

A. I. Nº - 146468.0071/06-4
AUTUADO - POSTO DE COMBUSTÍVEIS JAGUARIBE LTDA.
AUTUANTE - HENRIQUE IJALMAR LOPES GRANGEON
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 06. 12. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0301-01/11

EMENTA: ICMS. 1. 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 desacompanhada de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Diligências realizadas pela ASTEC/CONSEF resultaram na redução da infração 01 e agravamento da infração 02. Contudo, como não pode haver agravamento da infração no lançamento original, prevalece o valor lançado originalmente na infração 02. Infração 01 parcialmente subsistente. Infração 02 subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. VENDAS A CONSUMIDOR FINAL. FALTA DE EMISSÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL CORRESPONDENTE. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. A constatação de omissão de saídas de mercadorias cujo imposto já houvera sido recolhido pelo regime de substituição tributária, configura a realização de vendas sem emissão de documentos fiscais. Indicação inadequada da penalidade aplicada. Infração parcialmente subsistente. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO. Infração reconhecida. Rejeitada a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/06/2006, exige crédito tributário no valor de R\$ 11.541,61, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Falta de recolhimento de imposto, 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 estoques por espécie de mercadorias nos exercícios de 2001, 2002, 2003, 2004 e 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$7.969,30, acrescido da multa de 70%;

2. Falta de recolhimento de imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado 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, mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios de 2001, 2002, 2003, 2004 e 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.985,38, acrescido da multa de 60%;

3. Deixou de emitir notas fiscais correspondentes às operações realizadas, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 690,00. Consta que essa irregularidade ocorreu nos Exercícios de 2001, 2002, 2003, 2004 e 2005, conforme consignado nos Anexos de I a IV, gerando a aplicação da penalidade fixa prevista no artigo 915, inciso XIV-A, alínea "a", do RICMS/BA, sendo que nestes mesmos exercícios foram constatadas omissões de saídas de mercadorias cujo imposto já houvera sido recolhido pelo regime de substituição tributária;

4. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, no mês de maio de 200, sendo exigido ICMS no valor de R\$896,93, acrescido da multa de 60%.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 493 a 514) arguindo as seguintes preliminares de nulidade do Auto de Infração: - existência de cerceamento do seu direito de defesa, pois, segundo alega o autuante não entregou todos os termos, notas fiscais, demonstrativos e levantamentos elaborados, impossibilitando-o de estabelecer o contraditório e a ampla defesa garantida pela Carta Magna; - falta de clareza dos demonstrativos que, ao seu dizer, são todos ininteligíveis, pois não se consegue chegar aos valores constantes nesses demonstrativos, em especial, aos constantes da coluna "Entrada sem Nota Fiscal", citando como exemplo, o demonstrativo de estoque de 2001 do produto Gasolina Comum, cujo valor constante na coluna "Entrada Sem N. Fiscal" é de 7.403, porém, após aplicada a equação $I = (G + C+) - (E + F) - H$, chega-se ao valor de 8.689, valor este diverso do indicado no demonstrativo. Cita, ainda, o exercício de 2002, quando o valor constante no demonstrativo é de 6.301 e o resultado da equação acima referida aponta o valor de 9.856, também em total desconformidade do que está apontado no Auto de Infração. Invoca o artigo 18 do RPAF/99, para pedir a nulidade do Auto de Infração por não conter elementos suficientes para se determinar com segurança a infração ora imputada.

Rechaça o mérito da autuação, asseverando que o autuante somou notas fiscais de saídas aos movimentos dos encerrantes registrados no LMC, gerando uma duplicidade, que efetivamente não ocorreu, considerando que os combustíveis referentes às notas fiscais mencionadas já estão registrados nos movimentos dos encerrantes. Esclarece que se trata de emissões por movimentos diários ou periódicos. Diz que tal prática é totalmente descabida, primeiro porque todas as operações efetivamente ocorreram em conformidade com a legislação vigente, exemplificando com os cupons fiscais nº.s 010665, 010651 e 010650, emitidos para consumidor final em 04/12/2001, na quantidade de 113 litros de gasolina comum, quantidade esta já inserida no LMC de mesma data no campo 5.7, vendas do dia conforme cópias em anexo, o mesmo ocorrendo com os LMC's de 04/12/2001, 19/12/2001, 24/12/2001, 12/12/2002, 15/12/2002, 27/12/2002 e os respectivos cupons fiscais anexados aos autos comprovando a duplicidade. Segundo, porque está sendo apenas por cumprir a lei, pois o RICMS/BA, em seu artigo 142, inciso VII, obriga a emissão de nota fiscal e a Portaria nº 26, de 13/11/1992, do DNC exige que se preencha o LMC com as vendas do dia, mais especificamente os

campos 5.6 - Vendas do Bico e 5.7 - Vendas do Dia, o que foi feito conforme cópias do LMC e das notas fiscais anexadas aos autos. Diz que as notas fiscais não podem ser somadas aos encerrantes, pois acarretaria a duplicidade de tributação, considerando que as saídas indicadas nelas passaram pelos bicos de bomba e foram registrados no LMC. Acrescenta que se tivesse a intenção de sonegar, jamais emitiria notas fiscais, bastando que emitisse notas fiscais que complementassem os movimentos registrados nos encerrantes.

Cita e transcreve texto doutrinário referente à verdade material, de lavra de Alberto Xavier, citado por Cassone & Cassone, bem como Acórdão nº 5.510/99, do Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba. Reporta-se, ainda, sobre Aurélio Pitanga Seixas Filho, para reforçar o seu entendimento referente ao princípio da verdade material, afirmando que houve duplicidade nos registros e, consequentemente, no cálculo efetuado pelo autuante.

Invoca o artigo 18 do RPAF/99, para dizer que a insegurança da imputação da infração determina a nulidade do lançamento de ofício, citando e transcrevendo os Acórdãos CJF nº.2572, CJF nº 2653/00, CJF nº .0229/01.

Afirma que a base de cálculo é inadequada, considerando que não poderia o autuante utilizar os preços médios de dezembro de cada ano, constantes nas notas fiscais de aquisição da distribuidora fornecedora de combustível, adicionando de forma exorbitante a MVA, o que superou em muito o preço final praticado pelo autuado, nas vendas a varejo, ultrapassando o limite máximo estabelecido na legislação do ICMS, que é o valor real da operação.

Diz que o “bis in idem” é incontestável. Primeiro porque o preço distribuidor já contempla a repercussão do ônus financeiro do ICMS devido até a operação final a varejo, não admitindo qualquer inclusão adicional sem infringir a sistemática do imposto. Segundo porque ao aplicar a MVA sobre o preço do distribuidor está infringindo duplamente a lei, pois está calculando ICMS sobre ICMS ao aplicar a alíquota de 25% ou 27%, duplicando a exigência.

Enfatiza que as bases de cálculos que serviram para apurar o imposto exigido superam os preços efetivamente praticados, no caso, a média do menor preço máximo de venda ao consumidor – refinaria, ou média do preço máximo de venda a varejo – distribuidor, no último mês do exercício, fixados pela autoridade competente; a média dos preços de venda a consumidor final, praticado pelo contribuinte em cada exercício autuado, ou no último mês do exercício.

Sustenta que a utilização dos preços médios apostos nos demonstrativos do Auto de Infração não têm qualquer serventia fiscal, estando dissociados do conceito geral de que a base de cálculo deve refletir o valor da operação de saída das mercadorias.

Frisa que o artigo 10, inciso I, alíneas “a” e “b” da Portaria 445/98, regulamenta o cálculo do ICMS devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, exclusivamente nas situações em que não houver a antecipação tributária como no presente caso, sendo aplicável naqueles casos, a tributação sobre o preço médio das compras e sobre o valor acrescido em função da MVA, alcançando o ICMS devido pelo fornecedor, e o devido pelo próprio adquirente relativo às saídas subsequentes.

Aduz que a exigência do ICMS no caso, deve obedecer ao que determina o artigo 512-A, do RICMS/97, e que a Portaria 445/98, estabelece que deve o autuante perquirir, nos casos de omissões de entradas ou saídas, o “quantum” que seria apurado normalmente pelo contribuinte que está sendo substituído.

Argui a nulidade absoluta do Auto de Infração ou, caso esta não seja acatada, a realização de diligência para apurar o crédito tributário com base no critério alternativo acima reportado.

Impugna a infração 03, sustentando que incorre em equívoco o autuante ao exigir o valor de R\$690,00, pois o correto seria a aplicação de multa no valor de 01 UPF, conforme dispõe o artigo 5º da Portaria 445/98.

Finaliza requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, a sua improcedência, ao tempo em que, protesta pela realização de perícia e diligência, para que se possam ser provadas as suas alegações.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 562 a 565), esclarecendo, inicialmente, que a exigência fiscal decorre de solicitação feita pela COPEC - Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustível e que gerou um Relatório Fiscal, para atendimento de solicitação feita pela CPI DOS COMBUSTÍVEIS, instalada na Assembléia Legislativa. Diz, ainda, que em função dessa solicitação a INFAZ/VAREJO programou através da Ordem de Serviço nº. 506005/06, uma ação fiscal com o objetivo específico de promover a homologação dos exercícios de 2001 a 2005, com aplicação de Roteiro de Levantamento Quantitativo por espécie de mercadorias/Estoque Fechado (AUDIF 207) a ser aplicado especificamente nos combustíveis comercializados pelo autuado, no caso, gasolina comum; gasolina aditivada; álcool e diesel comum. Acrescenta que, no levantamento foram utilizados os procedimentos recomendados para o segmento de Comércio à Varejo de Combustíveis, pela ANP e pela SEFAZ. Diz que o autuado reconhece a Infração 04 e insurge-se contra as Infrações 01, 02 e 03, arguindo a nulidade da autuação e no mérito a sua improcedência.

No que concerne à arguição de nulidade pela falta de clareza dos demonstrativos (fl. 498), assevera que foram entregues ao autuado todos os documentos, demonstrativos e levantamentos elaborados, e que a planilha utilizada além dos elementos que compõem qualquer levantamento dessa natureza inclui itens específicos para o segmento que atua na revenda de combustíveis no varejo, tais como Aferições, Perdas Computadas e Ganhos computados, cada um com natureza, características e sistemática de cálculos próprios.

Diz que as Aferições devem ser incluídas no item Entradas de Mercadorias, considerando que o combustível após ser retirado das bombas para fins de comprovação da correta aferição é novamente recolocado nos Tanques que armazenam combustíveis.

Já as Perdas foram calculadas dia a dia, conforme parecer da SEFAZ e com observância do limite legal previsto pela ANP de 0,06% sobre o Estoque Físico do dia indicado no LMC, sendo consequentemente, considerados no item, Saídas de Mercadorias, para fins de levantamento de estoque.

Quanto aos Ganhos, afirma que foram calculados dia a dia, observado o limite legal previsto pela ANP, ou seja, 0,06% sobre o Estoque Físico do dia indicado no LMC, sendo considerados no item Entradas de Mercadorias para fins de levantamento de estoque.

Salienta que no intuito de dirimir dúvida quanto à sistemática adotada, está acostando outros Demonstrativos que apenas confirmam os números apurados nos demonstrativos já acostados aos autos. Quanto à alegação do autuado de não constar nos demonstrativos de estoques as notas fiscais emitidas nos exercícios de 2004 e 2005, diz que tal alegação não pode prosperar visto que os cupons fiscais e as notas fiscais arroladas às folhas 525 a 529 tiveram as suas vendas devidamente consideradas, haja vista que estas ocorreram “inicialmente” no bico e que os documentos em tela serviram apenas para comprovação de pagamento perante o consumidor.

No que tange à alegação de que as Aferições registradas no LMC são muito superiores aos valores inscritos no referido demonstrativo, deixa de apreciá-la dizendo que o autuado não anexou qualquer demonstrativo que comprove as divergências suscitadas.

No tocante às alegações de mérito, reportando-se à duplicidade de registro nas saídas, apresenta duas situações. Na situação 01, afirma que a nota fiscal é emitida em Transferência saindo da Matriz para as demais filiais do Posto, cabendo considerar a entrada ocorrida num primeiro momento (alocada no bloco Entradas com Notas Fiscais, conforme relação anexa ao PAF) e a sua posterior saída com destino às demais filiais (alocada no bloco Saídas com Notas Fiscais, conforme relação anexa ao PAF). Esclarece, ainda, que esta operação ocorre em “mão dupla”, ou seja, o

estabelecimento do autuado tanto recebe produto em Transferência de suas filiais, como também remete para estas em transferência, conforme demonstrativos de saídas acostados ao PAF. Na situação 02, a nota fiscal ou o cupom fiscal é emitido apenas para fins de faturamento, não sendo evidentemente considerados nas saídas, haja vista que a saída efetiva se deu pelo “bico”, sendo, conseqüentemente, identificadas através dos encerrantes.

Sustenta que em decorrência do que expôs inexistiu a duplicidade alegada pelo autuado.

Relativamente à alegação defensiva atinente à base de cálculo, esclarece que esta foi determinada com base no custo médio das compras ocorridas no mês de dezembro de cada exercício, sem computar nenhuma parcela a título de MVA, consoante estabelece o artigo 60, inciso II, alínea “b”, item 1 do RICMS/BA e artigo 8º, inciso I, da Portaria 445/98.

Quanto à Infração 03, acata as alegações defensivas e solicita que seja considerada a penalidade fixa no valor de R\$50,00, pois, conforme determina o artigo 5º, inciso III, da Portaria 445/98, a multa a ser aplicada no presente caso é a prevista no artigo 915, inciso XXII, do RICMS/97.

Conclui mantendo a autuação integralmente quanto aos itens 01, 02, e 04 e quanto ao item 03, opina pela redução do valor da penalidade pelas razões acima expostas.

Intimado para ciência sobre a informação fiscal e juntada de novos documentos pelo autuante, o autuado acusa o recebimento e se manifesta (fls. 593/594) requerendo a reabertura do prazo de defesa de 30 (tinta) dias, em observância ao princípio da ampla defesa e do contraditório, tendo em vista que o prazo de 10 (dez) dias concedido pela repartição fazendária, não permite uma análise mais aprofundada da aludida documentação.

O autuante se pronunciou às fls. 597/598, discordando da reabertura do prazo de defesa requerida pelo autuado, afirmando ser esta totalmente desnecessária, pois os demonstrativos acostados apenas confirmam as diferenças apontadas, não alterando valores nem quantidades, sendo que, todas as diferenças apontadas foram analisadas na fase preparatória para a lavratura do Auto de Infração, isto é, na fase em que se buscava a confirmação da presunção. Com relação à Portaria nº 445/98 e as diversas matérias publicadas pela imprensa sobre a CPI dos combustíveis, diz que não cria nenhuma situação nova que configure cerceamento do direito de ampla defesa.

A 1ª JF, após discussão em pauta suplementar, deliberou pela conversão do processo em diligência à INFAZ/VAREJO (fl. 601), a fim de que fosse informado ao autuado da reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias, para, querendo, se manifestar nos autos, considerando a juntada de demonstrativos e novos documentos.

O autuado se manifestou às fls. 605 a 624, reiterando todos os termos da peça de defesa inicial, requerendo as preliminares de nulidades, por cerceamento do direito de defesa, pela falta de entrega das notas fiscais e demonstrativos, mediante recibo do autuado; por falta de clareza dos demonstrativos elaborados pelo autuante; por aplicação indevida de MVA nos preços médios do combustível adquirido de distribuidores, que já sofreram a tributação pelo regime de substituição tributária “bis in idem”; ou, se ultrapassada a nulidade, a improcedência do Auto de Infração.

O autuante se pronunciou às fls. 664 a 667, contestando os argumentos defensivos, reiterando os termos da informação fiscal e mantendo integralmente a autuação.

Nos termos do Acórdão JF Nº. 0046-01.07 (fls. 671 a 678), a 1ª JF julgou procedente em parte o Auto de Infração, em decisão unânime.

O autuado interpôs Recurso Voluntário (fls 685 a 703), arguindo a nulidade da decisão da 1ª JF, por não ter apreciado as alegações defensivas referentes às aferições, conforme reproduz.

Reitera que os Demonstrativos de Estoques que lhe foram entregues são completamente ininteligíveis, razão pela qual o Auto de Infração deve ser anulado, em conformidade com o art. 18 do RPAF/99.

Rechaça o mérito da autuação, arguindo a inaplicabilidade da Portaria nº 445/98 na apuração da base de cálculo para os postos revendedores de combustíveis. Diz que a base de cálculo utilizada é indevida. Invoca a verdade material, para dizer que a sua busca foi desconsiderada, não só pelos fatos apresentados em defesa, como também pelos equívocos cometidos pelo autuante.

Conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, a sua improcedência.

A PGE/PROFIS se manifestou (fl. 715), opinando pela decretação da nulidade da decisão e retorno do processo à primeira instância.

Consta às fls. 718/719, petição do impugnante na qual reitera a nulidade da autuação, invocando o Acórdão CJF 0346-12/05, cuja decisão foi favorável ao contribuinte. Reafirma a existência de erro na determinação da base de cálculo, sustentando ser inaplicável a Portaria nº 445/98; alega que não foram observados os documentos anexados relativos às aferições.

Finaliza requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, alternativamente, provimento do Recurso Voluntário, ou, se persistirem dúvidas que seja determinada diligência, para comprovar tudo o que afirma.

A 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão CJF Nº 0326-12.07 (fls. 721 a 726), decretou a nulidade da decisão da 1ª JJF proferida no Acórdão JJF Nº 0046-01.07, retornando o processo à primeira instância para nova decisão, sob o entendimento de que é possível aplicar-se a Portaria nº 445/98 na apuração da base de cálculo para postos revendedores de combustíveis, contudo, *que esta questão estaria na possibilidade ou não de na hipótese em discussão se seria a apuração mais correta, pois, seja qual for o preço médio ele está, por assim dizer, impregnado de ICMS, desde que, logicamente possa ser comprovado documentalmente este fato*. Também, por entender que os documentos acostados aos autos mereceriam uma melhor análise, especialmente aqueles que dizem respeito a possíveis erros nas quantidades de combustíveis objeto das aferições (fls. 500 e 611), independentemente se esta apreciação conduzisse ou não a diferenças nos valores apurados.

A 1ª JJF, em face da decisão proferida pela 2ª CJF, converteu o processo em diligência à ASTEC/CONSEF (fl. 739), a fim de que fosse designado Auditor Fiscal para verificar todas as alegações defensivas, inclusive sobre as aferições.

Nos termos do Parecer ASTEC Nº 007/2009 (fls. 758 a 762), o ilustre Auditor Fiscal Raimundo Oliveira dos Santos, esclareceu que no cumprimento da diligência intimou o autuado em 13/08/08, 16/10/08 e 18/11/08, para apresentar demonstrativos e documentos fiscais referentes às suas alegações defensivas, conforme documentos de fls. 765 a 767.

Observa que o autuado compareceu à ASTEC/CONSEF em diversas ocasiões requerendo cópias e mais cópias das folhas do PAF e solicitando dilação de prazo para apresentar a documentação solicitada, conforme fls. 742/757.

Destaca que, finalmente, em 29/12/2008, o autuado apresentou os demonstrativos e documentos fiscais, os quais foram examinados e confrontados com os demonstrativos elaborados pela fiscalização e documentos do PAF.

Apresenta respostas aos itens suscitados na diligência, consignando que, relativamente às alegações defensivas referentes aos “Demonstrativos de Estoques” elaborados pelo autuante, os exemplos citados pelo impugnante se referem ao demonstrativo de fl. 84 dos autos, sendo que, da análise das diferenças apontadas no referido demonstrativo de gasolina comum e nos demais demonstrativos referentes às demais mercadorias, constata-se que os resultados das diferenças estão corretos.

No que tange à alegação defensiva de que as notas fiscais emitidas nos exercícios de 2004 e 2005 não constam nos “Demonstrativos de Estoques”, apresenta os seguintes esclarecimentos:

Exercício de 2001

- Nota Fiscal nº 382, observa que diz respeito a 5.000 litros de gasolina aditivada, tendo sido computada corretamente nos demonstrativos do autuante, razão pela qual permanecem inalterados os demonstrativos de gasolina comum e gasolina aditivada do exercício de 2001 de fls. 69 e 159;
- Nota Fiscal n.482022, registra que a alegação defensiva de lançamento em duplicidade é correta, motivo pelo qual deve ser diminuída a quantidade de 5.000 litros na entrada de óleo diesel de 2001;
- Notas Fiscais ns 493, 579, 580, diz que a alegação defensiva de que tais notas fiscais não contam na Relação das Notas Fiscais de Saídas às fls. 222/223, é procedente, razão pela qual devem ser acrescentadas as quantidades de 5.000, 10.000 e 10.000 litros nas saídas com notas fiscais de óleo diesel de 2001, fls. 212 e 223. Ressalta, contudo, que a Fiscalização não lançou tributo referente a óleo diesel neste Auto de Infração;

Exercício de 2002

- Nota Fiscal nº 712, diz que a alegação defensiva de que esta nota fiscal foi cancelada não restou comprovada, haja vista que o autuado não apresentou a primeira via deste documento fiscal, razão pela qual o demonstrativo elaborado pelo autuante permanece intacto;

Exercício de 2003

- Nota Fiscal nº 602163, diz que consta nesta nota fiscal a quantidade de 5.000 litros de Gaso C(Mistura c/álcool), sendo esta mesma quantidade e qualidade de mercadorias computada corretamente no demonstrativo elaborado pelo autuante referente às notas fiscais de entradas do ano de 2003 de gasolina comum, motivo pelo qual permanecem intactos os demonstrativos da Fiscalização, neste ponto;
- Nota Fiscal nº 662192, registra que tem razão o impugnante quando diz que este documento fiscal foi lançado no Relatório das Notas Fiscais de Entradas à fl. 100, como 10.000 litros de Gasolina Comum e 5.000 litros de Gasolina Supra, pois consta o registro de 10.000 litros de Gasolina Comum ao invés de 5.000 litros, razão pela qual a entrada que era de 1.365.000 fica diminuída para 1.360.000(fl.101).Salienta que a Gasolina Aditivada foi computada corretamente no demonstrativo de fl. 167;
- Nota Fiscal n. 836, afirma que esta nota fiscal foi computada corretamente nas saídas de gasolina comum e gasolina aditivada nos demonstrativos de fls. 115 e 117, com a descrição do produto e quantidade mencionadas no corpo do referido documento fiscal, não havendo reparo a ser feito no demonstrativo elaborado pelo autuante quanto a este ponto;
- Nota Fiscal nº 842, consigna que assiste razão ao autuado quando alega que esta nota fiscal não consta nos Relatórios das Notas Fiscais de Saída, bem como à fl. 115 e fl. 177, não sendo as quantidades computadas nos demonstrativos elaborados pelo autuante. Salienta que desta forma deve ser acrescentada a quantidade de cada mercadoria nos demonstrativos de saídas, razão pela a saída de gasolina comum com nota fiscal em 2003 que era de 200.000l litros passa para 205.000(fl. 84 e 115), e a saída de gasolina aditivada com nota fiscal que era de 90.000 litros passa para 95.000 litros(fl. 159 e 177). A diferença de gasolina comum que era de 17.582 litros em 2003(fl. 84) passa para 7.582 litros.

Ressalta, contudo, que a Fiscalização não lançou tributo referente a gasolina aditivada nem a gasolina comum no exercício de 2003, conforme se verifica nos Demonstrativos de fls. 84/85 e 159 do PAF;

Exercício de 2005

- Nota Fiscal n. 69597, diz que a alegação defensiva de que consta duas vezes no Relatório de Notas Fiscais de Entrada de fl. 106, razão pela qual deve ser excluída a quantidade de 5.000 litros das

entradas de gasolina comum, razão pela qual onde consta 974.000 litros deve constar 969.000 litros (fls. 84 e 107), passando a diferença que era de 5.253,14 litros para 253,14 litros.

Ressalta, contudo, que a Fiscalização não lançou tributo referente à gasolina comum no exercício de 2005, conforme se verifica nos Demonstrativos de fls. 84/85 do PAF;

- Nota Fiscal nº 691602, afirma que esta nota fiscal foi corretamente registrada no demonstrativo relação das notas fiscais de entradas referente ao exercício de 2003, tratando-se de Diesel Comum, conforme consta à fl. 219 dos autos, contudo, também foi computada nas entradas do exercício de 2005, conforme consta à fl. 221, razão pela qual deve ser excluída do exercício de 2005. Acrescenta que desta forma, a quantidade total de entradas na planilha de fl. 221 deve ser diminuída de 250.551 litros para 245.551 litros, passando a diferença que era de 5.309 litros para 309 litros.

Ressalta, contudo, que a Fiscalização não lançou tributo referente à Diesel comum no exercício de 2005, conforme se verifica no Demonstrativo de fl. 212 do PAF.

No que tange à alegação defensiva referente às aferições, consigna que não constatou divergências entre os valores constantes das aferições registradas no LMC e nos reparos/consertos efetuados nas bombas com os registrados nos demonstrativos da fiscalização.

Destaca que intimou o autuado para apresentar demonstrativo dos alegados equívocos incorridos pelo autuante referente às aferições e reparos/conserto, contudo, o sujeito passivo nada apresentou nem mesmo qualquer documento comprobatório de suas alegações.

No respeitante à alegação defensiva existência de duplicidade de registro nas saídas dos demonstrativos elaborados pelo autuante, decorrente da soma das notas fiscais de saídas conforme cupons fiscais que enumera exemplificativamente, diz que os documentos de fls. 525 a 529 dos autos são cupons fiscais e notas fiscais de venda a consumidor, sendo que, tais documentos são emitidos no momento das vendas de combustíveis por meio de saídas do bico. Afirma que não constatou o registro destes documentos nas relações de notas fiscais de saídas.

Quanto à solicitação para revisar a base de cálculo adotada pelo autuante, utilizando o preço praticado pela refinaria esclarece que não pode ser cumprida porque os preços não foram localizados no PAF. Em decorrência disto, sugere que o processo seja encaminhado à SAT/COPEC, para que informe os preços médios praticados pela refinaria no último mês de cada período fiscalizado, dos combustíveis constantes dos demonstrativos de estoque, considerando as respectivas MVAs.

Em conclusão, diz que para o cumprimento da ampla defesa, várias intimações foram feitas solicitando apresentação de demonstrativos e documentos comprobatórios das alegações do autuado, sendo todos os prazos solicitados concedidos e todas as cópias solicitadas pelo autuado de folhas do processo fornecidas, conforme comprovantes anexos.

Consigna que o autuado deixou de apresentar na diligência, demonstrativos dos equívocos cometidos pelo autuante referentes às aferições e reparos/consertos, acompanhado dos respectivos documentos comprobatórios de suas alegações.

Frisa que, conforme explanado, os documentos apresentados pelo autuado na diligência foram analisados e comparados com os existentes no PAF, sendo que, alguns comprovaram as alegações defensivas, razão pela qual foram considerados para retificação de demonstrativos de estoque elaborados pelo autuante, porém, acrescentou que outros não comprovaram as alegações de equívocos da Fiscalização.

Ressalta que o tributo exigido no Auto de Infração em lide não foi atingido pelas modificações dos demonstrativos da Fiscalização, motivo pelo qual os demonstrativos de débito de fls. 01 e 02 do Auto de Infração permanecem intactos, pelas razões expostas.

Intimado para ciência do resultado da diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, o autuado se manifestou (fls. 823 a 840), dizendo que não concorda com o teor do Parecer ASTEC Nº 007/2009, em razão de ter o diligente concluído de forma equivocada a sua análise técnica.

Alega que no levantamento realizado pelo autuante constante do Auto de Infração as mercadorias discriminadas compreendem gasolina comum, gasolina aditivada, álcool e diesel comum, porém, o diligente elaborou apenas uma planilha correspondente à gasolina comum, desconsiderando a solicitação da 1ª JJF, que citou a gasolina comum apenas a título exemplificativo, o que implica em cerceamento do seu direito de defesa.

Frisa que também não foi periciado pelo diligente o pedido de verificação das perdas e aferições, apesar de a documentação relativa às citadas perdas se encontrarem disponíveis nos autos e também terem sido apresentadas após a intimação. Acrescenta que para ratificar as suas alegações acostou aos autos cópia de demonstrativo onde constam as quantidades extraídas do livro LMC (doc. 01), para que seja realizada nova diligência objetivando a apuração da verdade material do suposto ilícito tributário.

Salienta que juntou ao processo as provas inequívocas dos graves erros cometidos não só pelo autuante, como também pelo diligente que realizou a revisão fiscal, o que torna nulo o procedimento fiscal que resultou na presente autuação.

Reitera a preliminar de nulidade arguida na defesa inicial referente aos demonstrativos que, segundo alega, são ininteligíveis, devendo ser anulado em conformidade com o art. 18 do RPAF/BA, cuja redação reproduz.

Diz que outro ponto a ser observado diz respeito aos valores constantes das aferições registradas no LMC e nos reparos/consertos efetuados nas bombas, que são muito superiores aos valores inscritos no referido demonstrativo, conforme planilhas que anexou aos autos a título de amostragem (Docs. 01 e 02) da defesa protocolada em 20/12/2006.

Afirma que tais argumentos também corroboram com a falta de segurança e clareza do Auto de Infração, de acordo com o art. 18 do RPAF/99.

Sustenta que é inaplicável a Portaria nº 445/98 na apuração da base de cálculo para postos revendedores de combustíveis, haja vista que a apuração fiscal utiliza-se das próprias aquisições que realizadas pela empresa, já impregnadas com a carga tributária calculada até o consumidor final, e, adicionalmente, incorre em vícios motivados pela falta de depuração das aquisições atípicas e desuniformes, no caso, distribuidoras e outros postos revendedores, deixando de retirá-las do caçulo dos preços médios.

Diz que a base de cálculo é indevida, pois incontestavelmente deve ser aquela estimada e que seria utilizada pelo Estado para cobrar o imposto monofásico da Refinaria, no caso da gasolina aditivada e da Distribuidora, no caso do álcool, e não o valor real da operação.

Alega que, no presente caso, o autuante utilizou um mix de critérios, isto é, preços médios de aquisição do autuado efetivamente praticados nas compras, acrescido de MVA incorreta, caracterizando, assim, um erro de Direito.

Assevera que com isto está duplamente eivada de ilegalidade a autuação, conforme diz demonstrará mais adiante.

Frisa que sem adentrar em minúcias devem ser respeitados os princípios da isonomia e estrita legalidade. Reafirma que a base de cálculo só pode ser aquela que seria utilizada na Refinaria/Distribuidora, por se tratar de produtos sujeitos à substituição tributária “para frente”, jamais o valor da operação atual. Invoca a jurisprudência do STF e STJ para afirmar que já se encontra consolidado o entendimento de que não cabe complementação do ICMS por parte do

Estado, nem repetição de indébito por parte do contribuinte, quanto às variações entre o preço efetivamente praticado e o projetado por ficção jurídica, na substituição tributária “para frente”, reproduzindo trechos diversas decisões.

Salienta que, ainda que o critério escolhido pelo autuante fosse matematicamente correto, o que não ocorre, a aplicação dos dispositivos legais que o respaldaram também está equivocada.

Assevera que são intrincados e ininteligíveis os critérios utilizados para determinação do preço que definiu a base de cálculo da autuação.

Diz ser flagrantemente imprópria e desproporcional a base de cálculo, conforme procedido pelo autuante, sendo imprópria tanto do ponto de vista jurídico, como econômico e matemático. Reafirma a existência de “bis in idem”, em flagrante desobediência ao princípio da não cumulatividade.

Salienta que sendo o correto a ser aplicado é a MVA sobre o preço da Refinaria, no caso da gasolina, e para o álcool a MVA sobre o preço da Usina, o equívoco do autuante ao aplicar MVAs sobre o preço errado, majorou em demasia o valor dos combustíveis em relação aos preços realmente praticados, alçando-se a um patamar visivelmente irreal, conforme exemplos que apresenta.

Afirma que tais critérios consubstanciam os graves erros de direito e de fatos argüidos, que maculam de nulidade o presente Auto de Infração. Reforça o seu argumento invocando o Acórdão CJF nº 0346/12/05, que julgou nulo o Auto de Infração nº 108880.0008/03-0, cujo teor reproduz parcialmente.

Assevera que a busca da verdade material foi desconsiderada, não só pelos fatos apresentados em defesa, bem como pelos equívocos cometidos pelo autuante. Invoca posição doutrinária e jurisprudencial, citando e transcrevendo texto de Xavier e Aurélio Pitanga Seixas Filho, assim como o Acórdão proferido pelo Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba.

Frisa que se pode concluir que houve duplicidade nos registros e, conseqüentemente, no cálculo efetuado pelo autuante, portanto, incerteza no levantamento quantitativo realizado. Acrescenta que se o Fisco não tem capacidade de chegar a um cálculo preciso para efetivamente chegar à conclusão de que houve, ou não, omissão de entrada ou de saídas, não há como manter tais infrações, em decorrência de imprecisão e falta de coerência na sua determinação.

Salienta que, no concernente à insegurança, o RPAF/BA é claro ao prever em seu art. 18 que é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Invoca, nesse sentido, decisões da 2ª CJF deste CONSEF, transcrevendo parcialmente o texto.

Diz que como ao processo administrativo interessa a verdade material, torna-se necessária a retirada da Nota Fiscal nº 0334 do demonstrativo “RELAÇÃO DAS NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS – ANO 1001 – GASOLINA ADITIVADA”, pois esta se encontrava cancelada conforme cópia anexada aos autos (Doc. 04).

Sustenta que não restam dúvidas de que a autuação não pode subsistir, em razão dos equívocos cometidos na realização do levantamento quantitativo.

Conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração. Requer, também, a realização de nova diligência de forma a esclarecer os fatos, para que não haja prejuízos para a defesa.

Salienta que na improvável e absurda de ser apreciado o mérito da autuação, roga pela total improcedência do Auto de Infração, pelas razões apresentadas, resumidas abaixo:

- inaplicabilidade da Portaria nº 445/98;
- utilização da base de cálculo indevida;

- retirada dos cálculos da Nota Fiscal nº 0334;
- cômputo das aferições nos cálculos realizados pelo autuante;
- retirar os ganhos de 0,6% nos cálculos realizados pelo autuante.

Protesta pela realização de nova perícia e diligência na empresa, por órgão específico, por Auditor Fiscal estranho ao feito, para que se possam comprovar as suas alegações.

Cientificado sobre o Parecer ASTEC 007/2009, o autuante se pronunciou(fl. 1.078/1.079), consignando que após nova verificação de todos os argumentos produzidos pelo autuado, o diligente concluiu afirmando que o tributo exigido no Auto de Infração não foi atingido pelas modificações dos demonstrativos da Fiscalização, motivo pelo qual os demonstrativos de débito de fls. 1 e 2 do Auto de Infração permanecem intactos.

Afirma que em sua nova manifestação o autuado tem o intuito de mais uma vez confundir os fatos e sobretudo protelar ao máximo o momento para a satisfação de sua obrigação tributária, haja vista que se limita a repetir os argumentos apresentados na peça de defesa inicial, sem apresentar qualquer fato novo capaz de elidir a exigência fiscal, realizada em conformidade com a legislação tributária vigente, conforme ratificado pelo Parecer ASTEC Nº 007/2009 e pelos diversos Acórdãos que acosta aos autos, que contemplam julgamentos de matérias análogas por todas as Juntas de Julgamento, bem como pelas Câmaras de Julgamento deste CONSEF.

Finaliza mantendo a autuação, à exceção da infração 03, dizendo quanto a esta infração que o valor correto é R\$ 50,00 e não R\$ 690,00, conforme indicado no Auto de Infração.

A 1ª JJF converteu o processo em diligência à COPEC(fl. 1.128), a fim de que Auditor Fiscal designado, apurasse em relação aos itens constantes do levantamento de estoque, o preço médio praticado pela refinaria/usina, conforme o produto, no último mês de cada período fiscalizado, considerando as respectivas MVAs. Foi solicitado, ainda, que em seguida o processo fosse encaminhado à ASTEC/CONSEF, para que Auditor Fiscal designado adotasse as seguintes providências: a) efetuassem a apuração do imposto a ser exigido, com base nos dados acima levantados, assim como nos documentos anexados à peça de defesa e naqueles apresentados pelo impugnante, em especial, observando a manifestação do autuado às fls. 823 a 840, no que concerne à sua discordância do resultado apresentado no Parecer ASTEC nº 007/2009, efetuando os ajustes e correções, se fosse o caso; b) apresentasse novos demonstrativos de débito para as infrações 01 e 02.

O Auditor Fiscal da SAT/COPEC designado para cumprimento da primeira parte da diligência, se pronunciou (fl. 1.131), esclarecendo que em relação ao álcool combustível ficou impossibilitado de atender à totalidade da solicitação da 1ª JJF, em razão de não haver registro de preço médio deste combustível praticado por usinas nos exercícios de 2002 e 2003. Contudo, esclarece que em função da Alteração nº 57 do RICMS/BA, que acrescentou o inciso VIII ao “caput” do art. 512-B, a partir de 16/08/2004(Ato COTEPE nº 31/04), a tributação referente ao álcool combustível se dá em função do Preço Médio Ponderado a Consumidor Final(PMPF).

Salienta que está anexando uma tabela contendo as MVAs e alíquotas de álcool previstas para as operações internas no dia 31 de dezembro dos exercícios de 2001, 2002 e 2003, bem como os valores do PMPF e respectivas alíquotas no dia 31 de dezembro dos exercícios de 2004 e 2005.

Quanto à gasolina e ao óleo diesel, esclarece que está anexando tabelas contendo os preços de referência praticados pela refinaria de petróleo da Petrobrás, assim como a MVA interna, o percentual de álcool na gasolina e alíquota vigente, sempre para o dia 31 de dezembro dos exercícios de 2001 a 2005.

Registra que em relação ao óleo diesel, durante o período abrangido pela autuação, foram instituídos percentuais de redução da base de cálculo do ICMS que impactam na determinação do imposto

devido. Acrescenta que está anexando, também, uma tabela contendo o detalhamento dos percentuais de redução de base de cálculo deste combustível no período abrangido pelo Auto de Infração.

Encaminhado o processo à ASTEC/CONSEF, para cumprimento da segunda parte da diligência, a Auditora Fiscal Maria do Socorro Fonseca de Aguiar, esclareceu nos termos do Parecer ASTEC Nº 17/2010 (fls. 1.135 a 1.139), que adotou os seguintes procedimentos:

- relacionou os valores das infrações 01 e 02, referentes ao levantamento quantitativo de estoques lançados pelo autuante.

Diz que com estes dados listados constata-se que todos os demonstrativos constam no PAF, às fls. 85, 159 e 263, com a assinatura do recebimento do autuado, inexistindo lançamentos de débitos referentes às diferenças de diesel nos exercícios de 2001, 2002, 2003, 2004, 2005; gasolina comum nos exercícios de 2001, 2003, 2004, 2005, e gasolina aditivada nos exercícios de 2003, 2004 e 2005, motivo pelo qual, muitos dos equívocos apontados pelo impugnante não correspondem aos lançamentos no Auto de Infração em lide.

Esclarece que foram confrontados todos os dados das planilhas do autuante de fls. 84/85, 159/263, com os dados impugnados pelo autuado às fls. 770/818, confirmando-se o Parecer ASTEC Nº 007/2009, uma vez que mesmo corrigidos os equívocos apontados pelo autuado, não alteraram as diferenças das mercadorias e os valores apurados pelo autuante, por não se referirem às mercadorias e/ou período autuado.

Diz, ainda, que foram confrontados os documentos apresentados às fls. 841 a 1.074, referente à manifestação do autuado de fls. 823 a 840, ficando apenas comprovado o cancelamento da Nota Fiscal nº 334 (fl. 854). Consigna que com a redução de 5.000 litros de gasolina aditivada (fl. 174), no exercício de 2001, a diferença que era de 8.484 litros, ficou reduzida para 3.484 litros, conforme demonstrativo que apresenta. Acrescenta que como base nos Preços Médios Ponderados a Consumidor Final e MVAs informados pela COPEC à fl. 1.132, foram refeitos os cálculos apurados pelo autuante, conforme demonstrativo que apresenta, passando a infração 01 para o valor de R\$ 7.971,00 e a infração 02 para o valor de R\$ 5.365,80.

Intimado para conhecimento do Parecer ASTEC Nº 17/2010, o autuado se manifestou (fls. 1.146 a 1.152), consignando, inicialmente, que em conformidade ao quanto requerido pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, a COPEC, por seu Auditor Fiscal se pronunciou à fl. 1.131 dos autos, tendo anexado tabela contendo os preços médios, MVA's e alíquotas dos combustíveis. Acrescenta que, posteriormente, o presente processo fora encaminhado à ASTEC/CONSEF para que fosse apurado o imposto devido com base na tabela anexada na diligência anterior e realizado novo demonstrativo de débito para as infrações 01 e 02 do Auto de Infração em epígrafe.

Transcreve as infrações 01 e 02 apontadas no Auto de Infração, para afirmar que, desta feita, depreende-se do Parecer ASTEC nº 017/2010 que foram realizados novos cálculos pela diligente, com base nos PMPF's e MVA's informados pela COPEC, tendo sido feito e substituído, ainda, praticamente todo o lançamento tributário realizado pelo autuante.

Salienta que restou comprovado e confirmado pela diligente que a Nota Fiscal nº 334 (fl. 854) fora cancelada, tendo sido, portanto, reduzido para 3.484 litros a suposta diferença de gasolina aditivada apurada no exercício de 2011.

Diz que, nesse íterim, da análise do parecer supramencionado, se extrai que fora realizado novo lançamento do tributo, tendo, pois agravado a situação do contribuinte, conforme demonstrativo que apresenta referente à infração 01, que passa para o valor de R\$ 7.971,00 e para a infração 02 no valor de R\$ 5.365,80.

Afirma que, diante de tal análise, resta concluir que foram refeitas as bases de cálculo e imputados

novos valores supostamente devidos, tendo sido extremamente agravada a sua situação, uma vez que o novo lançamento desencadeou num aumento bastante significativo da infração, tendo sido, ainda, quase triplicado o montante total constante na infração 02.

Sustenta que a autuação não pode prosperar uma vez demonstrada a insubsistência jurídica do novo lançamento tributário efetuado, devendo ser anulado o presente Auto de Infração, conforme diz sustentar no tópico abaixo.

Manifesta-se acerca das diligências realizadas, destacando que não é possível e lícito ao órgão julgador administrativo, quando da apreciação de uma impugnação, agravar a situação do contribuinte para fazer com que o lançamento tributário seja anulado e substituído por outro mais desfavorável ao impugnante que o próprio ato impugnado, haja vista que sendo o lançamento tributário um ato vinculado da administração pública, tendo sido constatado ilegalidade e incertezas jurídicas deste ato, impõe-se a sua nulidade, sob pena de ofensa aos princípios basilares da legalidade, devido processo legal, segurança jurídica, da ampla defesa e do contraditório.

Frisa que considerando que tais princípios garantem legitimidade do procedimento de controle do lançamento, quando constatado vício que macule essa legitimidade, impõe-se ao órgão revisor que se atenha a tais limitações.

Destaca, ainda, que destes princípios constitucionais decorre a proibição do “reformatio in pejus”, o qual significa que não pode haver reforma para pior. Acrescenta que a “reformatio in pejus” pode ser constatada em sede administrativa quando o contribuinte, por intermédio de impugnação, postula uma melhora em sua situação jurídica e tem tal situação agravada por ocasião da apreciação de suas razões pelo órgão julgador.

Ressalta que é vedado aos órgãos da administração pública, dentre eles os próprios órgãos revisores do lançamento, agravar a situação do contribuinte quando do exercício do direito de impugnação em obediência ao princípio do “non reformatio in pejus”, ou seja, proibição de reformar para pior.

Assevera que em sede de Processo Administrativo Fiscal fica extremamente vedada a prática de novo ato administrativo de lançamento mais gravoso do que aquele objeto do presente Processo Administrativo Fiscal.

Invoca lição de Alberto Xavier no sentido de que até mesmo na hipótese de o órgão de julgamento possuir poderes de órgão de lançamento, a este não é permitido o agravamento da exigência inicial feita ao contribuinte.

Aduz que conceber o contrário seria permitir a “reformatio in pejus”, agravando a exigência inicial em função da verificação de incertezas, imprecisão e incoerência no lançamento original, em manifesta contrariedade aos princípios da legalidade, devido processo legal, segurança jurídica, da ampla defesa e do contraditório.

Evoca, também, ensinamentos de Ana Teresa Ribeiro da Silveira, no sentido de que é inadmissível em nosso sistema administrativo a adoção da “reformatio in pejus” em razão de esta ser *“incompatível com a moderna concepção de processo administrativo trazida pela lei federal, que defende um processo modelado constitucionalmente, inspirado pelo ideal democrático, respeitador dos direitos e garantias dos administrados.”*

Afirma que o lançamento tributário, uma vez regularmente notificado ao sujeito passivo, é inicialmente inalterável, sendo apenas possível a sua alteração nas situações excepcionais elencadas pelo Código Tributário Nacional em seu art. 145, quais sejam, quando houver impugnação do sujeito passivo; quando existente recurso de ofício; ou por iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no art. 149 do CTN, quais sejam os casos referentes ao “lançamento de ofício”.

Diz que, desta forma, a revisão do ato de lançamento encontra limites objetivos impostos pela

legislação pátria, sendo vedado a qualquer Tribunal Administrativo agravar o lançamento por ocasião de julgamento de qualquer processo do contribuinte.

Sustenta que o agravamento do lançamento, mesmo em sede de 1ª instância administrativa, esbarra incisivamente no princípio da “non reformatio in pejus”, sendo vedado proceder a novo lançamento nos autos do Processo Fiscal para agravar a situação do impugnante em vista da necessidade de preservar a estabilidade da relação jurídica atingida pelo lançamento.

Salienta que, no presente caso, quando fora solicitado por esta Junta de Julgamento Fiscal a realização de diligência à ASTEC/CONSEF para revisar o lançamento tributário inicial, foram refeitas as bases de cálculo e apresentados novos valores supostamente devidos a título de ICMS antecipado, resultando na majoração do lançamento inicial.

Alega que admitir que o órgão revisor administrativo refizesse um lançamento tributário em grau de impugnação que resultasse em prejuízo ao particular iria de encontro com a própria garantia do direito de defesa na seara da administração pública.

Destaca que permitir que, diante da verificação de vícios que maculam o lançamento tributário original seja realizado novo lançamento mais gravoso em prejuízo do impugnante, seria acolher a possibilidade de “reformatio in pejus” em total afronta à Constituição Federal.

Ressalta que no tocante à insegurança da imputação da infração e na própria definição da base de cálculo, que o RPAF é claro ao prever, em seu art. 18, a nulidade do lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Diz que por tudo quanto exposto, há que se repudiar a possibilidade de se reformar uma decisão para pior, quando da apreciação de impugnação interposta pelo administrado.

Afirma que tendo em vista que os vícios constantes no Auto de Infração não comportam revisibilidade, é que se faz necessário a sua anulação.

Conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração, em razão da ocorrência de vícios insanáveis.

O autuante se pronunciou (fls. 1.170 a 1.173), apresentando um histórico sobre os fatos que levaram o Auto de Infração a julgamento pela primeira instância e modificação da decisão pela segunda instância.

Diz que o autuado protocolizou defesa em 01/08/2006, onde acatou a infração 04 e se insurgiu contra as infrações 01, 02 e 03, levantando situações e apresentando justificativas para as irregularidades apontadas no Auto de Infração e sobre as quais se pronunciou na informação fiscal de fls. 561 a 590 dos autos.

Registra que cientificado sobre a informação fiscal, o autuado se manifestou às fls. 580 a 654, requerendo a reabertura do prazo de defesa, o que foi deferido pela 1ª JJF, tendo o impugnante apresentado suas razões de defesa às fls. 604 a 606, sobre as quais se pronunciou às fls. 663 a 667 dos autos.

Consigna que levado o Auto de Infração a julgamento em primeira instância foi decretada sua procedência parcial, em conformidade com o Acórdão JJF Nº 0046-01.07(fl. 671 a 682), de cujo teor fora cientificado em 02/04/2007 (fl. 717).

Salienta que o autuado ingressou com Recurso Voluntário em 28/03/2007, que determinou o retorno do processo à 1ª JJF, para reexame da matéria, conforme decisão da segunda instância do CONSEF.

Frisa que em 07/01/2008 a 1ª JJF solicitou diligência à ASTEC/CONSEF, para verificar possíveis erros nas quantidades de combustíveis objetos das aferições.

Registra que cumprida à diligência pela ASTEC/CONSEF, nos termos do Parecer ASTEC Nº. 007/2009(fl.758 a 763), onde após nova verificação de todos os argumentos produzidos pelo autuado,

o Auditor Fiscal diligente, concluiu que o tributo exigido no Auto de Infração não fora atingido pelas modificações dos demonstrativos da Fiscalização, motivo pelo qual os demonstrativos de débito de fls. 01 e 02 do Auto de Infração permanecem intactos, conforme exposto acima.

Observa que intimado o autuado para ciência do resultado da diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, que confirmara a insubsistência dos argumentos defensivos, este se manifestou em 26/02/2009, com o intuito de mais uma vez confundir os fatos e, sobretudo, protelar ao máximo o momento para a satisfação de sua obrigação tributária, tendo em vista que se limitou a repetir os argumentos apresentados na peça de defesa inicial, sem apresentar nenhum fato novo capaz de elidir a exigência fiscal, efetuada em consonância com a legislação tributária vigente, fato este, agora, ratificado pelo Parecer ASTEC Nº 007/2009 e pelos diversos Acórdãos que acosta aos autos, e que contemplam julgamentos de matérias análogas por todas as Juntas de Julgamento Fiscal, bem como pelas Câmaras de Julgamento deste Conselho de Fazenda.

Ressalta que não obstante esta situação foi requerida nova diligência pela 1ª JJF, no que resultou no Parecer ASTEC Nº. 17/2010(fl.s.1.135 a 1.139), que segundo diz, altera a sistemática da base de cálculo para o Auto de Infração, desprezando as regras estabelecidas pela Portaria n. 445/98.

Em relação a este posicionamento da ASTEC tece os comentários, a seguir.

Aduz que a legislação tributária estadual do ICMS estabelece no artigo 4º , § 4º da Lei 7.014/96, que: *“O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.”*

Consigna que no intuito de esclarecer o alcance do dispositivo legal acima referido, *“bem como proporcionar ao corpo fiscal e demais instancias da Secretaria da Fazenda entendimento uniforme na aplicação da aludida norma”*, é que foi publicada no DOE do dia 11/08/1998 a Portaria nº. 445 de 10 de agosto de 1998, que *“dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias”*.

Destaca que no desenvolvimento do levantamento quantitativo de estoque que realizou, foram utilizados os procedimentos recomendados para o segmento específico de “Comércio à Varejo de Combustíveis”, adotada para fins de cálculo do ICMS a recolher , a metodologia estabelecida pelo artigo 10, inciso I, alíneas “a” e “b” da Portaria acima referida, que reza , na hipótese de omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária que *“a base de cálculo é o valor da mercadoria adquirida, que corresponde ao preço médio das compras efetuadas no último mês de aquisição da mesma espécie de mercadoria”*.

Manifesta o entendimento de que não cabe ao preposto fiscal, de nenhuma forma, infringir as disposições da mencionada Portaria ou mesmo buscar formas alternativas de aplicá-las, sendo irrelevante, neste contexto, o fato de o resultado final obtido vir a ser mais ou menos favorável ao contribuinte ou mesmo ao Fisco, fato este, inclusive arguido pelo autuado em sua nova manifestação.

Afirma que a Portaria acima citada permanece em vigor, fundamentando o Auto de Infração em tela, conforme consta à fl. 01 do Auto de Infração, não podendo ser desconsiderada em razão de um Parecer ou mesmo um entendimento da COPEC.

Sustenta que, caso prevaleçam as alterações propostas pela ASTEC em seu Parecer para modificar a base de cálculo do Auto de Infração em lide, este ficará totalmente desfigurado, o que certamente será explorado pelo contribuinte, sobretudo na esfera judicial.

Esclarece que a metodologia adotada na autuação foi referendada pelas 1ª, 2ª e 3ª Juntas de Julgamento Fiscal deste Conselho de Fazenda Estadual, conforme os Acórdãos JJF Nº 0420-03/06, JJF Nº.0089-01/07 e JJF Nº. 0114-02/07, acostados o ao presente Auto de Infração, para análise por parte dos julgadores.

Finaliza afirmando que discorda da sugestão apresentada na diligência para que a base de cálculo apontada no presente Auto de Infração seja alterada, razão pela qual mantém parcialmente a autuação, para exigir o ICMS no valor já apurado no Acórdão de fls. 671 a 678 dos autos, mais multas fixas no valor de R\$ 50,00, relativa às omissões de saídas, confirmando, assim, uma tônica que tem marcado as reiteradas decisões.

VOTO

Inicialmente, cabe-me apreciar as preliminares de nulidade do Auto de Infração arguida pelo impugnante na peça de defesa inicial, sob o argumento de cerceamento do seu direito de defesa, pois, segundo alega, o autuante não entregou todos os termos, notas fiscais, demonstrativos e levantamentos elaborados, impossibilitando-o de estabelecer o contraditório e a ampla defesa garantida pela Carta Magna; bem como pela falta de clareza dos demonstrativos que, ao seu dizer, são todos ininteligíveis, pois não se consegue chegar aos valores constantes nesses demonstrativos, em especial, aos constantes da coluna “Entrada sem Nota Fiscal”.

Certamente que a arguição de cerceamento do direito de defesa pela falta de entrega de todos os termos, notas fiscais, demonstrativos e levantamentos elaborados pelo autuante, não pode prosperar, haja vista que todos os elementos suscitadas pelo autuado foram entregues, conforme comprovante de recebimento acostado aos autos.

Quanto à alegação de falta de clareza dos demonstrativos que, ao seu dizer, são todos ininteligíveis, pois não se consegue chegar aos valores constantes nesses demonstrativos, em especial, aos constantes da coluna “Entrada sem Nota Fiscal”, convém consignar que esta 1ª JJF, no intuito de afastar qualquer possibilidade de cerceamento do direito de ampla defesa do contribuinte, converteu o processo em diligência, para que fosse reaberto o prazo de defesa de 30 (trinta) dias, haja vista que o autuante juntara na informação fiscal, demonstrativos que, apesar de não alterar quantidades e valores apontados nos demonstrativos inicialmente anexados, foram juntados pelo autuante no intuito de dirimir dúvida quanto à sistemática adotada.

No que tange à arguição de nulidade por ter ocorrido revisão do lançamento tributário em grau de impugnação que resultou em agravamento da infração, também não acolho a pretensão defensiva, haja vista que, conforme será visto mais adiante, a exigência fiscal deverá recair sobre o valor originalmente lançado, sendo que, havendo agravamento da infração poderá ser instaurado novo procedimento fiscal para exigência do crédito tributário, nos termos do art. 156 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Com relação à arguição de nulidade por ocorrência de vícios insanáveis, não acolho o argumento defensivo, haja vista que inexistem tais vícios.

Diante do exposto, não acolho o pedido de nulidade do lançamento de ofício, haja vista que o presente processo está revestido das formalidades legais, inexistindo qualquer vício ou falha capaz de inquinar de nulidade o lançamento, na forma do art. 18, incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

No que tange ao mérito da autuação, verifico que o autuado reconhece a infração 04, inclusive efetuando o pagamento do valor do débito. Noto, também, que o autuante acata o argumento defensivo referente à multa indicada na infração 03, e admite acertadamente que a multa correta aplicável no caso desta infração é de R\$ 50,00 e não R\$ 690,00, conforme apontado originalmente no Auto de Infração.

Portanto, a lide prossegue exclusivamente com relação às infrações 01 e 02, cuja análise faço a seguir.

Conforme consignado no relatório, o Auto de Infração em exame foi objeto de julgamento por esta 1ª JJF, cuja decisão pela procedência parcial da autuação, proferida nos termos do Acórdão JJF Nº. 0046-01.07 foi anulada pela segunda instância deste CONSEF, precisamente pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão CJF Nº 0326-12.07, que decretou a nulidade da referida decisão de primeira instância e determinou o retorno do processo para novo julgamento.

Vale observar que para decretação da nulidade acima aduzida a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal utilizou dois fundamentos, conforme o Acórdão CJF Nº 0326-12.07.

O primeiro fundamento, por entender que é possível aplicar-se a Portaria nº 445/98 na apuração da base de cálculo para postos revendedores de combustíveis - como no caso em exame -, contudo, que esta questão estaria na possibilidade ou não de na hipótese em discussão se seria a apuração mais correta, pois, seja qual for o preço médio ele está impregnado de ICMS, desde que, logicamente possa ser comprovado documentalmente este fato.

O segundo fundamento, por entender que os documentos acostados aos autos mereceriam uma melhor análise, especialmente aqueles que dizem respeito a possíveis erros nas quantidades de combustíveis objetos das aferições (fls. 500 e 611), independentemente se esta apreciação conduziu ou não a diferenças nos valores apurados.

Em razão dos fundamentos da decisão da 2ª CJF acima referidos, esta 1ª JJF converteu o processo em diligência em três oportunidades, sendo a primeira à ASTEC/CONSEF, a fim de que, levando em conta as alegações defensivas e os elementos acostados aos autos, fosse designado Auditor Fiscal para que revisasse o lançamento. A segunda diligência à SAT/COPEC, a fim de que identificasse os preços praticados pela refinaria/usina no período objeto da autuação. A terceira à ASTEC/CONSEF, para que Auditor Fiscal designado considerando as alegações defensivas, o resultado da diligência anteriormente realizada conforme o Parecer ASTEC Nº 007/2009, e os preços médios praticados pela refinaria/usina identificados pela SAT/COPEC, revisasse o levantamento.

Relevante registrar que todas as diligências foram cumpridas, sendo os resultados apresentados esclarecedores para decisão da lide, conforme passo a expor a seguir.

O resultado da primeira diligência refletido no Parecer ASTEC Nº 007/2009 (fls. 758 a 762), da lavra do ilustre Auditor Fiscal Raimundo Oliveira dos Santos, esclareceu que no cumprimento da diligência intimou o autuado em 13/08/08, 16/10/08 e 18/11/08, para apresentar demonstrativos e documentos fiscais referentes às suas alegações defensivas, conforme documentos de fls. 765 a 767.

Observou o diligenciador que o autuado compareceu à ASTEC/CONSEF em diversas ocasiões requerendo cópias e mais cópias das folhas do PAF e solicitando dilação de prazo para apresentar a documentação solicitada, conforme fls. 742/757.

Destacou que, finalmente, em 29/12/2008, o autuado apresentou os demonstrativos e documentos fiscais, os quais foram examinados e confrontados com os demonstrativos elaborados pela fiscalização e documentos do PAF.

Apresentou respostas aos itens suscitados na diligência, consignando que, relativamente às alegações defensivas referentes aos “Demonstrativos de Estoques” elaborados pelo autuante, os exemplos citados pelo impugnante se referem ao demonstrativo de fl. 84 dos autos, sendo que, da análise das diferenças apontadas no referido demonstrativo de gasolina comum e nos demais demonstrativos referentes às demais mercadorias, constata-se que os resultados das diferenças estão corretos.

Veja-se que o diligenciador analisou todos os demonstrativos referentes a todas as mercadorias, constatando que as diferenças apontadas pelo autuante estão corretas, registre-se, conforme comprovam os elementos acostados aos autos, o que afasta qualquer alegação no sentido de que a diligência não foi atendida conforme solicitado pela 1ª JJF.

No que tange à alegação defensiva de que as notas fiscais emitidas nos exercícios de 2004 e 2005 não constam nos “Demonstrativos de Estoques”, apresentou o diligenciador os seguintes esclarecimentos, com os quais concordo plenamente:

Exercício de 2001

- Nota Fiscal nº 382, observou que diz respeito a 5.000 litros de gasolina aditivada, tendo sido computada corretamente nos demonstrativos do autuante, razão pela qual permanecem inalterados os demonstrativos de gasolina comum e gasolina aditivada do exercício de 2001 de fls. 69 e 159;
- Nota Fiscal nº 482022, registrou que a alegação defensiva de lançamento em duplicidade é correta, motivo pelo qual deve ser diminuída a quantidade de 5.000 litros na entrada de óleo diesel de 2001;
- Notas Fiscais nºs 493, 579, 580, disse que a alegação defensiva de que tais notas fiscais não constam na Relação das Notas Fiscais de Saídas às fls. 222/223, é procedente, razão pela qual devem ser acrescentadas as quantidades de 5.000, 10.000 e 10.000 litros nas saídas com notas fiscais de óleo diesel de 2001, fls. 212 e 223. Relevante o destaque feito pelo diligenciador no sentido de que o autuante não lançou tributo referente a óleo diesel neste Auto de Infração;

Exercício de 2002

- Nota Fiscal nº 712, disse que a alegação defensiva de que esta nota fiscal foi cancelada não restou comprovada, haja vista que o autuado não apresentou a primeira via deste documento fiscal, razão pela qual o demonstrativo elaborado pelo autuante permanece intacto.

Importante observar o registro feito pelo diligenciador, haja vista que também nessa alegação o autuado nada trouxe para comprovar o alegado. Ou seja, apenas alegou nada comprovou.

Exercício de 2003

- Nota Fiscal nº 602163, esclareceu o diligenciador que consta nesta nota fiscal a quantidade de 5.000 litros de “Gasol C(Mistura c/álcool)”, sendo esta mesma quantidade e qualidade de mercadorias computada corretamente no demonstrativo elaborado pelo autuante referente às notas fiscais de entradas do ano de 2003 de gasolina comum, motivo pelo qual permanecem intactos os demonstrativos da Fiscalização, neste ponto.

Vale dizer que também neste item a alegação do autuado, restou totalmente inócua.

- Nota Fiscal nº 662192, registrou que tem razão o impugnante quando diz que este documento fiscal foi lançado no Relatório das Notas Fiscais de Entradas à fl. 100, como 10.000 litros de Gasolina Comum e 5.000 litros de Gasolina Supra, pois consta o registro de 10.000 litros de Gasolina Comum ao invés de 5.000 litros, razão pela qual a entrada que era de 1.365.000 fica diminuída para 1.360.000(fl. 101).Salientou que a Gasolina Aditivada foi computada corretamente no demonstrativo de fl. 167;
- Nota Fiscal nº 836, afirmou que esta nota fiscal foi computada corretamente nas saídas de gasolina comum e gasolina aditivada nos demonstrativos de fls. 115 e 117, com a descrição do produto e quantidade mencionadas no corpo do referido documento fiscal, não havendo reparo a ser feito no demonstrativo elaborado pelo autuante quanto a este ponto.
- Nota Fiscal nº 842, consignou que assiste razão ao autuado quando alega que esta nota fiscal não consta nos Relatórios das Notas Fiscais de Saída, bem como à fl. 115 e fl. 177, não sendo as quantidades computadas nos demonstrativos elaborados pelo autuante.Salienta que desta forma deve ser acrescentada a quantidade de cada mercadoria nos demonstrativos de saídas, razão pela a saída de gasolina comum com nota fiscal em 2003 que era de 200.000 litros passa para 205.000(fl. 84 e 115), e a saída de gasolina aditivada com nota fiscal que era de 90.000 litros passa para 95.000 litros(fl. 159 e 177). A diferença de gasolina comum que era de 17.582 litros em 2003(fl. 84) passa para 7.582 litros.

Ressaltou, contudo, que a Fiscalização não lançou tributo referente a gasolina aditivada nem a gasolina comum no exercício de 2003, conforme se verifica nos Demonstrativos de fls. 84/85 e 159 do PAF;

Exercício de 2005

- Nota Fiscal nº 69597, esclareceu que a alegação defensiva de que consta duas vezes no Relatório de Notas Fiscais de Entrada de fl. 106, razão pela qual deve ser excluída a quantidade de 5.000 litros das entradas de gasolina comum, razão pela qual onde consta 974.000 litros deve constar 969.000 litros (fls. 84 e 107), passando a diferença que era de 5.253,14 litros para 253,14 litros.

Ressaltou, contudo, que a Fiscalização não lançou tributo referente à gasolina comum no exercício de 2005, conforme se verifica nos Demonstrativos de fls. 84/85 do PAF;

- Nota Fiscal nº 691602, afirmou que esta nota fiscal foi corretamente registrada no demonstrativo relação das notas fiscais de entradas referente ao exercício de 2003, tratando-se de Diesel Comum, conforme consta à fl. 219 dos autos, contudo, também foi computada nas entradas do exercício de 2005, conforme consta à fl. 221, razão pela qual deve ser excluída do exercício de 2005. Acrescentou que desta forma, a quantidade total de entradas na planilha de fl. 221 deve ser diminuída de 250.551 litros para 245.551 litros, passando a diferença que era de 5.309 litros para 309 litros.

Ressaltou, contudo, que a Fiscalização não lançou tributo referente à Diesel comum no exercício de 2005, conforme se verifica no Demonstrativo de fl. 212 do PAF.

No que tange à alegação defensiva referente às aferições, consignou que não constatou divergências entre os valores constantes das aferições registradas no LMC e nos reparos/consertos efetuados nas bombas com os registrados nos demonstrativos da fiscalização. Destacou, ainda, que intimou o autuado para apresentar demonstrativo dos alegados equívocos incorridos pelo autuante referente às aferições e reparos/conserto, contudo, o sujeito passivo nada apresentou nem mesmo qualquer documento comprobatório de suas alegações.

No respeitante à alegação defensiva existência de duplicidade de registro nas saídas dos demonstrativos elaborados pelo autuante, decorrente da soma das notas fiscais de saídas conforme cupons fiscais que enumerou exemplificativamente, esclareceu o diligenciador que os documentos de fls. 525 a 529 são cupons fiscais e notas fiscais de venda a consumidor, sendo que, tais documentos são emitidos no momento das vendas de combustíveis por meio de saídas do bico. Afirmou que não constatou o registro destes documentos nas relações de notas fiscais de saídas.

Conforme o resultado da diligência acima detalhado, assim como o exame dos elementos acostados aos autos, verifica-se que as alegações defensivas não tiveram qualquer repercussão no levantamento levado a efeito pelo autuante, haja vista que não estavam relacionadas com o levantamento fiscal, pois, conforme muito bem consignado pelo diligenciador, o tributo exigido no Auto de Infração em lide não foi atingido pelas modificações dos demonstrativos da Fiscalização, motivo pelo qual os demonstrativos de débito de fls. 01 e 02 do Auto de Infração permanecem inalterados.

Cabe-me fazer um registro à parte sobre a alegação defensiva referente à existência de equívocos cometidos pelo autuante nas aferições e reparos/consertos, pois, conforme restou comprovado o autuado nada apresentou para identificar os aludidos equívocos, inclusive quando intimado para apresentar demonstrativos e documentos comprobatórios de sua alegação.

Já o resultado apresentado na segunda diligência cumprida por Auditor Fiscal da SAT/COPEC à fl. 1.131, este esclareceu que em relação ao álcool combustível ficou impossibilitado de atender à totalidade da solicitação da 1ª JJF, em razão de não haver registro de preço médio deste combustível praticado por usinas nos exercícios de 2002 e 2003. Contudo, em função da Alteração nº 57 do RICMS/BA, que acrescentou o inciso VIII ao “caput” do art. 512-B, a partir de 16/08/2004 (Ato COTEPE

nº 31/04), a tributação referente ao álcool combustível se dá em função do Preço Médio Ponderado a Consumidor Final(PMPF).

Salientou que está anexando uma tabela contendo as MVAs e alíquotas de álcool previstas para as operações internas no dia 31 de dezembro dos exercícios de 2001, 2002 e 2003, bem como os valores do PMPF e respectivas alíquotas no dia 31 de dezembro dos exercícios de 2004 e 2005.

Quanto à gasolina e ao óleo diesel, esclareceu que está anexando tabelas contendo os preços de referência praticados pela refinaria de petróleo da Petrobrás, assim como a MVA interna, o percentual de álcool na gasolina e alíquota vigente, sempre para o dia 31 de dezembro dos exercícios de 2001 a 2005.

Registrou que em relação ao óleo diesel, durante o período abrangido pela autuação, foram instituídos percentuais de redução da base de cálculo do ICMS que impactam na determinação do imposto devido. Acrescenta que está anexando, também, uma tabela contendo o detalhamento dos percentuais de redução de base de cálculo deste combustível no período abrangido pelo Auto de Infração.

No que tange à terceira diligência à ASTEC/CONSEF, cumprida pela ilustre Auditora Fiscal Maria do Socorro Fonseca de Aguiar, esta esclareceu nos termos do Parecer ASTEC Nº 17/2010 (fls. 1.135 a 1.139), que adotou os seguintes procedimentos:

- relacionou os valores das infrações 01 e 02, referentes ao levantamento quantitativo de estoques lançados pelo autuante.

Disse que com estes dados listados constata-se que todos os demonstrativos constam no PAF, às fls. 85, 159 e 263, com a assinatura do recebimento do autuado, inexistindo lançamentos de débitos referentes às diferenças de diesel nos exercícios de 2001, 2002, 2003, 2004, 2005; gasolina comum nos exercícios de 2001, 2003, 2004, 2005, e gasolina aditivada nos exercícios de 2003, 2004 e 2005, motivo pelo qual, muitos dos equívocos apontados pelo impugnante não correspondem aos lançamentos no Auto de Infração em lide.

Esclareceu que foram confrontados todos os dados das planilhas do autuante de fls. 84/85, 159/263, com os dados impugnados pelo autuado às fls. 770/818, confirmando-se o Parecer ASTEC Nº 007/2009, uma vez que mesmo corrigidos os equívocos apontados pelo autuado, não alteraram as diferenças das mercadorias e os valores apurados pelo autuante, por não se referirem às mercadorias e/ou período autuado.

Esclareceu ainda que foram confrontados os documentos apresentados às fls. 841 a 1.074, referentes à manifestação do autuado de fls. 823 a 840, restando apenas comprovado o cancelamento da Nota Fiscal n. 334(fl. 854). Consignou que com a redução de 5.000 litros de gasolina aditivada(fl. 174), no exercício de 2001, a diferença que era de 8.484 litros, ficou reduzida para 3.484 litros, conforme demonstrativo que apresenta.

Observou que como base nos Preços Médios Ponderados a Consumidor Final e MVAs informados pela COPEC à fl. 1.132, foram refeitos os cálculos apurados pelo autuante, conforme demonstrativo que apresenta, passando a infração 01 para o valor de R\$ 7.971,00 e a infração 02 para o valor de R\$ 5.365,80.

Portanto, conforme se verifica da longa, porém necessária transcrição dos resultados das diligências acima reportadas, com os quais coaduno, pois constato que se apresentam corretos, todas as alegações defensivas foram objeto de análise, inclusive aquela referente às aferições, conserto/reparos, valendo repetir que o autuado não comprovou sua alegação mediante apresentação de demonstrativo ou documentos apesar de ter tido oportunidade para tanto quando da realização das diligências.

Desta forma, acato parcialmente o resultado apresentado na última diligência realizada pela

ASTEC/CONSEF, refletido no Parecer ASTEC Nº.17/2010, fazendo apenas dois registros quanto ao referido resultado.

O primeiro, no sentido de que a impossibilidade de apuração do preço médio do álcool nos exercícios de 2002 e 2003, conforme esclarecido pela COPEC, afasta a exigência fiscal na forma utilizada pelo autuante, haja vista que a decisão anterior desta 1ª JJF que foi objeto de anulação pela 2ª CJF, pautou-se justamente no preço médio originalmente apurado pelo autuante.

Assim sendo, excluo da exigência fiscal os valores referentes ao álcool dos exercícios de 2002 e 2003, sendo o valor de R\$ 38,40, correspondente ao ICMS devido por solidariedade e o valor de R\$ 12,17, correspondente ao ICMS devido por antecipação tributária.

O segundo registro, no sentido de que o resultado da diligência referente à infração 02, no valor de R\$ 5.365,80, não pode ser exigido no Auto de Infração em exame, haja vista que originalmente o valor exigido é de R\$ 1.985,38, portanto, havendo agravamento da infração.

É certo que, em respeito ao devido processo legal não pode ser exigido neste Auto de Infração parcela do imposto não exigido originalmente, cabendo, no caso, observar a disposição do art. 156 do RPAF/99.

Desta forma, considerando que 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 desacompanhada de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo, o que restou comprovado conforme aduzido acima, o valor da infração 01 passa para R\$ 7.932,60 e da infração 02 permanece no valor de R\$ 1.985,38.

Diante do exposto, a infração 04 é integralmente subsistente e as infrações 01, 02 e 03, parcialmente subsistentes.

Por derradeiro, no que concerne a insurgência do autuante contra a metodologia de apuração da base de cálculo, conforme solicitado na diligência, cumpre registrar que tal metodologia foi determinada pela segunda instância deste CONSEF quando da anulação da decisão desta 1ª JJF, conforme já aduzido linhas acima, sendo certo que, existem diversas decisões no âmbito deste Conselho de Fazenda, no sentido de observância do preço médio praticado pela refinaria/usina e não do distribuidor, pelas razões consignadas nos diversos acórdãos.

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 nº **146468.0071/06-4**, lavrado contra **POSTO DE COMBUSTÍVEIS JAGUARIBE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.814,91**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 2.882,31, e 70% sobre R\$7.932,60, previstas no art. 42, II, “d”, “f”, e III, da Lei nº 7.014/96, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$50,00**, prevista no artigo 42, inciso XXII do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de novembro de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - JULGADOR