

PROCESSO - A. I. N° 280080.0072/05-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SAFRA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDOS - SAFRA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JFJ nº 0292-02/06
ORIGEM - IFEP - DAT/SUL
INTERNET - 03/05/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0118-11/12

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Comprovado o recolhimento. Infração elidida. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. **a)** DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES RECOLHIDOS E OS LANÇADOS NO LIVRO DE APURAÇÃO. O contribuinte apresentou comprovação do recolhimento de parte do débito apurado. Infração parcialmente elidida. **b)** DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. Provado não haver a infração imputada ao sujeito passivo. Infração elidida. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES EM EXERCÍCIO FECHADO. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Provada documentalmente a existência de aquisições de mercadorias sem documentação fiscal. Assim ocorrendo, o adquirente assume a responsabilidade pelo imposto devido por quem lhe vendeu as mercadorias sem documentação fiscal e, por conseguinte, sem prova de que o tributo foi pago (responsabilidade solidária). O valor do débito foi reduzido após a realização de diligência levando em consideração a variação volumétrica. Modificada a Decisão recorrida. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO (COMBUSTÍVEIS). LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. A empresa adquiriu combustíveis sem documentos fiscais, sendo, portanto, devido o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. O valor do débito foi reduzido após a realização de diligência levando em consideração a variação volumétrica. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recursos Voluntário e de Ofício interpostos contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JFJ nº 0292-02/06), que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado para imputar ao contribuinte o cometimento de nove infrações, sendo objeto do Recurso de Ofício as constantes dos itens 1, 2 e 3, e do Recurso Voluntário constantes dos itens 6 e 7, a seguir descritas:

INFRAÇÃO 1 - Falta de recolhimento do ICMS, no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, sendo exigido o imposto no valor de R\$6.311,68, acrescido da multa de 50%;

INFRAÇÃO 2 - Recolhimento a menos do ICMS em decorrência de desconhecimento entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, sendo exigido o imposto no valor de R\$7.949,90, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 3 - Recolhimento a menos do ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Entradas e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, sendo exigido o imposto no valor de R\$9.132,23, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 6 - Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro, desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado (31/12/2001). Foi exigido o imposto no valor de R\$40.017,05, acrescido da multa de 70%;

INFRAÇÃO 7 - Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de 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, em sua escrita, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (31/12/2001 e 31/12/2002). Foi exigido o imposto no valor de R\$23.424,23, acrescido da multa de 60%.

Inicialmente, a Junta de Julgamento Fiscal rejeitou o pedido de realização de diligência referente às infrações 4 a 7, sob o fundamento de que o Impugnante não havia apontado especificamente nenhum elemento, nem havia carreado aos autos a comprovação, ainda que por amostragem, de suas alegações.

No mérito, o órgão julgador de Primeira Instância decidiu a lide administrativa da seguinte forma:

“A infração 01 que versa sobre a falta de recolhimento do ICMS de operações regularmente escrituradas nos livros fiscais, no valor de R\$ 6.311,68 em 31/11/2002. Verifico que a defesa apresenta comprovação do aludido recolhimento, fls. 128 a 130, pagamento reconhecido, inclusive pelo autuante em sua informação fiscal, fl. 147. Depois de confirmar o aludido recolhimento no INC-SEFAZ, entendo que restou descaracterizada a infração 01.

Em relação à infração 02 que trata do recolhimento a menos do ICMS em decorrência de divergências entre o imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS – LRAICMS, no valor de R\$ 7.949,40, constato que o autuado colacionou aos autos diversos DAE's, fls. 102 a 105, com o intuito de comprovar o débito exigido nessa infração. O autuante acolhe somente os recolhimentos relativos aos valores R\$ 155,80, R\$ 158,40, R\$ 292,80 e R\$ 299,00, por serem esses pagamentos convergentes com os valores exatos constantes dos DAE's apresentados pelo autuado, fls. 102, 108, 111 e 114. Depois de examinar as aludidas comprovações, constato que restaram comprovados os respectivos recolhimentos.

Já os débitos nos valores R\$ 5,48, R\$ 312,40 e R\$ 6.725,52, cujos DAE's apresentados pela defesa, os valores recolhidos não coincidem exatamente, não foram acatados pelo autuante. Entretanto, verifico através de exame nos aludidos DAE'S, colacionados aos autos pela defesa, fls. 167 a 169, que o recolhimento relativo ao valor de R\$ 6.725,52, relativo ao mês de outubro de 2001, fora pago extemporaneamente em 22/03/02, portanto, deve ser excluído esse débito. No tocante aos demais valores, verifico que o autuado não apresentou comprovação alguma que demonstrasse de forma inequívoca o recolhimento dos débitos R\$ 5,48 e R\$ 312,40, ou seja, as cópias dos DAE's apresentadas não identificam o efetivo pagamento, pelo que ficam mantidos. Com as correções supra enunciadas, o débito da infração 02 que fora lançado inicialmente como sendo R\$ 7.949,40, passa para R\$ 313,88, na forma, a seguir demonstrada.

DEMONSTRATIVO DE DEBITO DA INFRAÇÃO 02

DATA	DATA	BASE DE	ALÍQUOTA	ICMS	MULTA
30/06/02	09/07/02	32,23	17,0%	5,48	60,0%
31/07/02	09/08/02	1.837,64	17,0%	312,40	60,0%
TOTAL DO DEBITO				317,88	

Quanto à infração 03 decorrente da divergência entre os valores lançados no livro Registro de Entradas – LRE, e no livro Registro de Apuração do ICMS - LRAICMS no valor de R\$ 9.132,23, a defesa alega falha na

escrituração do LRE, tendo em vista a ocorrência de problema na impressão, apresenta declaração de seu técnico de informática, além de colacionar aos autos cópia do livro corrigido, no qual deixa de figurar a diferença, ora exigida.

O autuante não acata as provas carreadas aos autos pela defesa e mantém a infração, aduzindo que os procedimentos corretivos adotados pelo autuado não são previstos pelos art. 319 e 142 do RICMS-BA/97 que norteiam a reconstituição da escrita fiscal. Do exame das peças que integram a apuração dessa infração verifico que o valor de R\$ 14.721,98, fl. 133, constante do LREM que fora transportado para o LRAICMS como sendo R\$ 23.903,53, e resultou na diferença exigida de R\$ 9.123,23, corresponde ao subtotal do dia 19.03.01, pois não constava do livro que o autuante utilizou as folhas relativas aos dias 20 a 31 de março de 2001. Isso demonstra que o valor de R\$ 14.721,98, efetivamente, não corresponde ao valor total dos créditos que deveriam ser transportados para o LRAICMS no mês de março de 2001. A não constatação de incongruência alguma no refazimento da escrituração, entendo que está descaracterizada a infração 03, comprovado que ficou não ser o valor transportado, o valor total das entradas relativas ao mês apurado.

Quanto às infrações 04, 05, 06, e 07 que dizem respeito à levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado realizado pela fiscalização nos exercícios de 2001 e 2002, que resultou na apuração de omissões, tanto de saídas de mercadorias tributáveis – infração 04, de mercadorias não tributáveis - infração 05, quanto de omissões de entradas de mercadorias sujeitas a antecipação tributária, na condição de responsável solidário, infrações infração - 06 e na condição do próprio sujeito passivo, infração - 07.

A defesa não apontou erros materiais do levantamento fiscal. Entretanto em relação à infração 04 alega que não houve saídas de Álcool Hidratado maior que as entradas, aduzindo que, segundo a Petrobrás, fornecedora do produto, o Álcool Hidratado é muito sensível às oscilações de temperaturas, pois quando muito elevadas há um aumento muito grande do volume. Acrescenta que o produto sai dos tanques da Petrobrás com a temperatura de 20° C, e como, por ocasião do faturamento, ou seja, nas saídas de seu estabelecimento, o produto alcança temperaturas muito mais elevadas, ocasionando assim, a diferença nos estoques apuradas pela fiscalização. Requer por esse motivo uma revisão fiscal.

Em relação à infração 05, a defesa efetivamente não se manifestou. Quanto às infrações 06 e 07 o autuado alega que através de seus funcionários declarou como estoques de Diesel, Álcool Anidro e Gasolina C em 31/12/2001 e 31/12/2002 os créditos financeiros destes produtos dos estoques da Petrobrás, ainda não realizados, e diz que os relatórios da Petrobrás confirmam facilmente através de mapas os valores declarados nos exercícios de 2000, 2001 e 2002, afirma que ocorrerá um descompasso entre a emissão das notas fiscais com a entrega dos produtos.

O autuante informa que a defesa limita-se a atribuir à diferença de temperatura, as diferenças de quantidades apuradas, no entanto, apenas argumenta sem demonstrar de forma inequívoca a origem das diferenças. Afirma que, ainda se admitindo como procedentes as alegações, deveria o autuado, na forma prevista no inciso IV do art. 201 do RICMS-BA/97, emitir as correspondentes notas fiscais para fins de regularização. Mantém, portanto, as infrações 04 a 07.

Constato que, além das alegações alinhadas pela defesa em relação às infrações 04 a 07, não foram carreados aos autos elemento algum que consubstanciasse, nem mesmo por amostragem, as ponderações aduzidas pelo autuado. Inviabilizando assim, até mesmo o seu pedido de diligência, eis que, sequer foram apontados especificamente, os quesitos ou pontos a serem esclarecidos.

Além de atribuir as diferenças de estoque apuradas à acentuada variação volumétrica do álcool decorrente das oscilações térmicas do meio ambiente, bem como, do descompasso entre a emissão das notas fiscais e a efetiva entrega da mercadoria, não fora carreado aos autos pelo autuado qualquer demonstração cabal para sustentar as referidas alegações defensivas. Afirma comprovar suas alegações mediante mapas e relatórios da Petrobrás e não colaciona aos autos documentação alguma. E também não traz aos autos indicação cabal do equívoco que diz ter cometido ao ter escriturado os créditos financeiros dos produtos junto à Petrobrás, em vez das quantidades de seus efetivos estoques. Ou seja, ao deixar de apresentar documentalmente em sua peça defensiva um indicativo claro do que pretendia comprovar, remanesceu evidenciado, que só produzira, tão-somente, meras alegações.

Por tudo isso, entendo restou caracterizado o cometimento das infrações 04, 05, 06 e 07.

(...)

De acordo com os ajuste e exclusões procedidos nas infrações 01, 02 e 03 o total do débito que era de R\$ 112.639,92, passa para R\$ 89.564,49, conforme demonstrativo comparativo a seguir apresentado.

COMPARATIVO DO DEBITO		
INFRAÇÃO	LANÇ. AJ.	JULGAMENTO
1	6.311,68	0,00
2	7.949,40	317,88
3	9.132,23	0,00
4	25.595,33	25.595,33
5	50,00	50,00
6	40.017,05	40.017,05
7	23.424,23	23.424,23
8	120,00	120,00
9	40,00	40,00
TOTAIS	112.639,92	89.564,49

De tudo exposto, concluo dos exames realizados nas peças dos presentes autos, que restou comprovado o cometimento parcial, por parte do autuado, das infrações que lhe foram imputadas no presente Auto de Infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração”.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs o Recurso Voluntário de fls. 200/208, relativamente às infrações 6 e 7, alegando que os combustíveis sofrem uma grande influência da variação de temperatura (variação volumétrica), uma vez que são faturados na saída da PETROBRAS a 20° C, contrastando com a temperatura ambiente, o que ocasiona um aumento no volume do combustível em temperaturas elevadas.

Acrescenta que este CONSEF já tratou dessa matéria em favor dos contribuintes no Acórdão JF nº 0101-01/02, acatado pela segunda instância (Acórdão CJF nº 0354-12/02) e que recentemente as Juntas de Julgamento Fiscal também se manifestaram a respeito (Acórdãos JF nºs 0210-02/06 e 0286-01/06) acatando o Parecer ASTEC nº 0031/2006, cuja cópia anexou aos autos (fls. 251/256).

Alega que as omissões de entradas dos produtos Gasolina C e Óleo Diesel, no exercício de 2001, e de Gasolina C, no exercício de 2002, apuradas nas infrações 6 e 7, “estão dentro do limite de 2,4% das saídas admitido pelas normas federais e acatado pelo CONSEF”.

No que se refere à omissão de entradas de álcool anidro, no exercício de 2001, que ficou acima do percentual de 2,4%, argumenta que:

1. as operações de entradas envolvem a Petrobrás, o que “já confere credibilidade às mesmas operações”;
2. o álcool anidro somente é utilizado para a mistura com a Gasolina A e, em razão disso, parte das saídas levantadas pelo autuante é arbitrada com base num cálculo de certa complexidade.

Por fim, pediu a improcedência dos itens 6 e 7 da autuação.

Remetidos os autos à PGE/PROFIS, a Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, à fl. 302, após análise dos argumentos do recorrente, sugeriu que o mesmo fosse baixado em diligência à ASTEC/CONSEF, a exemplo do ocorrido no PAF nº 206900.0053/04-8 (Parecer nº 0031/2006), com o objetivo de verificar “*se os números encontrados nesse processo estão dentro dos percentuais de variação permitidos pela legislação vigente*”.

Esta 1ª Câmara de Julgamento, atendendo à sugestão da d. PGE/PROFIS, decidiu converter o PAF em diligência à Coordenação de Petróleo e Combustíveis (COPEC) – fl. 305 - para que informasse se era pertinente a alegação recursal de expansão volumétrica dos combustíveis, e se era possível mensurá-la e neutralizá-la no levantamento de estoques.

O diligente – fls. 307 e 308 - confirmou a ocorrência do fenômeno da variação volumétrica, porém informou não ser possível, *a posteriori*, a sua mensuração para o fim de neutralizar o seu efeito no levantamento quantitativo.

Intimado do resultado da diligência, o recorrente apresentou petição (fls. 314/316) repetindo os argumentos anteriormente apresentados e acrescentando que a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal proferida no Acórdão JF nº 0210-02/06 foi confirmada pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal (Acórdão CJF nº 0108-12/07). Disse ainda que o Acórdão JF nº 0286-01/06 foi ratificado pela segunda instância por meio do Acórdão CJF nº 0503-11/06 e que este CONSEF já reconhece a existência de aumento no volume dos combustíveis à temperatura ambiente. Juntou ao PAF fotocópias das decisões administrativas mencionadas.

A PGE/PROFIS, às fls. 353/354, manifestou-se pela impossibilidade de emissão de Parecer conclusivo diante do não cumprimento da diligência.

Acrescentou que, em não havendo as temperaturas exatas, “*pode-se aplicar a temperatura média do local a fim de que se chegue mais perto da realidade*”, a exemplo do que foi feito em outros processos cujas decisões foram trazidas pelo recorrente.

A 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, às fls. 356 e 357, deliberou pelo retorno do PAF à PGE/PROFIS para emissão de Parecer conclusivo, tendo em vista a “*inviabilidade da diligência solicitada*”, e também por ter concluído que a aceitação ou não do percentual de 2,4% era uma questão de mérito, visto que “*...a questão se resume na existência, ou não, de provas materiais que*

permitam quantificar as alterações nos volumes dos estoques dos combustíveis, porque a sua consideração tanto pode beneficiar como prejudicar o contribuinte, conforme já firmado por esta Câmara de Julgamento Fiscal, consoante Acórdão CJF nº 0448-11/05”.

A PGE/PROFIS – às fls. 358 e 359, então, exarou Parecer pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, considerando a posição da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal mencionada pelo Relator e pelo fato de o contribuinte não ter apresentado elementos de prova da citada variação de temperatura.

No dia 21 de novembro de 2007, o Coordenador de Avaliação, Carlos Fábio Cabral Ferreira, no exercício da Presidência deste Conselho de Fazenda Estadual, observando que o débito exonerado no julgamento da 1ª Instância havia sido superior ao limite constante no item 1 da alínea “a” do inciso I do artigo 169 do RPAF/BA e que, de forma equivocada, a Junta de Julgamento Fiscal havia deixado de interpor o Recurso de Ofício previsto legalmente, determinou o processamento do citado Recurso, com suporte no quanto previsto no artigo 170, inciso III, do mencionado RPAF/99 (fl. 361).

O autuado foi intimado da Interposição do Recurso de Ofício (fls. 362/364), mas não se manifestou.

Na sessão de julgamento de 22 de janeiro de 2008, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal deliberou por converter o PAF em diligência à COPEC/SEFAZ para que o órgão se pronunciasse sobre atual entendimento relativamente à variação volumétrica em razão da alteração da temperatura (fl. 368).

A COPEC apresentou Parecer (às fls. 370 a 373), por meio do então Gerente de Fiscalização, auditor fiscal Olavo José Gouveia Oliva, esclarecendo que:

1. a variação volumétrica de fato ocorre e repercute no levantamento quantitativo de estoques, uma vez que os combustíveis são faturados na saída da Petrobrás à temperatura de 20° (conforme determinação contida na Portaria nº 27, de 19/02/59), por meio de uma tabela de conversão, e chegam ao estabelecimento das distribuidoras à temperatura ambiente;
2. a temperatura influencia fortemente na variação do volume dos combustíveis, de modo que *“uma variação de 10° C na temperatura pode provocar variações de até 3% no volume ocupado pelo produto no interior do tanque”*;
3. em face da dificuldade em coletar os dados referentes à densidade, temperatura e umidade relativa do ar à época da ação fiscal, propõe a aplicação extensiva do percentual de 0,6% previsto na Portaria nº 26/92 da Agência Nacional do Petróleo, dirigida aos Postos de Gasolina.

O contribuinte foi cientificado da manifestação da COPEC/SEFAZ (fls. 401 e 402), mas não se manifestou.

A PGE/PROFIS (fl. 404) sugeriu o encaminhamento dos autos à ASTEC/CONSEF para que refizesse o levantamento considerando o percentual de 0,6% sugerido pela COPEC.

O PAF foi novamente convertido em diligência por esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, desta vez à ASTEC (fl. 406), para que adicionasse *“o percentual de variação volumétrica de 0,6% sobre as quantidades entradas de combustíveis, relativas às infrações 6 e 7, refazendo o resumo do levantamento quantitativo de estoque e apresentando demonstrativo dos débitos remanescentes, acaso existentes”*.

A ASTEC, por meio do Parecer nº 44/2009 (fls. 408/409), esclareceu o seguinte:

1. apesar de os papéis de trabalho do autuante indicarem omissão de entradas nos exercícios de 2001 e 2002 (fls. 21 e 52), somente foi exigido o ICMS devido por solidariedade (infração 6), no exercício de 2001 (fl. 19);
2. na infração 7 (exercício de 2002), apesar de constar na descrição dos fatos de que se trata de imposto devido por antecipação tributária, na verdade diz respeito ao ICMS em razão da solidariedade, haja vista que foi resultante da aplicação da alíquota de 25% sobre a importância apurada a título omissão de entradas de Gasolina C (fls. 51/52);

3. após a aplicação do percentual de 0,6% sobre as entradas de combustíveis, apurou omissão quantitativa de entradas de álcool anidro e óleo diesel (exercício de 2001) e de gasolina C (no exercício de 2002).

Por fim, a diligente apontou os seguintes valores de omissão de entradas e os respectivos montantes de ICMS:

ICMS por solidariedade:

- a) 2001 = R\$13.353,05;
- b) 2002 = R\$6.896,75.

ICMS por antecipação tributária:

- a) 2001 = R\$4.231,58;
- b) 2002 = R\$2.184,63.

Intimado da diligência, o Recorrente alegou que ainda permanecem erros materiais grosseiros cometidos pelo autuante:

1. o álcool anidro não está submetido ao regime de substituição tributária progressiva, portanto, não há previsão legal para aplicação de margem de valor agregado (MVA);
2. a alíquota prevista para o álcool anidro é de 17%, visto que a alíquota de 25% somente deve incidir quando é formada a gasolina C (produto novo) pela mistura do álcool anidro com a gasolina A;

Argumenta, ainda, que as penalidades aplicadas são confiscatórias, consoante a jurisprudência dos Tribunais Superiores que transcreve. Requer a Improcedência do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS apresentou seu Parecer – fl. 432 - opinando pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, reduzindo-se o débito das imputações 6 e 7 para os valores apontados na diligência realizadas pela ASTEC/CONSEF. O Parecer de folha 435 foi ratificado pela procuradora assistente, Dra. Aline Solano Souza Casali Bahia, através do Despacho de fls. 433 e 434.

VOTO

Inicialmente, quanto ao Recurso de Ofício, entendemos não merecer reforma a Decisão recorrida.

E, de fato, na infração 1 foi cobrado o ICMS concernente às operações regularmente escrituradas nos livros fiscais, sendo que o autuado logrou comprovar que efetuou o recolhimento do imposto apontado (R\$6.311,68), conforme os documentos de fls. 128 a 130 do PAF, pagamentos esses reconhecidos pelo autuante em sua informação fiscal (fl. 147), o que descaracteriza a imputação, como corretamente entendeu a JJF.

No que pertine à infração 2, o ICMS foi lançado em decorrência de divergências entre o imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. O autuado comprovou o recolhimento dos débitos nos valores de R\$155,80, R\$158,40, R\$292,80 e R\$299,00 (fls. 102 a 105), o que foi reconhecido pelo autuante. O agente fiscal, entretanto, não aceitou os documentos relativos aos débitos de R\$5,48, R\$312,40 e R\$6.725,52, porque não coincidiam exatamente com os valores do imposto. Está correta a Decisão recorrida, neste particular.

A Junta de Julgamento Fiscal, entretanto, deliberou pelo acatamento dos DAEs juntados às fls. 167 a 169, entendendo que o recolhimento no valor de R\$6.725,52, relativo ao mês de outubro de 2001, havia sido pago extemporaneamente em 22/03/02, o que, de fato, pode ser verificado no sistema de dados desta Secretaria.

Já na infração 3 o ICMS foi exigido porque se constatou a existência de divergências entre os valores lançados a crédito no livro Registro de Entradas e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS.

Na Decisão de piso, o órgão julgador salientou que não constatou nenhuma incongruência no transporte de valores do valor de crédito. Explicou que o “*valor de R\$14.721,98, fl. 133, constante do LREM que fora transportado para o LRAICMS como sendo R\$ 23.903,53, e resultou na diferença exigida de R\$ 9.123,23, corresponde ao subtotal do dia 19.03.01, pois não constava do livro que o*

autuante utilizou as folhas relativas aos dias 20 a 31 de março de 2001. Isso demonstra que o valor de R\$14.721,98, efetivamente, não corresponde ao valor total dos créditos que deveriam ser transportados para o LRAICMS no mês de março de 2001”.

Entendemos também correta a Decisão da Primeira Instância, até porque cabia ao autuante trazer a prova da divergência apontada, o que não foi feito. O preposto fiscal sequer trouxe aos autos fotocópias dos livros fiscais, limitando-se a apresentar um demonstrativo (fl. 14) com a suposta divergência.

O Recurso Voluntário foi interposto em relação às infrações 6 e 7 do lançamento tributário, julgadas procedentes pela primeira instância. O recorrente alegou a existência de variação volumétrica para justificar a ocorrência de omissão de entradas de combustíveis em levantamento de estoques. Após a conversão do PAF em diligência, a COPEC/SEFAZ sugeriu a aplicação do percentual de 0,6% previsto para perdas nos Postos Revendedores e a PGE/PROFIS opinou pela sua aplicação ao levantamento. Em razão disso, o PAF foi enviado à ASTEC para aplicação do mencionado percentual de 0,6%.

Nos papéis de trabalho apensados pelo preposto fiscal e referentes à infração 6 (fls. 19/21), constata-se a apuração das seguintes omissões, no exercício de 2001 (ICMS de R\$40.017,05 – devido por solidariedade):

- a) Gasolina C - omissão de saídas de 19.169,54 litros;
- b) Álcool Anidro – omissão de entradas de 84.308,70 litros;
- c) Óleo Diesel – omissão de entradas de 141.661,17 litros.

No exercício de 2002, o autuante apontou as seguintes irregularidades relativas à infração 7 (fls. 51/52), com ICMS lançado de R\$23.424,23 – a título de antecipação tributária:

- Gasolina C - omissão de entradas de 52.053,84 litros;

Por outro lado, a diligência realizada pela ASTEC/CONSEF expressa nos demonstrativos anexados às fls. 410/411 apurou, no exercício de 2001, o seguinte:

- a) Gasolina C - omissão de saídas de 17.842,00 litros;
- b) Álcool Anidro – omissão de entradas de 68.648,72 litros;
- c) Óleo Diesel – omissão de entradas de 19.410,79 litros.

No exercício de 2002, a diligente da ASTEC apontou o montante a seguir:

- Gasolina C - omissão de entradas de 15.319,45 litros;

Do resultado da diligência depreende-se, relativamente à infração 6, que:

1. somente pode ser exigido na infração 6 (exercício de 2001) o valor resultante da omissão de entradas de óleo diesel, por ser mercadoria enquadrada na substituição tributária por antecipação;
2. a omissão de saídas de gasolina C não é fato gerador do ICMS, uma vez que se trata de mercadoria enquadrada na substituição tributária com encerramento da fase de tributação;
3. já o álcool anidro não se encontra no regime de substituição tributária, a não ser quando misturado à gasolina A para formar a gasolina C. Eventual omissão de entradas somente pode ser objeto de cobrança por presunção, com a aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, o que não é objeto desta autuação.

Em resumo, na infração 6, deve ser exigido o ICMS por solidariedade (exercício de 2001), no valor de **R\$2.540,87** (Base de Cálculo de R\$14.946,31), exclusivamente em referência ao Óleo Diesel.

Na infração 7, a diligência demonstrou que deve ser exigido o ICMS no montante de **R\$2.184,63**, devido por antecipação tributária, exclusivamente no exercício de 2002 (porque o valor lançado no exercício de 2001 é igual a zero).

Pelo exposto, deve ser reduzido o débito da infração 6 para R\$2.540,87 (exercício de 2001) e da infração 7 para R\$2.184,63 (exercício de 2002).

Por fim, rejeito a alegação recursal de confiscatoriedade das multas indicadas, porque estão previstas na Lei nº 7.014/96 (artigo 42, incisos II, alínea “d”, e III) para as hipóteses descritas no presente Auto de Infração.

Do exposto, votamos pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, conforme demonstrativo de débito abaixo.

INFRAÇÃO	LANÇ. A.I.	JULGAMENTO
1	6.311,68	0,00
2	7.949,40	317,88
3	9.132,23	0,00
4	25.595,33	25.595,33
5	50,00	50,00
6	40.017,05	2.540,87
7	23.424,23	2.184,63
8	120,00	120,00
9	40,00	40,00
TOTAIS	112.639,92	30.848,71

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 280080.0072/05-9, lavrado contra **SAFRA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$30.638,71**, sendo R\$2.502,51, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso III, alínea “b”, e R\$28.136,20, acrescido da multa de 70%, prevista no inciso III do mesmo dispositivo da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$210,00**, previstas nos incisos XVIII e XXII do artigo e Lei acima referidos, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de abril de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

MARIA DULCE HANSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS