

A. I. Nº - 146468.0073/06-7
AUTUADO - POSTO DE COMBUSTÍVEIS JAGUARIBE LTDA.
AUTUANTE - HENRIQUE IJALMAR LOPES GRANGEON
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 15/12/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0324-03/10

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA O CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração não impugnada. 2. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO USO DE EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL. MULTA. Os contribuintes usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) somente estão autorizados a emitir as notas fiscais de venda a consumidor ou modelo 1, por outro meio que não o ECF, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, por se encontrarem impedidos de emitir o cupom fiscal, ou concomitantemente ao ECF. Efetuadas correções nos cálculos, alterando-se o percentual da multa para 2%, sendo devido o valor remanescente. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA. Infração elidida parcialmente de acordo com a revisão efetuada pela ASTEC. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, além do imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Refeitos os cálculos mediante diligências fiscais, o valor originalmente exigido ficou reduzido. Rejeitadas as preliminares de nulidade e de decadência. Indeferido o pedido de perícia e novas diligências fiscais. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/09/2006, refere-se à exigência de R\$284.684,71 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 70%, além de penalidades por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de R\$2.158,39, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades consumo do estabelecimento. Aquisição de material promocional números 599167 e 756510. Valor do débito: R\$43,10.

Infração 02: Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Irregularidade apurada ao longo do mês 04/2005, gerando uma multa no valor de R\$1.780,30.

Infração 03: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de junho de 2001, março de 2002 e agosto de 2004. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$378,10.

Infração 04: Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, exercícios fechados de 2001, 2003, 2004 e 2005. Valor do débito: R\$222.801,12.

Infração 05: Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido de acordo com os percentuais de MVA, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, exercícios fechados de 2001, 2003, 2004 e 2005. Valor do débito: R\$61.840,49.

O autuado apresentou impugnação (fls. 502 a 507), alegando quanto à infração 03, que em nenhum momento as mercadorias objeto da autuação foram descarregadas no estabelecimento autuado, por isso, as mercadorias não foram registradas nos livros fiscais. Diz que não reconhece as notas fiscais em questão.

Quanto à infração 04, o defendente alega que não foram computadas as notas fiscais de números 292, de 02/01/2001; 333, de 28/01/2001; 341, de 16/05/2001; 378, de 30/08/2001 e 153167, de 18/12/2001. Em relação à omissão de entrada de 429196 litros de gasolina comum, o autuado alega que no levantamento fiscal não foi considerado o fato de que no dia 31/08/2003 aconteceu uma colisão de um veículo na bomba de combustível ocasionando um incêndio. Essa bomba constavam os bicos de números 4 e 6 de gasolina; 3 e 5 de álcool, sendo trocada por uma usada cedida pela Cia Brasileira de Petróleo Ipiranga, de apenas dois bicos, que ficaram como bicos de números 3 e 4 de álcool e gasolina, respectivamente, cujos encerrantes não eram iguais aos encerrantes da bomba anterior, que pegou fogo. Diz que essa ocorrência consta no quadro observações do Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC de nº 05, página 244, do dia 31/08/2003. Tal fato não foi considerado pelo autuante, o que resultou na apuração da falta de recolhimento do ICMS. Informa que acostou aos autos a Certidão de Ocorrência da Polícia Militar da Bahia e um atestado da Cia. Brasileira de Petróleo Ipiranga, além de um Boletim de Serviço de nº 03257, da Mafer Manutenções e Instalações, constando no campo “observações” a ratificação de que a bomba trocada inicia a contagem de encerrantes a partir de sua instalação, ou seja, em 02/09/2003, anexando também, cópias das páginas 244 e 246 do LMC das respectivas datas de ocorrências. O defendente contesta o levantamento fiscal referente ao exercício de 2004, citando as notas fiscais consideradas com divergências em relação à gasolina comum e gasolina aditivada. Finaliza pedindo a procedência parcial do presente Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 563 a 568 dos autos, após transcrever as infrações apuradas, esclarece que a ação fiscal é decorrente de uma solicitação feita pela Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis – COPEC, que resultou no Relatório Fiscal de fls. 414/419. Informa que no levantamento fiscal foram utilizados os procedimentos recomendados para o segmento específico de comércio a varejo de combustíveis, salientando que o autuado acatou integralmente as exigências fiscais objeto das infrações 01 e 02, insurgindo-se contra as infrações 03, 04 e 05. Quanto à infração 03, o autuante afirma que não podem prosperar as alegações defensivas de acordo com a regra do art. 143 do RPAE/BA. Diz que foi dada a oportunidade ao autuado de elidir a exigência fiscal, conforme do justificativa foi apresentada pelo contribuinte. Assim, entende que é no valor de R\$378,10, tendo em vista que as notas fiscais que

penalidade foram capturadas no CFAMT e se encontram acostadas aos autos, e os dados cadastrais constantes nas mesmas são do autuado.

Em relação às infrações 04 e 05, o autuante informa que a NF 331, de 31/05/2004 encontra-se em branco, devendo a mesma ser excluída do levantamento fiscal referente ao exercício de 2004. Quanto à NF 33.947, datada de 20/12/2004, emitida pela Larco Comercial de Produtos de Petróleo Ltda., diz que não foi considerada para fins de levantamento das entradas, conforme dispõe os arts. 42 (caput) e 97, V do RICMS/BA, tendo em vista que consta como destinatário a empresa Rodrigues Torres Com. de Derivados de Petróleo Ltda. Diz ainda, que a mencionada nota fiscal não foi escriturada no Registro de Entradas do impugnante. Em razão dos fatos mencionados anteriormente, informa que a diferença apurada em relação ao óleo diesel comum passa a ser de 5.987 litros, alterando-se o imposto devido, conforme novo demonstrativo que elaborou.

Quanto à gasolina aditivada do exercício de 2004, o autuante analisa as alegações defensivas, informando que a Nota Fiscal 30.958, de 01/10/2004 não foi considerada para fins do levantamento das entradas, tendo em vista que consta como destinatário o Posto de Combustíveis Jaguaribe, Inscrição Estadual nº 51.979.559-NO. Além disso, o autuado nada apresentou para justificar o lançamento irregular do documento fiscal no seu Registro de Entradas. Em relação à Nota Fiscal de nº 33.941, datada de 20/12/2004, informa que também não foi considerada porque consta como destinatário a empresa Rodrigues Torres Com. de Derivados de Petróleo Ltda. e a mencionada nota fiscal não foi escriturada no Registro de Entradas do impugnante. Assim, o autuante informa que fica inalterada a diferença originalmente apurada no demonstrativo de fls. 154 e 156 dos autos, considerando que as alegações do autuado não foram suficientes para elidir a exigência fiscal.

Quanto à diferença apurada de gasolina comum no exercício de 2004, o autuante informa que a Nota Fiscal de entrada de nº 33.943, datada de 20/12/2004, não foi considerada no levantamento fiscal porque consta como destinatário das mercadorias a empresa Rodrigues Torres Com. de Derivados de Petróleo Ltda., e que o mencionado documento fiscal não foi escriturado no Registro de Entradas do autuado. Diz que permanece inalterada a diferença originalmente apurada, conforme demonstrativo de fls. 81 a 83 dos autos. Conclui, pedindo a procedência parcial do presente Auto de Infração, apurando o débito de ICMS no valor total de R\$12.362,98 referentes ao levantamento quantitativo de estoques mais a multa no valor de R\$50,00, correspondente à omissão de saídas e da multa de R\$378,10, relativa às notas fiscais de entradas não registradas na escrita fiscal.

Intimado da informação fiscal, o defendente se manifestou às fls. 581 a 600, apresentando preliminar de **nulidade** por cerceamento do direito de defesa, alegando que não recebeu as cópias dos demonstrativos que fundamentaram o cálculo do imposto exigido, apesar da indicação em contrário feita pelo autuante. Apresenta o entendimento de que não podem ser aplicadas para as operações com combustíveis as disposições da Portaria 445/98, devendo ser obedecidas regras constantes no Convênio 03/99 e art. 512 do RICMS/BA. Afirma que a infração referente ao exercício de 2001 não pode prosperar porque já foi alcançada pela **decadência** prevista no art. 150, § 4º do CTN. Salaria que na informação fiscal, o autuante não acatou as alegações defensivas referentes à infração 03. Quanto às notas fiscais coletadas no CFAMT, diz que as informações constantes neste sistema são prestadas por um digitador, que o alimenta com os dados das notas fiscais que acobertam mercadorias durante a circulação física destas no território nacional, sendo possível a ocorrência de diversas falhas de digitação nos dados referentes às notas fiscais que acompanham as mercadorias. Entende que há necessidade da realização de diligência por fiscal estranho ao feito para realizar perícia em todos os documentos não registrados e na relação do CFAMT que amparou a autuação fiscal. Reafirma que as notas fiscais elencadas no demonstrativo do autuante não foram adquiridas pelo defendente e que esta prática está sendo comum no comércio baiano. Entende que no caso em exame estaria sendo feita diligência jurídica. Assegura que os produtos adquiridos através das notas fiscais de números 143409, 218287 e 158070 foram devolvidos com a

Distribuidora Ipiranga, e que anexou aos autos as cópias das notas fiscais comprovando a devolução dos produtos com a própria nota. Informa que a Distribuidora Ipiranga recebeu em devolução as mercadorias da NF 143409 com a NF 001084 e as NFs 158070 e 212287 através das NFs 199010 e 001700.

Em relação às infrações 04 e 05, diz que o autuante acolheu as alegações defensivas quanto ao exercício de 2001 (gasolina aditivada e álcool), exercício de 2003 (gasolina comum), mas desconsiderou os argumentos do autuado em relação às infrações relativas ao exercício de 2004. Apresenta comentários sobre a comercialização de combustíveis; diz que houve erro na aplicação da alíquota, tendo sido aplicada originalmente a alíquota de 27% para todas as infrações, quando o correto é 25% para álcool e gasolina e 17% para óleo diesel. Em seguida, o defendente contesta a multa aplicada na infração 02, e afirma que não houve qualquer prejuízo fiscal ao Estado, considerando o enquadramento das mercadorias no regime de substituição tributária e comenta sobre o que se entende por dolo, fraude e simulação. Fala sobre o entendimento de inaplicabilidade da Portaria 445/98 na apuração da base de cálculo para postos revendedores de combustíveis (infrações 04 e 05), dizendo que o mesmo raciocínio é verdadeiro em relação aos critérios para apuração da base de cálculo do art. 512 do RICMS/BA, dizendo que este dispositivo regulamentar não elenca hipóteses para operações praticadas por postos revendedores. Cita ensinamentos de Geraldo Ataliba, José Soares de Melo e Paulo de Barros Carvalho sobre o conceito de base de cálculo. Alega ainda, que não foram consideradas as perdas por evaporação, salientando que os julgados do CONSEF consideram improcedentes os autos de infração lavrados com imputação desta natureza, e que o raciocínio para os revendedores é idêntico àquele aplicado às distribuidoras, salientando que existe uma perda por evaporação que está regulamentada pela ANP na Portaria 26/92, estabelecendo o percentual de 0,6% sobre as quantidades de combustíveis adquiridas, para efeito de dedução dos estoques, o que não foi considerado no levantamento fiscal. Por fim, pede que sejam acolhidas as preliminares apresentadas na impugnação, por cerceamento do direito de defesa, inaplicabilidade da Portaria 445/98 e decadência do crédito tributário. No mérito, pede a improcedência do presente Auto de Infração, pelos motivos demonstrados nas razões de defesa.

O autuante prestou nova informação fiscal às fls. 657 a 662, contestando item a item as alegações apresentadas pelo autuado, pedindo que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, no valor total de R\$12.362,98, multa de R\$50,00, conforme demonstrativos acostados aos autos. Quanto à infração 03, informou que a documentação acostada ao PAF pelo impugnante comprova que todas as notas fiscais capturadas pelo Sistema CFAMT foram objeto de retorno de vendas. Assim sendo, pelos fatos apresentados, esta infração deixa de existir. Juntou cópia do ACÓRDÃO JF N 0367-01/06, da 1ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

Intimado da informação fiscal, o defendente apresentou manifestação às fls. 676 a 699, dizendo que o autuante reduz o débito para o valor de R\$12.362,98 e aplica uma multa no valor de R\$50,00, por descumprimento de obrigação acessória. Diz que não concorda com as conclusões apresentadas pelo autuante e que o mesmo não acatou as alegações defensivas quanto à inaplicabilidade da Portaria 445/98. Apresenta as mesmas alegações constantes da impugnação inicial e manifestação anterior, pedindo a nulidade da autuação, e na hipótese de ser apreciado o mérito pede a total improcedência do Auto de Infração.

Outra informação fiscal foi prestada pelo autuante às fls. 707 a 712, esclarecendo que os novos demonstrativos elaborados por ocasião da informação fiscal foram também apresentados ao autuado conforme fl. 578 do PAF, por isso, não há como o defendente alegar cerceamento do direito de defesa. Contesta item a item as alegações defensivas e conclui pedindo a procedência parcial do presente Auto de Infração. Juntou aos autos cópia do ACÓRDÃO JF N° 0046-01/07.

O contribuinte se manifestou sobre a informação fiscal (fls. 725 a 744) anteriormente apresentadas, inclusive em relação à preliminar por cerceamento do direito de defesa, reafirmando que não recebeu os demonstrativos que funda

exigido. Alega inaplicabilidade da Portaria 445/98; decadência do crédito tributário constituído; erro na aplicação da alíquota; contestação à multa aplicada e desconsideração das perdas por evaporação.

O autuante, em nova informação fiscal, apresenta os mesmos argumentos das informações prestadas anteriormente, pedindo a procedência parcial do presente Auto de Infração, no valor total de R\$12.362,98, referente às diferenças apuradas no levantamento quantitativo de estoques, mais a multa de R\$50,00 relativa às omissões de saídas.

À fl. 758 o presente PAF foi convertido em diligência à COPEC por esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal para informar os preços praticados na Refinaria da Petrobrás e nas Destilarias dos produtos objeto da autuação e, com base nestas informações elaborar novo demonstrativo de débito do imposto, observando as alíquotas vigentes à época e informar a MVA utilizada para gasolina aditivada.

No Parecer exarado à fl. 759 foi informado que é impossível a realização da diligência em relação aos combustíveis gasolina aditivada e gasolina comum, porque a Refinaria da Petrobrás não comercializa esses produtos, que são resultantes da mistura realizada pela distribuidora de combustíveis. Também não é possível, pelo mesmo motivo, informar a MVA de gasolina aditivada, tendo em vista que a mencionada MVA é aplicada sobre a gasolina A, não importando se a distribuidora vai adicionar ou não algum aditivo na mistura resultante deste produto ao álcool anidro. Foi informado, ainda, que não foi possível indicar o único preço praticado na Refinaria Petrobrás em relação ao óleo diesel, já que os preços são regidos pelo sistema de livre mercado, com a Petrobrás praticando preços diferentes entre as suas refinarias ou entre clientes diferentes da mesma refinaria. Quanto ao preço único praticado pelas destilarias em relação ao álcool hidratado, também não foi informado, tendo em vista que existem inúmeras usinas de álcool e açúcar, chamadas de destilarias, que praticam preços diferentes, além da possibilidade da existência de importações. Por fim, foi informado que a base de cálculo do imposto exigido deve se basear nas aquisições do autuado, conforme estabelece a Portaria 445/98.

Em nova informação fiscal prestada às fls. 762/763, o autuante comenta sobre a Portaria 445/98 e diz que o levantamento quantitativo de estoque do estabelecimento autuado foi realizado utilizando os procedimentos recomendados para o segmento específico de Comércio a Varejo de Combustíveis, sendo adotado na apuração do ICMS devido, a metodologia estabelecida no art. 10, inciso I, alíneas “a” e “b” da mencionada Portaria. Diz que a diligência realizada pelo preposto da SAT/COPEC confirmou o fato de que a norma referida é de uma clareza meridiana e ao preposto fiscal não cabe infringi-la ou buscar formas alternativas. Salienta que a metodologia foi referendada pelas Juntas de Julgamento Fiscal deste CONSEF (1ª, 2ª a 3ª), conforme Acórdãos 0420-03/06, 0089-01/07 e 0114-02/07. Finaliza pedindo a procedência parcial do presente Auto de Infração, no valor total de total de R\$12.362,98, referente às diferenças apuradas no levantamento quantitativo de estoques, mais a multa de R\$50,00, relativa às omissões de saídas.

Intimado do resultado da diligência fiscal, o defendente se manifestou às fls. 791 a 823, apresentando preliminar de decadência quanto ao imposto exigido referente ao exercício de 2001. Comenta sobre as informações prestadas no Parecer do órgão especializado desta SEFAZ, a SAT/COPEC, apresentando o entendimento de que houve equívoco no mencionado parecer. Reitera a alegação de que as disposições da Portaria 445/98 não podem ser aplicadas para as operações com combustíveis, por se tratar de uma forma de tributação atípica, devendo obedecer as notas contidas no Convênio 03/99 e art. 512 do RICMS/BA. Reproduz as alegações concernentes às notas fiscais do sistema CFAMT, afirmando que as notas fiscais elencadas no demonstrativo do autuante não foram adquiridas pelo estabelecimento autuado. Contesta a multa aplicada na infração 02, pedindo o seu cancelamento à luz do disposto no art. 158 do RPAF/BA. Volta a se manifestar quanto ao levantamento quantitativo de estoques, defensivas apresentadas em manifestações anteriores. Por fim,]
Infração, e na hipótese de ser apreciado o seu mérito, pede que seja

Às fls. 827/828, o autuante diz reproduz as informações prestadas anteriormente e diz que, tomando ciência da manifestação apresentada pelo contribuinte, solicita a este órgão julgador que mantenha parcialmente a exigência fiscal, no valor total de R\$12.362,98, referente às diferenças apuradas no levantamento quantitativo de estoques, mais a multa de R\$50,00 relativa às omissões de saídas, devendo o autuado fazer a juntada do DAE relativo ao recolhimento dos valores exigidos nas infrações 01 e 02, que o defendente reconheceu como devidos, conforme impugnação inicial.

Às fls. 831/832, foi encaminhada nova diligência fiscal à COPEC para ser elaborado novo demonstrativo de débito referente ao imposto por responsabilidade solidária, bem como, por antecipação tributária, observando as normas vigentes à época.

À fl. 835, o autuante sugere o encaminhamento do presente processo à ASTEC para cumprir a diligência solicitada.

O PAF foi encaminhado à COPEC por esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal para informar os preços praticados pela Refinaria de Petróleo nos seguintes períodos: Gasolina comum em 31/12/2004 e 31/12/2005; Diesel comum em 31/12/2004. Foi solicitado, também, que aplicasse a MVA utilizada pela Refinaria de Petróleo no período correspondente e apurasse o imposto devido.

De acordo com o Parecer às fls. 829/840, os cálculos foram refeitos, conforme planilha à fl. 841, tendo sido elaborado novo demonstrativo de débito das infrações 04 e 05 à fl. 840.

Intimado da diligência fiscal, o defendente se manifestou às fls. 845 a 868 dos autos, pedindo reabertura do prazo para a manifestação acerca da diligência, porque considerou reduzido o prazo para a produção da manifestação. Entende que o resultado apresentado às fls. 839/841 não esclareceu a verdade material, e tal assertiva prende-se ao fato de que os valores apresentados pelo diligente não demonstram a realidade dos fatos à época dos fatos geradores. Volta a alegar a decadência do crédito constituído referente ao exercício de 2001; sobre o entendimento de que não se aplica a Portaria 445/98 para operações com combustíveis; quanto às notas fiscais do CFAMT, reitera a alegação de que é possível a ocorrência de falhas de digitação nos dados referentes aos documentos fiscais que acompanham as mercadorias, pedindo a realização de **diligência fiscal**, para que fiscal estranho ao feito possa realizar perícia em todos os documentos não registrados, constantes na relação do CFAMT. Contesta a multa aplicada por ter emitido outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de ECF e reproduz as alegações quanto aos dados do levantamento quantitativo, infrações 03 a 05, alegando que foram desconsideradas as perdas por evaporação.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 874/876, discordando do encaminhamento da diligência fiscal no que tange à fixação da base de cálculo do ICMS sugerida para as infrações 04 e 05. Diz que no levantamento realizado foram utilizados os procedimentos recomendados para o segmento específico de comércio a varejo de combustíveis, tendo sido adotada a metodologia prevista no art. 10, inciso I, alíneas “a” e “b” da Portaria 445/98. Salienta que também foi este o entendimento manifestado pela SAT/COPEC em Parecer emitido por sua Gerência, conforme fls. 759/760, sendo confirmado na mencionada diligência que não cabe ao preposto fiscal infringir a norma em tela ou buscar formas alternativas para aplicá-la. Assim, o autuante argumenta que apurar a base de cálculo a partir dos preços praticados pela Refinaria, embora se revista de certa lógica, é uma forma alternativa não prevista na legislação, para se chegar à base de cálculo do imposto devido. Ressalta que em outras decisões prolatadas pelo CONSEF em 1ª e 2ª instâncias foi aceita a apuração da base de cálculo utilizando a regra prevista na Portaria 445/98, conforme Acórdãos proferidos pelas Juntas de Julgamento Fiscal (1ª, 2ª e 3ª). Por fim, o autuante reitera o pedido de procedência parcial do presente Auto de Infração, no valor total de total de R\$12.362,98, referente às diferenças apuradas no levantamento quantitativo de estoques, mais a multa de R\$50,00 relativa às omissões de saídas.

À fl. 910, esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo à ASTEC para o diligente adotar as seguintes providências:

- 1) Intimar o autuado a apresentar demonstrativo referente a todos os equívocos constatados no levantamento fiscal.
- 2) Solicitar que ao defendente a apresentação dos documentos e livros fiscais originais comprobatórios das alegações defensivas.
- 3) Verificar se na revisão efetuada pelo autuante às fls. 569 a 576 foram corrigidas as inconsistências comprovadas pelo defendente, devendo elaborar demonstrativo, excluindo as notas fiscais relativas às devoluções que forem comprovadas.
- 4) Quanto à base de cálculo, devem ser observadas as disposições constantes no art. 60, inciso II, alínea “b”, do RICMS/97.
- 5) Em relação às perdas, considerar o percentual de 0,6%, conforme Portaria 26/92.
- 6) Elaborar novo demonstrativo do débito remanescente.
- 7) Quanto à infração 03, considerando a alegação do autuado de que os produtos adquiridos através das notas fiscais elencadas no levantamento fiscal, de números 143409, 218287 e 158070 foram devolvidos com a própria nota fiscal para a Distribuidora Ipiranga, e que a mencionada Distribuidora recebeu em devolução as mercadorias, emitindo as NFs de números 001084, 199010 e 001700, solicitar ao autuado que apresente a documentação original comprobatória da alegação defensiva, apurando se as alegadas devoluções foram efetivamente realizadas.

Conforme PARECER ASTEC Nº 119/2010 (fls. 912/913 do PAF) o autuado foi intimado a apresentar os demonstrativos e a documentação necessária ao cumprimento da diligência solicitada, tendo sido apresentada pelo defendente a manifestação de fls. 923/939 dos autos. Quanto às infrações 04 e 05, a diligente informou que o autuado não apresentou os demonstrativos e documentos solicitados, alegando que o questionamento em relação às mencionadas infrações se referem à apuração da base de cálculo, por entender que os preços cobrados na Distribuidora já estão incluídos o ICMS até o consumo. Em relação à infração 03, a diligente informa que foram apresentadas fotocópias das NFs 1700 e 1084, referentes às entradas dos produtos da Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga, comprovando a devolução dos combustíveis constantes nas NFs 143409 e 218287. Diz que a NF 199010 não foi apresentada, por isso, não foi possível comprovar a devolução da mercadoria constante na NF 158070. Portanto, excluindo-se os valores correspondentes às NFs 143409 e 218287, nos valores de R\$20.602,50 e R\$9.490,00, remanesceu o valor de R\$7.718,00 de base de cálculo com a multa no valor de R\$77,18.

Intimado do PARECER ASTEC Nº 119/2010, o autuado se manifestou às fls. 948 a 977 dos autos, aduzindo que em relação às infrações 04 e 05, em que pese a diligente ter informado que analisou os documentos apresentados, se contradisse ao dizer que não foram alterados os valores exigidos, considerando que o autuado não apresentou os demonstrativos e documentos solicitados. Entende que há necessidade da realização de nova diligência para a busca da verdade material, por falta de atendimento à questão prejudicial, que visa esclarecer os fatos e valores exigidos. Reproduz o pedido constante na diligência em relação à base de cálculo e diz que somente existiriam duas alternativas para a mensuração da base de cálculo que não caracterizaria bis in idem tributário: a) que fosse levantado o preço da Refinaria de Petróleo à época dos fatos geradores, adicionando-se a MVA; b) apurando-se o preço cobrado na bomba pelo posto revendedor para o combustível omitido, sem adição de qualquer MVA. Apresenta preliminar de decadência em relação ao débito referente ao exercício de 2001. Em seguida, apresenta o entendimento de que houve equívoco em relação ao Parecer da SAT/COPEC. Cita a legislação pertinente à matéria e ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho (2001, p. 100) sobre a base de cálculo. Reitera a alegação de inaplicabilidade da Portaria

combustíveis, argumentando que estas operações em forma de tributação atípica e específica, devendo ser observadas as regras contidas no Convênio 03/99 e art. 512 do RICMS/BA.

Quanto à infração 02, o defendente contesta a multa aplicada, dizendo que ocorreu atendimento efetuado pelos frentistas do Posto de Combustíveis a um pedido do cliente consumidor para que fosse emitida a nota fiscal, e este procedimento não trouxe qualquer prejuízo ao Estado. Também alega que na ocorrência da falta de energia elétrica, ou mesmo avaria no equipamento ECF, tem que ser emitida a Nota Fiscal D-1, até mesmo para cumprir as determinações da SEFAZ sobre a obrigatoriedade de emissão de documento fiscal nas vendas realizadas. Assim, o defendente contesta a multa aplicada, pedindo o seu cancelamento, à luz do disposto no art. 158 do RPAF/BA.

Em relação à infração 03, diz que o autuante reconhece a sua improcedência, por isso, não há comentários a fazer, por inexistência de controvérsias. Prosseguindo, o defendente reitera a contestação referente à exigência fiscal consubstanciada nas infrações 04 e 05, inclusive, quanto à desconsideração das perdas por evaporação. Protesta pela realização de diligência na empresa, por órgão específico, por fiscal estranho ao feito, para que se possam comprovar as alegações defensivas.

O autuante, em nova informação fiscal prestada às fls. 988/989, comenta sobre o art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96 e sobre a Portaria 445/98, e esclarece que no levantamento fiscal realizado em relação ao estabelecimento autuado, foram utilizados os procedimentos recomendados para o segmento específico de Comércio a Varejo de Combustíveis, tendo sido adotada, para fins de apuração do ICMS a recolher, a metodologia estabelecida no art. 10, inciso I, alíneas “a” e “b” da referida Portaria. Diz que o PARECER ASTEC Nº 119/2010 confirma que nenhum valor deve ser alterado em relação às infrações 04 e 05, e que o autuado, em sua nova manifestação, limita-se a repetir os mesmos argumentos apresentados na impugnação inicial. Informa que tomou conhecimento do PARECER ASTEC Nº 119/2010 e pede a procedência parcial do presente Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Quanto à alegação do autuado de que não recebeu as cópias dos demonstrativos que fundamentaram o cálculo do imposto exigido, observo que nos demonstrativos acostados aos autos (fls. 81 a 228) consta recibo assinado por preposto do autuado comprovando que recebeu uma via do levantamento fiscal. As informações fiscais prestadas pelo autuante foram objeto de intimação ao defendente e concedido o prazo para se manifestar, querendo. Os demonstrativos da revisão efetuada pelo autuante também foram fornecidos ao defendente, conforme intimação à fl. 548 dos autos. À fl. 843 consta intimação ao defendente, com fornecimento de cópia da revisão efetuada pela COPEC (fls. 837 a 841 do PAF). Também foi fornecida ao defendente cópia do PARECER ASTEC Nº 119/2010, conforme intimação à fl. 941 dos autos.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas na defesa apresentada pelo autuado.

Analisando a preliminar de decadência suscitada pelo defendente, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir imposto referente aos exercícios de 2001 a 2005, observo que a legislação estabelece que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme art. 965 do com o art. 173, I do CTN.

No caso em exame, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2001 tinham prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2006. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 29/09/2006, na mencionada data, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Assim, constato que na data da ação fiscal não houve decurso do prazo regulamentar, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de novas diligências, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide.

O autuado alegou que há necessidade da realização de perícia. Fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso II, do RPAF/99, tendo em vista que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas. Ademais, por determinação deste órgão julgador, foi realizada diligência por preposto da ASTEC, e foi dado conhecimento ao contribuinte quanto ao resultado da mencionada diligência.

No mérito, de acordo com as alegações defensivas, o autuado não apresentou qualquer impugnação quanto à primeira infração, tendo em vista que contestou as infrações 02 a 05. Assim, considerando que a infração está devidamente comprovada nos autos, conforme demonstrativos e respectivos documentos fiscais (fls. 12 a 24). Considero procedente o primeiro item, não impugnado, tendo em vista que não existe controvérsia.

A segunda infração se refere à exigência da multa de 5% do valor das operações realizadas, pelo fato de o contribuinte, usuário de equipamento de controle fiscal, ter emitido outro documento fiscal (notas fiscais de venda a consumidor) em lugar daquele decorrente do uso do citado ECF, nas situações em que está obrigado.

Em relação ao uso de ECF, o RICMS/97 estabelece:

***Art. 238.** O contribuinte obrigado a utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) emitirá o Cupom Fiscal, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou o Bilhete de Passagem por meio deste equipamento, nas operações ou prestações destinadas a não contribuinte do ICMS, observada a natureza da operação ou prestação, podendo também ser emitido, em relação a mesma operação e/ou prestação:*

***I** - a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou o Bilhete de Passagem, se a Legislação Federal dispuser desta forma;*

***II** - a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, ou a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, quando houver solicitação do adquirente dos bens.*

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos I e II, a 1ª via do documento fiscal emitido no ECF, deverá ser anexado à via fixa do documento fiscal emitido, no qual serão consignados o número sequencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF.

§ 2º Quando não for possível a emissão de documento fiscal por meio do ECF, em decorrência de sinistro ou razões técnicas, serão emitidos de forma manual, datilográfica ou eletrônica, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, ou a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou o Bilhete de Passagem, observada a natureza da operação ou prestação.

Conforme os dispositivos regulamentares acima reproduzidos, os usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) estão autorizados a emitir nota fiscal¹ modelo 1 em três situações elencadas nos incisos I e II, e no § 2º do art. 238.

O defendente alegou que ocorreu atendimento efetuado pelos frentistas do Posto de Combustíveis a pedido do cliente consumidor para que fosse emitida a nota fiscal. Também alegou a ocorrência da falta de energia elétrica, e avaria no equipamento ECF.

Observo que legislação não impede a emissão de notas fiscais, devendo o contribuinte, para tal procedimento, observar as regras estabelecidas e, no caso em exame, não foram comprovados os motivos alegados pelo autuado para emitir outro documento fiscal.

Em relação aos cálculos, constatei o percentual da multa aplicável ao caso em exame, foi alterado para 2%, conforme art. 42, inciso XIII-A, alínea “h” do RICMS/97, e de acordo com o art. 106, inciso II, alínea “c” do Código Tributário Nacional, aplica-se a lei a fato pretérito quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática. Assim, fazendo a correção nos cálculos, aplicando-se o percentual de 2%, fica alterado o valor da multa exigida para R\$712,12, conforme quadro abaixo:

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	BASE DE CÁLCULO	MULTA %	VALOR DO DÉBITO R\$
30/4/2005	09/5/2005	35.605,95	2%	712,12

A infração 03 trata da exigência de multa por falta de registro na escrita fiscal, de mercadorias não tributáveis, conforme demonstrativos às fls. 49 a 51 do PAF.

A legislação prevê a aplicação de multa, calculada sobre o valor comercial da mercadoria que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, sendo 10% para mercadorias sujeitas a tributação (art. 42, inciso IX, da Lei 7.014/96), e 1% para as mercadorias não tributáveis (art. 42, inciso XI, da Lei 7.014/96).

O autuado alega que os produtos adquiridos através das notas fiscais de números 143409, 218287 e 158070 (fls. 57, 69 e 78), foram devolvidos com a própria nota fiscal para a Distribuidora Ipiranga, e que anexou aos autos as cópias das notas fiscais comprovando a devolução dos produtos com a própria nota. Informa que a Distribuidora Ipiranga recebeu em devolução as mercadorias da NF 143409 com a NF 001084 e as NFs 158070 e 212287 através das NFs 199010 e 001700 (fls. 609/615).

O autuante, na informação fiscal prestada às fls. 657 a 662, disse que a documentação acostada ao PAF pelo impugnante comprova que todas as notas fiscais capturadas pelo Sistema CFAMT foram objeto de retorno de vendas. Assim sendo, pelos fatos apresentados, informa que esta infração deixa de existir.

Entretanto, na diligência fiscal realizada por preposto da ASTEC, foi informado pelo diligente no PARECER ASTEC Nº 119/2010 (fls. 912/913 do PAF) que foram apresentadas fotocópias das NFs 1700 e 1084, referentes às entradas dos produtos da Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga, comprovando a devolução dos combustíveis constantes nas NFs 143409 e 218287. Diz que a NF 199010 não foi apresentada, por isso, não foi possível comprovar a devolução da mercadoria constante na NF 158070. Portanto, excluindo-se os valores correspondentes às NFs 143409 e 218287, nos valores de R\$20.602,50 e R\$9.490,00, remanesceu o valor de R\$7.718,00 de base de cálculo com a multa no valor de R\$77,18.

Portanto, concluo pela procedência parcial deste item do Auto de Infração, no valor de R\$77,18, acatando o resultado da diligência efetuada por preposto da ASTEC.

As infrações 4 e 5 são decorrentes de levantamento quantitativo de estoques sendo exigido imposto na infração 4 por falta de recolhimento pelo autuado, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas substituição tributária. Na infração 05, exige-se imposto por anteci

valor acrescido, de acordo com a MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal.

O autuado alegou que não podem ser aplicadas para as operações com combustíveis as disposições da Portaria 445/98, devendo ser obedecidas regras constantes no Convênio 03/99 e art. 512 do RICMS/BA.

A Portaria 445/98 dispõe sobre os procedimentos que devem ser adotados na realização de levantamento quantitativo de estoques, o que foi realizado quando da apuração do imposto exigido nas infrações 04 e 05. Neste caso, entendo que não assiste razão ao autuado tendo em vista que podem ser aplicadas às operações com combustíveis as disposições da Portaria 445/98, estando previstos no art. 10 da mencionada Portaria os procedimentos relativos às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, o que não é incompatível com as regras estabelecidas no Convênio 03/99 e no art. 512 do RICMS/BA.

Em relação ao levantamento fiscal, o defendente alegou divergências em relação aos encerrantes e a existência de notas fiscais não computadas pelo autuante, que acatou as alegações defensivas, pedindo a procedência parcial do presente Auto de Infração, apurando o débito de ICMS no valor total de R\$12.362,98 referentes ao levantamento quantitativo de estoques mais a multa no valor de R\$50,00, correspondente à omissão de saídas.

Em relação às perdas, de acordo com os demonstrativos elaborados pelo autuante, foram computados os ganhos e também as perdas.

Quanto à base de cálculo, o autuante esclareceu nas informações fiscais prestadas, que foi adotada, para fins de apuração do ICMS a recolher, a metodologia estabelecida no art. 10, inciso I, alíneas “a” e “b” da Portaria 445/98. Diz que o PARECER ASTEC Nº 119/2010 confirma que nenhum valor deve ser alterado em relação às infrações 04 e 05.

O PAF foi encaminhado à COPEC por esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal para informar os preços praticados pela Refinaria de Petróleo nos seguintes períodos: Gasolina comum em 31/12/2004 e 31/12/2005; Diesel comum em 31/12/2004. Foi solicitado, também, que aplicasse a MVA utilizada pela Refinaria de Petróleo no período correspondente e apurasse o imposto devido.

De acordo com o Parecer às fls. 829/840, os cálculos foram refeitos, conforme planilha à fl. 841, tendo sido elaborado novo demonstrativo de débito das infrações 04 e 05 às fls. 840/841, com a informação de que a base de cálculo do ICMS por substituição tributária também é calculada utilizando a base de cálculo do ICMS normal vezes a MVA, vezes a alíquota.

Acato as conclusões apresentadas pela Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis - COPEC às fls. 840/841 dos autos, por se tratar de um órgão desta SEFAZ, especializado na matéria em questão. Assim, concluo pela subsistência parcial destas infrações, conforme discriminação a seguir:

- Tratando-se de mercadoria enquadrada no Regime de Substituição Tributária e ainda estando as mercadorias em estoque ou saído sem tributação, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal (infração 4), conforme art. 15, inciso I, alínea “a”, Portaria 445/98 e RICMS/97, art. 39, V.
- É devido também, o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no Anexo 88 do RICMS/97 relativamente às mercadorias sujeitas a antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada e as mercadorias ainda se encontravam em estoque (Infração 5), conforme art. 10, inciso I, alínea “b”, Portaria 445/98.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme se expõe abaixo:

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO	MULTA
01	PROCEDENTE	43,10	-
02	PROCEDENTE EM PARTE	-	712,12
03	PROCEDENTE EM PARTE	-	77,18
04	PROCEDENTE EM PARTE	10.715,04	-
05	PROCEDENTE EM PARTE	6.535,39	-
TOTAL	-	17.293,53	789,30

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 146468.0073/06-7, lavrado contra **POSTO DE COMBUSTÍVEIS JAGUARIBE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$17.293,53**, acrescido das multas de 60% sobre R\$6.578,49 e 70% sobre R\$10.715,04, previstas no art. 42, inciso II, alíneas “d” e “f”, e inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$789,30**, prevista no art. 42, incisos XI e XIII-A, “h”, da referida Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Esta Junta recorre, de ofício, desta 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, 24 de novembro de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA