



PROCESSO Nº 1284042019-8

ACÓRDÃO Nº 122/2024

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS
- GEJUP

Recorrida: FEDERAL DISTRIBUIDORA DE PETROLEO LTDA. (NOVA RAZÃO
SOCIAL: FEDERAL ENERGIA S/A.)

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA
DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA
DA SEFAZ - CABEDELO

Autuante: HÉLIO JOSÉ DA SILVEIRA FONTES

Relatora: CONS.^a LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

**FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS
SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - DENÚNCIA
CONFIGURADA - REINCIDÊNCIA NÃO
CONFIGURADA - PENALIDADE REDUZIDA.
APLICAÇÃO DE LEI MAIS BENÉFICA - AUTO DE
INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE -
ALTERADA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO DE
OFÍCIO DESPROVIDO.**

- 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.
- Não tendo sido verificada reincidência, nos termos do artigo 87, parágrafo único, da Lei nº 6.379/96, deve ser afastada a multa por reincidência.
- Redução do crédito tributário em razão de advento de Lei mais benéfica ao contribuinte.

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

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu desprovidimento. Contudo, em observância aos princípios da legalidade e da retroatividade benigna da lei tributária, altero, quanto aos valores, a sentença monocrática que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002650/2019-45, às fls. 03 a 05, lavrado em 22 de agosto de 2019, em desfavor da empresa FEDERAL DISTRIBUIDORA DE PETROLEO LTDA. (NOVA RAZÃO SOCIAL: FEDERAL ENERGIA S/A.), I.E. 16.132.352-9, devidamente



qualificada nos autos, fixando o crédito tributável exigível em **R\$ 425.171,90**, sendo **R\$ 242.955,37** de ICMS, por infringência aos artigos 391 e 399, do RICMS/PB, aprovado pelo Dec. 18.930/97 e proposta de aplicação de multa por infração na quantia de **R\$ 182.216,53**, com fulcro art. 82, V, “c”, da Lei nº 6.379/96, alterado pela Lei nº 12.788, de 28 de setembro de 2023.

Ao tempo que cancelo, o valor total de R\$ 182.216,58, sendo R\$ 60.738,84 à título de multa por infração, e R\$ 121.477,74 de multa recidiva.

Por oportuno, consigne-se que o presente lançamento é motivado pela existência de volume de combustível sem a documentação fiscal correspondente comprobatória do recolhimento do ICMS, de modo que, nada obstante a linha de defesa do Contribuinte, não há no procedimento indicativo no sentido de que a causa da autuação tenha como base a alteração volumétrica dos combustíveis, por conta do impacto da temperatura, o que não atrai de forma segura, frise-se, a incontínente aplicação da alegada decisão judicial (mandado de segurança nº 0036433-69.2013.8.15.2001).

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.I.

Tribunal Pleno, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 12 de março de 2024.

LARISSA MENESES DE ALMEIDA
Conselheira

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, JOSÉ VALDEMIR DA SILVA, LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA, EDUARDO SILVEIRA FRADE, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES E HEITOR COLLETT.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



PROCESSO Nº 1284042019-8

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: FEDERAL DISTRIBUIDORA DE PETROLEO LTDA. (NOVA RAZÃO SOCIAL: FEDERAL ENERGIA S/A.)

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - CABEDELO

Autuante: HÉLIO JOSÉ DA SILVEIRA FONTES

Relatora: CONS.^a LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - DENÚNCIA CONFIGURADA - REINCIDÊNCIA NÃO CONFIGURADA - PENALIDADE REDUZIDA. APLICAÇÃO DE LEI MAIS BENÉFICA - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - ALTERADA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

- 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.
- Não tendo sido verificada reincidência, nos termos do artigo 87, parágrafo único, da Lei nº 6.379/96, deve ser afastada a multa por reincidência.
- Redução do crédito tributário em razão de advento de Lei mais benéfica ao contribuinte.

RELATÓRIO

A presente demanda teve início por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002650/2019-45, às fls. 03 a 05, lavrado em 22 de agosto de 2019, em desfavor da empresa FEDERAL DISTRIBUIDORA DE PETROLEO LTDA. (NOVA RAZÃO SOCIAL: FEDERAL ENERGIA S/A.), I.E. 16.132.352-9, no qual consta a seguinte acusação:

0392 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do ICMS – Substituição Tributária.

NOTA EXPLICATIVA: "IRREGULARIDADE CONSTATADA PELAS ENTRADAS DE GASOLINA A E ÓLEO DIESEL, NO EXERCÍCIO DE 2015, SEM O RECOLHIMENTO DO IMPOSTO



DEVIDO, APURADAS ATRAVÉS DE NOTAS FISCAIS ELETRONICAS EMITIDAS PELA PRÓPRIA AUTUADA, NO CFOP 1949, CONFORME DEMONSTRADO EM LEVANTAMENTOS ANEXOS. ACRESCENTE-SE AOS ARTIGOS DADOS POR INFRINGIDOS O SEGUINTE: O ARTIGO 16 DO DECRETO 29.537/2008."

Em decorrência destes fatos, o Representante Fazendário lançou, de ofício, um crédito tributário no valor total de **R\$ 607.388,48**, sendo **R\$ 242.955,37 de ICMS**, por infringência aos artigos 391 e Art. 399, do RICMS/PB, aprovado pelo Dec. 18.930/97; **R\$ 242.955,37**, a título de multa por infração, com fulcro no art. 82, V, "c", da Lei nº 6.379/96; e **R\$ 121.477,74** à título de multa recidiva.

Além da peça acusatória, foram incluídas pelo Auditor Fiscal, nos autos, planilhas analíticas e sintéticas, referentes à apuração do ICMS – ST das notas fiscais de entrada dos combustíveis, Gasolina "A" e óleo Diesel (fls. 06 a 10).

Depois de cientificada regularmente por via postal, em 10/09/2019, (fl. 13), ingressou com Impugnação tempestiva ao lançamento tributário, em que traz à baila, em suma, os seguintes argumentos em sua defesa:

- *Que existe decisão judicial que autoriza a defendente a não se submeter ao recolhimento do ICMS (e por consequência o FUNCEP, adicional daquele) em relação ao chamado "ganho";*
- *Que a cobrança do ICMS, fundamentada na diferença apurada a maior no estoque de Gasolina A e Óleo Diesel decorrente do fenômeno físico da dilatação térmica, não poderia recair sobre a distribuidora, uma vez que a sistemática de tributação adotada é da substituição tributária, que encerra o ciclo de tributação;*
- *Que inexistem nos fundamentos da autuação a tipificação de conduta praticada pelo contribuinte que enseje a aplicação de multa por reincidência;*

Sem informação da existência de antecedentes fiscais, foram os autos declarados conclusos e remetidos para a Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, tendo sido distribuídos ao julgador fiscal, Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon, que decidiu pela PARCIAL PROCEDÊNCIA da exigência fiscal, nos termos da ementa abaixo transcrita, recorrendo de ofício de sua decisão por força do art. 80 da Lei do PAT. Vejamos:

ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RECOLHIMENTO. DENÚNCIA COMPROVADA. REINCIDÊNCIA – NÃO CONFIGURADA.

- A legislação determina que na existência de estoque de mercadorias, independentemente de sua origem, seja emitida a nota fiscal de entrada.
- A vendas do excedente de combustível, independente da origem, repercute em receita para empresa, havendo uma operação mercantil sujeita ao ICMS.
- Reincidência – não demonstrada a situação jurídica que fundamente a aplicação da majorante.



AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Cientificada da decisão de primeira instância, através de seu domicílio tributário eletrônico, em 26/01/2020, a empresa não mais se manifestou nos autos.

Remetidos a este Colegiado, os autos foram distribuídos a esta Relatoria para análise e julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame o recurso de ofício interposto em face da decisão de primeira instância que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento n. 93300008.09.00002650/2019-45, lavrado em 22 de agosto de 2019, contra a empresa FEDERAL DISTRIBUIDORA DE PETROLEO LTDA. (NOVA RAZÃO SOCIAL: FEDERAL ENERGIA S/A.), inscrição estadual nº 16.132.352-9, devidamente qualificada nos autos, e com a 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.

Com efeito, na peça exordial estão contidos todos os elementos necessários para a validade do ato, conforme o disposto pelo artigo 41 do mesmo diploma legal, abaixo delineado. Ademais, verifica-se que a capitulação legal é exata e a descrição dos fatos, explícita, havendo perfeita subsunção do fato à hipótese de incidência legal.

Art. 41. São requisitos do Auto de Infração e da Representação Fiscal:

I - a indicação da repartição preparadora;

II - a hora, a data e o local da lavratura;

III - a qualificação do autuado, o endereço, e dependendo do tributo, o número do registro no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF/MF), sua inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado (CCICMS/PB) e no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do Ministério da Fazenda (CNPJ/MF);

IV - sendo o caso, a qualificação dos dirigentes ou responsáveis legais pela empresa, quando possível tal identificação;

V - a descrição da infração com o respectivo montante tributável;

VI - a capitulação da infração e a indicação da penalidade aplicável;

VII - o valor do tributo lançado de ofício;

VIII - o valor da penalidade aplicável;

IX - a intimação para o pagamento do tributo e penalidade ou para apresentação da impugnação, se for o caso, indicando o prazo e seu permissivo legal;

X - o esclarecimento de que, havendo expressa renúncia à impugnação, o contribuinte poderá beneficiar-se das reduções legais, nas hipóteses de pagamento, à vista ou parcelado;



XI - a assinatura e qualificação funcional do autor;

XII - a assinatura do autuado ou seu representante, inclusive na modalidade virtual, nos termos previstos na legislação, sendo substituída, no caso de recusa ou outro obstáculo, por declaração das razões pelas quais não foi feita a intimação;

XIII - a assinatura de testemunhas, quando houver.

Cumpra ainda explicitar que todos os cálculos desenvolvidos para a apuração dos valores devidos encontram-se rigorosamente detalhados nos relatórios fiscais anexos ao auto de infração (fls. 06 a 10), cujas informações foram extraídas da análise da escrita fiscal do próprio contribuinte.

Nesse esteio, observa-se que foram oportunizados à autuada 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.

MÉRITO

DA FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

Analisando-se a denúncia posta, observa-se que, no caso vertente, versam os autos sobre a acusação de falta de recolhimento do ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA incidente nas operações com gasolina “A” e Óleo Diesel ocorrida no exercício de 2015, que tomou como lastro as notas fiscais de entrada emitidas pela autuada para regularização de estoque, anexadas entre as folhas 09 e 10 dos autos, cujas planilhas descritivas da apuração do ICMS - ST (fls. 07 e 08), demonstram a diferença do imposto a recolher decorrente do volume excedente de Gasolina A e óleo Diesel.

Foram apontados como infringidos os artigos 391 e 399 do RICMS/PB, acrescido do art. 16 do Decreto 29.537/2008, *in verbis*:

RICMS/PB

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-rosa--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.

Decreto nº 29.537/2008

Art. 16. Ressalvada a hipótese de que trata o art 2º, o imposto retido deverá ser recolhido até o 10º (décimo) dia subsequente ao término do período de apuração em que tiver ocorrido a operação, a crédito deste Estado.

In casu, o exame de auditoria detectou que, no exercício de 2015, havia na empresa estoque de mercadorias (gasolina “A” e óleo diesel) sem o recolhimento adequado do ICMS Substituição Tributária, o que se pode inferir através da análise das provas acostadas pelo autor do feito às folhas 06 a 10 dos autos, que se traduz em planilhas descritivas contendo as quantidades em litros a maior verificada das referidas mercadorias, e o cálculo pormenorizado das diferenças a recolher apuradas, bem como a relação das notas fiscais de entrada contendo chave de acesso, número, data de emissão, CFOP, e outras informações adicionais.

Nesse ínterim, uma vez constatada a materialidade da acusação em tela, é medida que se impõe a aplicação da medida punitiva inculpada 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;



Registre-se, à esta altura, que o efeito devolutivo objeto do recurso de ofício a ser discutido por esta relatoria estará restrita às razões de decidir do julgador monocrático que culminaram no afastamento da multa por reincidência, no presente caso.

Pois bem. A multa recidiva se trata de um agravamento da penalidade decorrente da constatação de que o sujeito passivo possui antecedentes fiscais, ou seja, que tenha incorrido em nova infração ao mesmo dispositivo legal, dentro do prazo contido no artigo 39 da Lei nº 6.379/96. Vejamos:

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 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.

O disciplinamento para aplicação da referida multa encontra-se presente nos artigos 38 e 39 da Lei nº 10.094/13:

Art. 38. Constatada a existência de antecedentes fiscais e configurada a reincidência, de imediato, o auditor fiscal, proporá a multa recidiva, nos termos do art. 87 da Lei nº 6.379, de 02 de dezembro de 1996.

§ 1º Para fins do disposto no “caput”, no momento da lavratura do Auto de Infração, o autor do procedimento efetuará a pesquisa sobre antecedentes fiscais do sujeito passivo no sistema de controle da Secretaria de Estado da Receita.

§ 2º No Termo de Antecedentes Fiscais deverá constar:

- I - o número do processo do qual conste a decisão que houver condenado o contribuinte por idêntica infração;
- II - a data do julgamento que tornou definitiva a decisão;
- III - os dispositivos infringidos;
- IV - a data da ciência, ao autuado, da decisão final administrativo-tributária ou da lavratura do Termo de Revelia;
- V - a data de pagamento da infração.

Art. 39. 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.

Assim, para caracterizar a infração como recidente, faz-se necessária a ocorrência, cumulativa, de três requisitos:

a) A conduta deve ter violado o mesmo dispositivo legal de outra praticada anteriormente;



b) A ação (ou omissão) deve ser atribuída à mesma pessoa natural ou jurídica;

c) Deve ter sido cometida dentro de cinco anos contados da data do pagamento da infração, da decisão definitiva referente à infração anterior ou da inscrição em Dívida Ativa.

Todavia, compulsando-se os autos constata-se que não há nele anexado o termo de antecedentes fiscais, o que não passou despercebido pelo julgador singular que, de maneira muito diligente e em busca da verdade material, empreendeu pesquisa no Sistema ATF desta Secretária de Estado da Fazenda, e concluiu que:

“Entretanto, além de não ter sido anexado o termo de antecedentes fiscais, fato que inviabilizaria o exercício do direito de defesa do contribuinte, não consta no sistema ATF da Secretaria de Estado da Fazenda da Paraíba, existência de acusação idêntica que preencha os requisitos legais (...)”

Assim, ratifico os termos da decisão singular, que excluiu a aplicação da multa por reincidência aplicada no auto de infração em apreço.

Por sua pertinência, cumpre consignar ementa do acórdão nº. 000217/2020, da lavra do Ilma. Conselheira Gilvia Dantas Macedo, do qual se extrai entendimento consolidado desta Egrégia Corte Fiscal no sentido de que, em não sendo verificada a reincidência, nos termos do artigo 87, parágrafo único, da Lei nº 6.379/96, deverá ser afastada a multa por reincidência. Senão vejamos:

ACÓRDÃO Nº. 000217/2020

Relatora: CONS.^a GILVIA DANTAS MACEDO

FALTA DE RECOLHIMENTO. ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. INFRAÇÃO CONFIGURADA. REINCIDÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDO. RECURSO HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO 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.

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.

Para configurar a reincidência, é imperiosa a prática da mesma infração no prazo de 5 (cinco) anos, contados após o pagamento da infração, a decisão definitiva referente à infração anterior ou a inscrição em Dívida Ativa na hipótese de crédito tributário não quitado ou não parcelado. Afastada na íntegra a multa recidiva, nos termos do artigo 87 da Lei nº 6.379/96. (g.n)



Em derradeiro, importa registrar que, deixando o contribuinte de apresentar recurso voluntário e, por conseguinte, qualquer irresignação quanto aos lançamentos que permaneceram intactos quando da prolação da decisão em primeira instância, opera-se sobre eles o instituto jurídico da preclusão consumativa, entendimento esse corroborado em disposição inserta no art. 77 da Lei 10.094/2013.

Art. 77. Da decisão contrária ao contribuinte caberá recurso voluntário, com efeito suspensivo, para o Conselho de Recursos Fiscais, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data da ciência da sentença.

§ 1º O recurso que versar sobre uma ou algumas das infrações ou lançamentos implicará no reconhecimento da condição de devedor relativo à parte não litigiosa, ficando definitivamente constituído o crédito tributário.

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo, não sendo cumprida a exigência relativa à parte não questionada do crédito tributário, à vista ou parceladamente, no prazo estabelecido no “caput” deste artigo, deverá o órgão preparador encaminhar para registro em Dívida Ativa, sem prejuízo do disposto no art. 33 desta Lei.

Por este motivo, esta relatoria deixa de revisitar as questões fáticas e meritórias, restando definitivamente constituído o crédito tributário.

Há de se consignar, ainda, que da análise dos autos se extrai que foi posta à disposição da autuada todos os elementos necessários à utilização do seu direito de defesa, sendo relevante frisar o regramento legal sobre o ônus processual da prova previsto no parágrafo único do art. 56 da Lei nº 10.094/2013, e do qual a autuada não se desincumbiu, motivo pelo qual a manutenção da decisão monocrática em todos os seus termos é medida que se impõe.

Art. 56. Todos os meios legais, ainda que não especificados nesta Lei, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação, a impugnação ou o recurso.

Parágrafo único. O ônus da prova compete a quem esta aproveita.

Por derradeiro, não obstante o acerto da fiscalização quanto à multa por infração proposta quando da lavratura do auto de infração, faz-se imperativo reduzir os valores lançados, em razão da alteração promovida por meio do artigo 1º, I, “c”, da Lei nº 12.788, de 28 de setembro de 2023, que deu a seguinte redação ao artigo 82, V, da Lei nº 6.379/96.

Lei nº 12.788/23:

Art. 1º A Lei nº 6.379/96, de 02 de dezembro de 1996, passa a vigorar:

I – com nova redação dada aos seguintes dispositivos:

(...)

c) “caput” do inciso V do “caput” do art. 82:

“V – de 75% (setenta e cinco por cento);”

Registre-se que a aplicação retroativa decorre do comando insculpido no artigo 106, II, “c”, do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:



Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Assim, procedo à adequação da multa ao novo percentual, restando subsistente um crédito tributário total de R\$ 425.171,90, sendo R\$ 242.955,37, de ICMS, e R\$ 182.216,53, de multa por infração.

E, com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu desprovimento. Contudo, em observância aos princípios da legalidade e da retroatividade benigna da lei tributária, altero, quanto aos valores, a sentença monocrática que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002650/2019-45, às fls. 03 a 05, lavrado em 22 de agosto de 2019, em desfavor da empresa FEDERAL DISTRIBUIDORA DE PETROLEO LTDA. (NOVA RAZÃO SOCIAL: FEDERAL ENERGIA S/A.), I.E. 16.132.352-9, devidamente qualificada nos autos, fixando o crédito tributável exigível em **R\$ 425.171,90**, sendo **R\$ 242.955,37** de ICMS, por infringência aos artigos 391 e 399, do RICMS/PB, aprovado pelo Dec. 18.930/97 e proposta de aplicação de multa por infração na quantia de **R\$ 182.216,53**, com fulcro art. 82, V, “c”, da Lei nº 6.379/96, alterado pela Lei nº 12.788, de 28 de setembro de 2023.

Ao tempo que cancelo, o valor total de R\$ 182.216,58, sendo R\$ 60.738,84 à título de multa por infração, e R\$ 121.477,74 de multa recidiva.

Por oportuno, consigne-se que o presente lançamento é motivado pela existência de volume de combustível sem a documentação fiscal correspondente comprobatória do recolhimento do ICMS, de modo que, nada obstante a linha de defesa do Contribuinte, não há no procedimento indicativo no sentido de que a causa da autuação tenha como base a alteração volumétrica dos combustíveis, por conta do impacto da temperatura, o que não atrai de forma segura, frise-se, a incontida aplicação da alegada decisão judicial (mandado de segurança nº 0036433-69.2013.8.15.2001).

Intimações a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar

Tribunal Pleno, sessão realizada por videoconferência, em 12 de março de 2024.

Larissa Meneses de Almeida
Conselheira Suplente Relatora