

A. I. Nº - 060624.0044/07-7
AUTUADO - TORRES BARBOSA COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO DOM JOÃO)
AUTUANTE - MARIA DE LOURDES PIMENTEL MORAES
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 29/11/2013

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0191-05/13

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ÁLCOOL, ÓLEO DIESEL E GASOLINA. a) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Refeitos os cálculos mediante diligência fiscal realizada por preposto da ASTEC, foram reduzidas as exigências. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 26/12/2007, exige ICMS, no valor de R\$212.913,84, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1: Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Valor do débito: R\$165.369,64. Multa de 70%;

INFRAÇÃO 2: Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Valor do débito: R\$47.544,20, Multa de 60%.

O autuado, às fls. 420 a 450 dos autos, apresenta a informação fiscal arguindo, preliminarmente, nulidade, pois não lhe foram entregues os demonstrativos que fundamentam o cálculo do imposto exigido, conforme ACÓRDÃO 0033-12/05 e ACÓRDÃO 0041-12/05.

Argumenta existir erro na aplicação da alíquota de óleo diesel, destacando o art. 87, XIX do RICMS, que prevê a redução de 40% da base de cálculo de forma que a carga tributária fique em 15%.

Passa ao núcleo do mérito fazendo considerações sobre a Portaria nº 445/98, afirmando que não podem ser aplicadas para operações com combustíveis, uma vez que, a sua forma de tributação é atípica e específica, devendo ser obedecida às regras orientadoras contidas no Convênio 03/99 e artigo 512 do RICMS-BA.

Considera inaceitável que sobre os preços praticados pelos Postos Revendedores possa existir aplicação de MVA. É inaceitável também as disposições da Portaria nº 445/98, para efeito de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias.

Alude que o imposto exigido no Auto de Infração tanto por responsabilidade solidária quanto por responsabilidade por substituição tributária não pode incidir sobre os preços médios de aquisição disciplinados na Portaria nº 445/98, porque esses preços já estão inflados com o ICMS retido pela Usina de Álcool.

Ou seja, chega à conclusão que a Portaria nº 445/98 é inaplicável para o caso em comento.

Dos Produtos comercializados por Usinas (Álcool Hidratado)

Usina: Comercializa o produto com destaque do imposto ou por diferimento.

Distribuidores: Apropriam o crédito fiscal das Usinas fornecedoras e procedem a retenção do imposto devido nas operações subsequentes.

Postos Revendedores: Comercializam os combustíveis para o consumidor final sem tributação.

Entende que não pode sobre os preços praticados pelos Postos Revendedores existir aplicação de MVA. É inaceitável também as disposições da Portaria nº 445/98, para efeito de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias.

Afirma que o imposto exigido no Auto de Infração tanto por responsabilidade solidária quanto por responsabilidade por substituição tributária não pode incidir sobre os preços médios de aquisição disciplinados na Portaria nº 445/98, porque esses preços já estão inflados com o ICMS retido pela Usina de Álcool.

Chega à conclusão que a Portaria nº 445/98 é inaplicável para o caso em comento.

Alinha que sua posição é fortalecida e embasada no recente entendimento da Colenda 2ª Câmara de Julgamento Fiscal conforme ACÓRDÃO CJF Nº 0346-12/05, de 28 de setembro de 2005, decorrente do Recurso Voluntário que foca questão cujo direito de fundo é idêntico ao ora *sub judice*, ou seja, a “*falta de clareza da base de cálculo do imposto*”:

EMENTA: ICMS. NULIDADE FALTA DE CLAREZA E LIQUIDEZ. É nulo o procedimento que não contenha elementos suficientes para se determinar, com segurança a infração apontada. Equívocos de fatos comprovam a fragilidade do lançamento. Existência de vícios formais na autuação. Recurso de Ofício PREJUDICADO. Recurso Voluntário PROVIDO.” (grifamos)

Argui que a Instrução Normativa, anexa à Portaria DNC nº 26/92, que orienta o preenchimento dos campos específicos do LMC, no inciso VII, 13, “f”, a saber: “*f. Variações superiores a 0,6% (seis décimos por cento) do estoque físico, com justificativa, para fins de análise e avaliação do DNC;*”

Assim, argumenta ficar entendido que não só para os postos de revenda, mas também para as distribuidoras e TRR's, este percentual limitador deve ser adotado, em função de que todos têm a mesma característica de armazenamento e submetem-se às idênticas variações de temperatura existentes no meio ambiente na ocorrência de perda de estoque físico, ou seja, em nenhum momento os referidos diplomas legais se referem a “ganhos”, ficando prejudicado o direito de defesa do autuado por desconhecer o fundamento legal para o procedimento adotado pelo autuante, na aplicação dos citados “ganhos”, inclusive qual o percentual que embasou os seus equivocados cálculos.

Pelo exposto, pede a nulidade do lançamento de ofício por falta de segurança na determinação da infração.

Relaciona notas fiscais não considerados pela autoridade fiscal:

1) Produto: Gasolina comum:

Exercício de 2002:

- Nota fiscal 526.044 contendo 10.000 litros de gasolina comum;
- Nota fiscal 526.234 contendo 10.000 litros de gasolina comum;
- Nota fiscal 526.380 contendo 5000 litros de gasolina comum;
- Nota fiscal 526.458 contendo 30.000 litros de gasolina comum;
- Nota fiscal 526.752 contendo 5.000 litros de gasolina comum;
- Nota fiscal 526.610 contendo 5000 litros de gasolina comum;
- Nota fiscal 527.037 contendo 15.000 litros de gasolina comum;
- Nota fiscal 077 contendo 25.000 litros de gasolina comum;

- Nota fiscal 0082 que está constando 35 litros de gasolina comum, entretanto se trata de 35.000 litros, sendo fácil de deduzir que a quantidade indicada na nota fiscal está errada em face do valor total do produto R\$65.852,00.

Exercício de 2006:

- Nota fiscal 112.041 contendo 5.000 litros de gasolina comum.

2) Produto gasolina aditivada:

Exercício de 2002:

- Nota fiscal 0082 que está constando 10 litros de gasolina supra, entretanto se trata de 10.000 litros, sendo fácil de deduzir que a quantidade indicada na nota fiscal está errada em face do valor total do produto R\$65.852,00;

- Os valores das perdas de maio a dezembro foram lançados em duplicidade.

3) Produto álcool hidratado:

Exercício de 2004:

- Nota fiscal 125 contendo 3.816 litros de álcool.

Exercício de 2005:

- Notas fiscais 10.625, 12.821, 1373, 15.669 contendo 20.000 litros de álcool;

- Notas fiscais 19.285, 21549, 22.631, 25.602, 24.749 e 28.607 contendo 30.000 litros de álcool.

Exercício de 2006:

- Erro na soma do relatório fiscal de entradas que consta 105.000 litros sendo o correto 165.000 litros de álcool;

- Nota fiscal 112.039 contendo 5.000 litros de álcool;

- Nota fiscal 112.039 contendo 5.000 litros de álcool.

4) Produto diesel:

- Nota fiscal 108.473 contendo 5.000 litros de diesel.

Em face dos equívocos cometidos, roga ao Egrégio Conselho de Fazenda Estadual pela realização de diligência para que fiscal estranho ao feito elabore novos demonstrativos, procedendo a uma auditoria completa para que efetivamente sejam computadas as verdadeiras quantidades de aquisição e vendas combustíveis.

Passa a argüir erros de direito. Entende que há impropriedade do critério empregado e, neste aspecto, é inafastável o Erro de Direito explícito, suficiente para anular a Autuação, na palavra uníssona dos doutrinadores, e na manifestação indeclinável do STF e demais Tribunais Inferiores. Em primeiro lugar, repita-se que o preço médio das aquisições do Contribuinte já vem carregado pelo valor do ICMS recolhido pela Refinaria calculado até o preço estimado para venda ao consumidor final. Ao se aproveitar estes valores para compor a base de cálculo da nova tributação imposta à Autuada, mesmo que em razão de omissão de saídas, configurar-se-á a imprestabilidade da base de cálculo. Ora, se o ICMS já está embutido no preço cobrado pelo Distribuidor, como método de repasse do ônus financeiro ao Posto de Gasolina, uma vez que já foi recolhido anteriormente pela Refinaria. O procedimento de novo cálculo sobre estes valores para cobrar o ICMS sobre supostas entradas omitidas pelo Posto Revendedor de Gasolina (Autuada), implica, necessariamente, em calcular ICMS sobre uma base alheia à operação em si que já está inflada do ICMS, o que além de ferir a mais elementar regra do sistema legal do tributo, desrespeita, evidentemente, a própria Constituição Federal. É insustentável tal critério. Foge à lógica matemática e legal mais elementar que se possa imaginar.

Ressalta que acaso o Auditor tivesse subtraído o ICMS do preço praticado pela Distribuidora, ainda assim, este preço em nada se comunica, ou se assemelha, ou guarda proporção com a base de cálculo de entradas omitidas pelo Posto Revendedor de Gasolina, pois aquele preço não traduz o preço praticado com o consumidor final, mas o preço praticado entre a Distribuidora e o Posto de Gasolina. Como o ICMS que se quer cobrar no momento é o que deveria ter sido antecipado pela Refinaria, este deve guardar relação ou com os efetivamente praticados pelo

Posto Revendedor de Gasolina, no período considerado no Auto de Infração, ou com os estimados para consumidor final pelas Autoridades – Pauta Fiscal. Logo a impropriedade dos preços utilizados no Auto de Infração é de lógica cartesiana, revelada matematicamente e juridicamente. O critério utilizado pelo Autuante é a evidência de nítido erro de direito insanável, pois revê-lo e ajustá-lo significa refazer completamente o lançamento deste item de Autuação.

Nas palavras de Hugo de Brito Machado, *in* Curso de Direito Tributário, 24ª Ed., 2004, Malheiros Editores, SP, pág. 172, *verbis*:

“Há erro de direito quando o lançamento é feito ilegalmente, em virtude de ignorância ou errada compreensão da lei. O lançamento vale dizer, a decisão da autoridade administrativa, situa-se, neste caso, fora da moldura ou quadro de interpretação que a Ciência do Direito ofereceu.”

Conclui que cobrar ICMS sobre ICMS caracteriza, materialmente, ilegalidade e inconstitucionalidade, não pelo fato de ser o imposto sujeito à regra da não-cumulatividade, e, desta forma, se estar cobrando imposto em cascata, mas porque os valores tomados como base de cálculo para as supostas entradas omissões, por estimativa, em nada se assemelham ou se comunicam com o valor tributável da operação que se quer estimar (antecipação na Refinaria).

Afirma que a determinação da base de cálculo não deve lesar o Contribuinte, pois não têm o condão de penalizar o Infrator por ato ilícito. Para este objetivo existem as multas e demais instrumentos que a Lei disponibiliza ao Fisco. A Base de Cálculo seja por estimada, seja por arbitramento, deve estar plasmada, no mínimo, nos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. Se do emprego de determinado critério induz uma base irreal e absurda, é discipiendo afirmar que esta estará, necessariamente, fadada à eiva da nulidade, por desrespeito à sistemática jurídica do tributo, que determina que a base imponível deve ser o valor da operação (substituição por antecipação). O que está em discussão é a cobrança do ICMS que deveria ser recolhido na Refinaria. Este é o valor devido ao Erário. O fato de só estar sendo cobrado na operação subsequente do Posto de Gasolina, por suposta omissão de entradas, não cria uma nova hipótese de incidência tributária, mas apenas a cobrança daquela tributação que deveria ter sido processada na origem, na Refinaria.

Aduz que é o Preço a Consumidor Final que determina a Base de Cálculo. Ademais, imputar uma MVA, sobre um preço completamente dissociado do Preço do Consumidor Final, isto é, aplicá-la sobre o preço cobrado pela Distribuidora, com o qual não se comunica, é produzir uma base cuja imprestabilidade se confirma com a comparação com o próprio preço praticado pelo Posto ao consumidor final. Por se tratar de mercadoria *commoditie* é facilmente verificável o preço praticado pelo mercado ou constante de Pauta Fiscal, que se baseia em valores determinados por ato normativo de Autoridade Federal, cuja validade é inquestionável. Desta forma, Ou se aplica a Pauta Fiscal ou os Preços Médios efetivamente praticados pelo Posto Revendedor de Gasolina, facilmente apuráveis por nova Diligência. Ou, alternativamente, se utiliza dados estimativos que possam suportar uma semelhança com os Preços a Consumidor Final.

Assevera que a apuração da Base de Cálculo pelos critérios utilizados pelo Autuante ilegais se caracterizam como erro de direito, inaceitável pela doutrina e jurisprudência.

Considera sua posição fortalecida e embasada no recente entendimento da Colenda 2ª Câmara de Julgamento Fiscal conforme ACÓRDÃO CJF Nº 0016-12/05, de 26 de janeiro de 2005, decorrente da Representação PGE/PROFIS que foca questão cujo direito de fundo é idêntico ao ora *sub judice*, ou seja, a “*falta de clareza da base de cálculo do imposto*”:

“EMENTA: ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação de acordo com o art. 119, §1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Representação fundamentada no fato de o procedimento fiscal não conter, de forma clara e compreensiva a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para apuração do tributo. Representação ACOLHIDA. Decisão unânime.”

Ademais, entende haver nítido *bis in idem* em flagrante desobediência ao Princípio da Não Cumulatividade, porque tais bases de cálculo (preços da Distribuidora) já contemplam o ICMS de

todos os ciclos de comercialização que vão da Refinaria/Distribuidora até o consumidor final. Se houver novo cálculo do Imposto sobre esses preços, há inconfundível incidência do ICMS sobre o ICMS que estava no preço. Não há outra conclusão possível. É o sentido jurídico e sistêmico da cobrança do ICMS sobre combustíveis e lubrificantes.

Desta forma, aduz que, para compor a base de cálculo, o Autuante utilizou o preço médio de aquisição da Autuada, ou seja, o preço médio das NF's de entrada, todos já inflados do ICMS da cadeia comercial (ICMS desde a Refinaria/Distribuidora até o consumidor final no bico de bomba). Os preços utilizados foram os da Distribuidora, preços estes já totalmente tributados pelo ICMS. É nítida a tributação em cascata. Qualquer valor de ICMS cobrado em operações anteriores que esteja inserido no preço ou custo do produto que está sendo utilizado como base de cálculo, inegavelmente, caracteriza a cumulação de tributação vedada pela Constituição Federal. Não há outra interpretação possível.

Apresenta recente entendimento da Colenda 2ª Câmara de Julgamento Fiscal conforme ACÓRDÃO CJF Nº 0346-12/05, de 28 de setembro de 2005, decorrente do Recurso Voluntário que foca questão cujo direito de fundo é idêntico ao ora *sub judice*, ou seja, a “*falta de clareza da base de cálculo do imposto*”:

“EMENTA: ICMS. NULIDADE FALTA DE CLAREZA E LIQUIDEZ. É nulo o procedimento que não contenha elementos suficientes para se determinar, com segurança a infração apontada. Equívocos de fatos comprovam a fragilidade do lançamento. Existência de vícios formais na autuação. Recurso de Ofício PREJUDICADO. Recurso Voluntário PROVIDO.”(grifamos)

Destarte, requer aos julgadores, que seja revista a apuração da base de cálculo, por estar caracterizado o *bis-in-idem*, vedado pelo nosso ordenamento jurídico, por considerar os preços médios praticados por Distribuidoras e Usinas, já inflados com o ICMS até o consumidor final.

Pede a anulação do Auto de Infração pelos vícios de fato além de vícios de direito, pelo cerceamento do direito de defesa, pela inaplicabilidade da Portaria nº 445/98, pelo erro de direito na aplicação da alíquota.

Pede, caso, não acolhida a nulidade, que seja retificada a base de cálculo, pois o valor utilizado na autuação, preço médio do distribuidor, além de estar inflado do ICMS recolhido pela Refinaria, repassado ao Posto de Gasolina pelo Distribuidor, não guarda relação econômica ou jurídica com o preço do consumidor final e resulta mais distorcido, ainda, com a aplicação da MVA totalmente imprópria para o caso. Pede ainda que seja retificado o levantamento do total das omissões apuradas que foi calculada sem considerar diversas notas fiscais de aquisição e seja informado ao autuado sobre o critério para apuração de “ganhos” em evaporação no percentual de 0,6%, inexistente na legislação que rege as operações com combustíveis. Que seja determinada a revisão para se considerar a redução da base de cálculo do óleo diesel, bem como a possibilidade de juntar posteriormente outras provas.

O autuante, às fls. 607 e 608 apresenta a informação fiscal aduzindo que o autuado alegou cerceamento de defesa, erro na aplicação da alíquota de óleo diesel e notas fiscais não consideradas.

Estranha o autuado alegar que não recebeu cópia dos anexos esclarecedores do PAF, juntando os mesmos apesar de terem sido recebidos pelo autuado.

Consigna não ter havido erro na aplicação da alíquota de óleo diesel, aduz que houve sim um erro técnico na planilha utilizada que deixou de processar a redução da base de cálculo do imposto conforme art. 87. XIX, referente à 15%, como elemento limite para apuração do imposto devido nesta circunstância. Quanto à alíquota de 25% encontra-se no art. 51, II do RICMS/BA.

Apresenta planilha com as devidas reduções, ou seja, para o, exercício de 2006:

EXERCÍCIO DE 2006		
BASE DE CÁLCULO	ALÍQUOTA	DÉBITO
R\$6.625,24	25%	R\$1.656,46
R\$1.844,63	25%	R\$461,16

Afirma que não foram consideradas algumas notas que não foram apresentadas durante a ação fiscal e passaram a fazer parte das digitações modificando os cálculos apenas os documentos trazidos em sua forma original ou cópia devidamente autenticada.

Aduz que a Nota Fiscal de nº 82 continua com as quantidades já lançadas, permanecerá com os mesmos valores, uma vez que nenhuma prova surgiu que lhe certificasse se o erro cometido foi em relação às quantidades ou valores do produto, mesmo porque no caso caberia a emissão de nota fiscal completar em cumprimento ao art. 201, IV, § 2º do RICMS-BA.

Alude que o Auto de Infração foi lavrado na sua forma e prazo regulamentares e tem todos seus elementos utilizados para o levantamento e apuração do crédito, anexos para fins de esclarecimentos e demonstrações que se façam necessárias.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, à fl. 614, solicita diligência à COPEC, para que sejam fornecidos os preços unitários medidos praticados pela Refinaria e pela Usina no último mês de cada período, considerando as respectivas MVA's, relativas à gasolina aditivada, gasolina comum, álcool comum e óleo diesel, efetuando os devidos ajustes no levantamento de estoque. Solicitou em sequência que o PAF fosse encaminhado à ASTEC/CONSEF para que diligente revisor adotasse as seguintes providências: Efetuasse a apuração do imposto a ser exigido, com base nos dados levantados pela COPEC, assim como nos documentos juntados à defesa e naqueles a serem apresentados pelo contribuinte mediante intimação; Apresentasse os demonstrativos de apuração da exigência, bem como novos demonstrativos de débito para as infrações 1 e 2.

Consta à fl. 616 a 622 dos autos resposta da COPEC apresentando os aludidos preços.

A ASTEC/CONSEF apresenta parecer para ajustar o levantamento de estoque, afirma que com base nos preços médios fornecidos apurou o imposto relativo às duas infrações 1 e 2.

Salienta que utilizou as MVA's de óleo diesel aditivado e gasolina aditivada são as mesmas aplicadas à gasolina comum e óleo diesel comum, pois a refinaria não comercializa gasolina e óleo diesel aditivado.

Quanto ao óleo diesel foi apurado o preço medido com redução da base de calcula prevista no art. 87, XIX do RICMS/97.

Quanto ao álcool hidratado, no levantamento realizado em operações feitas até dia 15 de agosto de 2004 foi considerado o preço médio de aquisição na distribuidora, conforme apuração pelo autuante. A partir de 16 de agosto de 2004, por inexistir MVA a base de cálculo fora apurada com base no preço médio ponderado a consumidor final, PMPF da Bahia, consoante orientação no Ato CONTEPE/ICMS, nº 31/04 de 10 de agosto de 2004. Salienta que neste caso específico, o cálculo do ICMS antecipação tributária, foi feito concedendo o crédito do ICMS normal apurado, por verificar no mencionado ato que o preço unitário do álcool no consumidor final está considerado o reflexo do ICMS no seu preço final.

Conclui apresentando os demonstrativo tendo com apurado o valor do ICMS no total de R\$159.068,23, atinente a infração 1 e de R\$96.643,19 relativo à infração 2.

O autuado, às fls. 671 a 701 volta a se manifestar e em uma análise preliminar do teor do Parecer ASTEC/CONSEF Nº 00214/2010 constatamos a evidencia de diversos equívocos cometidos pelo diligente na sua avaliação que devem ser retificados pelo nobre relator da 2ª Junta de Julgamento Fiscal.

Requer ao relator da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, que determine a realização de nova diligência, recomendando a anulação do Parecer ASTEC/CONSEF nº 00214/2010, por conter vícios insanáveis que resultarão em exigências fiscais não albergadas pela legislação vigente.

Alega que o diligente alterou o valor da infração 2 para R\$96.643,19 (noventa e seis mil seiscentos e quarenta e três e dezenove centavos), esquecendo-se que originalmente o valor exigido foi de R\$47.544,20 (quarenta e sete mil quinhentos e quarenta e quatro reais e vinte centavos).

Portanto, afirma restar comprovados os diversos equívocos cometidos, não só pela autuante, com também pelo diligente que inquinam de nulidade esta autuação.

Argui que não recebeu os demonstrativos do Auto de Infração, cabendo a nulidade.

A autuação está eivada de vícios insanáveis, essenciais, que além de espelhar sua imprestabilidade jurídica para justificar o crédito tributário imputado ao contribuinte, por não atender aos pressupostos legais de validade, como se demonstrará ao longo desta peça, irradia do ponto de vista prático, um grau de incerteza incontornável.

Ante o exposto, requer anulação da presente imputação fiscal, por cerceamento de defesa.

Entende que parte do suposto crédito apurado pelo Estado da Bahia resta fulminado pela decadência, sendo, pois, improcedente o lançamento fiscal efetuado.

Alega que o ICMS é um tributo sujeito a lançamento por homologação, cuja disciplina no que se refere à decadência está prevista no artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional que de forma cristalina dispõe:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

[...]

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.” (grifamos)

Vê-se, portanto, que à luz do CTN, se tratando de lançamento por homologação o prazo decadencial começa a fluir com a ocorrência do fato gerador.

Não obstante a clareza do dispositivo supra, o Estado da Bahia, legislou de forma diversa no RICMS/97, ao estipular como marco inicial para a contagem do prazo decadencial o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, nos seguintes, contudo o artigo 146, III, “a” determinou que a disciplina de normas gerais de matéria tributária, máxime aquelas relativas à decadência, compete à Lei Complementar. Assim, a regra contida no artigo 150, § 4º do CTN deve prevalecer sobre aquela prevista no artigo 90 do RICMS/97, vez que, a primeira é Lei Complementar enquanto a segunda um Decreto Estadual, meio, portanto, inadequado para disciplinar a matéria.

Apresenta o julgamento de recurso Repetitivo e dentre diversos outros: REsp 973733/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 18/09/2009.

A partir daí reproduz todos os argumentos já alinhados na inicial acrescentando que considera as multas 60 e 70% confiscatórias, apresenta, decisões do STF *RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 91.707 e RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 81.550*.

É nítido o caráter confiscatório da presente multa, ficando latente a inconstitucionalidade de tal exigência, por afronta direta ao artigo 150, inc. IV da Constituição Federal.

De acordo com o seu entendimento se deve, por conseguinte, atentar ao fato de que, por mais que assuma caráter punitivo, a multa não pode gerar a incapacidade de agir economicamente, devendo ela ser antes proporcional e corresponder a um valor compatível com a realidade dos fatos. Portanto, nossa Carta Magna, em seus artigos 145, § 1º, e 150, IV, prescreve a vedação do confisco que, embora dirigidos literalmente aos impostos, se espraiam por todo o sistema tributário, atingindo por inteiro o crédito tributário na sua acepção mais lata, vinculando, por isso, inclusive a seara previdenciária.

Desta forma, considera restar clara e explicitamente configurado o caráter confiscatório e abusivo da aplicação da multa, que chega a valores exorbitantes, motivo pelo qual deve ser corrigida, como ora se requer.

Pede:

7.1. Seja preliminarmente anulado Auto de Infração por estar eivado por excesso de vícios de fato além de vícios de direito, de critérios jurídicos em face de farta argumentação expedida acerca dos erros juridicamente insanáveis.

7.1.1. Pelo cerceamento do direito de defesa;

7.1.2. Pela inaplicabilidade da Portaria 445/98 para levantamento de estoques de combustíveis;

7.1.3. Reconhecimento da decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual de proceder ao lançamento de ofício relativo ao período de janeiro a agosto de 2002;

7.1.4. Da impossibilidade de majoração de valores em razão do princípio da reformatio in pejus relativa à infração 02.

7.2. Na eventualidade de que não venha a ser acolhida a preliminar de nulidade, que seja retificada a Base de Cálculo do ICMS, utilizando outro critério, estimativo ou real, dos Preços a Consumidor Final, praticados à época, pois o valor utilizado para Autuação, Preço Médio do Distribuidor, além de estar inflado do ICMS recolhido pela Refinaria, repassado ao Posto de Gasolina pelo Distribuidor, não guarda relação econômica ou jurídica com o Preço do Consumidor Final e resulta mais distorcido, ainda, com a aplicação da MVA, totalmente imprópria para o caso sub examine. Caso seja necessário nova apuração dos Preços a Consumidor Final, a Impugnante requer seja determinada nova Diligência.

7.3. Seja retificado o levantamento do total das omissões apuradas que foi calculada sem considerar diversas notas fiscais de aquisição.

7.4. Seja informado pela autuante sobre o critério para apuração de “ganhos” com evaporação no percentual de 0,6%, inexistente na legislação que rege as operações com combustíveis.

7.5. Pelo cancelamento das multas com caráter confiscatório.

7.6. Juntada posterior de outros documentos necessários e a apresentação de outras prove em direito admitidas, inclusive testemunhal e prova emprestada.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal solicita diligencia para que a ASTEC/CONSEF verifique se são pertinentes os ajustes argüidos pelo autuado no levantamento quantitativo por espécie de mercadorias alvo das infrações apontadas tomando como base as notas fiscais relacionadas às fls. 452 a 463 dos autos.

A ASTEC/CONSEF responde às fls. 891 a 893 apresentando parecer ASTEC/CONSEF Nº 00181/2011 contendo os ajustes solicitados, na medida em que o diligente afirma ter razão o autuante quanto às notas fiscais não consideradas no levantamento, ao adicioná-las ao levantamento, resultou no exercício de 2001, adicionarmos às entradas 134.965 litros de gasolina comum acompanhadas 25.000 litros de gasolina aditivada e no exercício de 2006, 5.000 litros de álcool etílico hidratado, conforme as respectivas notas fiscais que relaciona em seu parecer.

Explica ainda que não considero a Nota Fiscal nº 526.610 referente a óleo diesel, pois o óleo diesel não foi objeto de exigência do imposto decorrente de entradas sem nota fiscal no exercício de 2002. Quanto aos 10.000 litros de gasolina aditivada supra constante da Nota Fiscal nº 0082, fl. 460, não foram incluídos na presente revisão porque já se encontravam registrados, já em relação à gasolina comum consignada na nota fiscal só tinha sido considerados na relação de notas fiscais de entradas à fl. 370, 35 litros, a diferença de 34.965 litros foi incluída na presente revisão. No que diz respeito à Nota Fiscal nº 108.473, de setembro de 2006, fl. 463, atinente a biodiesel BW metropolitano, não foi incluída no levantamento porque tal produto não foi objeto de levantamento fiscal, e a Nota Fiscal nº 112.041 de setembro de 2006, fl. 461, concernente a gasolina comum, não foi incluída na revisão fiscal solicitada porque o referido produto não fora objeto de levantamento fiscal no mencionado exercício de 2006.

Conclui pela modificação dos valores exigidos quanto à responsabilidade solidária, apurados na diligencia anterior foram modificados de R\$97.623,11 para R\$34.763,16, gasolina comum/2002, de R\$15.750,58 para R\$41.106,98 – Gasolina aditivada/2002 e de R\$20.237,88 para R\$18.765,24 – Álcool hidratado/2006. Os valores do imposto referentes à responsabilidade por substituição tributária forma modificados de R\$75.960,54, para R\$27.049,22 – Gasolina comum/2002, de R\$12.255, 53 para R\$3.195,64 – Gasolina aditivada/2002 e de R\$ -1.305,67 (negativo) para R\$ -1.210,66 (negativo – Álcool

hidratado/2006. Sendo que concatenado os valores já ajustados na diligencia anterior com os dos ajustes processados na presente revisão fiscal, elaborou os demonstrativos de debito juntados às fls. 894 e 895 indicando os valores remanescentes do Auto de Infração, tendo em conclusão apurado do ICMS no total de R\$83.092,04 atinente à infração 1 e de R\$38.671,98 relativo à infração 2.

O autuado apresenta nova manifestação, às fls. 904 a 924 dos autos, afirmando que a ASTEC/CONSEF constatou que efetivamente as Notas Fiscais de nºs 526.044, 526.234, 526.380, 526.458, 526.752, 526.610, 527.037, 0077, 0082, 112.041, 112.039, e 108.473 não foram consideradas nem no levantamento original, como também na 1ª revisão fiscal realizada anteriormente, reduzindo o valor do débito original para R\$83.092,04 relativo à infração 1 e R\$38.671,98 para a infração 2.

Aponta os equívocos mantidos pelo diligente e demais argumentos já relacionados na defesa inicial.

Pede:

7.1. Seja preliminarmente anulado Auto de Infração por estar eivado por excesso de vícios de fato além de vícios de direito, de critérios jurídicos em face de farta argumentação expedida acerca dos erros juridicamente insanáveis:

7.1.2. Pela inaplicabilidade da Portaria 445/98 para levantamento de estoques de combustíveis;

7.1.3. Reconhecimento da decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual de proceder ao lançamento de ofício relativo ao período de janeiro a agosto de 2002;

7.1.4. Da impossibilidade de majoração de valores em razão do princípio da reformatio in pejus relativa à infração 02.

7.2. Na eventualidade de que não venha a ser acolhida a preliminar de nulidade, que seja retificada a Base de Cálculo do ICMS, utilizando outro critério, estimativo ou real, dos Preços a Consumidor Final, praticados à época, pois o valor utilizado para Autuação, Preço Médio do Distribuidor, além de estar inflado do ICMS recolhido pela Refinaria, repassado ao Posto de Gasolina pelo Distribuidor, não guarda relação econômica ou jurídica com o Preço do Consumidor Final e resulta mais distorcido, ainda, com a aplicação da MVA, totalmente imprópria para o caso sub examine. Caso seja necessário nova apuração dos Preços a Consumidor Final, a Impugnante requer seja determinada nova Diligência.

7.3. Seja informado pela autuante sobre o critério para apuração de “ganhos” com evaporação no percentual de 0,6%, inexistente na legislação que rege as operações com combustíveis.

7.4. Pelo cancelamento das multas com caráter confiscatório.

7.5. Juntada posterior de outros documentos necessários e a apresentação de outras prove em direito admitidas, inclusive testemunhal e prova emprestada.

A autuante, à fl. 933, apresenta informação fiscal quanto ao parecer ASTEC/CONSEF Nº 00181/2011, discorda do ajuste relativo à Nota Fiscal nº 00.082 de 31/05/2002, por achar que se trata de 35 litros de gasolina e não 35.000 litros. Ainda na mesma nota a quantidade entende ser de 10 litros de gasolina aditivada e não 10.000.

Concorda com o preço médio e multa aplicada.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal solicita diligencia à ASTEC/CONSEF para que verifique se são cabíveis as arguições do autuado às fls. 891 a 900 dos autos, além das incorreções indicada pela autuante, à fl. 933 dos autos.

A ASTEC/CONSEF apresenta parecer Nº 0135/2012 atendendo a solicitação da Junta de Julgamento Fiscal, conforme consta à fl. 939 a 946 dos autos. Em relação à gasolina comum, exercício de 2002 insere nas entradas 134.965 litros, conforme notas fiscais que relaciona à fl. 939 e 949, remanescendo a diferença de R\$74.639,00, conforme demonstra, aduzindo que foi alterado o preço médio de R\$1,7766 para R\$1,7250 (media dos preços) informado pela COPEC fl. 621.

Afirma que com a alteração do preço médio o valor exigido foi reduzido para R\$34.763,11.

Em relação à Gasolina Aditivada, exercício de 2002, foram realizados os seguintes ajustes: nas entradas foram acrescentados 79.990 litros, conforme notas fiscais que relaciona,. Após os ajustes

realizados nas quantidades entradas, o resultado apurado foi de omissão de saída de 46.172 litros, não gerando ICMS a recolher, não precisando, também, alterar o preço médio.

Em relação à Gasolina aditivada, 2005, foi alterado o preço médio de R\$2,2146 para R\$2,0716, informado pela COPEC/COORDENAÇÃO DE FISCALIZAÇÃO DE PETRÓLEO E COMBUSTÍVEIS fl. 622, com alteração do preço médio o valor do ICMS apurado foi reduzido para R\$6.160,53, conforme demonstrativo que elaborou.

Em relação à Gasolina aditivada exercício de 2006, foi ajustado o preço médio para R\$2,0716, informando pela COPEC/COORDENAÇÃO DE FISCALIZAÇÃO DE PETRÓLEO E COMBUSTÍVEIS fl. 622, com a alteração do preço médio o valor do ICMS apurado foi reduzido para R\$3.160,23.

Quanto a óleo Diesel, exercício de 2006 foram ajustadas as entradas incluídos 5.000 litros conforme notas fiscais acima demonstradas. Após os ajustes realizados nas quantidades de entradas o resultado foi omissão de entradas de 1.523 litros, conforme demonstrativo que elaborou à fl. 942.

Quanto ao Alcool exercício de 2003, o preço médio não foi alterado, assim o valor apurado de R\$569,23 foi mantido.

Para álcool exercício de 2004, foi os ajustes das entradas foram incluídos 3.816 litros conforme Nota Fiscal. 125. Após os ajustes realizados nas quantidades de entradas foi apurada a omissão de entradas de 4.507,53 litros, conforme demonstrativo à fl. 943. Quanto ao preço médio foi alterado e o valor do ICMS apurado foi de R\$1.120,89.

No que se refere a álcool exercício de 2005 foram realizados os ajustes nas entradas crescendo 50.000 litros, conforme notas fiscais acima demonstradas. Após os ajustes realizados nas quantidades entradas, foi apurada omissão de saídas de 733 litros, não gerando ICMS a recolhe, não necessitando de preço médio.

Quanto a álcool exercício de 2006, foi inserido nas entradas 5.000 litros e ajustados a omissão para 63.719 litros. O preço médio não foi alterado e o ICMS foi reduzido para R\$18.823,36.

Quanto à infração 2, exercício de 2002, os valores da antecipação tributária foram alterados de acordo com os ajustes ocorridos nas quantidades entradas e novos preços médios informados pela COPEC/COORDENAÇÃO DE FISCALIZAÇÃO DE PETRÓLEO E COMBUSTÍVEIS.

Assim, o diligente apresenta à fl. 946 dos novos demonstrativos de débitos das infrações 1, totalizando o ICMS a ser exigido de R\$65.052,12 e em relação à infração 2, o total a ser exigido de R\$18.953,13.

O autuado volta a se manifestar às fls. 954, solicitação de prazo para defesa em 30 dias, o que foi concedido à fl. 956.

Consta nova manifestação do autuado às fls. 965 a 983 dos autos volta a se manifestar, trazendo alegações já alinhadas nas manifestações anteriores.

A autuante, às fls. 993 informa que nada tem a contestar.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, contempla 2 infrações por descumprimento de obrigação principal, já devidamente relatadas, apuradas através do levantamento quantitativo por espécie de mercadorias.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, foram determinadas diligências para corrigir o quantitativo e a base de cálculo, através do preço médio e, diferente do

alegado, todos os demonstrativos contemplando a metodologia de cálculo forem entregues, conforme consta às fls. 05, 21, 62, 186, 272, 274, e 371, edital à fl. 640 e 669 (diligência e novos demonstrativos às fls. 647 a 642) fls 952. Cabe observar que o próprio autuante anexa aos autos os demonstrativos elaborados pela autuante, às fls. 727 a 850, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II, “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de nova diligência, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas, tendo em vista as diligências que já foram realizadas, que retificaram, inclusive os preços médios e quantidades, com os devidos ajustes no levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, com reflexo e redução das infrações 1 e 2, conforme demonstrativos apresentados pelo diligente.

Quanto à arguição de redução de base de cálculo de óleo diesel o autuante acolhe e faz os devidos ajustes, e em relação à alíquota de 25% encontra-se prevista no art. 51, II do RICMS/BA. Já sobre o questionamento sobre os ganhos computados pelo autuante, esse ao considerá-los aumentou as entradas, reduzindo as omissões de entradas, na medida em que o imposto exigido nas infrações 1 e 2 decorre da apuração dessas omissões constantes do levantamento.

A Instrução Normativa nº 445/2008 existe, é válida, eficaz e efetiva, cabendo em seu art. 10 a aplicação do levantamento quantitativo nas operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, já o Convênio 03/99 regular as operações interestaduais com mercadorias que ele contempla através do regime de substituição tributária e demais especificidades que essa operação exige.

No que tange as notas fiscais relacionadas pelo impugnante, sob a alegação de que não foram consideradas no levantamento quantitativo, as mesmas foram computadas através de diligência solicitada com essa finalidade, alterando, assim, os valores exigidos em relação à infração 1 e, conseqüentemente, em relação à infração 2.

No que diz à impugnação do sujeito passivo relativa à inclusão do MVA sobre o preço final de venda a consumido e inadequação da base de cálculo, no que alude ao preço médio de gasolina aditivada, gasolina comum, álcool comum e óleo diesel, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal, à fl. 614, solicitou diligência à COPEC/COORDENAÇÃO DE FISCALIZAÇÃO DE PETRÓLEO E COMBUSTÍVEIS, que forneceu, às fls. 616 a 622, os preços unitários medidos praticados pela Refinaria e pela Usina no último mês de cada período, considerando as respectivas MVA's, relativas à gasolina aditivada, gasolina comum, álcool comum e óleo diesel, efetuando os devidos ajustes no levantamento de estoque. Em seqüência o PAF foi encaminhado à ASTEC/CONSEF onde o diligente revisor adotou todas seguintes providências: Efetuou a apuração do imposto a ser exigido, com base nos dados levantados pela COPEC/COORDENAÇÃO DE FISCALIZAÇÃO DE PETRÓLEO E COMBUSTÍVEIS, apresentou os demonstrativos de apuração da exigência, bem como novos demonstrativos de débito para as infrações 1 e 2. Assim, as alterações não resultam em nulidade do Auto de Infração, pois amparadas no que dispõe o § 1º do art. 18 do RPAF/BA.

Diferente do alinhado pelo autuado, o MVA deve ser aplicado sobre o preço, acima, indicado pela COPEC/COORDENAÇÃO DE FISCALIZAÇÃO DE PETRÓLEO E COMBUSTÍVEIS, embutidos, é claro, o ICMS, a exemplo do constante às fls. 621 e 622, conforme determina toda a legislação desse imposto, de conhecimento corriqueiro e, com base no qual a própria Refinaria calcula o imposto devido ao Estado, não havendo o que se falar em *bis-in-idem*.

Quanto à arguição de decadência, o Código Tributário Nacional permitiu que, através de lei, o ente federativo respectivo possa estipular uma outra contagem de prazo para aplicação dos efeitos decadenciais, conforme alinhado no § 4º do art. 150.

A legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento e, por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, § 4º, do CTN, que prevê: “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador”.

O disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Verifico que a fiscalização, na verdade, iniciou em 2007, conforme Termo de intimação à fl. 09, efetuada pelo Auditor Fiscal autuante, com ciência do Auto de Infração nesse mesmo ano, não havendo, portanto, a extinção do direito da fazenda pública de exigir o crédito tributário, relativo aos fatos geradores do exercício de 2002, conforme segue, melhor detalhado.

O disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. O parágrafo único do art. 173, do CTN, bem como o parágrafo único do art. 107-A do COTEB, alinha que esse prazo se extingue com a notificação de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. A primeira intimação para apresentação de livros e documentos fiscais ocorreu em 2007 (fls. 09), pelo auditor autuante, portanto, na contagem do art. 173, I do CTN, há menos de 05 anos do início dos procedimentos fiscais, ou seja, de medida preparatória indispensável ao lançamento. Sendo assim, não há o que se falar em decadência, relativa aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2002, pois só ocorreria a decadência caso tais medidas preparatórias ocorressem após 31/12/2007.

As notas fiscais relacionadas pelo autuado sob o argumento que não forem consideradas, através de diligencia, a ASTEC/CONSEF efetuou os ajustes, na medida em que o diligente adicionou ao levantamento, no exercício de 2001, às entradas 134.965 litros de gasolina comum acompanhadas de 25.000 litros de gasolina aditivada e no exercício de 2006, 5.000 litros de álcool etílico hidratado, conforme as respectivas notas fiscais que relaciona em seu parecer.

Não considerou o diligente, acertadamente, a Nota Fiscal nº 526.610 referente a óleo diesel, pois o óleo diesel não foi objeto de exigência do imposto decorrente de entradas sem nota fiscal no exercício de 2002. Quanto aos 10.000 litros de gasolina aditivada supra constante da Nota Fiscal nº 00.082, fl. 460, não foram incluídos na presente revisão porque já se encontravam registrados, já em relação à gasolina comum consignada na nota fiscal só tinha sido considerados na relação de notas fiscais de entradas à fl. 370, 35 litros, a diferença de 34.965 litros foi incluída na presente revisão. No que diz respeito à Nota Fiscal nº 108473, de setembro de 2006, fl. 463, atinente a biodiesel BW metropolitano, não foi incluída no levantamento porque tal produto não foi objeto de levantamento fiscal, e a Nota Fiscal nº 011.2041 de setembro de 2006, fl. 461, concernente a gasolina comum, não foi incluída na revisão fiscal solicitada porque o referido produto não fora objeto de levantamento fiscal no mencionado exercício de 2006.

Diante desse quadro, o diligente efetuou as alterações em relação às infrações 1 e 2, contudo, após a informação fiscal sobre a diligencia, na qual a autuante discorda de parte dos ajustes, foi solicitada nova diligencia a ASTEC/CONSEF, para verificar se são cabíveis as arguições do autuado às fls. 891 a 900 dos autos, além das incorreções indicada pela autuante, à fl. 933 dos autos.

A ASTEC/CONSEF apresente Parecer nº 00.135/2012 atendendo a solicitação da Junta de Julgamento Fiscal, efetuando os seguintes ajustes, transcrito conforme acima relatado:

Em relação à gasolina comum, exercício de 2002 insere nas entradas 134.965 litros, conforme notas fiscais que relaciona à fl. 939 e 949, remanescendo a diferença de R\$74.639,00, conforme demonstra, aduzindo que foi alterado o preço médio de R\$1,7766 para R\$1,7250 (média dos preços) informado pela COPEC fl. 621.

Afirma que com a alteração do preço médio o valor exigido foi reduzido para R\$34.763,11.

Em relação à Gasolina Aditivada, exercício de 2002, foram realizados os seguintes ajustes: nas entradas foram acrescentados 79.990 litros, conforme notas fiscais que relaciona,. Após os ajustes realizados nas quantidades entradas, o resultado apurado foi de omissão de saída de 46.172 litros, não gerando ICMS a recolher, não precisando, também, alterar o preço médio.

Em relação a Gasolina aditivada, 2005, foi alterado o preço médio de R\$2,2146 para R\$2,0716, informado pela COPEC fl. 622, com alteração do preço médio o valor do ICMS apurado foi reduzido para R\$6.160,53, conforme demonstrativo que elaborou.

Em relação à Gasolina aditivada exercício de 2006, foi ajustado o preço médio para R\$2,0716, informando pela COPEC fl. 622, com a alteração do preço médio o valor do ICMS apurado foi reduzido para R\$3.160,23.

Quanto a óleo Diesel, exercício de 2006, foram ajustadas as entradas incluídos 5.000 litros conforme notas fiscais acima demonstradas. Após os ajustes realizados nas quantidades entradas o resultado foi omissão de entradas de 1.523 litros, conforme demonstrativo que elaborou à fl. 942.

Quanto ao Álcool exercício de 2003, o preço médio não foi alterado, assim o valor apurado de R\$569,23 foi mantido.

Para álcool exercício de 2004, foi os ajustes das entradas foram incluídos 3.816 litros conforme NF. nº 125. Após os ajustes realizados nas quantidades de entradas foi apurada a omissão de entradas de R\$4.507,53 litros, conforme demonstrativo à fl. 943. Quanto ao preço médio foi alterado e o valor do ICMS apurado foi de R\$1.120,89.

No que se refere a álcool exercício de 2005 foram realizados os ajustes nas entradas crescendo 50.000 litros, conforme notas fiscais acima demonstradas. Após os ajustes realizados nas quantidades entradas foi apurado omissão de saídas de 733 litros, não gerando ICMS a recolhe, não necessitando de preço médio.

Quanto a álcool exercício de 2006, foi inserido nas entradas 5.000 litros e ajustados a omissão para 63.719 litros. O preço médio não foi alterado e o ICMS foi reduzido para R\$18.823,36.

Quanto a infração 02, exercício de 2002, os valores da antecipação tributária foram alterados de acordo com os ajustes ocorridos nas quantidades entradas e novos preços médios informados pela COPEC.

Assim, o diligente apresenta à fl. 946 dos novos demonstrativos de débitos das infrações 1, totalizando o ICMS a ser exigido de R\$65.052,12 e em relação à infração 2, o total a ser exigido de R\$18.953,13, em relação aos quais ficam incorporados a este voto, tendo em vista que a correção com o foram elaborados, em consonância com os ajustes que deveriam ser efetuados.

Verifico que, após os ajustes efetuados pela ASTEC/CONSEF, o impugnante repisa argumentos já alinhados e enfrentados no presente voto, bem como a autuante entende que não há mais o que contestar quanto à nova manifestação do sujeito passivo.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7ª edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo, com efeito, de confisco o contribuinte omissor que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

Não há, por conseguinte, o que se falar da violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois, além de serem, no presente caso, corolários do princípio do não confisco, já analisado, não encontram amparo fático, na medida em que a multa aplicada é adequadamente modulada para o desestímulo ao descumprimento das obrigações tributárias ora apuradas. Quanto ao pleito da sua redução, não cabe competência a essa unidade fracionária do CONSEF e sim a Câmara Superior na forma do art. 159 e 169 do RPPAF/BA.

É importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RPPAF/BA, bem como as decisões dos Tribunais apontados pelo autuando não vinculam os atos administrativos dessa unidade federativa.

Diante do exposto, voto pela PROCEDENCIA PARCIAL do Auto de Infração, cabendo a manutenção parcial das infrações 1, no total a ser exigido de R\$65.052,12 e em relação à infração 2,

o total a ser exigido de R\$18.953,13, conforme demonstrativos de débitos constantes às fls. 946 dos autos, conforme o demonstrativo abaixo:

Seq	Infr	Infração	Data Ocorrência	Data Vencimento	Aliq (%)	Valor Histórico	Valor Julgado	Multa (%)
3	1	04.05.08	30/12/2002	09/01/2003	25	15.541,76	32.188,06	70
23	3	04.05.08	30/12/2002	09/01/2003	2	1.243,34	2.575,05	70
4	1	04.05.08	31/12/2002	09/01/2003	25	93.095,66	0,00	70
26	3	04.05.08	31/12/2002	09/01/2003	2	7.447,65	0,00	70
17	1	04.05.08	30/12/2003	09/01/2004	25	527,07	527,06	70
18	3	04.05.08	30/12/2003	09/01/2004	2	42,17	42,17	70
15	1	04.05.08	30/12/2004	09/01/2005	25	1.916,91	1.037,86	70
16	3	04.05.08	30/12/2004	09/01/2005	2	153,35	83,03	70
21	1	04.05.08	30/12/2005	09/01/2006	25	6.097,94	5.704,19	70
22	3	04.05.08	30/12/2005	09/01/2006	2	487,84	456,34	70
13	1	04.05.08	31/12/2005	09/01/2006	17	10.902,23	0,00	70
14	3	04.05.08	31/12/2005	09/01/2006	2	1.282,62	0,00	70
1	1	04.05.08	02/10/2006	09/11/2006	25	2.760,77	454,77	70
24	1	04.05.08	03/10/2006	09/11/2006	17	18.163,66	16.841,95	70
25	3	04.05.08	03/10/2006	09/11/2006	2	2.136,90	1.981,41	70
19	1	04.05.08	04/10/2006	09/11/2006	25	3.305,35	2.926,14	70
20	3	04.05.08	04/10/2006	09/11/2006	2	264,43	234,09	70
TOTAL DA INFRAÇÃO 1						165.369,65	65.052,12	
6	2	04.05.09	30/12/2002	09/01/2003	25	4.345,47	8.998,81	60
28	4	04.05.09	30/12/2002	09/01/2003	2	347,64	719,91	60
9	2	04.05.09	31/12/2002	09/01/2003	25	26.029,55	0,00	60
31	4	04.05.09	31/12/2002	09/01/2003	2	2.082,36	0,00	60
10	2	04.05.09	31/12/2003	09/01/2004	25	167,03	167,03	60
32	4	04.05.09	31/12/2003	09/01/2004	2	13,36	13,36	60
12	2	04.05.09	31/12/2004	09/01/2005	25	607,47	329,90	60
34	4	04.05.09	31/12/2004	09/01/2005	2	48,60	26,31	60
7	2	04.05.09	30/12/2005	09/01/2006	25	1.704,98	1.594,89	60
29	4	04.05.09	30/12/2005	09/01/2006	2	136,40	127,59	60
11	2	04.05.09	31/12/2005	09/01/2006	17	3.454,92	0,00	60
33	4	04.05.09	31/12/2005	09/01/2006	2	406,46	0,00	60
8	2	04.05.09	02/10/2006	09/11/2006	25	924,18	818,15	60
30	4	04.05.09	02/10/2006	09/11/2006	2	73,93	65,45	60
5	2	04.05.09	03/10/2006	09/11/2006	17	5.756,07	5.337,21	60
27	4	04.05.09	03/10/2006	09/11/2006	2	677,18	627,91	60
2	2	04.05.09	04/10/2006	09/11/2006	25	768,60	126,61	60
TOTAL DA INFRAÇÃO 2						47.544,20	18.953,13	
Total						212.913,85	212.913,85	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **060624.0044/07-7**, lavrado contra **TORRES BARBOSA COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO DOM JOÃO)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$84.005,25**, acrescido das multas de 60% sobre 18.953,13 e 70% sobre R\$65.052,12, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de novembro de 2013.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LNADIN – JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR