

**A. I. N°.** - 206960.0030/08-1  
**AUTUADO** - SAFRA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.  
**AUTUANTES** - JUAREZ ANDRADE CARVALHO e GILSON LIMA SANTANA  
**ORIGEM** - SAT/COPEC  
**INTERNET** - 26. 10. 2010

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N° 0292-01/10

**EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. A exclusão de notas fiscais do CFAMT não trazidas aos autos reduz o montante do débito. Alteração, de ofício, da multa sugerida, para aquela prevista no art. 42, inciso XI da Lei nº 7.014/96, tendo em vista referir-se a operações amparadas por suspensão do ICMS. Infração mantida parcialmente. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e o imposto por antecipação, de responsabilidade do próprio sujeito passivo. A exclusão de notas fiscais relativas a simples remessa e inclusão das correspondentes notas fiscais de entrada, resulta na redução do débito. Infrações parcialmente caracterizadas. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE. Infração não impugnada. b) MATERIAL DE CONSUMO. Infração acatada. Rejeitadas as preliminares de nulidade e não apreciadas as arguições de inconstitucionalidade no que se refere à aplicação das multas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.**

## RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 29/08/2008, foi efetuado o lançamento do crédito tributário no valor total de R\$199.675,39, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação escrita fiscal, nos meses de fevereiro a maio, julho, setembro e outubro.

de 2004, sendo aplicada a multa de 10%, correspondente ao valor de R\$46.487,11. Consta que o contribuinte deixou de escriturar diversas notas fiscais de entrada relativas a mercadorias tributáveis (álcool e lubrificantes) no livro Registro de Entradas, conforme relação das notas fiscais não registradas resultante do cruzamento do CFAMT X Arquivos SINTEGRA, além de cópias das notas fiscais e dos referidos livros;

02 – deixou de recolher o ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, nos exercícios de 2003 e 2004, sendo exigido imposto no valor de R\$91.085,29, acrescido da multa de 70%. Consta que o contribuinte não registrou diversas notas fiscais de entrada do produto AEAC (álcool etílico anidro carburante) no livro Registro de Entradas, nem informou à refinaria as referidas aquisições, conforme determina a Cláusula décima segunda do Convênio ICMS 03/99, resultando nas diferenças de estoque levantadas. Foram anexadas a relação da movimentação de AEAC fornecida pela distribuidora e cópias dos Anexos IV e V, enviados pela distribuidora à refinaria;

03 – deixou de efetuar a retenção e o conseqüente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria, nos exercícios de 2003 e 2004, exigindo imposto no valor de R\$59.414,93, acrescido da multa de 60%;

04 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade, no mês de maio de 2003, sendo exigido o imposto no valor de R\$1.647,85, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte lançou a nota fiscal em maio e junho de 2003, conforme cópias dos livros Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS;

05 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no mês de fevereiro de 2003, sendo exigido imposto no valor de R\$1.040,21, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte adquiriu lubrificantes para comercialização, utilizando a alíquota para consumidor final, conforme cópias das notas fiscais.

O sujeito passivo, através de representantes legalmente constituídos, apresentou impugnação às fls. 162 a 182, suscitando como primeira preliminar de nulidade que é garantido aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, razão pela qual todas as provas que alicerçam o Auto de Infração deveriam obrigatoriamente lhe ter sido entregues mediante recibo. Realça que não recebeu as cópias dos demonstrativos que fundamentaram o cálculo do imposto, apesar da indicação em contrário na descrição dos fatos do Auto de Infração, caracterizando o cerceamento do direito de defesa, resultando na nulidade da autuação, por prejudicar o contraditório. Diante dessa ausência, cuja obrigatoriedade está prevista no art. 18 do RPAF/BA, reitera que a autuação é nula.

Acrescenta que além de se encontrar eivado de vícios insanáveis, não tem segurança jurídica para justificar o crédito tributário imputado, por não atender aos pressupostos legais de validade, transmitindo, do ponto de vista prático, um grau de incerteza incontornável.

Aduz que em relação à falta de entrega de cópia dos demonstrativos e documentos que amparam a autuação, o Conselho de Contribuintes da Bahia tem considerado nulas as autuações que não atentem para o princípio do devido processo legal, a exemplo dos Acórdãos CJF de nºs 0033-12/05 e 0041-12/05. Requer a anulação do lançamento, pela preterição do seu direito de defesa.

Como segunda preliminar de nulidade, argumenta que as infrações 01, 02 e 03 estão embasadas em notas fiscais coletadas em um Sistema Interno da Sefaz (CFAMT), que colhidos no trânsito de mercadorias, sem identificar os seus portadores, não sabe como os registros foram colhidos, por não ter acesso ao sistema.

englobar todas as notas fiscais em trânsito, não se podendo afirmar que notas fiscais captadas aleatoriamente representam as operações entre remetentes e destinatários. Alega que tais registros não bastam para se afirmar que efetuou transações ilegais, por não existir prova da aquisição das mercadorias. Além disso, tem que comprovar que não adquiriu as mercadorias.

Lembra ser comum a utilização de inscrições de contribuintes por terceiros inescrupulosos, para adquirir mercadorias de outras regiões do País. Como empresas inidôneas adquirem mercadorias, utilizando-se dos dados de outros contribuintes, estes não podem lançar as notas fiscais em sua escrita, por desconhecê-las. Entende que a falta de registros nos livros fiscais apenas levanta uma tênue dúvida, que não basta para caracterizar a infração, indicando apenas a possibilidade de existência de ilícito tributário, que deve ser investigada de forma minuciosa.

Afiança que como não adquiriu as mercadorias e desconhece quem as recebeu, disponibiliza seus livros contábeis, para análise pericial e comprovar a sua idoneidade. Destaca que não foi apurado no posto fiscal onde as notas fiscais foram coletadas, nem existem provas que indiquem algum elo com o autuado, como duplicatas, notas fiscais de saída e entrada ou registro do transporte e respectivo conhecimento de frete, uma vez que este foi por conta do emitente, não integrando a base de cálculo. Portanto, ainda que exista nexa causal entre as notas fiscais e as transações realizadas, os elementos não mostram uma ligação entre a infração e a conduta do impugnante que indicasse a sua culpa.

Realça que, usando seu poder de investigação, o fisco deveria provar que as mercadorias foram adquiridas pelo autuado, verificando junto às empresas envolvidas ou mesmo pelas cópias dos pedidos, visando atestar os fatos geradores da autuação. Entretanto, a fiscalização preferiu o caminho mais fácil, coletando as notas fiscais e imputando ao contribuinte um ilícito tributário, além de atribuir-lhe a responsabilidade pela prova negativa sobre a presunção.

Ressalta que impugnado o crédito tributário, o ônus da prova de sua existência é do fisco, pois senão o contribuinte ficaria à mercê de possíveis arbitrariedades. Aduz que se a lei dá ao fisco o privilégio do poder de investigar antes da autuação e de usar a presunção de liquidez e certeza após o lançamento, não poderia adicionar o direito de lançar tributos de forma aleatória, atribuindo ao contribuinte o ônus da contraprova. Lembra que a investigação ampla antes do lançamento está prevista no art. 195 do CTN [Código Tributário Nacional].

Salienta que não tem como apresentar contraprovas aos fatos que respaldaram a autuação, pois não recebeu as notas fiscais, sobre as quais não tem controle. Alega que a prova que detém, que é a escrita fiscal e contábil, sempre disponibilizou ao fisco, na qual não constam tais documentos, por desconhecê-los. Alega que se faz necessária uma diligência fiscal, para esclarecer os fatos, uma vez que a exigência deve ter adequação com a lei definidora do fato gerador. Ademais, com base no princípio da verdade material, a autoridade administrativa deve investigar a verdade dos fatos, trazendo as provas relativas aos verdadeiros fatos.

Destaca que a autoridade fiscal é quem deve apresentar os elementos constitutivos do lançamento tributário, desde quando tem liberdade para colher as provas que entender indispensáveis à comprovação da ocorrência do ato jurídico tributário. Não ficando provados os elementos constitutivos do crédito tributário, o lançamento deve ser anulado. Diz que a boa doutrina entende que, na maioria das vezes, prova negativa é impossível de ser feita, sendo mais fácil exigir a prova da entrega de quem enviou a mercadoria. Lembra as palavras de Ives Gandra Martins, em processo de sustentação oral no STF, cuja matéria se assemelha ao presente caso.

Na hipótese de ser apreciado o mérito, passa a abordar os equívocos na apuração do imposto.

Infração 01 – salienta que não pode prosperar, pois a multa já está ocorrendo a duplicidade da pena aplicada, caracterizando-se em *l* infração 02 foi aplicada a penalidade de 70% em razão da falta de regis

e sobre o mesmo fato se exige a penalidade de 10% (infração 01) sobre a entrada de mercadoria sujeita à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Consigna que com base no princípio do non bis in idem não pode ser punido mais de uma vez por uma mesma infração.

Cita os princípios da proporcionalidade e da coisa julgada e realça que se determinado fato é tido como ilícito, a penalidade deve incidir sobre esse fato, mas apenas uma única vez. No caso da lide, o ilícito foi a falta de registro de notas fiscais de aquisição de mercadorias, sendo a sua consequência jurídica a omissão de saídas de mercadorias tributadas, que resultou em exigência de imposto e na aplicação da penalidade de 70% sobre o tributo. Entretanto, sobre o mesmo fato foi aplicada a segunda penalidade, de 10% sobre o valor das notas fiscais, o que significa que a ocorrência de *bis-in-idem* deve ser afastada pelo órgão julgador.

Para argumentar, e em que pese o RPAF/BA estabelecer competência para as Juntas de Julgamento Fiscal reduzirem ou cancelarem as multas de caráter acessório, assevera que o percentual adotado pelos autuantes supera em muito os ditames legais verificados no RICMS/97. Argui que de acordo com o entendimento pacificado no CONSEF, tal penalidade deve limitar-se ao percentual 1%, previsto no artigo 42, inciso XI da Lei nº 7.104/96, tendo em vista que se trata de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, com fase de tributação encerrada.

Requer a improcedência da infração 01, por estar contida na infração 02 ou a sua redução.

Infração 02 – afirma que não ocorreu nenhum prejuízo para o Estado da Bahia com relação ao ICMS, tendo em vista que as citadas aquisições de AEAC (álcool etílico anidro carburante) estavam acobertadas pelas Notas Fiscais de nºs 5006, 5125, 5126, 5195, 5194 e 6585 (do Estado Pernambuco), 11518, 11546, 11547, 11556, 11566, 11605, 11637, 11678 e 11919 (do Estado do Espírito Santo), 3250, 3254, 3251, 3253, 3252 e 15209 (do Estado de São Paulo), e da Nota Fiscal nº 16.972, procedente do Estado do Rio de Janeiro.

Salienta que não sendo feita a comunicação à refinaria de petróleo das informações sobre a origem das aquisições do AEAC, o Estado da Bahia é beneficiado, pois deixa de repassar o imposto devido ao Estado produtor. Isto significa que quando a refinaria de petróleo comercializa gasolina tipo A para as distribuidoras, procede à retenção e ao recolhimento do imposto devido, tanto sobre a gasolina A como sobre o álcool anidro, de forma englobada, significando que o imposto relativo ao álcool foi recolhido para a Bahia, independentemente da sua procedência.

No caso da destilaria de álcool não estar localizada no Estado da Bahia, a distribuidora tem que comunicar à refinaria a origem da sua aquisição, para fins de repasse para o Estado produtor da parcela do álcool anidro misturado na Gasolina A. Neste caso, se não houve tal comunicação pelo autuado, deduz-se que o Estado da Bahia se apropriou indevidamente desta parcela do imposto correspondente ao álcool anidro.

Aponta que os autuantes se equivocaram ao exigir o imposto referente ao álcool anidro de notas fiscais oriundas de outros estados, como se o imposto pertencesse à Bahia. Entende que se qualquer tributo fosse devido, deveria ter sido autuado pelos estados de onde se originou a mercadoria, por não terem recebido a parcela do imposto apropriado pela Bahia. Como as operações com AEAC estão amparadas pela substituição tributária regressiva por diferimento, a tributação é postergada para o momento da saída da gasolina A da refinaria, que tributa a operação incluindo a parcela do ICMS do álcool na proporção da mistura.

Assim, se a distribuidora não informar a origem do AEAC, não há que se falar em infração do impugnante, sob pena de ocorrer duplicidade na cobrança do ICMS.

pertence à Bahia, caberia ao erário baiano, no máximo, a diferença entre a alíquota interna (27%) e a interestadual praticada no estado de origem (12%), ou seja, apenas 15%.

Deste modo, sendo vedado ao órgão julgador o refazimento do lançamento de ofício, por absoluta incompetência, entende que o Auto de Infração deve ser anulado e renovado o procedimento fiscal, se assim entender o relator. Por outro lado, restando demonstrada a duplicidade na cobrança do tributo nesta infração, requer a sua improcedência.

Infração 03 – argumenta que os autuantes se equivocaram ao apurar a base de cálculo para quantificar a omissão de saída relativa ao AEAC, haja vista que esse produto é adquirido pelas distribuidoras de combustíveis diretamente das usinas de álcool para procederem à mistura com a gasolina A, que é transformada em gasolina C.

Como o álcool anidro não está submetido à substituição tributária progressiva, o recolhimento do imposto é diferido para o momento da saída da mistura resultante, pelas distribuidoras, com o recolhimento sendo efetivado pela refinaria (Petrobrás). Neste caso, não cabe a aplicação de MVA, tanto por falta de previsão legal, como por inexistir vedação à comercialização de álcool anidro entre as distribuidoras de combustíveis, de modo que a distribuidora pode comercializá-lo para outras empresas, com a base de cálculo sendo o valor da operação, sem aplicação de MVA.

Afirma que de acordo com as informações dos autuantes, o impugnante comercializou em 2003, 463.268,37 litros de álcool anidro sem emitir notas fiscais e em 2004, 69.799,97 litros. Salienta que mesmo se tais aquisições fossem devidas, como o produto não está submetido ao instituto da substituição tributária progressiva, não é cabível a aplicação da MVA sobre o valor das saídas omitidas, conforme se depreende da leitura do art. 511 do RICMS-BA.

Sustenta que se existe imposto a ser exigido nesta infração, é até razoável aceitá-lo sem qualquer agregação em seu valor, sendo imputado pelo valor da operação, devendo o tributo ser destinado ao estado produtor do álcool. Lembra que o próprio RICMS/BA, no Anexo 89, não prevê qualquer hipótese de MVA para o produto. Conclui ter comprovado o equívoco do fisco na valoração da base de cálculo, que deve ser afastada, por falta de previsão legal para aplicação de MVA.

Adverte que as multas afrontam as garantias asseguradas ao contribuinte pela Constituição Federal de 1988, desde quando são tão elevadas que assumem o caráter confiscatório, ultrapassando os parâmetros de uma economia cuja variação monetária anual está limitada à casa de um dígito. Observa que o Poder Judiciário tem reduzido as multas absurdamente elevadas, corrigindo esta distorção confiscatória imputada pela administração. Entende ser facultado ao julgador, diante do fato concreto, o poder de reduzir a multa excessiva aplicada pelo fisco.

Utiliza-se do julgado atinente ao RE nº 91.707, emanado do Supremo Tribunal Federal, no qual é reconhecida a auto-aplicabilidade do princípio da vedação do confisco, em se tratando de multa moratória fiscal. Trás, ainda, o pensamento de Rui Barbosa Nogueira sobre o tema e salienta estar latente a inconstitucionalidade da multa, devendo ser observado o fato de que, por mais que assuma caráter punitivo, não pode gerar a incapacidade de agir economicamente, devendo ser proporcional e corresponder a um valor compatível com a realidade dos fatos. Restando configurado o caráter confiscatório e abusivo da aplicação da multa, requer que seja corrigida.

Diante dos argumentos fáticos e jurídicos apresentados, requer:

- 1 – que seja preliminarmente anulado o Auto de Infração, por estar eivado de vícios de fato, de critérios jurídicos e de direito, em face dos erros juridicamente insanáveis, tanto pelo cerceamento do seu direito de defesa como pela impossibilidade de produção de prova negativa;
- 2 – não sendo acolhidas essas preliminares, que sejam canceladas as seguintes razões: aplicação em duplicidade de multa pelo me



ilegitimidade ativa do Estado da Bahia, em operações com álcool anidro, em razão de o ICMS pertencer ao estado produtor; inaplicabilidade de MVA em produto não sujeito à substituição tributária;

3 – seja retificado o levantamento do total das saídas que foi efetuado sem considerar as perdas de 0,6%, previstas na Portaria DNC nº. 26/92.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive testemunhais, diligência por fiscal estranho ao feito e a juntada de novos documentos para elucidar a questão.

Na Informação Fiscal que prestaram às fls. 190 a 198, os autuantes contestaram a alegação de cerceamento de defesa por falta de recebimento dos demonstrativos fiscais, afirmando que entregaram ao sócio da empresa, Sr. Ricardo Augusto César de Andrade, uma cópia completa dos elementos constantes dos autos, composta por 160 folhas, mediante assinatura no Auto de Infração. Observam que os demonstrativos que se encontram às fls. 14 (infração 01), 86 a 99 (infrações 02 e 03) e 152 (infrações 04 e 05), foram elaborados de forma clara, não deixando dúvidas para a sua compreensão, o que torna a alegação descabida.

Quanto à preliminar atinente à “prova negativa”, que se refere aos registros do CFAMT, salientam que tais argumentos são equivocados e denotam desconhecimento da operacionalidade desse sistema. Discorrem sobre o método implementado pela Sefaz através do CFAMT, que consiste na coleta dos dados relativos às notas fiscais que circulam pelo Estado, visando subsidiar os trabalhos de fiscalização, que através do cotejo desses dados com aqueles informados pelos contribuintes através dos arquivos Sintegra, possibilita alcançar as informações não registradas em seus livros fiscais, confrontando-os, ainda, com os livros Registros de Entradas e/ou Saídas.

Asseguram ter efetuado todos os procedimentos necessários a comprovar a infração imputada ao autuado, referente à falta de registro de notas fiscais de entrada, anexando as vias das notas fiscais de entrada, o registro desses documentos no CFAMT e o livro fiscal de entradas sem os registros. As notas fiscais foram emitidas pelas usinas Destilaria JB Ltda. (de Pernambuco) e LASA Linhares Agroindustrial S/A (do Espírito Santo), nas quais o autuado adquiriu quase todo o AEAC no período fiscalizado, sendo transportador o próprio adquirente, cujas placas dos veículos às fls. 17 a 36 coincidem com aquelas informadas nos anexos IV, que se referem aos relatórios enviados pelo autuado à Petrobrás, informando as aquisições do álcool etílico (fls. 101, 103, 105, 107, 109, 111, 113 e 101 a 145). Já as Notas Fiscais de nºs 3.250 a 3.254 foram emitidas pela empresa Safra Química – Ind. e Com. de Lubrificantes Ltda., referindo-se a lubrificantes, e a Nota Fiscal nº 015.209, da Metalúrgica Tata, de São Paulo, corresponde a tampa de engate e tampão do A.P.I., que se destinam ao uso nos reservatórios do autuado.

Ressaltam que o impugnante não apresentou nenhuma prova que contestasse o fato de que adquiriu os produtos e não registrou as notas fiscais nos livros de entradas.

Contestam as argumentações referentes ao mérito, no que se refere às infrações impugnadas.

Infração 01 – descabe a alegação de que a penalidade relativa a esta infração já estaria contemplada na infração 02, pois para que esse fato acontecesse se fazia necessário que o descumprimento da obrigação acessória atinente à infração 01 (falta de registro de notas fiscais de entrada) refletisse diretamente na infração 02 (falta de recolhimento do ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas, efetuadas sem emissão de documentos fiscais), conforme previsão do § 5º do art. 915 do RICMS/97.

Aduzem que se o autuado tivesse registrado as notas fiscais no livro de entradas, não ocorreria alteração nos resultados do levantamento de estoques, pois do mesmo modo que houve omissão de saídas de AEAC, já que houve aquisição desse produto necessária à mistura com a gasolina A, destinada à produção de gasolina.

registrado as notas fiscais não teria ocorrido a infração 01, entretanto continuaria existindo a infração 02, o que significa que esta não é consequência direta do descumprimento da obrigação acessória, condição necessária para que a multa relativa à infração 01 fosse absorvida pela multa atinente à obrigação principal. Assim, improcede a alegação de ocorrência de *bis-in-idem*.

Ao tratar sobre o pleito defensivo relativo à conversão da multa para o percentual de 1%, previsto no inciso XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96, asseveram que tendo em vista que a autuação abrange os exercícios de 2003 e 2004, de acordo com as redações desse dispositivo que se encontravam em vigor naqueles períodos, não tem pertinência o pedido do contribuinte, pois o produto álcool etílico anidro carburante é mercadoria tributável e o respectivo imposto não foi pago por antecipação e sim diferido para o momento da saída da gasolina tipo A da refinaria para a distribuidora. O imposto do AEAC deveria ser repassado para o estado de origem do produto se a distribuidora tivesse informado à refinaria as aquisições realizadas, assunto focado no item seguinte. Portanto, o enquadramento correto é aquele apresentado no Auto de Infração.

Infração 02 – argumentam que não procede a afirmação da defesa de que a Bahia não teria sofrido nenhum prejuízo, por lhe caber no máximo a diferença entre a alíquota interna e a interestadual. Lembram que o produto em questão é utilizado pelas distribuidoras exclusivamente para misturar com a gasolina A e produzir a gasolina C, que é comercializada para os postos varejistas. Como o álcool anidro é parte integrante da gasolina C, o tratamento tributário dispensado ao AEAC é o mesmo aplicado à gasolina C, significando que estes dois produtos possuem a mesma base de cálculo. Deste modo, o AEAC não se destina à comercialização pelas distribuidoras e pelos postos de combustíveis e sim a sua mistura com a gasolina A.

Acrescentam que o Conv. ICMS 03/99 estabelece em sua Cláusula décima nona a responsabilidade da distribuidora em relação à omissão de informações previstas na legislação tributária.

Como ficou provado, através da auditoria de estoques, a omissão de saídas do AEAC e a falta de informação à refinaria através dos Anexos IV e V, a quantidade de AEAC apurada não foi tributada, pois entrou na distribuidora com diferimento do ICMS para o momento em que ocorresse a aquisição da gasolina A pela distribuidora, que faz a mistura com o AEAC. Porém esse momento não ocorreu e a omissão de AEAC se concretiza pelo fato de ter sido adquirido em quantidade proporcionalmente maior que a quantidade de gasolina A, gerando sobra de AEAC, que foi dada saída de alguma forma, sendo omitida da escrita fiscal e dos anexos enviados à refinaria. Independente da destinação dada ao AEAC, o tratamento tributário é o mesmo aplicado à gasolina A, por se equiparar à produção e venda de gasolina C sem tributação. Asseveram ter aplicado a alíquota de 27%, referente à gasolina C, pois somente seria admissível o crédito de 12% (alíquota do estado de origem) se efetivamente tivesse ocorrido a tributação na operação.

Infração 03 – combatem a alegação de que o álcool anidro não está submetido à substituição tributária progressiva e que o recolhimento do imposto é efetivado pela refinaria, afirmando que o momento para encerramento do diferimento não ocorreu, além de ter sido demonstrado que a omissão se concretizou pela aquisição de AEAC em quantidades superiores às de gasolina A junto à refinaria.

No que se refere à insurgência contra a aplicação da MVA, reafirmam que o tratamento tributário dispensado ao álcool anidro é o mesmo relativo à gasolina C, cabendo a aplicação da MVA, já que o AEAC adicionado à gasolina não tem base de cálculo diferenciada. Transcrevem trecho do voto do Desembargador Vitor Lenza, do Tribunal de Justiça de Goiás, na Apelação Cível nº 96022-3/188 – 200600431899, para fins de descaracterizar a alegação contrária à utilização da MVA.

Quanto à contestação do autuado sobre as multas aplicadas, afirmam RICMS/BA para as infrações identificadas, não existindo confisco na su

Ao tratar sobre o pleito pela consideração das perdas no percentual de 0,6%, observam que a Portaria nº 26/92 instituiu o livro de Movimentação de Combustíveis – LMC, visando facilitar a atividade do fisco, conforme se verifica em seus artigos 1º e 2º. No entanto, a Portaria se refere a diversos combustíveis, porém não ao álcool anidro, por não se referir a produto destinado a venda ao consumidor e sim à mistura com a gasolina A. Além disso, o autuado não apresentou a comprovação do registro das quantidades do AEAC detectadas pela fiscalização como omissão de saídas, nem na escrita fiscal nem no LMC, para que fossem consideradas as perdas.

Como o defendente não se pronunciou a respeito das infrações 04 e 05, entendem que aceitou os levantamentos correspondentes.

Ratificam toda a ação fiscal e sugerem que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Considerando que o sujeito passivo suscitou a nulidade da autuação, arguindo que não recebera as cópias dos demonstrativos fiscais, e tendo em vista que não existem provas da entrega dos demonstrativos relativos às infrações 01, 04 e 05, bem como das cópias das notas fiscais coletadas através dos Sistemas SINTEGRA e CFAMT e como algumas notas fiscais não se encontram acostadas aos autos: a 1ª JF converteu o processo em diligência à SAT/COPEC (fl. 201), para que os autuantes fizessem a juntada das notas fiscais que embasaram as infrações 01, 02 e 03, que não estão acostadas aos autos, excluindo os lançamentos relativos às notas fiscais não localizadas, elaborando, se fosse o caso, novos demonstrativos relativos às mencionadas infrações.

Em seguida, deveriam ser entregues ao contribuinte as cópias reprográficas do Termo de Diligência, dos demonstrativos constantes às fls. 14, 15 e 152, de todas as notas fiscais referentes às infrações 01, 02 e 03, bem como dos novos elementos juntados na diligência, quando deveria ser reaberto o prazo de defesa em 30 (trinta) dias, para que o autuado, querendo, se manifestasse.

Registrou-se que no caso das notas fiscais coletadas através do SINTEGRA, deveriam ser acostadas aos autos as formalizações das solicitações junto aos seus emitentes ou, alternativamente, as comprovações das operações realizadas, a exemplo dos conhecimentos de transporte, das duplicatas ou dos comprovantes de pagamento. Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência aos autuantes, para que prestassem informação fiscal.

Em atendimento ao pedido de diligência, os autuantes prestaram informação às fls. 205 e 206, reafirmando que tinham entregue uma cópia completa do Auto de Infração, com 160 folhas, ao sócio da empresa, mediante assinatura no Auto de Infração.

Esclarecem que intimaram destilarias fornecedoras de AEHC, para apresentar cópias de notas fiscais destinadas ao autuado, salientando que, entretanto, os anexos IV e V do SCAN, emitidos e enviados pelo impugnante para a Refinaria e para a SEFAZ/BA (fls. 101 a 150) se constituem em prova irrefutável do recebimento da mercadoria pelo autuado.

Em relação à infração 01, excluíram as notas fiscais que também estão relacionadas no levantamento de estoques do AEHC e elaboraram novo demonstrativo com as cópias das notas fiscais não escrituradas nos livros fiscais próprios (fls. 207 a 214).

Reconhecem que ocorreu a inclusão indevida de nota fiscal de faturamento (para entrega futura) nos levantamentos de estoques do AEHC (infrações 02 e 03), motivada por erro do autuado na definição do CFOP nas operações de “faturamento para entrega futura”, o que foi corrigido. Após o recebimento das notas fiscais requisitadas, prepararam novos demonstrativos de levantamentos de estoques do produto AEHC, que anexaram, juntamente com as cópias das correspondentes notas fiscais, às fls. 215 a 266 (infração 02) [exercício 2003/infrações 02 e 03] e 267 a 304 (infração 03) [exercício 2004/infrações 02 e 03].



Realçam que esses novos demonstrativos, com as cópias das respectivas notas fiscais de entradas, além dos demonstrativos das infrações 04 e 05 (fl. 305) foram entregues ao autuado mediante recibo (fl. 306), quando foi reaberto o prazo de 30 (trinta) dias para sua manifestação.

Considerando ter sido deliberado no pedido de diligência que deveria ser reaberto o prazo de defesa em 30 (trinta) dias, constando no Termo de Entrega de Documentos – Diligência Fiscal (fl. 306) que seria reaberto o prazo de defesa, tendo o contribuinte sido cientificado em 11/06/2010, quando lhe foram entregues os elementos juntados ao processo pelos diligentes, entretanto nessa mesma data, por equívoco, os autos foram encaminhados ao CONSEF; considerando que em relação às infrações 02 e 03, no que se refere ao exercício de 2003, uma comparação entre os demonstrativos originais (fls. 86 a 92) e aqueles produzidos na diligência (fls. 216 a 219), mostra que foram excluídas notas fiscais atinentes a operações de “faturamento para entrega futura”, sendo incluídas notas fiscais não arroladas no levantamento original, circunstância que agrava a exigência tributária: a 1ª JF diligenciou o processo à SAT/COPEC (fl. 308), para que os autuantes efetuassem uma revisão das infrações 02 e 03, no que concerne ao exercício de 2003, excluindo os novos documentos fiscais utilizados, elaborando os respectivos demonstrativos.

Em seguida, deveriam ser entregues ao autuado cópias reprográficas do Termo de Diligência, bem como do termo anterior (fl. 201), e dos elementos juntados pelos diligentes, concedendo-se ao contribuinte o prazo de 10 (dez) dias, para que ele, querendo, se manifestasse nos autos. Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência aos autuantes.

Às fls. 311 a 325, o contribuinte se manifestou sobre a primeira diligência realizada, ressaltando, em relação à infração 01, que as Notas Fiscais de nºs 3.250, 3.251, 3.252, 3.253 e 3.254 tratam de operação de retorno de industrialização, portanto, não-tributada, por gozar de suspensão do imposto, nos termos dos artigos 341 e 343 do RICMS-BA. Assim, não há incidência da penalidade de 10% sobre o valor da mercadoria, devendo ser cancelada, com base no art. 158 do RPAF-BA. Como as operações em questão não implicaram em falta de recolhimento do tributo, resta atendido o principal requisito exigido nesse dispositivo legal.

Reprisa que tendo em vista que o produto álcool anidro está incluído no diferimento (substituição tributária para trás), é tributado de forma englobada quando a Distribuidora adquire gasolina A da refinaria, não cabendo a exigência de imposto sob o regime da substituição tributária para frente, quando se constata omissão de saída ou de entrada. Dessa forma, apenas a gasolina C, estaria alcançada pela substituição tributária para operações subsequentes.

Frisa que se efetivamente houve venda sem nota fiscal ou aquisição sem documentação fiscal, o fisco baiano, no máximo, pode exigir o imposto sobre o estoque irregular, porém não pode cobrar tributo relativo à operação subsequente, utilizando o regime da substituição tributária, pelo simples fato de a mercadoria não estar enquadrada no referido regime.

Quanto à falta de informação à refinaria sobre as aquisições de álcool anidro, reapresenta as alegações de que não ocorreu prejuízo para o Estado da Bahia, porque com base na informação registrada nos Anexos IV e V do SCAMC (Sistema de Controle dos Anexos de Movimentação de Combustíveis), a refinaria retira o ICMS incidente sobre o álcool anidro tributado anteriormente em conjunto com a gasolina A e recolhido para a Bahia, repassando-o ao estado produtor. Como a falta de informação beneficiou a Bahia, não se pode penalizar a distribuidora por esta omissão.

Aduz que no caso de combustíveis as variações de temperatura influenciam nas quantidades finais dos produtos, situação não considerada no levantamento, resultando em omissão de entradas. Salienta que as Notas Fiscais de nºs 011.919, 012.874, 012.767, 012.272, 012.727, 012.698, 012.036 e 011.556, demonstram que as quantidades transportadas em temperatura ambiente registrados nas notas fiscais, conforme confronto que apresentou,

diferença em desfavor do autuado de 2.242 litros, mostrando a necessidade de uma revisão fiscal, para retificar o levantamento fiscal e revelar a verdade material da autuação.

Traz novamente seus argumentos contrários à utilização pelo fisco, das notas fiscais coletadas por meio do CFAMT, afirmando desconhecer os documentos fiscais em questão e pleiteando a realização de diligência fiscal para esclarecer os fatos.

Em seguida, o autuado repete suas alegações atinentes aos denominados “erros de fato” relativos às infrações 01, 02 e 03. Quanto à infração 01, pugna pela sua improcedência ou pela redução da multa para 1%; no que concerne à infração 02, requer a sua nulidade, para que o procedimento fiscal seja refeito, ou a sua improcedência; e em relação à infração 03, ressalta que não tem pertinência a aplicação de MVA na formação da base de cálculo.

Renova os termos dos pedidos trazidos na impugnação e protesta pela produção de provas, além da realização de diligência por fiscal estranho ao feito, e pela juntada de novos documentos.

Às fls. 347/348, os autuantes se pronunciaram a respeito do segundo pedido de diligência, ressaltando que tinham atendido todas as solicitações contidas na primeira diligência.

Quanto à recomendação para que revisassem as infrações 02 e 03, em relação ao exercício de 2003, para exclusão dos documentos fiscais não contemplados na apuração original, esclarecem que esse fato (a inclusão de cinco notas fiscais não arroladas no levantamento original), decorreu do quanto solicitado na primeira diligência, isto é, da exclusão, na planilha de fl. 219, das notas fiscais de entrada de simples faturamento, nas quais o autuado se equivocara na identificação do CFOP, mantendo apenas as notas fiscais de entrada relativas ao efetivo ingresso do AEAC no estoque do contribuinte. Assim, consideraram tão somente as notas fiscais que acobertaram a entrada dos produtos, o que se constitui no procedimento tecnicamente correto.

Como consequência, excluíram a Nota Fiscal de simples faturamento nº 4.883 (fls. 349), incluindo as respectivas Notas Fiscais de nºs 4.905, 4.996, 5.203 e 5.223 (fls. 230 a 233), as quais se encontram escrituradas no livro Registro de Entradas do autuado (fls. 50/51). Também excluíram a Nota Fiscal nº 4.882 (fl. 350), incluindo a correspondente Nota Fiscal nº 5.006 (fl. 224).

Concluem que o novo levantamento de estoque incluiu as notas fiscais de entradas, cujas cópias foram enviadas pelos fornecedores, comprovando o efetivo ingresso do produto AEAC no estoque. No levantamento original foram consideradas as informações do autuado, que incorrera em erro ao determinar o CFOP das notas fiscais de simples faturamento ou não registrara a nota fiscal no Sintegra, como no caso da Nota Fiscal nº. 5.006.

Tendo em vista a manifestação defensiva sobre o resultado da primeira diligência, os autuantes prestaram Informação Fiscal às fls. 351 a 356, contestando os argumentos defensivos. Afirmam que a alegação de inaplicabilidade da multa referente à infração 01, por se referir a retorno de industrialização, é descabida, pois a penalidade decorreu da falta de escrituração no livro Registro de Entradas e encontra-se fundamentada no art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96.

Sobre a ressalva do autuado de que seria indevida a cobrança de ICMS sobre álcool anidro, pois apenas a gasolina C seria alcançada pela substituição tributária para as operações subsequentes, reprisam que o AEAC é utilizado exclusivamente pelas distribuidoras para misturar com a gasolina A e produzir a gasolina C, portanto o tratamento tributário da gasolina C é o mesmo dispensado ao AEAC, com os dois produtos tendo a mesma base de cálculo.

No que se refere à afirmação do impugnante de que não poderia ser penalizado pela falta de informação à refinaria, realçam que o Convênio 03/99 dispõe em sua cláusula décima nona sobre a responsabilidade da distribuidora pela omissão das informações.

Lembram que a auditoria de estoques apontou a omissão de saídas de AEAC e a falta de informações à refinaria, significando que o produto não foi tributado, entrando com diferimento do ICMS para o momento da sua aquisição e mistura com a gasolina A, que resultaria na gasolina C. Como esse momento não ocorreu, a omissão de AEAC decorreu de a distribuidora adquiri-lo em quantidades maiores que as quantidades de gasolina A. E como o defendente deu saída dos produtos sem tributação, tem pertinência a cobrança do imposto de forma integral.

Quanto à falta de consideração das quantidades registradas pela temperatura ambiente, ressaltam que as quantidades de saídas e entradas de AEAC consideradas no levantamento de estoques são aquelas registradas nos arquivos Sintegra, enviados pelo autuado à SEFAZ/BAHIA, os quais são de responsabilidade do contribuinte, não cabendo aos prepostos fiscais alterar tais quantidades.

No que concerne à reclamação do autuado sobre as notas fiscais do CFAMT, salientam que de acordo com o resultado da diligência (fls. 205 a 306), em atendimento à solicitação do relator, somente incluíram nas novas planilhas as notas fiscais cujas cópias foram enviadas pelas destilarias que venderam o produto AEAC ao autuado, comprovando o ingresso em seus estoques.

Quanto à alegação de ocorrência de *bis in idem*, na apuração das infrações 01, 02 e 03, asseveram que o resultado da diligência aponta que foram excluídas na nova planilha da infração 01 (fl. 208), todas as notas fiscais que foram objeto das infrações relativas ao levantamento de estoques.

#### VOTO

Observo que o autuado suscitou como primeira preliminar de nulidade, que o seu direito de defesa teria sido cerceado, sob a alegação de que não lhe haviam sido entregues os demonstrativos elaborados pela fiscalização e parte das notas fiscais que tinha sido objeto da exigência fiscal, prejudicando o seu exercício do contraditório. Ressalto que em vista disso, esta 1ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o processo em diligência, para que fossem entregues ao impugnante todos os demonstrativos fiscais, além dos documentos fiscais utilizados no levantamento que não tinham sido disponibilizados ao autuado, ao tempo em que foi reaberto o seu prazo legal de defesa, sanando definitivamente o problema aventado.

No que concerne à afirmação de que o lançamento se encontraria eivado de vícios e que lhe faltaria segurança jurídica para justificar o crédito tributário, transmitindo um grau de incerteza incontornável, saliento que falta razão ao impugnante, haja vista que os demonstrativos fiscais determinam o débito referente a cada infração, com base nos respectivos documentos de origem, correspondentes aos períodos de ocorrência dos fatos geradores que foram objeto deste lançamento. Além do que, após receber as cópias reprográficas dos demonstrativos, o sujeito passivo exerceu o seu direito de defesa, apresentando impugnação, quando evidenciou ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou o presente Auto de Infração.

Quanto à argumentação que as infrações 01, 02 e 03, estão fundamentadas em notas fiscais coletadas no CFAMT (Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito), que se refere a um sistema falho, por se mostrar parcial e deficiente, não bastando, portanto, para embasar essas imputações, ressalto que este Conselho de Fazenda já consolidou a jurisprudência no que se refere à aceitação do levantamento fiscal realizado com base no ingresso de mercadorias comprovado pelas vias de notas fiscais retidas através desse sistema. Verifico, inclusive, que todas as notas fiscais foram destinadas ao autuado, e acrescento que em relação aos documentos fiscais que não tinham sido entregues ao impugnante, na diligência foi determinada a sua disponibilização ou a exclusão da apuração daqueles não localizados.

Por fim, não vislumbro a existência de ofensa a nenhum dos princípios que regem o processo administrativo fiscal, haja vista que não foram violadas as regras cc

RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99), haja vista que as infrações foram descritas de forma clara e precisa, tendo sido determinados, com segurança, as infrações e o infrator.

Afasto as alegações defensivas referentes às multas aplicadas, que dizem respeito à desobediência aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, assim como que são onerosas e configuram enriquecimento ilícito, considerando que no caso da lide as infrações estão todas devidamente previstas na Lei nº. 7.014/96, que trata sobre o ICMS no Estado da Bahia. No que concerne ao pedido relativo ao cancelamento ou redução das multas atinentes às infrações 02 e 03, saliento que não pode ser apreciado por este órgão de primeira instância, por se tratar de competência exclusiva da Câmara Superior do CONSEF, a quem o pedido deve ser encaminhado, acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos nos termos do art. 159, § 1º do RPAF/BA.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade das multas sugeridas no lançamento, ressalto que de acordo com o artigo 167, inciso I do RPAF/BA, não se inclui na competência do órgão julgador administrativo a apreciação da legalidade ou constitucionalidade da legislação tributária estadual.

No que se refere ao pleito defensivo relativo à alteração da multa concernente à infração 01, de 10% para o percentual 1%, sob a alegação de que se trata de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, com fase de tributação encerrada, ressalto que após revisão procedida pelos autuantes, somente remanesceram na exigência notas fiscais referentes a mercadorias normalmente tributáveis, descabendo o pedido. Ademais, conforme abordarei ao me referir ao mérito, tendo em vista que as notas fiscais remanescentes se referem a operações com suspensão do ICMS, foi decidido pela alteração da multa para o patamar pleiteado, ou seja, de 1%.

No mérito, verifico que foram imputadas ao sujeito passivo cinco infrações, das quais foram acatadas expressamente as infrações 04 e 05, que se referiram à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, a primeira decorrendo do lançamento de documento fiscal em duplicidade, enquanto que a seguinte se referiu à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Desta forma, não existe lide a respeito destas imposições tributárias. Considerando, ademais, que a apuração dos valores exigidos se encontram devidamente apontados nos demonstrativos e demais elementos, acostados aos autos, as exigências em questão restam devidamente caracterizadas.

A infração 01 se referiu à imposição da multa de 10% sobre os valores das mercadorias sujeitas à tributação que ingressaram no estabelecimento, sem o devido registro na escrita fiscal. O autuado alegou que não recebera as notas fiscais coletadas por meio do CFAMT e argumentou que teria ocorrido duplicidade da pena aplicada, asseverando que essa multa já estaria contemplada na infração 02, que se referia à falta de registro de notas fiscais de entrada.

Considerando as alegações defensivas quanto à falta de recebimento de várias notas fiscais do CFAMT e tendo em vista que vários dos documentos não se encontravam acostados aos autos, na diligência acima referida foi solicitada a juntada ao processo e a entrega ao contribuinte de todas as notas fiscais objeto do levantamento, ou a sua exclusão, caso as mesmas não fossem localizadas.

Observo que os autuantes, de forma acertada, excluíram as notas fiscais não trazidas ao processo e, portanto, não disponibilizadas ao contribuinte, elaborando novo demonstrativo à fl. 208, através do qual apontaram os valores remanescentes relativos à infração 01, que correspondem tão somente ao mês de abril de 2003.

Considerando, entretanto, que as notas fiscais que remanesceram nesta infração se referem exclusivamente a operações de retorno de industrialização, caso em que tanto as saídas como os retornos estão amparados por suspensão da incidência do ICMS, deve

no inciso XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que corresponde a 1%. Deste modo, a infração 01 resta parcialmente caracterizada, no valor de R\$663,96.

As infrações 02 e 03 decorreram dos resultados apurados após a realização de levantamento quantitativo de estoques, em exercícios fechados, quando foram verificadas diferenças de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (álcool etílico anidro carburante - AEAC), cujas saídas posteriores ocorreram sem a emissão dos correspondentes documentos fiscais, fato que motivou a exigência do pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e o imposto por antecipação, de responsabilidade do próprio sujeito passivo.

Ao se insurgir contra a infração 02, o contribuinte alegou que a falta de comunicação à refinaria de petróleo sobre a origem das aquisições do AEAC, beneficiaria o Estado da Bahia, por deixar de repassar o imposto devido para o estado produtor, a quem caberia o tributo; que não teriam sido consideradas várias notas fiscais de aquisição do produto e que o fisco não teria avaliado os volumes das perdas correspondentes à evaporação dos produtos. Já em relação à infração 03, combateu o método de apuração do imposto, contestando a utilização de MVA (margem de valor adicionado), ao valor correspondente às omissões verificadas.

Tendo em vista que essas duas infrações estão por assim dizer “agrupadas”, isto é, a infração 03 é consequência direta da infração 02, tratarei sobre ambas ao mesmo tempo. Como bem ressaltaram os autuantes, o produto objeto do levantamento é utilizado pelo sujeito passivo exclusivamente para misturar com a gasolina A e produzir a gasolina C, a qual é comercializada para os postos varejistas. Tendo em vista que foi apurado o ingresso de AEAC no estabelecimento, desacompanhado da competente documentação fiscal, cujas saídas subsequentes ocorreram sem a emissão de notas fiscais e como esse produto está enquadrado na substituição tributária, efetivamente deve ser exigido do impugnante, conforme dito acima, tanto o ICMS por solidariedade como a fração do tributo correspondente à antecipação tributária. Pelas mesmas razões acima expostas, descabe a alegação de que caberia a exigência tão somente em relação à diferença entre as alíquotas interna e interestadual.

Quanto à afirmação de que o contribuinte não poderia ser responsabilizado pela falta de repasse à refinaria de petróleo das informações relativas ao ingresso do produto em seu estabelecimento, saliento que de acordo com a Cláusula décima nona do Convênio ICMS nº 03/99 realmente é da distribuidora a responsabilidade pela omissão dessas informações.

Em relação à questão referente à falta de consideração, pela fiscalização, das alegadas perdas nas quantidades do produto, em decorrência de evaporação, saliento que de acordo com as determinações contidas na Portaria nº 26/92 do DNC (Departamento Nacional de Combustíveis), que instituiu a utilização do LMC (Livro de Movimentação de Combustíveis), o registro dos dados relativos à movimentação e às variações nos quantitativos dos produtos deve ser efetuado obrigatoriamente a cada dia. Tendo em vista que o contribuinte não disponibilizou os elementos atinentes às sugeridas perdas, o fisco não poderia considerar nenhum valor concernente a essa variável. Ademais, dentre os produtos relacionados no art. 1º da mencionada Portaria, não se encontra incluído o AEAC.

No que se refere à agregação da MVA, realço que realmente o procedimento adotado pela fiscalização está correto, haja vista que tratando-se de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, no caso de omissão do registro de entrada, se a mercadoria tiver saído sem tributação, que vem a ser o caso dos autos, na infração 03 o imposto deve ser apurado (MVA) correspondente, prevista no Anexo 88 do RICMS/BA (Decreto



parcela do tributo calculada na infração 02. Uma análise dos demonstrativos relativos a essas duas infrações mostra que a fiscalização procedeu exatamente dessa forma.

Realço que na situação em análise, exige-se corretamente o imposto devido, por solidariedade, bem como o ICMS devido por antecipação tributária, de responsabilidade do sujeito passivo (apurado em função do valor acrescido), em razão da constatação da falta de registro, em sua escrituração, de entradas de AEAC, ocorridas em seu estabelecimento, bem como das posteriores saídas.

Constato que ao realizarem a diligência, os autuantes agiram com acerto ao excluírem do levantamento quantitativo as notas fiscais de faturamento (para entrega futura), esclarecendo que o equívoco decorreu de erro praticado pelo autuado na definição do CFOP (código fiscal de operação e prestação) nas operações de “faturamento para entrega futura”, o que posteriormente foi corrigido. Deste modo, ao invés de se utilizarem de tais documentos fiscais, os substituíram pelas notas fiscais correspondentes ao efetivo ingresso dos produtos no estabelecimento. Este fato representou uma redução dos montantes a serem exigidos, de modo que a infração 02 passa a representar o valor de R\$78.036,55, sendo R\$77.085,95 relativo ao exercício de 2003 e R\$950,60 ao exercício de 2004; já o débito da infração 03 passa para R\$50.903,25, sendo R\$50.283,17 referente ao exercício de 2003 e R\$620,08 ao exercício de 2004, resultados esses que se encontram delineados nos demonstrativos e documentos fiscais acostados às fls. 216 a 304.

Desta forma, as infrações 02 e 03 ficam mantidas parcialmente, nos valores acima indicados, valendo ressaltar que a despeito de ter ocorrido majoração dos valores finais relativos ao exercício de 2003, os valores totais de cada uma das infrações sofreu redução. Esta situação decorreu simplesmente do fato de os autuantes, na revisão realizada através da diligência, terem efetuado o remanejamento das notas fiscais de simples faturamento pelos documentos fiscais que efetivamente corresponderam ao ingresso das mercadorias no estabelecimento do autuado, o que se verificou, inclusive, para corrigir um erro incorrido pelo próprio contribuinte.

Quanto à alíquota utilizada pelos autuantes, constato que está correta, tendo em vista que se encontra em conformidade com o disposto no art. 51-A do RICMS/BA.

Diante de todo o exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração, ficando mantidas parcialmente as infrações 01, 02 e 03 e de forma integral as infrações 04 e 05.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206960.0030/08-1**, lavrado contra **SAFRA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$131.627,86**, acrescido das multas de 70% sobre R\$78.036,55 e de 60% sobre R\$53.591,31, previstas no art. 42, incisos III, II, alínea “e” e VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$663,96**, prevista no inciso XI do artigo e Lei acima referidos, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de outubro de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGU