 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, salvo em decorrência de sinistro ou razões técnicas. Diante dos percalços comprovados pelo recorrente que inviabilizaram, no presente caso, a implantação do equipamento emissor de cupom fiscal, como também que o contribuinte comercializava produtos com fase de tributação encerrada, assim como que a infração foi praticada sem dolo, fraude ou simulação e que tenha implicado na falta de recolhimento de tributo, conforme previsto no art. 158 do RPAF/99, a multa foi cancelada. Modificada a Decisão recorrida. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. I) ENTRADA DE MERCADORIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. a) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA; b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constatando-se diferença de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, se a mercadoria já saiu sem tributação, deve-se exigir o imposto do adquirente, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido de terceiro mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, bem como do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. II) SAÍDAS DE MERCADORIAS ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁVEIS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. MULTA. Exigências respaldadas em diferenças quantitativas ínfimas, sendo admissível decorrerem da variação da temperatura ambiente e de outras variáveis, devendo ser desprezadas. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0048-04/09, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito lhe imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte que inconformado com a referida Decisão apresenta a peça recursal respaldado no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o débito no total de R\$ 70.336,39, em razão de:

1. Exigência de multa, no valor de R\$ 70.140,46, correspondente a 5% do valor da operação, pelo fato do contribuinte emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado (cupom fiscal), inerente ao período de janeiro de 2003 a outubro de 2005.
2. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 110,81, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas, sujeitas ao regime de substituição tributária, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício de 2003;
3. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, no valor de R\$ 35,12, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício acima.
4. Multa, no valor de R\$ 50,00, por ter o contribuinte efetuado saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no aludido exercício de 2003.

A Decisão recorrida considerou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$ 28.252,10, após adequação da multa de 5% para 2%, relativa à primeira infração, nos termos da Lei nº. 10.847/07 que alterou a alínea “h” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº. 7.014/96.

No que concerne às infrações 2, 3 e 4, entendeu a JJF que as irregularidades apontadas foram detectadas por meio de levantamento quantitativo de estoques, com base nos registros constantes no LMC escriturado pelo contribuinte, nas notas fiscais de entradas e de saídas e no livro Registro de Inventário, tendo sido apuradas quantidades de entradas e saídas de mercadorias sem os devidos registros fiscais e contábeis, tendo o autuante, no seu levantamento fiscal, considerado “Perdas e Ganhos” ocorridos no período fiscalizado, observando o limite de 0,6% do estoque físico estabelecido pela ANP, assim como incluiu as aferições devidamente registradas no LMC da cada produto, conforme comprovam os demonstrativos acostados aos autos. Assim, a JJF considera procedentes as referidas exigências.

Irresignado com a Decisão, o recorrente apresenta Recurso Voluntário, às fls. 388 a 408 dos autos, onde aduz que merece reforma o julgamento, no sentido de cancelar a multa formal aplicada (infração 1) e de se julgar improcedentes as infrações 2 a 4, ou, sucessivamente, a redução da multa formal para a prevista no art. 42, XXII, da Lei n. 7.014/96, diante das seguintes considerações:

No tocante à infração 1, aduz o recorrente que não utilizou o cupom fiscal porque o posto de gasolina não oferecia suporte físico para a instalação do aparelho emissor de cupons fiscais, tendo em vista que:

1. Em 01/03/2002, para atender a legislação estadual a que
equipamento emissor de cupom fiscal (uma impressora fiscal M
Microcash), conforme nota fiscal n.º 0701 da empresa Localc

Máquinas Ltda. (consoante cópia anexada à impugnação, doc. 5). Aduz que na pista de abastecimento não existiam pontos de energia elétrica que permitissem a instalação do equipamento adquirido, e como as normas técnicas da ABNT - Associação Brasileira de Normas Técnicas que regulamentam a instalação de equipamentos elétricos em atmosferas explosivas são muito rigorosas, impedindo, inclusive, que os eletrodutos da rede elétrica cruzem ou passem próximos dos tanques e das suas tubulações, ficou impossibilitado de instalar o ECF adquirido, conforme cópia anexada à impugnação, (doc. 6).

2. Por conta da situação acima relatada, de imediato, passou a cobrar da Petrobrás Distribuidora S/A cessionária dos tanques e bombas instalados no posto a adequação das instalações e equipamentos às novas normas ambientais vigentes (Resolução CONAMA Nº. 273) como é de praxe nesta atividade econômica (conforme cópia anexada à impugnação, doc. 7).
3. Diante da demora da Petrobrás, em 21/03/2003, solicitou a retirada dos equipamentos comodatados e ainda que a companhia formalizasse o não-interesse de manter sua bandeira no posto para viabilizar a negociação com outra distribuidora (conforme cópia anexada à impugnação, doc. 8); ocorre que a Petrobrás ficou-se inerte, postergando o início das obras por todo o período autuado e obrigando o autuado a contratar o Dr. José Wilson Souza Filho CREA 13.893-D para a elaboração de projeto de reforma na tentativa de viabilizar técnica e economicamente a operação do posto, conforme doc. 9 (anexado à impugnação), sendo que o projeto de reforma e ampliação foi devidamente protocolado junto a SUCOM sob nº. 7262/05 (conforme doc. 10 anexado à impugnação).
4. Em agosto de 2005, conseguiu junto a uma empresa instaladora da Petrobras, após a reforma de sua matriz, o Posto Lapinha, que fizesse na pista de abastecimento do Posto Sete Portas uma instalação elétrica provisória que possibilitasse a ligação do ECF, o que efetivamente ocorreu. Porém, no dia 01/09/2005, a SUCOM mediante notificação nº. 318165 indeferiu o processo de reforma do posto sob alegação que o empreendimento não obedecia a nova lei de uso e ordenamento do solo (conforme doc. 11 anexado à impugnação).
5. Em 14/10/2005, diante dos equipamentos totalmente deteriorados e do desinteresse da Petrobras em manter no posto a sua bandeira, dos prejuízos acumulados pela operação precária do posto, e da impossibilidade de executar por conta própria o projeto de reforma o autuado “jogou a toalha” e encerrou suas atividades, desligando o seu quadro de funcionários, rescindindo o contrato de locação e devolvendo o imóvel para a sua proprietária.

Salienta o recorrente que mesmo diante de toda essa adversidade, mesmo operando precariamente, jamais deixou de emitir uma única nota fiscal sequer. Contudo, no momento em que solicitou baixa da inscrição, diante da constatação da falta de utilização do cupom fiscal durante o período em que operou precariamente, lhe foi aplicada uma multa de mais de setenta mil reais. Salienta que agiu sem dolo ou má-fé e principalmente sem deixar de recolher os impostos devidos. Assim pede a reforma de Decisão que rejeitou a redução requerida sem apreciar a questão à luz do fato concreto. Cita jurisprudência.

No que concerne às infrações 2, 3 e 4, reitera o pedido de reforma da Decisão recorrida, eis que a sua defesa assenta-se na evidente ausência de omissão de entradas ou de saídas, caracterizada pela normalidade das diferenças irrisórias encontradas, porquanto decorrentes de perdas comuns ou imprecisões decorrentes do próprio sistema de aferição, uma vez que:

1. A medição física dos tanques é feita com uma régua de alumínio com fita métrica embutida que mergulhada no tanque marca em relação ao fundo a altura de produto existente no tanque que confrontada com uma tabela volumétrica específica para tanques de combustíveis (Norma Técnica P-NB 190 da ABNT) converte sua medida de comprimento em medida volumétrica (conforme cópia anexa, tabela 1).
2. Como pode ser observado na tabela centimétrica, a variação r aproximadamente de 80 litros chegando a 115 litros em sua secção

3. Matematicamente, o último algarismo é sempre duvidoso. Como a tabela de conversão é centimétrica, diariamente a cada medição ocorre uma variação para mais ou para menos de até 100 litros em cada tanque de produto. Por exemplo: se ao medirmos um tanque apurarmos 71,5 cm teremos que optar na tabela por 71 cm (5.286 litros) ou 72 cm (5.386 litros).

Aduz que há equívocos no levantamento que originou a autuação, pois as variações apuradas pela fiscalização se devem à própria sistemática de aferição, com régua de alumínio, e às variações volumétricas normais dos combustíveis, as quais se mantiveram dentro dos parâmetros estabelecidos na Portaria nº. 023 de 25/03/1985, do Ministério da Indústria e Comércio INMETRO e na Portaria nº. 26 de 13/11/1992 do DNC - Departamento Nacional de Combustíveis.

Salienta que, utilizando-se os valores apurados pelo auditor fiscal no “Levantamento Quantitativo por Espécie de Mercadoria”, Produto Gasolina, Exercício 2003, pode-se observar que a perda foi de 0,56%, a qual está dentro do limite aceitável.

Assim, sustenta que restou comprovada a evidente lisura adotada pelo recorrente nos seus procedimentos comerciais e perante o fisco, ficando demonstrada a inexistência das supostas infrações.

A PGE/PROFIS opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por entender que o cometimento da primeira infração é fato incontroverso, já que o contribuinte reconhece que não utilizava o equipamento ECF a que estava obrigado, substituindo, segundo alega, por nota fiscal “D1”. Assim, entende o opinativo que a infração é procedente, cabendo à Câmara do CONSEF a análise do pedido de redução ou cancelamento da multa.

Em relação às demais infrações, vislumbra que o autuante considerou todas as aferições consignadas no LMC, assim como aplicou o percentual de 0,6% a título de variações previstas pela ANP.

Às fls. 421 a 424 dos autos, o sujeito passivo apresenta nova manifestação, na qual se vale do princípio da informalidade, inerente aos processos administrativos fiscais, para apresentar julgado recente da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, consoante Acórdão JJF nº. 0295-01/99 e alguns precedentes citados na segunda página do referido julgado, anexados às fls. 425 a 457, os quais, segundo o requerente, tratam de situação idêntica ocorrida em empresa do mesmo ramo da suplicante, no que concerne à infração de emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso do equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, cuja Decisão foi pelo acolhimento do pedido de redução da multa para 10%. Assim, caso esse Colegiado não comungue com o entendimento exposto no seu Recurso Voluntário, pugna o recorrente pela Decisão em consonância com os julgados anexos, favoráveis à aplicação da redução da penalidade formal para 10% do valor da multa de 2% sobre a base de cálculo.

VOTO

Trata-se de Recursos de Ofício, quanto à primeira infração, e de Recurso Voluntário, inerente aos quatro itens do Auto de Infração.

Inicialmente, da análise do Recurso de Ofício, apresentado pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, relativo à primeira infração, por ter adequado a multa de 5% para 2%, relativa à emissão de outro documento fiscal em lugar do cupom fiscal, concordo com a Decisão recorrida, uma vez que deve ser aplicado o princípio da retroatividade da lei mais benigna, prevista no art. 106, II, “c”, do Código Tributário Nacional – CTN, haja vista que, tal infração passou a ser apenada com menor gravame, uma vez que o art. 42, XIII-A, alínea “h” da Lei nº. 7.014/96 foi alterada pela Lei nº. 10.847/07, reduzindo-se o percentual de multa, aplicado ao caso concreto, de 5% para 2%, percentual este que deverá ser aplicado a este lançamento de ofício em obediência ao princípio da retroatividade da norma mais benigna, acima citado, que definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que tempo da sua prática.

Inerente às razões do Recurso Voluntário, inicialmente, quanto à primeira infração, por se tratar de contribuinte que comercializava combustíveis, produtos com fase de tributação encerrada, diante dos percalços relatados e comprovados pelo recorrente que dificultaram e inviabilizaram, no presente caso, a implantação do equipamento emissor de cupom fiscal, assim como por ficar provado que a aludida infração foi praticada sem dolo, fraude ou simulação e que tenha implicado na falta de recolhimento de tributo, nos termos do artigo 158 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, acolho o pleito do contribuinte para cancelar a multa legalmente exigida e considerada na Decisão recorrida.

No que concerne às infrações 2 e 3, as quais exigem ao sujeito passivo o ICMS de R\$ 110,81, na condição de responsável solidário, por ter adquirido 344 litros de álcool sem documentação fiscal, assim como o imposto por antecipação tributária de R\$ 35,12, de responsabilidade do próprio contribuinte, conforme demonstrativo à fl. 121 dos autos, concordo com o recorrente de que tal diferença, por ser tão ínfima em relação ao montante de litros manuseados, pode decorrer da variação na conversão de medição física dos tanques através de régua confrontada com tabela volumétrica específica, além da variação volumétrica em razão da variação da temperatura ambiente e de outras variáveis, devendo ser desprezada, sendo razoável, através de uma interpretação extensiva, aceitar o percentual de 0,6% admitido pela ANP como limitador de perdas na quantidade de combustíveis comercializados pelos Postos Revendedores, para as Distribuidoras de Combustíveis, tanto para os combustíveis derivados de petróleo quanto para o álcool etílico hidratado, conforme entendimento que vem se formando neste Colegiado.

Em relação à infração 4, a qual exige a multa de R\$ 50,00 por descumprimento da obrigação tributária acessória de efetuar saídas de mercadorias com fase de tributação encerrada sem a emissão de documentos fiscais, no exercício de 2003, demonstrado às fls. 131 e 141 dos autos, pelas mesmas razões expostas acima devem também ser desprezadas as diferenças apuradas.

Diante do exposto, sou pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO do Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 146468.0089/08-7, lavrado contra **WHL COMERCIAL LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de março de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS