

PROCESSO - A. I. Nº 060624.0001/08-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e POSTO 4 COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
RECORRIDOS - POSTO 4 COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0345-04/09
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 07/12/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0421-11/10

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADA DE MERCADORIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infrações não caracterizadas. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE 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 de 5% 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. Aplicado o princípio da retroatividade benigna previsto no artigo 106, II, “c” do Código Tributário Nacional - CTN, reduzindo o percentual da multa aplicada de 5% para 2%, prevista no art. 42, XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, de acordo com a nova redação dada pela Lei nº 10.847/07, por ser mais benigna. Refeitos os cálculos para reduzir a exigência fiscal a 10% do valor da multa acessória aplicada, com fulcro no artigo 42, § 7º da Lei nº 7.014/96. Infração subsistente em parte. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PREJUDICADO**. Tendo o contribuinte efetuado o pagamento do valor que remanesceu após o julgamento de Primeira Instância, fica caracterizada a perda superveniente do interesse recursal, devendo ser julgado prejudicado o Recurso Voluntário interposto contra a Decisão de Primeira Instância administrativa. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Recurso Voluntário, nos termos do artigo 169, inciso I, alíneas “a” e “b”, item 01, do RPAF/99, interpostos pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal e pelo sujeito passivo, respectivamente, contra a Decisão que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte – Acórdão JJF nº 0345-04/09 - lavrado para imputá-lo o cometimento de tas, todas objeto do Recurso de Ofício, sendo objeto de Recurso descrita no item 3:

INFRAÇÃO 1 - Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 27.529,24, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado.

INFRAÇÃO 2 - Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 8.450,94, por antecipação ou substituição tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzido parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeito ao regime de Substituição Tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado.

INFRAÇÃO 3 - Emitiu, em substituição ao documento fiscal a que está obrigado, documento extra-fiscal ou apresentação igual ou semelhante a documento fiscal, com o qual se possa confundir, independentemente da apuração do imposto devido, sendo aplicada a multa no valor de R\$302.693,73.

No julgamento em Primeira Instância, as infrações descritas nos itens 1 e 2 da peça inicial da autuação foram julgadas Improcedentes, aos seguintes argumentos, em síntese:

- I. que nas infrações 1 e 2, através do roteiro de Auditoria de Estoque, apurou-se a falta de recolhimento do imposto pelo autuado, na condição de responsável solidário, por ter adquirido de terceiros mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, bem como de não ter recolhido o imposto por antecipação tributária, em função do valor acrescido, respectivamente;
- II. que em sua defesa o autuado alega que tais itens se reportam a fatos geradores idênticos e possuem íntima ligação, observando que a contagem não reflete a real movimentação da empresa, conforme seus livros de entradas, saídas, inventários e movimentação de combustíveis, que foram utilizados na auditoria, acostando aos autos cópia de diversas notas fiscais que não foram consideradas pelo autuante no levantamento quantitativo, bem como cópia dos livros fiscais, tendo a autuante afirmado na informação fiscal que não considerou as notas fiscais por não terem sido apresentadas pelo contribuinte durante o período da fiscalização;
- III. que na ação fiscal foram apuradas, no exercício de 2003, a diferença de 5.436 litros de gasolina comum e, no exercício de 2004, de 35.000 litros de gasolina comum e 19.981 litros de diesel;
- IV. que em relação ao exercício de 2003, o sujeito passivo acostou aos autos cópia Da Nota Fiscal nº 181.977, à folha 666, cópia do LMC à folha 585 e cópia do livro Registro de Entrada à folha 585, comprovando a entrada de 5.000 litros de gasolina comum, fato reconhecido pela autuante à folha 671, elidindo parcialmente a imputação respectiva, uma vez que a diferença residual existente após a inclusão dessa nota fiscal no levantamento foi de apenas 436 litros, a qual entende ser perfeitamente justificada pelo processo de evaporação que existe no manuseio da gasolina, fato inclusive reconhecido por esse órgão julgador nos diversos processos envolvendo posto de combustível, principalmente considerando que no exercício foram adquiridos 1.790.000,00 litros de gasolina, fl. 42, o que demonstra a insignificância dos 436 litros (0,02%);
- V. que, ainda, no levantamento que embasou a autuação o autuante considerou na coluna denominada "GANHOS" a quantidade de 2.379,17 litros, por apro de exata e, assim, no exercício de 2003 não restou caracteriz

- VI. que em relação ao exercício de 2004, o contribuinte acostou aos autos, cópia das notas fiscais para o produto GASOLINA COMUM e para o produto DIESEL, comprovando não existirem as diferenças apuradas na ação fiscal, o que foi reconhecido pelo autuante, que refez novamente os demonstrativos das entradas, às fl. 649.

No mérito, quanto à infração descrita no item 3, em Decisão não unânime, com voto vencedor do Relator, esta foi julgada Procedente em Parte, com adequação da multa a 2%, com base no disposto no art. 106, inciso II, “c”, do Código Tributário Nacional, aplicando-se retroativamente a Lei nº 10.847, de 27/11/2007, que passou a apenar a referida infração no percentual de 2%, conforme o disposto no art. 42, XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96. Ainda foi reduzida a referida multa para 10% do valor exigido na autuação, aos seguintes argumentos, *in verbis*:

“Entretanto, em relação ao pedido de redução da penalidade para 10% do valor da multa aplicada, com base no disposto no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, efetivamente é facultado a este colegiado reduzir a multa por descumprimento de obrigação acessória, desde que fique comprovado que a infração tenha sido praticada sem dolo, fraude ou simulação e não implique falta de recolhimento do imposto. Na própria ação fiscal foi aplicado o roteiro de auditoria de estoque não tendo o autuante apurado nenhum imposto devido. Ressalto que as mercadorias acobertadas pelas notas fiscais objeto da autuação estão sujeitas ao regime de substituição tributária, portanto, com a fase de tributação encerrada, valendo dizer que não houve prejuízo para o Erário estadual, bem como, existência de simulação, dolo ou má-fé. Logo, entendo que o argumento defensivo deve ser acolhido, com base no artigo 42, §7º da Lei nº 7.014/96, e em consonância com o entendimento reiterado em diversas decisões das Câmaras deste CONSEF, a exemplo dos Acórdãos paradigmas de nºs CJF Nº 0344-12/08 e CJF Nº 0260-12/07, cujas ementas abaixo transcrevo, devendo a multa aplicada ser reduzida para 10% do valor, após adequação da alíquota. Logo, acolhendo os julgamentos da instância superior desse Conselho de Fazenda, entendo que a infração 03 restou caracterizada, devendo o percentual de multa ser reduzido de 5% para 2%, por força da alteração introduzida pela Lei nº 10.847/07 e arrimo no art. 106, II, “c” do CTN e aplicando a redução da multa para 10% do valor exigido na autuação, a teor do § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96...”

Inconformado com o Julgado de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário, às fls. 711 e 712, requerendo, quanto ao item 3 da autuação, o cancelamento da referida multa, ao argumento de que se tratando de contribuinte que recolhe imposto por substituição tributária, e ainda não havendo sonegação, dolo, fraude ou simulação, deve ser dispensada a pena, a teor do art. 42, §7º da Lei nº. 7.014/96, citando e transcrevendo o Acórdão JJF nº 0263-02/08 como paradigma ao seu pleito.

A PGE/PROFIS, em Parecer de fls. 716 a 718, opina no sentido de que não vislumbra nos autos que o recorrente tenha agido com dolo, fraude ou simulação, nem que o descumprimento da obrigação acessória tenha importado em falta de recolhimento do imposto, mas remete ao órgão julgador a Decisão pelo cancelamento ou não da multa em apreço.

Às fl. 720 consta petição do patrono do recorrente, onde pede a juntada aos autos do comprovante de pagamento e quitação dos valores pertencentes à exigência fiscal do item 03 – fls 721 - no valor que remanesceu após o julgamento proferido pela JJF, ao tempo que manifesta sua expressa renúncia ao Recurso Voluntário interposto e requer o seguimento do feito em relação ao Recurso de Ofício.

Às fls. 722, 724 e 725, constam extratos do SIGAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – da SEFAZ, informando o pagamento do referido débito, através do benefício da Anistia, datado de 31/05/2010.

VOTO

Inicialmente, quanto ao Recurso de Ofício, cabível diante da desoneração total dos valores relativos às infrações descritas nos itens 1 e 2, e desoneração parcial dos valores relativos à infração descrita no item 3, entendemos não merecer reforma a Decisão recorrida, porquanto em estrita consonância com os ditames legais e regulamentares pelos elementos constantes dos autos.

E, de fato, quanto às infrações descritas nos itens 1 e 2 – apuração quantitativa de estoque, nos exercícios fechados de 2003 e 2004 – os

- notas e livros fiscais - acostados pelo sujeito passivo, comprovam não existirem as diferenças apontadas pela autuante. Em relação ao exercício de 2003, a Nota Fiscal nº 181.977, acostada às fls. 666, bem como a cópia do LMC, às fls. 585, e cópia do livro Registro de Entrada, às fls. 585, comprovam a entrada de 5.000 litros de gasolina comum, sendo que a diferença residual que remanesceu após a inclusão do referido documento fiscal no levantamento - de 436 litros - como bem ressaltou o relator da JJF, pode ser imputada ao processo normal de evaporação na venda de combustível. Como também ressaltou a JJF, considerando que no exercício em tela foram adquiridos 1.790.000,00 litros de gasolina, o quantitativo de 436 litros representa apenas 0,02% do volume adquirido, percentual ínfimo, perfeitamente imputável às perdas normais, e que não caracteriza a omissão apontada.

Já em relação ao exercício de 2004, também correta a Decisão da JJF ao considerar insubsistente a exigência fiscal imputada, visto que as Notas Fiscais nºs 207648, 219975, 222826, 216003 e 215824, acostadas às fls. 621, 593, 597, 601 e 603, lançadas nos livros fiscais do sujeito passivo - LMC e Registros de Entradas - conforme cópias acostadas às fls. 590 e 592; 594 e 596; 598 e 599; 600 e 606 e 602 e 606, comprovam a entrada de 35.000 litros de gasolina comum, o que foi reconhecido pela própria autuante. Ainda as Notas Fiscais nºs 219975, 216111 e 207440, as quais foram acostadas às folhas 593, 605 e 620, lançadas nos livros fiscais LMC e Registro de Entradas, conforme cópias às fls. 594 e 596, 604 e 606 e 591 e 592, comprovam a entrada de 20.000 litros de óleo diesel, o que também foi reconhecido pela autuante.

No pertinente à infração descrita no item 03, a JJF corretamente adequou a penalidade devida, em obediência ao princípio da retroatividade benigna, inserto no art. 106, II “c” do Código Tributário Nacional. Assim, correta a aplicação da multa de 2%, e não a de 5%, proposta originariamente pela autuante, diante da previsão do art. 42, XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/06, alterada pela Lei nº 10.847/07.

Em relação à redução da multa para 10% do seu valor, tal redução se deu com base no facultativo do § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Por outro lado, entendemos que diante da presença dos requisitos ensejadores da redução ou do cancelamento da multa por descumprimento de obrigação acessória - qual seja, que a infração tenha sido praticada sem dolo, fraude ou simulação e não implique em falta de recolhimento do imposto, requisitos efetivamente presentes nos autos - deve, no sentido de ser obrigatório, o órgão julgador reduzir ou cancelar a referida multa, ou seja, restringe-se a faculdade inserta na norma à escolha destes dois atos - reduzir ou cancelar.

Quanto à possibilidade de redução de multa fixa, entendemos que o §7º do art. 42 não veda esta possibilidade, como se verifica da redação do referido dispositivo, abaixo transcrito, além do que, no caso em epígrafe, de fato a multa cominada representa valor muito elevado diante do fato infracional, mormente por tratar-se de produtos já com fase de tributação encerrada, e diante do fato de que as operações foram acobertadas por documento fiscal - notas fiscais Série D - muito embora não seja este o documento fiscal exigido, e sim o cupom fiscal, porquanto o contribuinte é usuário de equipamento emissor de cupom fiscal - ECF .

Por fim, em relação ao Recurso Voluntário, diante dos documentos de fls. 722, 724 e 725, extraídos dos sistemas da SEFAZ, onde se comprova que o sujeito passivo, através do benefício da Anistia, estipulada na Lei nº 11.908/10, efetuou o pagamento do débito relativo à exigência fiscal descrita no item 3, no valor que remanesceu após o Julgado de Primeira Instância, com as reduções legais permitidas, o Recurso Voluntário ora em apreciação perdeu seu objeto, visto que, como é cediço, o pagamento do débito é ato incompatível com o intuito de recorrer da Decisão administrativa que julgou a autuação, ensejando, inclusive, a extinção do crédito tributário, por força do disposto no art. 156, I, do Código Tributário Nacional.

Neste sentido, somos pela homologação dos valores recolhidos pelo recorrente e ser efetivado pelo órgão competente, julgando PREJUDICADO o Recurso V PROVIDO o Recurso de Ofício.

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 julgar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado para declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº 060624.0001/08-4, lavrado contra **POSTO 4 COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo o recorrente ser cientificado da presente decisão e os autos encaminhados à repartição fiscal de origem para fim de homologação do pagamento efetuado com os benefícios da Lei nº 11.908/10 e, após, o arquivamento do processo.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS