

**PROCESSO** - A. I. Nº 206903.0039/03-5  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e GALÉS COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO GALÉS)  
**RECORRIDOS** - GALÉS COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO GALÉS) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0026-05/06  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 14/07/2006

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJE Nº 0251-11/06

**EMENTA:** ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS AINDA EXISTENTES FISICAMENTE EM ESTOQUE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Nessa situação, deve-se exigir o tributo do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável tributário. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Não foi comprovado o pagamento do imposto devido por antecipação na aquisição da mercadoria em questão. Abatido o crédito da operação anterior (item precedente). Houve a diminuição do débito reclamado em relação aos dois itens acima indicados tendo em vista revisão do lançamento fiscal. E, sendo as mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, com fase de tributação já encerrada, detectando-se omissão de saídas de mercadorias sem documento fiscal (exercício de 2002), não se pode exigir imposto, mas sim multa pelo descumprimento de obrigação acessória à legislação tributária. Rejeitadas as preliminares de nulidades. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário, relativos ao Auto de Infração, lavrado em 17/12/2003, o qual cobrou ICMS no valor de R\$272.367,51 acrescido das multas de 70% e 60%, em decorrência a;

1. Falta de recolhimento do imposto, por responsabilidade solidária, pelas aquisições de mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias (exercício de 2002) - R\$57.253,95;
2. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria (exercício de 2002) – R\$43.043,81;
3. Falta de recolhimento do imposto, por responsabilidade solidária, pelas aquisições de mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias (exercício aberto de 1/1/03 a 31/10/03) - R\$107.435,66;

4. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria (exercício aberto de 1/1/03 a 31/10/03) – R\$64.634,09.

Da análise do levantamento quantitativo, frente às razões de mérito apresentadas em documentos da defesa, foram detectados vícios no procedimento da fiscalização, dos quais alguns poderiam ser sanados com diligência e a reabertura de prazo de defesa, outros não eram possíveis de regularização, pois demandariam uma nova ação a qual não competia ao fiscal revisor. Todas as irregularidades detectadas foram enumeradas. As alegações de mérito e de nulidades feitas pelo impugnante deixaram de ser apreciadas, pois do procedimento fiscal, na forma de como realizado, não restava nenhuma certeza quanto à infração imputada, já que nos autos não existiam elementos suficientes para a sua determinação. Através o Acórdão JF nº 0137/01-42 a 1ª JF decidiu pela nulidade do lançamento com base no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99 (Dec. nº 7.629/99), com expressa recomendação fosse repetido o procedimento fiscal, a salvo de falhas (fls. 254/261).

Os autos foram encaminhados à 2ª Instância deste Colegiado, mediante Recurso de ofício, e através o Acórdão CJF nº 0141-12/04 foi reformada a Decisão de Primeira Instância, dentro do entendimento que a ilustre JF *“reconheceu os equívocos apontados pelo defendente acatando as provas apresentadas, assim apreciando o mérito, porém julgando o Auto de Infração Nulo”*, e julgaram residir neste fato uma contradição por ter havido fundamentação numa linha de mérito e uma Decisão pela nulidade. Foi devolvido o processo à 1ª Instância para apreciação do mérito da autuação (fls. 271/276).

Neste diapasão, a 4ª JF encaminhou o PAF à autuante para saneamento e reabriu o prazo de defesa (fl. 283). Cumprindo o solicitado, a autuante narrou como conduziu a diligência solicitada, refazendo o levantamento quantitativo dos estoques, e apurando para o exercício de 2002 diferenças de omissões de saídas e não mais de entradas, pelo que sugeriu a aplicação da multa de R\$50,00. Para o exercício seguinte, de 2003, apresentou débito no valor de R\$253.516,98 o qual já contem as depurações e ponderações do contribuinte, tais como; na apuração da base de cálculo foi utilizado o preço médio de aquisição com ICMS substituto já incluso; não calculou o imposto devido por antecipação tributária (infração 4); não agregou qualquer MVA à base de cálculo (fls. 287/289).

Da informação prestada pela autuante (fls. 317/331), o sujeito passivo ratificou todos os termos de sua anterior impugnação. Aduziu que em junho 2002 adquiriu o posto de combustível, ora autuado, da TVL Combustíveis e Lubrificantes Ltda. (TVL), e que em razão de inúmeras dificuldades e da demora na transferência da autorização da ANP, se viu compelido a comprar combustível por intermédio da TVL, o que motivou terem sido todas as notas fiscais de saídas por ela emitidas no período de junho de 2002 a setembro de 2003. Esta também foi a razão de que algumas notas fiscais foram emitidas de uma só vez, e com quantidades superiores a capacidade dos tanques de combustíveis. E que toda a movimentação das mercadorias havia sido escriturada no LMC, regularmente, de forma que no final de cada mês, havia compatibilidade desses valores. Esclarece que os documentos emitidos pela TVL foram escriturados no seu livro Registro de Entradas. E, se a referida empresa, durante o período de 9/4/2003 a 13/8/2003, se encontrava com sua inscrição estadual cancelada, este fato não era de sua responsabilidade. Destaca ter obtido informação de Decisão recente deste Colegiado no sentido de ser acatado como legítimo o procedimento de compra de mercadorias e emissão de notas fiscais pela empresa antecessora enquanto o processo de sucessão se concluíra, bastando para isto a comunicação ao Órgão Fazendário, e que nesta situação os documentos fiscais eram idôneos.

Destacou ainda, vícios da autuação pela ausência de requisitos de validade, uma vez que adquiriu mercadorias de forma regular através da distribuidora de sua bandeira (Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga), conforme provado por meio das notas fiscais anexadas aos autos e emitidas

em nome de sua antecessora, ou seja, a TVL.E que nas infrações 1 e 2 a autuante determinou como período fiscalizado todo o ano de 2002, porém a aquisição do posto de combustível somente se deu em junho de 2002.

Por conta desses indicados vícios, aponta ainda que no campo “dados da lavratura” do Auto de Infração constam como período fiscalizado de 1/1/02 a 30/11/03, e que no mesmo documento é indicado outro período, qual seja, 20/09/02 a 18/09/03, sendo que a apuração havia sido em exercício fechado e aberto, respectivamente. Aludiu que esta indefinição de período influenciou nos valores apurados pela autuante, até porque, quando da revisão, transformou em 2002 as diferenças das omissões, de entradas para de saídas, aplicando multa de R\$50,00 sem sequer tipificá-la. E que esta mudança dificultou seu pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, conforme previsão do art. 5º, LV da Constituição Federal.

Destaca a não consideração da Nota Fiscal nº 161, emitida em 30/9/2003 e devidamente lançada no livro Registro de Entradas. Este fato era bastante prejudicial, porquanto quando de sua última informação fiscal, o agente autuante havia apresentado um débito total para 2003, no valor de R\$876.171,13, porém no demonstrativo de débito este valor era de R\$942.067,92.

E concordou com a autuante quanto a não cobrança da antecipação tributária sobre as diferenças das omissões de entradas encontradas para o exercício de 2003.

Requeru ao final a nulidade ou a improcedência da autuação e, em último caso, a procedência parcial com a aplicação de multa pelo descumprimento de obrigação acessória.

Observam os ilustres julgadores da 5ª. JF, que por outra vez os autos foram baixados em diligência, desta vez a cargo da ASTEC/CONSEF (fl. 608/609). O diligente fiscal, através do Parecer ASTEC/CONSEF nº 0070/2005, concluiu:

1. No exercício de 2003 incluiu os volumes escriturados no LMC, posto que não considerados pela fiscal autuante. Considerou também volumes de produtos consignados na Nota Fiscal nº 160, bem como os volumes dos produtos no cálculo dos preços unitários médios. Do mesmo modo, incluiu os estoques finais levantados pela autuante em 18/09/2003, e com estas adoções o débito do imposto no exercício, que era de R\$235.516,98, passou para R\$133.964,12.
2. No exercício de 2002, incluiu as mercadorias consignadas nas notas fiscais nº 201, 202 e 203, além das aferições registradas no LMC. Desta feita, volumes das entradas de gasolina, álcool e diesel que eram, respectivamente, 991.500, 40.000 e 35.000 litros (fl. 302) passaram para 1.542.420,00, 69.608,00 e 55.081,00 litros, o que aumentou o valor da omissão de saídas de R\$253.798,02 (fl. 302) para R\$1.313.179,50.

O Parecer da Diligência ressalta manter as omissões de saídas para o exercício de 2002, e, para o exercício de 2003, ficando o imposto devido na ordem de R\$133.964,12.

Notificada a tomar conhecimento da revisão do lançamento efetuada (fls. 631/632 e 650), a autuante não se manifestou (fl. 650), e o autuado (fls. 636/646) comentando a conclusão a que chegou o diligente fiscal, e em relação ao exercício de 2002, requereu o cancelamento da multa aplicada com base no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, por não ter havido no seu procedimento dolo ou fraude, ressaltando que em sua atividade de vendas a varejo, normalmente, não são emitidas notas fiscais, já que as mercadorias estão enquadradas no regime da substituição tributária.

E com referência ao exercício de 2003, aduzem os srs. Julgadores, o agente passivo discordou da revisão efetuada, sob as seguintes razões:

- 1 Que as aferições não foram consideradas em sua totalidade, pois o diligente somente observou os valores constantes das notas fiscais, desconsiderando os valores lançados no LMC;
- 2 E que as entradas realizadas pela TVL foram em volume maior do que as consignadas nas notas fiscais, sendo corretas aquelas lançadas no LMC;
- 3 Não ser o mesmo o pólo passivo da lide, por não ser o substituto tributário;
- 4 Não foram levadas em conta as peculiaridades existentes no estabelecimento no período fiscalizado conforme já relatado. Ressaltou que todas as mercadorias adquiridas pela TVL junto à Cia Brasileira de Petróleo Ipiranga, durante o período de junho a setembro de 2003

foram repassadas, na íntegra, para a empresa autuada, uma vez que a TVL não exerceu atividade de revenda de combustíveis, conforme declaração que apensou aos autos (fl. 648).

Afirmou que a diligência fiscal havia se desviado da realidade dos fatos e que a matéria se resumia em descumprimento de uma obrigação acessória e não falta de recolhimento do imposto, conforme levantamento que realizou e apresentou como Anexo 1 de sua manifestação (fl. 647).

Ao final, que a acusação era imprópria, por ser impossível o tráfego do combustível da distribuidora (Petróleo Ipiranga) situada em São Francisco do Conde para a sua empresa em Salvador, requerendo desta forma a improcedência da autuação, o cancelamento da multa relativa ao exercício de 2002 e para que fosse realizada nova diligência fiscal.

Novamente os autos retornaram à ASTEC/CONSEF (fl. 653) para que o diligente fiscal, subscritor do Parecer nº 0070/2005, deslindasse o seguinte;

- 1 Demonstrassem de forma expressa, no Cálculo das Omissões referente ao exercício de 2003, que considerou as aferições;
- 2 E que estas deveriam ser as havidas até o dia 18/9/2003;
- 3 Consignassem no demonstrativo de débito a data de 18/9/2003 como data final do levantamento fiscal.

O Parecer ASTEC/CONSEF, agora com o nº 0173/2005 (fls. 656/657), elaborado por fiscal estranho ao feito anterior, no cumprimento da diligência procedeu à correção do equívoco cometido quando da elaboração do Demonstrativo de Apuração das Omissões, do exercício de 2003. Discriminou de forma detalhada a apuração dos volumes das entradas, incluiu no levantamento elaborado pela autuante às fls. 292/305 dos autos as quantidades das mercadorias consignadas na Nota Fiscal nº 160, bem como, as aferições dos produtos álcool, gasolina e diesel até o dia 18/9/2003. Após essas intervenções, elaborou novos demonstrativos de débito para as infrações 3 e 4.

Ao tomar conhecimento da nova diligência (fls. 656/666), o autuado manifestou-se (fls. 669/671) indicando que o Estado estava impondo ao contribuinte *“verdadeira barreira ao exercício de sua atividade econômica, dificultando, com sua pesada burocracia, a regularidade no exercício da atividade comercial para, logo em seguida, aplicar-lhe pesadas sanções por supostas infrações cometidas”*, infrações inexistentes que, no caso em tela, provocadas pelo próprio Estado.

Novamente alegou que todas as mercadorias estavam enquadradas no regime da substituição tributária, não havendo qualquer prejuízo ao Erário. Reprizou argumentação anterior, relativa à sucessão empresarial e demandas e demoras havidas naquele processo. E afirmou que o fisco ao persistir em ignorar tais circunstâncias, cometeu novos equívocos, tendo "apurado" inicialmente um débito de imposto no exercício no montante de R\$235.516,98 agora reduzido para R\$120.943,83.

Ratificou as manifestações anteriores, e requereu que o Auto de Infração fosse julgado improcedente conforme demonstrado através o documento de nº 01 juntado com a manifestação protocolada em 6/7/2005.

Aduzem os ilustres julgadores que com referência a este Parecer ASTEC/CONSEF nº 0173/2005, a autuante não se manifestou (fl. 674).

E que por outra vez mais os autos foram baixados em diligência, desta vez à Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis – COPEC desta Secretaria da Fazenda, levando-se em consideração a ponderação do autuado, de que não se pode mais cobrar a antecipação tributária dos combustíveis nos postos que vendem a consumidor final, uma vez que nos seus preços ela já se encontra embutida, bem como, as determinações do art. 512-B, do RICMS/97 em relação à apuração da base de cálculo para a gasolina e óleo diesel, relativa ao cálculo da substituição tributária (fl. 677).

Resultante desta diligência, (fls. 680/681), o diligente fiscal apresentou novo levantamento para a infração 4 do presente Auto de Infração e prestou as seguintes informações:

- 1 Os preços do litro de gasolina e óleo diesel praticados, na refinaria, nas datas 31/12/2002 e 18/09/2003 eram:

Gasolina - R\$1,3091 e R\$1,2076, respectivamente, sem a inclusão do ICMS;

Óleo diesel - R\$1,0131 e R\$0,9171, respectivamente, sem inclusão do ICMS;

- 2 as MVA da gasolina e do óleo diesel praticados, na refinaria, nas datas 31/12/2002 e 18/09/2003 eram:
  - a) Gasolina - 77,81 % e 60,03%, respectivamente;
  - b) Óleo diesel - 41,56% e 11,70%, respectivamente;
- 4 as alíquotas utilizadas nos cálculos da planilha de fls. 681 foram as vigentes naquelas datas, a saber:
  - a) gasolina: 27% em ambas as datas;
  - b) óleo diesel, 17% em 31/12/2002 e 25% em 18/9/2003, sendo que nesta data teve redução de 16% na base de cálculo;
- 5 os dados apresentados se referiam às datas 31/12/2002 e 18/9/2003, vez que eram, respectivamente, as datas do estoque final em exercício fechado e da aferição do estoque final em exercício aberto.

Chamado para tomar conhecimento desta diligência (fl. 682), o autuado manifestou-se (fls. 684/687) trazendo os mesmos argumentos anteriormente expostos.

Dizem os ilustres conselheiros da 5ª JJF, após superada a análise da causa da nulidade do Auto de Infração decretada pela 1ª Instância deste Colegiado por Decisão da sua 2ª Instância (Acórdão CJF nº 0141-12/04), e no acato à determinação que seja apreciado o mérito da autuação, que ao início observam que as folhas do presente processo foram renumeradas. Assim, torna-se necessário proceder à revisão das citações de páginas ao longo do relatório inicial, até antes do julgamento de 2ª Instância, pois existem diferenças nas citações feitas neste Acórdão e o primeiro julgamento da 1ª Instância.

A ilustre 5ª.JJF indefere últimos pedidos de diligência conforme requeridos pelo defendente, tendo em vista seu convencimento sobre a presente lide.

Comenta que o impugnante aborda questões que julgou motivadoras de nulidade da ação fiscal ou mesmo de improcedência. Como as mesmas se confundem entre si, e não foram apreciadas tendo em vista a Decisão anteriormente tomada, são examinadas em conjunto.

O seu direito de ser intimado de todos os atos do procedimento administrativo, em especial a impugnação a ser apresentada pela autuante, sob pena de nulidade processual, (art.108, do RPAF/99), não tem base legal quando não houver modificação do débito ou documentos forem anexados (art. 127, § 7ª, do RPAF/99 – Dec. nº 7.629/99).

E que não existiu qualquer manipulação por parte do Estado da Bahia da documentação e legislação da Agência Nacional de Petróleo. O levantamento quantitativo dos estoques foi realizado dentro das determinações regulamentares deste Estado. O livro de Movimentação de Combustíveis – LMC, pela legislação tributária do ICMS, é obrigatório e o autuado deve possuí-lo e escriturá-lo (art. 314, V, do RICMS/97) corretamente. Assim, tendo em vista a peculiaridade dos estabelecimentos varejistas de combustíveis, os encerrantes retratam fielmente as saídas diárias de combustível e que devem estar registradas nas notas e cupons fiscais. Havendo divergências, o LMC é o que prevalece, pois a legislação tributária do ICMS o obriga a mantê-lo escriturado. Portanto, não podem ser desconsideradas as quantidades registradas, cujas operações comerciais foram, efetivamente, realizadas pelo contribuinte. E, se existiram cupons fiscais e “pequenas notas”, como dito, este fato não foi provado nos autos. Daí depreende-se inexistir qualquer afronta a atos praticados pela ANP e legislação pertinente ao comércio de combustíveis.

Aludem os i.julgadores que o impugnante insistiu que não foram consideradas todas as entradas, no referido livro consignadas, dando como exemplo os meses de janeiro a março de 2003. Com referência a esta questão, destacam que os documentos registrados no LMC somente podem ser aqueles que o impugnante apresentou como suas aquisições. Se foram registradas notas fiscais das distribuidoras emitidas para a TVL, este procedimento não tem respaldo legal, por não se provar que todas as compras realizadas por aquela empresa foram repassadas em sua totalidade

para o autuado. A Declaração da TVL sobre o assunto não tem o condão de sustentar a questão, nem, tampouco, as cópias das notas fiscais de aquisições realizadas pela referida empresa. Destaca a i. JJF que para a legislação tributária os estabelecimentos são autônomos entre si, não se podendo confundir operações nem mesmo de empresas pertencentes ao mesmo grupo empresarial, quanto mais, empresas diversas, com a continuação de suas atividades comerciais, conforme demonstra a cópia da alteração contratual apresentada pela defesa (fls. 332/333).

Aduzem que de igual forma é equivocado o argumento de defesa de não ser responsável pelo imposto, se cabível, de todo o exercício de 2002, pelo fato de somente ter adquirido o posto de combustível da TVL somente em junho 2002. O autuado ao adquirir a propriedade da empresa, com continuidade de suas atividades, sucedeu ao antigo proprietário sendo responsável, perante o ordenamento jurídico nacional, por todas as suas obrigações. Observam que os documentos fiscais emitidos pela TVL ao autuado, todos, no final do mês e com quantidades que jamais poderiam ser aquelas para acobertar o transporte das mercadorias, foram acatados pela 2ª Instância deste Colegiado, que anulou o julgamento de 1ª Instância. Assim, concluem, este assunto está pacificado, ou seja, os documentos fiscais pela TVL emitidos são os aceitos.

Quanto ao questionamento apresentado sobre o regime da substituição tributária, dizem os ilustres julgadores ser esta matéria sem discussão neste foro administrativo, em conformidade com o art. 167, do RPAF/99. Lembram que este regime, largamente discutido nos diversos tribunais do País, já foi pacificado pelo Supremo Tribunal Federal. E, em relação a MVA aplicada para determinação do imposto cobrado por antecipação tributária, que o impugnante considerou uma violação ao princípio da segurança jurídica e da igualdade, de igual forma, encontra-se insculpido na legislação tributária.

Passam à análise da alegação defensiva de que as mercadorias, por estarem enquadradas no regime da substituição tributária, têm o imposto recolhido na sua origem, estando nos postos de combustíveis com o mesmo quitado, ou seja, a fase de tributação se encontra encerrada. Mas que isto somente se comprova à luz de documentos fiscais, e o que aqui se viu foram entradas do produto desacompanhadas de documentário fiscal, o que torna indeterminada sua origem, e, conseqüentemente, não existe comprovação do pagamento do ICMS pelo fornecedor, sendo de responsabilidade do autuado o seu recolhimento, em conformidade com as determinações do art. 6º, IV, da Lei nº 7.014/96; não havendo duplicidade de cobrança, nem confisco, nem ilegitimidade passiva. Assim impertinente a alegação do autuado de não ser pólo passivo da relação tributária.

Observam os ilustres julgadores que a Portaria nº 445/98 é clara na forma do cálculo do tributo sobre mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária e encontradas desacompanhadas de documentação fiscal, ou seja, deve ser cobrado o imposto por responsabilidade e a antecipação tributária. E os valores médios praticados à época são base para apuração do imposto, e não comprovação das quantidades encontradas dos estoques.

Dizendo da superação de todas as questões trazidas pelo autuado, foram solicitadas, por este Colegiado, quatro diligências, uma realizada pela autuante e três por fiscal estranho ao feito lotado na ASTEC/CONSEF e COPEC. Este saneamento, basicamente, teve o seguinte teor:

1. com base no LMC, verificar se as alegações de defesa quanto às aferições eram pertinentes. Caso positivo, considerá-las;
2. incluir no levantamento fiscal a Nota Fiscal nº 160 e por ela calcular o preço médio unitário das mercadorias;
3. incluir, nos levantamentos, os estoques finais do exercício de 2003 apurados pela autuante quando da fiscalização;
4. havendo diferença de imposto a ser exigido, calcular aquele por responsabilidade solidária, bem como por antecipação tributária;
5. cálculo do preço médio da gasolina e do óleo diesel com base nas determinações do art. 512-B, do RICMS/97 e de suas respectivas MVA à época da ocorrência dos fatos geradores.

Foi, ainda, observado:

- a) o levantamento fiscal a servir de parâmetro para refazimento era aquele elaborado pela autuante quando de sua última informação (fls. 292/305), já que ajustado;
- b) visando não haver mais qualquer discussão quanto à base de cálculo apresentada nos levantamentos e aquela indicada no demonstrativo de débito, indicasse, caso constatado, as diferenças das omissões de entradas por mercadoria, ou seja, óleo diesel, álcool e gasolina.

O autuante não cumpriu conclusivamente a solicitação de revisão. Encaminhado à ASTEC/CONSEF para nova análise do lançamento, o diligente fiscal embora tenha levantado as aferições e dito que as considerou, não as demonstrou (fl. 618). Mais uma vez os autos foram baixados em diligência, ocasião em que o diligente confirmou a afirmativa do defendente de que não as haveria considerado e refez o levantamento fiscal conforme solicitado pela JJF, ou seja, considerou a Nota Fiscal nº 160 (fl. 242), excluída pela autuante quando de sua revisão e todas as aferições até o período de 18/9/2003. Quanto ao preço médio unitário, este foi apurado pelo diligente da COPEC.

Todos os erros existentes foram sanados e é do conhecimento de todos que os postos de combustíveis não emitem notas fiscais de saídas, conforme expôs o impugnante, entretanto, dizem os Srs. julgadores, isto não é motivo legal para desconstituir as infrações apuradas.

Voltando-se à análise dos levantamentos por exercício fiscalizado, observam que no exercício de 2002 para as saídas do álcool, óleo diesel e gasolina o contribuinte impugnou as quantidades, embora de maneira inconsistente, vez que não trouxe qualquer prova aos autos. Infere-se do levantamento e informação fiscal que a autuante tomou as quantidades existentes no livro de Movimentação de Combustíveis – LMC. Nesta oportunidade faço uma observação de que foi solicitado, quando da diligência, que a autuante anexasse aos autos cópia do LMC relativo ao ano de 2002, e que por erro de digitação este ano foi grafado como 2000, erro este perfeitamente viável, uma vez que o levantamento tratava de 2002 e não 2000. A autuante não atendeu ao que foi solicitado, ou seja, não anexou aos autos o LMC relativo a 2002 (exercício autuado), informando que não poderia anexar o citado livro do ano de 2000 já que a empresa começou a exercer suas atividades em 29/9/2002. E, em relação às suas colocações a respeito das notas fiscais anexadas aos autos às fls. 61/114 (de entradas), ressalto que elas foram apresentadas pelo autuado. Quanto aos estoques (inicial e final), de igual forma não existe qualquer comprovação, porém como o autuado não contestou estas quantidades, leva a entender que as aceitou, diante das determinações contidas no art. 140, do RPAF/99.

Ressaltam que quando das diligências saneadoras, as quantidades dos combustíveis levantadas foram ajustadas e as omissões passaram de entradas para saídas dos combustíveis. Como as mercadorias estão enquadradas no regime da substituição tributária, não se pode mais cobrar imposto e sim, ser aplicada multa de R\$50,00, ao teor do art. 157, do RPAF/99 e art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96, em relação à infração 1 e desconstituída a infração 2, não podendo ser atendido o pleito da empresa autuado em cancelá-la em virtude da inexistência de dolo ou intenção de fraude.

E finalizam seu julgamento, pela procedência em parte da autuação conforme demonstrativo de débito abaixo indicado para exigir o imposto no valor total de R\$114.233,43, mais a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$50,00.

#### DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

	Data Ocorrência	Data Vencimento	Imposto	Multa (%)	Penali Acessória
<b>Infração 1</b>					
60	31/12/2002	09/01/2002	-	-	50,00
<b>Infração 3</b>					
10	18/09/2003	09/10/2003	74.168,26	70	-
<b>Infração 4</b>					
10	18/09/2003	09/10/2003	40.065,17	60	-
<b>TOTAL</b>			<b>114.233,43</b>		<b>50,00</b>

Recorrem de Ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do

CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7629/99, alterado pelo Decreto nº 7851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

No Recurso Voluntário, enfrentando a Decisão, o recorrente conduz ao PAF a farta contestação já vista desde a sua defesa inicial.

Arrola preliminares de tempestividade na apresentação do Recurso Voluntário, assim como guerreia por nulidade do procedimento fiscal, à vista de cerceamento de defesa, autuação viciada e da ausência de requisitos de validade (art. 39 do RPAF/99).

Adentrando ao mérito do Auto de Infração, diz da não existência do descumprimento da obrigação principal consoante indicado no Auto de Infração em exame, tendo os itens da infração restado satisfatoriamente impugnados na defesa.

Procede o seqüente arrazoado quanto à idoneidade das notas fiscais constantes dos autos, relativas à aquisição de produtos mediante utilização de documentário fiscal da antecessora, TVL Combustíveis e Lubrificantes Ltda., dada ser esta a única forma a adotar, pois não podia ficar parada, sofrendo perdas irreparáveis e aguardando a burocracia de transferência da ANP. E que o fisco curvou-se à realidade dos fatos, amiúde praticados por empresas da mesma atividade, conforme considerados idôneos os documentos a fls. 61 a 117 dos autos. Cita legislação a respeito, art. 106 do CTN.

Aborda a necessidade da revisão da Decisão recorrida, quanto ao ICMS recolhido pelo sistema de substituição tributária, art. 150, § 7º, CF/88, art. 512-A anexo I do RFICMS por ilegitimidade do autuado.

Enfoca o recorrente que no presente Auto de Infração não há que se falar em descumprimento de obrigação principal, pois a aquisição de combustível se deu de forma regular, através a distribuidora de sua bandeira – a Ipiranga, por meio das notas fiscais já anexadas e de emissão da TVL Combustíveis Ltda.

Nenhum novo fato foi adicionado ao PAF que viesse a modificar a apresentação do Recurso Voluntário, e ao final requer seja declarada a nulidade do auto em comento, ou da Decisão guerreada. Caso superado o requerido acima, seja o Auto de Infração julgado Improcedente, e que por medida de cautela, para o caso de procedência, seja esta somente para aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Presentes aos autos, a PGE/PROFIS através d. procurador dr. José Augusto Martins Júnior, inicia a apreciação dos autos, com breve análise jurídica das alegações brandidas no Recurso Voluntário.

- 1 Cerceamento de Defesa – não observa o i. doutor, haver nos autos qualquer indicação de ato administrativo engendrador da violação da ampla defesa, o que é de imediato constatado, dada a extensa colação de dados e documentos apensos ao PAF;
- 2 Da ausência dos requisitos de validade do lançamento de ofício – sustenta o recorrente não poder ser-lhe imputado o não recolhimento do imposto relativo às operações realizadas de 01/01/2002 até 30/11/2003, pois que o posto autuado somente foi assumido em 06/2002. Em que pese verdadeiramente o equívoco, este já foi sanado, ou depurado, pelo próprio recorrente, quando se reportou ao período correto.
- 3 Da idoneidade das notas fiscais – Não se observa nos autos, qualquer documento comprovante da alienação do fundo de comercio da empresa TVL Combustíveis e Lubrificantes Ltda. para o recorrente, nem mesmo qualquer pedido de autorização à SEFAZ para utilização de documentos fiscais de outra empresa, ou como mais adequadamente deveria ocorrer em situações semelhantes, a solicitação de nota fiscal avulsa conforme preconiza o RICMS/BA em seu art. 307, inciso I. Ademais, albergar-se a tese recursal, seria jogar por terra o princípio da autonomia dos estabelecimentos.

O opinativo do ilustre procurador, nos termos do art. 119, § 1º do COTEB, e pelo Improvimento do Recurso Voluntário apresentado.



## VOTO

Observo as preliminares de nulidade, aventadas por vício de lançamento, cerceamento de defesa e de outras variáveis que poderiam obstar direitos à defesa, estarem totalmente removidas haja vista a extensa intervenção a que anuiu o Estado, realizando diversas perícias, depurações, confrontos e revisões praticadas por auditores diligentes, como apropriadamente em seu opinativo relata a PGE/PROFIS através ilustre procurador, não residir nos autos qualquer indicação de ato administrativo engendrador da violação da ampla defesa, cuja conclusão é de imediato constatada, dada à extensa colação de dados e documentos apensos ao PAF.

Iniciou seu julgamento a ilustre 5ªJJF, citando cronologicamente a evolução dos fatos característicos deste lançamento, e os números das folhas respectivas contidas nos autos. Observo a menção feita pela ilustre JJF, de que as folhas deste PAF foram renumeradas, decorrendo de tal fato que nas citações havidas ao longo do seu relatório, houve diferenças ocorridas e situadas desde o primeiro julgamento da 1ª Instância até este Acórdão.

Observo, também, haver-se procedido ao saneamento de todos os erros, e concordo que embora seja fato notório que os postos de combustíveis não emitem, a rigor, notas fiscais de vendas a consumidor, estas omissões não desconstituem as infrações apuradas.

Quanto ao mérito do lançamento fiscal, extensamente debatido e objeto de quatro diligências, uma revisão, efetuadas pelo próprio agente autuante, bem como por fiscais outros diligentes e estranhos ao feito, verifico resultarem dessas intervenções, anulação e reduções das infrações em seus lançamentos originais, as quais são discriminadas em quadro resumo pela ilustre 5ª JJF, perfazendo o valor total de R\$114.283,43, com o qual concordo, cujo resumo é o seguinte;

INFRAÇÃO 1 – lançamento original R\$57.253,95, reduzido para R\$50,00:

INFRAÇÃO 2 – lançamento original R\$43.043,81, anulada:

INFRAÇÃO 3 – lançamento original R\$107.435,66, reduzido para R\$74.168,26:

INFRAÇÃO 4 – lançamento original R\$64.634,09, reduzido para R\$40.065,17.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntários apresentados.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206903.0039/03-5, lavrado contra **GALÉS COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO GALÉS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$114.233,43**, acrescido das multas de 70% sobre o valor de R\$74.168,26 e 60% sobre o valor de R\$40.065,17, previstas no art. 42, III e II, “d”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$50,00**, prevista no art. 42, inciso XXII, do mesmo Diploma Legal, com os acréscimos moratórios correspondentes, de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de junho de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS