

A. I. Nº - 002207.3097/07-2
AUTUADO - RODRIGUES TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - DANIEL ANTONIO DE JESUS QUERINO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 01. 12. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0299-01/11

EMENTA: ICMS. 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. Mediante diligências, foram efetuadas retificações no levantamento quantitativo. Infrações parcialmente caracterizadas. Rejeitadas as preliminares de nulidade e a solicitação de nova diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado, em 28/11/2007, para exigir ICMS, no valor de R\$ 30.563,36, em razão das seguintes irregularidades:

01 – Falta de recolhimento de ICMS, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios de 2002 e 2004, exigindo imposto no valor de R\$23.874,75, acrescido da multa de 70%. Consta que no exercício de 2004 as omissões de entrada corresponderam a 3.423 litros de gasolina aditivada, 1.077 litros de álcool comum e 30.938 litros de gasolina comum. Já no exercício de 2002 as omissões se constituíram em 6.023 litros de gasolina aditivada, 215 litros de álcool comum e 4.790 litros de gasolina comum.

02 – Falta de recolhimento do ICMS, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios de 2002 e 2004, exigindo imposto no valor de R\$6.688,61, acrescido da multa de 60%. Consta que se refere às omissões de entradas de mercadorias apuradas na infração anterior.

O contribuinte apresentou defesa (fls. 270 a 300) e, preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração por falta de entrega de todos os termos, notas fiscais, demonstrativos e levantamentos

elaborados. Diz que esse fato lhe cerceou o seu direito de defesa, tendo em vista a impossibilidade de se estabelecer o contraditório e a ampla defesa, o que resultou também em ofensa ao princípio do devido processo legal, razão pela qual o processo deve ser julgado nulo. Frisa que o lançamento tributário deve obediência à lei, da qual decorrem os princípios da estrita legalidade, da verdade material e do inquisitório na investigação dos fatos tributários. Explica que, por força destes princípios, o lançamento tributário deve buscar a verdade material, que, no presente caso, passa pela entrega da documentação que embasou o Auto de Infração.

Utiliza-se do disposto no artigo 18 e seus incisos, do RPAF/99, para afirmar que o lançamento de ofício é nulo quando ocorre preterição do direito de defesa, e do art. 142 do CTN (Código Tributário Nacional) para afirmar que o lançamento tributário se refere a um ato administrativo vinculado e obrigatório. Acrescenta que o desatendimento a qualquer requisito de validade da atividade administrativa compromete a eficácia do ato praticado, tornando-o passível de anulação pela própria administração ou pelo judiciário. Destaca que a doutrina e a jurisprudência já pacificaram o entendimento de que, se a administração praticou ato ilegal, pode anulá-lo por seus próprios meios, conforme Súmula 473 do STF (Supremo Tribunal Federal), que reproduziu. Transcreve ementas relativas aos Acórdãos CJF nºs 0033-12/05 e 0041-12/05, observando que o CONSEF tem considerado nulos os procedimentos fiscais que não atentem para o princípio do devido processo legal. Requer, assim, a decretação da nulidade do lançamento tributário.

Alega serem inaplicáveis as disposições da Portaria nº 445/98 nos caso de operações com combustíveis, tendo em vista que a forma de tributação é atípica e específica, devendo ser obedecidas as regras contidas no Convênio ICMS nº 03/99 e no art. 512 do RICMS/BA. Observa que, de acordo com os mencionados diplomas legais, nos casos de comercialização de óleo diesel e gasolina a refinaria de petróleo retém o imposto dos distribuidores, utilizando a MVA (margem de valor agregado) prevista no Convênio ICMS 03/99, até o consumidor final. Os distribuidores comercializam os combustíveis sem tributação para os postos revendedores, enquanto estes revendem essas mercadorias para o consumidor final, também sem a tributação.

Entende ser inaceitável que sobre os preços praticados pelos postos revendedores seja aplicada MVA, assim como as disposições da Portaria nº 445/98, para efeito de levantamento quantitativo de mercadorias. Assim, tanto o imposto relativo à responsabilidade solidária, quanto aquele de responsabilidade do próprio sujeito passivo não pode se referir aos preços médios de aquisição previstos na mencionada Portaria.

Já no caso de álcool, que é produzido pela usina, esta comercializa o produto com destaque do imposto ou por diferimento, enquanto que os distribuidores se apropriam do crédito fiscal das usinas e fazem a retenção do imposto devido pelas operações subsequentes. Enquanto isso, os postos revendedores efetuam a comercialização para o consumidor final sem tributação. Salienta que também neste caso tornam-se inaplicáveis tanto o uso da MVA, como o da Portaria nº 445/98.

Desta forma, o imposto relativo à responsabilidade solidária e aquele de responsabilidade do próprio sujeito passivo, tanto em um caso como no outro, não podem se referir aos preços médios de aquisição previstos na citada Portaria, considerando que esses preços já estão inflados com o ICMS retido pela usina como pela refinaria.

Ressalta que esse posicionamento está em conformidade com recente decisão do CONSEF, conforme se verifica no Acórdão CJF nº 0346-12/05, de 28/09/2005, relativo a questão idêntica, ou seja, à “falta de clareza da base de cálculo do imposto”.

Argúi que, à época da edição da Portaria nº 445/98, a retenção e o recolhimento do ICMS devido por substituição tributária eram realizados pelas distribuidoras de combustíveis. Como as aquisições pelos postos revendedores se baseavam nos preços praticados pelas distribuidoras, a aplicação dos preços médios prevista na Portaria era perfeitamente viável. Entretanto, esse raciocínio não poderia ser utilizado a partir do Convênio ICMS 03/99 e do art. 512-A do RICMS-BA, tendo em vista que a

tributação desses produtos foi modificada, atribuindo-se à refinaria a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto até o consumidor final.

Frisa que deve ser reconhecido pelo órgão julgador que esse tipo de tributação é atípico e diferente de qualquer regime de substituição tributária, uma vez que o refinador é responsável por toda carga tributária. Assim, a legislação deve ser modificada para adaptá-la à realidade atual, a fim de se evitar o enriquecimento ilícito do Estado.

Salienta ter ocorrido falta de correspondência entre os fatos apurados e aqueles indicados no Auto de Infração, tendo em vista que no quadro demonstrativo das ocorrências o autuante indicou unicamente a base de cálculo de um produto, sem discriminar o montante das omissões relativas a cada um dos produtos. Devido à falta de segurança na determinação do fato tido como infracional, fica evidente o cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Assevera que, de forma equivocada, o autuante não discriminou cada um dos produtos selecionados para o levantamento fiscal, nem indicou especificamente a base de cálculo, a alíquota aplicada e o valor do imposto de cada produto. Tais fatos tornam flagrante o cerceamento do direito de ampla defesa e do contraditório, além de refletir a falta de certeza e de segurança na infração imputada, que vai atingir, de forma injusta, o patrimônio do contribuinte. Argumenta que, nessa situação, descabe a realização de diligência, pois resultaria em novo lançamento, com discriminação de fatos, base de cálculo e alíquota completamente distintos.

Tendo em vista que o lançamento tributário de ofício deve ser praticado atendendo as exigências formais mais comuns, toda inobservância aos requisitos e formas previstos em lei para sua elaboração, a exemplo da falta da descrição correta da infração, é considerada vício formal do ato administrativo. Enfatiza que quando a descrição do fato infringente não guarda correspondência com os fatos apresentados, caracteriza-se a nulidade processual.

Realça estar patente que a descrição dos fatos imputados pelo autuante inclui todas as mercadorias objeto do levantamento fiscal (álcool, gasolina comum e gasolina aditivada), que são produtos diferentes, com base de cálculo diversas e alíquotas específicas, e, portanto, não poderiam ser indicadas em uma única infração. Assim, em respeito ao princípio da ampla defesa e do contraditório, cabia ao autuante discriminar separadamente cada produto, com sua data de ocorrência, fato gerador, base de cálculo e, principalmente, alíquotas. Desta forma, por se tratar de erro essencial, o Auto de Infração deve ser anulado, para que seja feito novo lançamento.

Sustenta que detectou diversos erros substanciais, que devem ser objeto de diligência e perícia pelo órgão julgador.

Diz que o autuante aplicou indevidamente a alíquota de 27%, sem observar o disposto no transcrito art. 51-A do RICMS/BA, que determina a alíquota de 19% para álcool hidratado combustível. Por esta razão, requer a anulação deste item da autuação, pela falta de certeza e liquidez do crédito tributário.

Destaca que, apesar de o cálculo das supostas omissões de entradas ter indicado que o contribuinte obteve ganhos na quantidade dos produtos comercializados, desconhece qual o método aplicado pelo autuante para o cálculo dos referidos ganhos ou perdas. Transcreve o disposto no § 4º do inc. II do art. 28 do RPAF/99, e diz que o Auto de Infração deve estar acompanhado de todos os demonstrativos e provas necessários à demonstração dos fatos.

Lembra que o DNC (Departamento Nacional de Combustíveis), através da Portaria nº 26/92, recepcionada pela Agência Nacional do Petróleo (ANP), instituiu o livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), para registro diário nos postos de revenda (PR) dos seus estoques e movimentação de compra e venda de produtos. Observa que de acordo com o artigo 5º dessa Portaria e a alínea “f” do item 13 do inciso VII da Instrução Normativa anexa à mesma, é admissível uma perda de combustíveis limitada a 0,6% do estoque físico. Entende que este percentual limitador deve ser adotado em relação às perdas do estoque físico, porém, em nenhum momento esses

diplomas se referem a ganhos, o que torna prejudicado o direito de defesa do autuado, por desconhecer o fundamento legal para o procedimento adotado pela fiscalização.

Pede a nulidade do lançamento, por falta de segurança na determinação da infração.

Afiança que a impropriedade do critério empregado na apuração da base de cálculo do ICMS resulta em erro de direito explícito, suficiente para anular a autuação. Reprisa que o preço médio das aquisições do contribuinte já vem carregado pelo valor do ICMS recolhido pela refinaria, calculado até o consumidor final. Tendo em vista que o ICMS já está embutido no preço cobrado pelo distribuidor, o procedimento de novo cálculo sobre esses valores para cobrar o ICMS sobre supostas entradas omitidas implica apurar o imposto sobre uma base de cálculo alheia à operação em si, que já está inflada do ICMS, ferindo a própria Constituição Federal.

Ressalta que ainda que o autuante tivesse subtraído o ICMS do preço praticado pelo distribuidor, este preço não guardaria proporção com a base de cálculo das entradas omitidas, tendo em vista que aquele valor não traduz o preço praticado com o consumidor final, e sim aquele verificado entre o distribuidor e o posto de combustíveis. Entende que o ICMS que se quer cobrar deveria guardar relação com os preços praticados pelo posto revendedor ou com aqueles estimados para consumidor final através de pauta fiscal. Diz que o critério utilizado pelo autuante revela um erro de direito insanável, pois revê-lo e ajustá-lo significa refazer completamente o lançamento.

Cita doutrina e afirma que cobrar ICMS sobre ICMS caracteriza materialmente ilegalidade e inconstitucionalidade, não só pelo fato de esse imposto estar sujeito à regra da não cumulatividade, mas também porque os valores utilizados como base de cálculo em nada se assemelham com o valor tributável da operação que se quer estimar (antecipação na refinaria). Sustenta que a base de cálculo não deve ser utilizada para apenas o contribuinte por ato ilícito, pois esse objetivo cabe às multas. Considerando que a base de cálculo deve estar fundamentada nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sob pena de nulidade.

Argúi que, tendo em vista que combustível é uma *commodity*, os preços se baseiam em valores determinados pela autoridade federal, cuja validade é inquestionável. Como o preço aos consumidores finais é que determina a base de cálculo, esta pode ser apurado mediante diligência. Aduz que os preços médios praticados pelo posto de combustíveis são os mesmos utilizados para a tributação antecipada por substituição.

Salienta que esta posição está em conformidade com decisão da 2ª CJF, conforme o transcrito Acórdão nº 0016-12/05, decorrente de representação da PGE/PROFIS, cuja decisão apontou para a nulidade do Auto de Infração, em decorrência da falta de clareza da base de cálculo do imposto.

Lembrando que as bases de cálculo utilizadas na autuação já contemplam o ICMS de todos os ciclos de comercialização, que vão da refinaria/distribuidora até o consumidor final, pede a nulidade do Auto de Infração, devido à aplicação indevida do *bis in idem*.

Argumenta que o autuante deixou de considerar as entradas de combustíveis correspondentes às seguintes Notas Fiscais emitidas pela Petrobrás Distribuidora: nº 714.455, de 20/03/04, relativa a 5.000 litros de gasolina comum; nº 732.409, de 28/05/04, contendo 5.000 litros de gasolina aditivada; e nº 707.791, de 20/03/04, referente a 10.000 litros de gasolina aditivada. Solicita a realização de diligência para apurar a verdade material dos fatos.

Afiança que, no levantamento da fiscalização, foram consideradas notas fiscais emitidas a título de transferência, que haviam sido canceladas, entretanto foram tidas como vendas efetivas. Cita as Notas Fiscais nºs 786, de 04/05/04, contendo 5.000 litros de gasolina comum; 790, de 19/05/04, contendo 10.000 litros de gasolina comum e 5.000 litros de gasolina aditivada; e 833, de 08/11/2004, relativa a 5.000 litros de gasolina comum e 5.000 litros de gasolina aditivada.

Acrescenta que houve um equívoco em relação à transferência da unidade autuada para a filial de CNPJ nº 73.413.601/0002-80 (Posto Dique), tendo em vista que na Nota Fiscal nº 715, de 22/01/04, consta 5.000 litros de gasolina comum e 5.000 litros de gasolina aditivada, enquanto que na Nota

Fiscal de origem nº 699.081, emitida na mesma data pela Petrobrás Distribuidora S.A., consta se referir a 10.000 litros de gasolina aditivada. Repete o pedido de realização de diligência.

Requer ao órgão julgador a nulidade do lançamento, tendo em vista o cerceamento do direito de defesa, a inaplicabilidade da Portaria nº 445/98 e a falta de correspondência entre os fatos apurados e aqueles indicados no Auto de Infração.

Salienta que na hipótese de apreciação de mérito, o Auto de Infração deve ser julgado improcedente, tendo em vista a ocorrência de equívoco na aplicação da alíquota de álcool, a inaplicabilidade da Portaria nº 445/98 na apuração da base de cálculo para postos revendedores de combustíveis, a incerteza na determinação da base de cálculo, a aplicação de perdas e ganhos no levantamento de estoques e os erros materiais apontados.

Anexa às fls. 301 a 326, como elementos de prova, cópias reprográficas de notas fiscais e do livro LMC. Protesta pela realização de diligência, em seu estabelecimento, por fiscal estranho ao feito e pela produção de todas as provas, inclusive testemunhais, em direito admitidas.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 329 a 331, quando se insurgiu contra a alegação de cerceamento de defesa, afirmando que as notas fiscais de entrada e os LMCs foram devolvidos ao contribuinte e que lhe foram entregues os demonstrativos de perdas e ganhos, as aferições e as memórias de cálculo das entradas.

Contesta a argumentação contrária à aplicação da MVA, afirmando que o procedimento adotado na apuração da base de cálculo está em conformidade com o art. 512-B, II, do RICMS/BA.

No que se refere à insurgência defensiva contra a aplicação da alíquota de 27% para álcool nos exercícios de 2002 e 2004, afiança que esse percentual e a MVA de 31,69% estão em consonância com a tabela que anexou à fl. 335.

Tratando sobre a aplicação de perdas e ganhos, observa que a Portaria nº 26/92 da ANP determina a sua admissibilidade até o limite de 0,6%. Indica que os cálculos correspondentes se encontram nos demonstrativos de fls. 29 a 90, sendo que os ganhos e as aferições foram considerados como entradas e as perdas como saídas.

Quanto às notas fiscais tidas pelo impugnante como não consideradas, esclarece que não foram apresentadas durante a ação fiscal e que as cópias das páginas do livro Registro de Entradas e das notas fiscais acostadas às fls. 308 a 323 se referem a outros estabelecimentos do autuado.

Mantém a ação fiscal e sugere a procedência total do Auto de Infração.

Cientificado a respeito da informação fiscal e de seus anexos, o autuado se manifestou às fls. 339 a 373, quando transcreveu o art. 127, § 6º, do RPAF/99, argumentando que o autuante não contestou todos os pontos alegados na defesa, nem apresentou justificativas contrárias à falta de entrega ao autuado dos demonstrativos que serviram de base para a lavratura do Auto de Infração. Observa que o autuante acostou ao processo cinco demonstrativos relativos à contribuinte diverso. Cita a Súmula nº 01 do CONSEF e sustenta que o Auto de Infração é nulo de pleno direito.

Contesta a afirmação do autuante de que o impugnante teria arguido ser inaceitável a aplicação da MVA sobre os preços praticados pelos postos revendedores, tendo em vista que a sua insurgência foi contra o uso da MVA sobre os preços praticados pelas distribuidoras, já que entende que a MVA deve ser aplicada sobre os preços praticados pela refinaria de petróleo.

Mantém o posicionamento contrário à alíquota aplicada em relação ao álcool.

Reafirma que a Portaria nº 26/92 do DNC trata apenas de perdas por evaporação dos estoques, não versando, em nenhum momento, sobre supostos “ganhos”.

Contesta a recusa do autuante em analisar as novas notas fiscais apresentadas na defesa, enfatizando que de acordo com o princípio da verdade material a administração pública deve rever seus atos, considerando todos os elementos apresentados no momento da defesa.

Na sequência, repete os argumentos já apresentados na peça de defesa e conclui pleiteando a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração, assim como a realização de diligência.

Às fls. 376 a 378, o autuante se pronuncia a respeito da manifestação do sujeito passivo. Nessa oportunidade, ressalta que em momento algum foram contestados os demonstrativos referentes ao exercício de 2002. Diz que as Notas Fiscais nºs 714.455, 732.409 e 707.791 não estão autenticadas em cartório, não foram lançadas no livro Registro de Entradas e nem consta relatório da Petrobrás Distribuidora, tendo esses documentos sido apresentados em momento posterior. Transcreve dispositivos do RICMS-BA e da Portaria 445/98. Frisa que a Portaria nº 116/00 da ANP veda ao revendedor varejista, alienar, emprestar ou permutar combustível a outro revendedor varejista e, no entanto, o autuado efetuou diversas transferências, conforme consta às fls. 17/18.

Considerando que o impugnante alegou não ter recebido os demonstrativos concernentes ao levantamento quantitativo, não constando dos autos a comprovação de sua entrega ao contribuinte; considerando que no caso de constatação de omissões apuradas através de levantamento quantitativo de estoque concernente a álcool e gasolina, o preço médio dos produtos deve se referir àqueles praticados, respectivamente na usina e na refinaria; considerando que o sujeito passivo comprovou, por amostragem, a existência de notas fiscais de entrada de mercadorias, do cancelamento de notas fiscais de transferência e de equívocos nas mercadorias referentes a notas fiscais de aquisição e de transferência, situações não consideradas pela fiscalização na informação fiscal:

Esta 1ª JJF deliberou pela conversão do processo em diligência à COPEC (fls. 381 e 382), para que fosse apurado, em relação a cada espécie de mercadoria constante no levantamento de estoque, o preço médio praticado pela refinaria e pela usina no último mês de cada período fiscalizado, considerando as respectivas MVAs. Em seguida, o processo deveria ser encaminhado à ASTEC do CONSEF, para que fossem adotadas as seguintes providências: 1 - efetuasse a apuração do imposto a ser exigido, com base nos dados acima levantados, assim como nos documentos anexados à peça de defesa e naqueles a serem apresentados pelo contribuinte mediante intimação; 2 - apresentasse novos demonstrativos de débito para as infrações 1 e 2. Posteriormente, a Repartição Fazendária de origem deveria entregar ao autuado, cópia reprográfica dos demonstrativos e planilhas anexados às fls. 08 a 102, dos novos elementos acostados pelo diligente, bem como do Termo de Diligência, quando deveria ser informado ao contribuinte quanto à reabertura do prazo de defesa em 30 (trinta) dias, para, querendo, se manifestar nos autos. Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência ao autuante, para que elaborasse nova informação fiscal.

Em atendimento ao pedido de diligência, os Auditores Fiscais Juarez Andrade Carvalho e Gilson Lima Santana esclarecem que efetuaram os seguintes procedimentos: a) obtiveram os preços médios de gasolina aditivada e gasolina comum através das informações constantes nos arquivos Sintegra da Refinaria Landulfo Alves de Magalhães (RLAM) do último mês de cada exercício fiscalizado; b) o preço médio do álcool comum foi obtido do levantamento realizado pelo autuante, através das notas fiscais de entrada, uma vez que o contribuinte adquire esse produto de distribuidoras e não diretamente das usinas.

Com base nos preços médios dos produtos em questão, elaboraram as planilhas de apuração do ICMS dos exercícios fiscalizados, conforme Anexos 01 e 02 (fls. 385 e 386), onde constam os seguintes resultados:

PRODUTO	ICMS	EXERCÍCIO 2002	EXERCÍCIO DE 2004
Gasolina aditivada	normal	2.618,20	998,15
	antecipado	829,71	316,31
Álcool hidratado	normal	65,04	261,17
	antecipado	18,11	72,71
Gasolina comum	normal	2.028,21	9.021,52
	antecipado	1.620,17	5.884,74

Concluem que as planilhas elaboradas também apresentam quadro registrando os valores das MVAs e alíquotas dos referidos produtos nos períodos fiscalizados.

Cientificado a respeito da diligência realizada pela COPEC, quando recebeu os documentos acostados às fls. 8 a 102 e 381 a 386 e foi reaberto o seu prazo de defesa em 30 (trinta) dias, o autuado se manifestou às fls. 390 a 410, aduzindo que na informação fiscal produzida pelos diligentes, ainda permanecem equívocos flagrantes no lançamento de ofício que resultam em vício material passível de anulação.

Frisa que é nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo. Como os diligentes não demonstraram de forma clara a metodologia adotada para a apuração da base de cálculo, o direito de defesa do contribuinte foi cerceado.

Diz que de acordo com o parecer, os preços médios obtidos para os produtos gasolina aditivada e gasolina comum junto à refinaria RLAM considerados à época dos fatos, foram extraídos dos arquivos Sintegra do remetente, com base no último mês fiscalizado, o que não traduz a realidade fática dos preços praticados pela Refinaria, pois os mesmos sofrem variações, a depender da modalidade de pagamento efetivado pelo adquirente, se à vista ou a prazo. Assim, solicita que o processo seja convertido em nova diligência à COPEC, para que sejam coletados os preços praticados pela Refinaria RLAM nas duas modalidades de pagamento.

Contesta a forma de apuração da base de cálculo do álcool hidratado, que foi baseada nas notas fiscais de entradas do produto, em razão de o autuado adquiri-lo de distribuidoras e não de usinas. Afirma que, como o produto é adquirido pelas distribuidoras junto às usinas, estas negociam a forma de pagamento (à vista ou a prazo), para obter um ganho na comercialização. Lembra que na aquisição junto às usinas, as distribuidoras agregam os custos e a margem de lucro para a formação dos preços de venda, inclusive com toda a carga tributária até o consumidor final. Frisa que quando os diligentes utilizaram os preços praticados pelas distribuidoras, agregando MVA, ocorreu *bis in idem*, o que deve ser afastado pelo órgão julgador.

Entende que deve ser buscado o preço praticado pelas usinas à época dos fatos geradores, desde quando ao comercializarem o álcool hidratado para os postos revendedores, as distribuidoras já o contaminaram com o ICMS de toda a cadeia. Assim, requer que o CONSEF converta o processo novamente em diligência para a COPEC, a fim de que seja apurada a verdade material dos fatos.

Tratando sobre a aplicação de MVA, realça que em nenhum momento alegara que não aceitava a sua utilização pelos postos revendedores, o que arguiria, fora a inaplicabilidade de MVA sobre os preços praticados pelas distribuidoras para apuração das omissões de entrada imputadas pelo autuante. Isto porque, os preços das distribuidoras já estão contaminados pelo ICMS, retido e recolhido pela refinaria ou pelas usinas, calculados até o consumidor final, razão pela qual na apuração da infração deveria ser aplicado MVA sobre preços praticados por estas.

Quanto à alegação de equívoco na aplicação da alíquota incidente sobre o álcool hidratado, ratifica todos os argumentos anteriores.

Em relação às perdas e ganhos, reitera que a Portaria 26/92, do DNC, trata apenas de perdas por evaporação nos estoques, em nenhum momento se referindo a supostos “ganhos”.

Insurge-se contra a não aceitação das notas fiscais apresentadas pela defesa. Explica que, se tais documentos não foram disponibilizados durante a ação fiscal, esse fato decorreu da não localização. Diz que, segundo o princípio da busca da verdade material, a administração pública deve rever seus atos, considerando todos os elementos apresentados.

Reprisa as alegações contrárias à aplicação da Portaria nº 445/98 para operações com combustíveis, pois sua forma de tributação deve seguir as regras contidas no Convênio 03/99 e no artigo 512 do RICMS-BA.

Reporta-se, mais uma vez, ao fato de o autuante ter realizado o levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, relativamente a álcool comum, gasolina comum e gasolina aditivada e, no entanto, indicou a base de cálculo de apenas um produto, sem discriminar as omissões apuradas para cada mercadorias. Frisa que este fato denota a falta de segurança na determinação da infração, o que diz cercear o seu direito de defesa do contribuinte.

Diz que as mercadorias objeto do levantamento fiscal não poderiam ser indicadas em uma única infração. Assevera que o autuante, em respeito ao princípio da ampla defesa e do contraditório, deveria discriminar cada produto separadamente, com os respectivos dados individualizados. Sustenta que, por se tratar de erro essencial, deve ser anulado o lançamento tributário.

Tratando sobre o mérito, repete as alegações atinentes a erros na lavratura do Auto de Infração, no que se refere à alíquota aplicada ao álcool, ao cômputo das perdas e ganhos e à apuração da base de cálculo, concluindo que o lançamento é nulo, por ocorrência de *bis in idem*.

Reprisando os erros denominados materiais, lembra as seguintes falhas incorridas pelo autuante: deixou de considerar entradas acobertadas por notas fiscais emitidas pela Petrobrás Distribuidora e indicou como se fossem vendas efetivamente ocorridas notas fiscais emitidas a título de transferências que tinham sido canceladas. Acosta cópias das notas fiscais citadas a título de exemplo, requerendo a realização de diligência, para que seja apurada a verdade real dos fatos.

Quanto às multas aplicadas, salienta que apesar da improcedência do Auto de Infração, as penas se mostram confiscatórias, afrontando as garantias do contribuinte, resultando em violação aos direitos básicos assegurados pela Constituição Federal. Frisa que as multas são exageradas, haja vista que baseada em índices muito elevados e fora da realidade. E, por serem tão elevadas, assumem o caráter confiscatório.

Aduz que, tendo em vista a ilegitimidade de multas absurdamente elevadas, as decisões do Poder Judiciário as têm reduzido, corrigindo a distorção imputada pela administração. Assim, é facultado ao julgador reduzir a multa excessiva aplicada pelo fisco. Observa que o Supremo Tribunal Federal é explícito ao reconhecer a auto-aplicabilidade do princípio da vedação do confisco, tratando-se de aplicação de multa moratória fiscal. Cita doutrina e jurisprudência.

Realça ser latente a inconstitucionalidade da multa, por afronta direta ao art. 150, inc. IV, da Constituição Federal. Consigna que a multa não pode gerar a incapacidade de agir economicamente, devendo corresponder a um valor compatível com a realidade dos fatos. Afirma que os artigos 145, § 1º, e 150, IV, da CF/88, vedam o confisco. Requer que os percentuais da multa sejam corrigidos.

Reprisa as razões correspondentes ao pedido de nulidade ou, no caso de apreciação do mérito, de improcedência do Auto de Infração.

Protesta, ainda, pela realização de diligência na empresa, por fiscal estranho ao feito, para que se possam comprovar as alegações aduzidas ao processo administrativo fiscal, e a produção de todas as provas, inclusive testemunhais, em direito admitidas.

Após apreciação em pauta suplementar, fls. 415 e 416, o processo foi convertido em diligência à ASTEC do CONSEF, para que auditor fiscal estranho ao feito atendesse às seguintes solicitações: intimasse o autuado a apresentar todos os documentos fiscais que alega dispor e que tenham correlação com a presente autuação; que fosse verificado qual o preço médio do álcool comum praticado pelas usinas no último mês de cada período fiscalizado; que, com base nos valores apurados, considerando as respectivas MVAs, assim como nos documentos anexados na defesa e naqueles que venham a ser apresentados, fosse efetuada uma revisão do levantamento fiscal; que fossem elaborados novos demonstrativos para as infrações 1 e 2. Também foi determinado que, após a realização da diligência, fosse reaberto o prazo de defesa em trinta dias.

A diligência foi cumprida, conforme o Parecer ASTEC Nº 233/2010 (fls. 418 a 420).

Nesse parecer, o diligenciador da ASTEC informou que o autuado foi intimado a apresentar todos os documentos fiscais que alegara possuir e que tinha correlação com o presente lançamento. Diz que,

em relação ao exercício de 2004, o autuado lhe entregou fotocópias de notas fiscais de aquisição de álcool etílico hidratado carburante junto à distribuidora, não tendo apresentado qualquer documento referente a aquisição efetuada diretamente nas usinas. Afirma que, segundo o autuado, não houve aquisição de álcool durante o exercício de 2002.

Diz que, do exame das peças processuais e dos documentos apresentados pelo autuado, constatou que nem o autuante e nem os diligenciadores da COPEC incluíram no levantamento quantitativo as Notas Fiscais nºs 714455, 732409 e 707791 (fls. 301, 303 e 305), referentes a aquisições de gasolina comum e gasolina aditivada junto à Petrobrás Distribuidora, no exercício de 2004.

Explica que com a inclusão das operações de entradas de gasolina supra e gasolina comum consignadas nessas notas fiscais, as omissões de entradas apuradas pelos diligenciadores da COPEC passaram para omissão de saída de 16.577 litros de gasolina supra e 25.938 litros de gasolina comum, conforme demonstrativo à fl. 422.

Aduz que as aquisições de álcool comum são efetuadas unicamente junto às distribuidoras e, portanto, o preço médio a ser considerado é o de aquisição na distribuidora. Afirma que, conforme as Notas Fiscais nºs 2687, 2750, 2793, 2842, 2874, 2883 e 2960, o autuado adquiriu álcool comum junto à Camacua – Distribuidora de Petróleo, sendo que tais documentos demonstram a realização da substituição tributária por parte da referida distribuidora. Destaca que, dessa forma, não revisou os valores apurados pelo autuante e pelos diligenciadores da COPEC, que consideraram como preço médio o valor da aquisição de álcool comum junto à distribuidora.

Salienta que, em decorrência da intimação, o autuado lhe entregou fotocópia das Notas Fiscais nºs 786, 790 e 833, referentes a transferência de gasolina comum e supra, sob a alegação de que tais notas fiscais foram canceladas e, no entanto, o autuante considerou as saídas no levantamento quantitativo. Aduz que o autuado não exibiu as vias originais das mencionadas notas fiscais, provando o cancelamento das mesmas. Diz que, por esse motivo, não considerou esses alegados cancelamentos, mantendo essas notas fiscais no rol das operações de saídas.

Menciona que a diligência foi finalizada com a elaboração de novas planilhas juntadas aos autos, sendo que, em razão do valor da omissão de entradas ter sido maior que o da omissão de saídas, no exercício de 2004, foi apurado ICMS normal a recolher no montante de R\$ 7.845,58 e ICMS devido por antecipação tributária no valor de R\$ 5.117,68, consoante demonstrativo à fl. 421.

Notificado acerca do resultado da diligência, o autuante não se pronunciou (fl. 425).

O autuado foi notificado da diligência realizada, sendo que nessa oportunidade lhe foi concedido o prazo de dez dias para pronunciamento (fls. 426 e 427).

Em pronunciamento às fls. 429 e 430, o autuado pugna pela reabertura do prazo de defesa em trinta dias, conforme determinara a 1ª JF.

Conforme fls. 434 e 435, o prazo de defesa foi reaberto em trinta dias.

Ao se pronunciar sobre o resultado da diligência, fls. 437 a 456, o autuado afirma que permanecem os vícios existentes no lançamento de ofício.

Sustenta que o lançamento é nulo, por cerceamento de defesa, pois não contém, de forma clara e compreensiva, a demonstração do método e da apuração da base de cálculo do tributo. Questiona qual o diploma legal que ampara a aplicação da MVA sobre a gasolina que resultou na exigência do ICMS constante do presente Auto de Infração. Diz que, no Parecer ASTEC 00233/2010, foi citado o Convênio 03/99, porém nesse convênio não foi encontrado o indicativo da MVA aplicada. Questiona a competência legal de Convênio para dispor sobre base de cálculo do ICMS, pois entende que apenas lei complementar pode dispor sobre tal matéria. Diz que nem a LC 87/96, nem a Lei 7.014/96 e nem mesmo o RICMS-BA, tratam do percentual de MVA prevista para a apuração da base de cálculo da substituição tributária nas operações com gasolina.

Assevera que o diligenciador não refez os seus cálculos considerando os preços praticados pela refinaria de petróleo no período autuado, para a gasolina e, portanto, permanece o principal

equivoco no seu levantamento fiscal, devendo o presente processo ser novamente convertido em diligência para que se apure a verdadeira base de cálculo.

Frisa que não foram consideradas as seguintes Notas Fiscais: nº 786, contendo 5.000 litros de gasolina comum; nº 790, contendo 10.000 litros de gasolina comum e 5.000 litros de gasolina aditivada; nº 833, contendo 5.000 litros de gasolina comum e 5.000 litros de gasolina aditivada. Diz que tais omissões distorceram os números apresentados e devem ser revistos por nova diligência.

Explica que não é possível a aplicação de MVA sobre os preços praticados pelas distribuidoras, para a apuração das supostas omissões de entrada imputadas pelo autuante, pois os preços das distribuidoras já estão contaminados pelo ICMS, retido e recolhido pela refinaria de petróleo, calculados até o consumidor final. Diz que, para a apuração desta suposta infração, deveria ser aplicado MVA sobre os preços praticados pela refinaria de petróleo.

Reitera o argumento de que houve a aplicação equivocada da alíquota incidente sobre o álcool hidratado sobre os preços médios de aquisição. Ratifica que a Portaria 26/92, do DNC, trata apenas de perdas por evaporação nos estoques, em nenhum momento se referindo a supostos “ganhos”.

Referindo-se a notas fiscais que não foram consideradas pelo autuante na informação fiscal sob o argumento de que não tinham sido entregues junto com as demais notas fiscais no momento da arrecadação, o autuado assevera que esse procedimento não se justifica e viola o princípio da verdade material, devendo a administração pública rever seus atos, considerando no levantamento fiscal todas as notas fiscais apresentadas no momento da defesa.

Prosseguindo, o autuado passa a repetir, *ipsis litteris*, a defesa inicial (fls. 272 a 300), a qual já consta neste relatório e cujo teor fica aqui reiterado como se transcrito estivesse. Foram anexados ao processo fotocópia das Notas Fiscais nºs 786, 790 e 833 (fls. 457 a 459) e de páginas de livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e LMC (fls. 460 a 492).

O processo foi encaminhado ao autuante, para que se pronunciasse sobre o resultado da diligência (fls. 498 e 499).

Ao se pronunciar sobre a diligência realizada (fl. 500), o autuante afirmou que estava ciente do Parecer ASTEC de fls. 418 a 420 e disse que o autuado não contestou as omissões de entradas referentes ao exercício de 2002. Quanto ao exercício de 2004, informou “que as referidas Notas Fiscais são xerox, não consta autenticação, e a Nota Fiscal nº 732409 de 28/03/2004, às páginas 34, consta no LMC como 28/05/2004, e, contém rasuras, consta N.F N. 738489, já a Nota Fiscal N. 707791, foi escrita à lápis.” (*sic*). Ao concluir seu pronunciamento, o autuante sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Na sessão de julgamento o julgador Francisco Atanasio de Santana declarou-se impedido de participar do julgamento do presente processo, tendo em vista que foi quem realizou a diligência de que trata o Parecer ASTEC Nº 233/2010 (fls. 418 a 420).

VOTO

No presente Auto de Infração, o autuado foi acusado de ter deixado de recolher ICMS devido por responsabilidade solidária (infração 1) e por antecipação tributária (infração 2), tendo sido as irregularidades apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias (gasolina comum, gasolina aditivada e álcool carburante), nos exercícios fechados de 2002 e 2004.

Preliminarmente, o autuado suscita a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa, alegando que não recebeu cópia dos demonstrativos, livros e documentos fiscais, termos e de todos os elementos que acompanham o Auto de Infração.

Efetivamente, não havia nos autos comprovação de que tinha sido entregue ao autuado cópia dos demonstrativos e demais elementos que integram o Auto de Infração. Todavia, essa falha processual foi sanada mediante a diligência solicitada às fls. 381 a 382. No cumprimento dessa diligência, foi entregue ao autuado fotocópia dos demonstrativos de fls. 8 a 120 e 381 a 386, os primeiros elaborados

pelo autuante e os segundos confeccionados pelos diligenciadores da COPEC. Após a entrega dessas fotocópias ao autuado, o prazo de defesa foi reaberto em sua totalidade – trinta dias. Os acórdãos citados na defesa não podem ser tomados como paradigma para o presente caso, pois tratam de situações diversas da que se encontra em lide. Dessa forma, não houve o alegado cerceamento de defesa e, portanto, afasto essa preliminar de nulidade.

O emprego da Portaria 445/98 na realização de levantamento quantitativo de estoque em posto revendedor de combustível não é razão para a nulidade do lançamento, pois, a exceção do cálculo do preço unitário médio, os critérios previstos nessa citada Portaria são específicos para esse tipo de auditoria fiscal. Apenas em relação ao preço unitário médio é que, quando for adicionada a margem de valor adicionado, deverá ser tomado por base o preço dos combustíveis na refinaria (no caso dos derivados de petróleo) ou na distribuidora (quando se tratar de álcool carburante). Ressalto que no caso em comento, o processo foi convertido em diligência para que o preço unitário médio fosse corrigido, sendo que essa matéria será novamente abordada na apreciação do mérito da lide. O acórdão citado pelo autuado não se aplica ao presente caso, uma vez que no caso em tela não falta clareza na determinação da base de cálculo do imposto. Desse modo, fica ultrapassada essa preliminar de nulidade.

Ainda em preliminar, o autuado afirma que o lançamento de ofício é nulo, por cerceamento de defesa, uma vez que falta correspondência entre os fatos apurados e aqueles indicados no Auto de Infração. Diz que o autuante indicou a base de cálculo sem discriminar o montante das omissões referentes a cada um dos produtos.

Não há razão para o acolhimento dessa preliminar, uma vez que os demonstrativos que acompanham o Auto de Infração, os quais foram refeitos nas diligências realizadas, deixam claros as quantidades das omissões apuradas e os valores exigidos na autuação de acordo com cada espécie de mercadoria. Ademais, na descrição dos fatos, o autuante descreve as mercadorias incluídas no levantamento quantitativo e as omissões apuradas. Assim, não há como prosperar a alegação de cerceamento de defesa e, portanto, não há razão para a nulidade do lançamento.

Com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, indefiro a solicitação de nova diligência, pois considero que os elementos existentes nos autos, especialmente os trazidos aos autos nas diligências já realizadas, são suficientes para a formação do meu convencimento.

Adentrando no mérito da lide, inicialmente, saliento que o autuado atua no comércio varejista de combustíveis e, como tal, normalmente deveria receber as mercadorias que adquire por meio de documentação fiscal com o ICMS pago por substituição tributária. Entretanto, na situação em análise, tendo em vista a ocorrência de omissões de operações de entradas de mercadorias desacompanhadas de notas fiscais, foi exigido do autuado, na condição de responsável solidário, o ICMS normal por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, bem como o ICMS devido por antecipação, de responsabilidade do próprio sujeito passivo.

Em sua defesa, o autuado questiona a aplicação da alíquota de 27%, para o produto álcool hidratado carburante, pois considera que, a teor do disposto no art. 51-A, inc. I, do RICMS-BA, a alíquota correta seria de 19%.

Esse argumento defensivo não merece acolhimento, pois o inciso I do artigo 51-A do RICMS-BA só passou a ter a redação citada na defesa a partir de 01/10/05, com a entrada em vigor da Alteração nº 66, do RICMS-BA, introduzida pelo Dec. 9547/05. Os fatos geradores tratados no Auto de Infração abrangeram apenas os exercícios de 2002 a 2004 e, nesse período, a alíquota do álcool hidratado carburante era de 27% (25% mais dois pontos percentuais destinados ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza), conforme previsto no art. 51-A, II, combinado com o art. 51, II, “e”, tudo do RICMS-BA, com a redação vigente à época dos fatos.

No que se refere aos dados apontados pela fiscalização como “ganhos” e “perdas”, observo que na realidade se trata de informações consignadas pelo próprio autuado no seu LMC, conforme se pode observar, por amostragem, ao se confrontar a fl. 304 com a fl. 58 e a fl. 306 com a fl. 60. Ressalto que

o autuante, ao elaborar os demonstrativos dos “ganhos” e “perdas” (fls. 42 a 102), acertadamente, observou o limite máximo de 0,6% estabelecido no art. 5º da Portaria nº 26 do DNC, uma vez que o autuado frequentemente registrava em seus LMCs “perdas” e “ganhos” em valores irreais, como se pode observar à fl. 306 dos autos, na qual consta que no dia 23/02/04 houve uma “perda” de 5.001 litros de gasolina aditivada.

No que tange ao fato de o disposto no art. 5º da Portaria 26 do DNC não se referir expressamente a “ganhos”, não vislumbro correção a fazer no procedimento adotado pelo autuante, pois os líquidos estão sujeitos a variações volumétricas em função do aumento da temperatura ambiente. Ademais, o cômputo dos “ganhos” beneficia o autuado, pois reduz a omissão de entrada apurada. Não vislumbro, assim, razão para a nulidade do procedimento adotado pelo autuante, já que foi um procedimento razoável e não prejudicou o fiscalizado e nem incidiu em *bis in idem*.

Quanto à alegação de nulidade do lançamento por terem sido as diferentes espécies de mercadorias consideradas no Auto de Infração de forma conjunta, ressalto que nos demonstrativos que embasam o Auto de Infração as mercadorias foram consideradas de forma individualizada, segundo as diferentes espécies. Apenas no Auto de Infração é que os débitos foram agrupados, porém considerando que a alíquota aplicável era a mesma para os três produtos, nada obstava que fossem lançadas em conjunto.

Saliento que o lançamento tributário, em momento algum impediu o sujeito passivo de exercer a ampla defesa e o contraditório, estando todas as infrações descritas com bastante clareza e apoiadas nos documentos fornecidos pelo autuado, estando providas de demonstrativos e levantamentos quantitativos com base nos valores reais escriturados pelo estabelecimento, sendo que o roteiro de fiscalização de Auditoria de Estoques está em perfeita consonância com os princípios contábeis, servindo de elemento de prova da apuração do crédito tributário.

No que tange à apuração da base de cálculo dos valores cobrados no Auto de Infração, saliento que o processo foi convertido em diligência à COPEC e à ASTEC do CONSEF, de forma que a base de cálculo dos combustíveis derivados de petróleo foi apurada segundo o preço unitário médio praticado pela refinadora mais a MVA prevista; já no caso do álcool hidratado, a base de cálculo foi determinada de acordo com o preço praticado pelas distribuidoras, uma vez que nesses preços já estava embutida a MVA prevista.

Acolho o resultado dessas diligências realizadas pela COPEC e pela ASTEC e, portanto, considero retificados os preços unitários médios e as MVAs empregadas. Com a realização dessas diligências, fica eliminada a sobreposição de MVA, acatando-se, assim, o pleito do defendente.

O autuado questiona a legalidade da fixação de MVA com base em convênios. Afasto esse argumento, pois o Convênio ICMS 03/99, do qual o Estado da Bahia é signatário, prevê a aplicação de margem de valor agregado, bem como fixa diversas margens de valor agregado. A teor do disposto no art. 167, III, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador administrativo a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

No que tange às aquisições relacionadas nas Notas Fiscais nºs 714.455, 732.409 e 707.791, a diligência efetuada pela ASTEC do CONSEF (fls. 418 a 420), de forma acertada, incluiu essas aquisições no levantamento quantitativo de estoques referente ao exercício de 2004. O autuante em seu pronunciamento à fl. 500 contesta a inclusão dessas aquisições no levantamento das entradas, porém observo que essas notas fiscais estão na mesma situação das de fls. 262 a 264, as quais foram consideradas pelo autuante como idôneas. Desse modo, de acordo com o demonstrativo de fl. 422, a omissão de entrada de 3.423 litros de gasolina aditivada passou a ser uma omissão de saídas de 16.577 litros, ao passo que a omissão de entrada de 30.938 litros de gasolina comum ficou reduzida para 25.938 litros.

Quanto ao alegado equívoco no cômputo da Nota Fiscal nº 715 (fl. 124), não acolho o argumento defensivo, pois não há como se correlacionar essa transferência com a aquisição referente à Nota Fiscal nº 699.081.

Efetivamente os demonstrativos de fls. 332 a 336, trazidos na informação fiscal, fazem alusão a um estabelecimento diverso do autuado, porém esse equívoco ficou sanado pelas duas diligências realizadas, as quais produziram novos demonstrativos, os quais substituíram os elaborados na autuação e na informação fiscal, tendo sido o autuado notificado dessas retificações e recebido cópia dos novos demonstrativos.

O autuado alega que os preços praticados pela refinaria de petróleo e informados pelos auditores da COPEC estão equivocados, pois esses preços são referentes a operações a vista e a prazo. Esse argumento defensivo não merece acolhimento, pois carece de prova que lhe dê respaldo. Já no que tange às operações com álcool, os prepostos da COPEC utilizaram os preços praticados pelas distribuidoras, nos quais já estava embutida a MVA prevista, uma vez que eram as distribuidoras as responsáveis pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária. Assim, fica corrigido o equívoco que havia na apuração do preço unitário médio dos derivados de petróleo e de álcool carburante.

No que tange às Notas Fiscais nºs 768, 790 e 833, não restou comprovado o cancelamento alegado na defesa. Quando do cumprimento da diligência solicitada por esta 1ª JF às fls. 415 e 416, o autuado deixou de demonstrar o regular cancelamento das referidas notas fiscais. Ao se pronunciar sobre o resultado da diligência, o autuado apenas traz ao processo fotocópia da primeira via das referidas notas e do livro Registro de Entrada dos destinatários, deixando, assim, de apresentar todas as vias das notas fiscais canceladas, como exige a legislação.

Em face ao acima exposto, em relação ao exercício de 2002 acolho o resultado da diligência realizada pelos auditores fiscais da COPEC, que foi confirmado por auditor fiscal da ASTEC, segundo o qual naquele exercício restou comprovada a ocorrência de omissão de entradas de gasolina aditivada, gasolina comum e de álcool carburante, sendo devido ICMS normal no valor de R\$ 4.711,45 e ICMS devido por antecipação tributária no valor de R\$ 2.467,99, conforme fl. 384.

No que tange ao exercício de 2004, acato o resultado da diligência realizada por auditor fiscal da ASTEC, que apurou omissões de entradas de gasolina comum e álcool carburante, sendo devido ICMS normal no valor de R\$ 7.845,58 e ICMS devido por antecipação tributária no valor de R\$ 5.117,68, conforme demonstrativos às fls. 421 e 422.

Dessa forma, as infrações 1 e 2 subsistem parcialmente, nos valores de, respectivamente, R\$ 12.557,03 e R\$ 7.585,67, de forma que o Auto de Infração totaliza R\$ 20.142,79, conforme o demonstrativo apresentado a seguir:

Infrações	Data Ocorrência	Valor (R\$)	Multa
1	31/12/2004	7.845,58	70%
1	31/12/2002	4.711,45	70%
2	31/12/2004	5.117,68	60%
2	31/12/2002	2.467,99	60%
Valor do Auto de Infração		20.142,70	

As multas indicadas na autuação estão corretas e são as previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96 para as irregularidades apuradas, não cabendo a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual, ao teor do disposto no art. 167, inc. I, do RPAF/99. Quanto ao pedido de dispensa ou redução dessas multas, ressalto que, por serem penas atinentes a descumprimento de obrigação tributária principal, a apreciação desse pedido é da competência da Câmara Superior deste CONSEF, mediante pedido específico, conforme previsto no §1º do artigo 169 do RPAF/99.

Por fim, ressalto que as decisões citadas na defesa e nos pronunciamentos posteriores não podem ser utilizadas como parâmetros para o caso em apreciação, pois tratam de situações diversas da que se encontra em lide.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

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 **002207.3097/07-2**, lavrado contra **RODRIGUES TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$20.142,70**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 12.557,03 e 60% sobre R\$ 7.585,67, previstas, respectivamente, no artigo 42, incisos III e II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de novembro de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR