

PROCESSO - A. I. Nº 206958.0002/20-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e P.G.P.S COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
RECORRIDOS - P.G.P.S COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0193-03/20-VD
ORIGEM - INFAZ COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET 28/04/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0058-11/21-VD

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constatando-se entrada de mercadoria sem documentação, deve-se exigir o imposto do adquirente, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por adquirir mercadoria desacompanhada de documentação fiscal. Correta a exclusão no levantamento fiscal de fatos geradores já objeto de lançamento de ofício anterior, como procedido na Decisão recorrida. Restabelecida a multa de 100%. Modificada em parte a Decisão, quanto ao Recurso Ofício. Razões recursais do contribuinte insuficientes à reforma do Acórdão recorrido. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso Ofício **PARCIALMENTE PROVIDO**. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo, de Recurso de Ofício, em razão da Decisão, proferida através do Acórdão nº 0193-03/20-VD, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo autuado, que inconformado com a referida Decisão, tempestivamente, apresenta a peça recursal, respaldado no art. 169, I, “b” do citado regulamento.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir do recorrente o ICMS, no valor de R\$6.435.310,16, na condição de responsável solidário, por ter adquirido combustíveis (gasolina comum, etanol, diesel comum e diesel S10) de terceiro desacompanhados de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante verificação de variação volumétrica em índice acima do admitido pela ANP, registrada no LMC/Registro 1300 da EFD, nos exercícios de 2015 a 2019, conforme demonstrativos às fls. 5 a 24 dos autos.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$585.887,79, diante das seguintes razões:

VOTO

Preliminarmente, cabe apreciar as questões suscitadas em Memorial pelo defendente. Em sessão de julgamento, realizada no dia 06/10/2020, o patrono da autuada, Dr. Fernando Marques Villa Flor, OAB-BA nº 11.026, arguiu as seguintes questões de ordem, requerendo: (i) que o PAF ficasse sobrestado, até que o julgamento no CONSEF voltasse a ser realizado de forma presencial, sob a alegação de que a sessão virtual, realizada via videoconferência, como está ocorrendo, cerceia seu direito de defesa. Apresentou entendimento de que o referido procedimento somente é cabível, quando o Contribuinte contra ele não se opuser, o que não acontece no presente caso. Pediu a suspensão do julgamento, se a decisão não for pela nulidade ou improcedência da autuação; (ii) diligência a PGE/PROFIS, a fim de que fosse emitido Parecer sobre as questões jurídicas suscitadas em sua defesa; (iii) seja o PAF convertido em diligência, para que a Autuada, através do seu representante legal, tenha “vistas do PAF e da informação fiscal”; (iv) que a teor do art. 150, § 4º, do CTN, fossem excluídas as parcelas até o dia 12/03/2015, considerando que as operações estariam declaradas no

LMC, portanto, foram alcançadas pela “decadência”, pois a Autuada foi intimada do AI em 12/03/2020.

Essas preliminares foram apreciadas pelo Colegiado desta 3ª JF, que por unanimidade, decidiu pelo indeferimento dos pedidos da defesa, com os seguintes fundamentos: (i) não houve qualquer fato ou elemento novo trazido na informação fiscal, considerando que foi prestada em absoluta consonância com o art.127, § 6º, do RPAF/99. Neste caso, fica indeferido a conversão do PAF em diligência, visto que nada foi acrescentado que demandasse “vistas do PAF e da informação fiscal”, como quer o defendente;

(ii) não havendo necessidade manifestada pelos Julgadores, não há previsão legal de oitiva pela PGE, nesta fase processual;

(iii) o julgamento das sessões de forma virtual está previsto na legislação baiana, podendo o defendente se manifestar livremente, como o faz no presente caso, não havendo que se falar em cerceamento de defesa. Ademais, a realização dos julgamentos nessas circunstâncias, está prevista no art. 64-A do Regimento Interno do Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF, aprovado pelo Decreto nº 7.592/99, não se incluindo na competência dos órgãos julgadores, a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, a teor do que determina o inciso III, do art. 167 do RPAF/99;

(iv) as ocorrências apuradas no presente auto de infração, se deram através de levantamento fiscal, apurado ao final de cada exercício fiscalizado, tanto é assim, que para o exercício de 2015, as operações omitidas se concretizaram em lançamento de ofício, no dia 31/12/2015, em consonância com o art. 39, § 2º, do RPAF/99. Ademais, o entendimento firmado no CONSEF, e em conformidade com a PGE - Incidente de Uniformização no 2016.194710-0, é no sentido de que o lançamento por homologação, seria aquele em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento, sem prévio exame da autoridade administrativa, sendo aplicável a regra do art. 150, § 4º do CTN. Ou seja, o referido dispositivo aplica-se aos casos, em que haja algum pagamento a ser homologado, de acordo com a apuração feita pelo contribuinte, o que não ocorreu, no presente caso.

Cabe acrescentar, por fim, que o impugnante no Memorial apresentado, invocou decisão recente do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que inadmitiu a própria “variação volumétrica” conforme Acórdão do Recurso Especial Nº 1884431 - PB (2020/0174822-8).

Da leitura do Acórdão referido, depreende-se claramente, que a matéria ali apreciada não se aplica a presente discussão. Naquele caso, o fato discutido é de que a entrada a maior do combustível, em razão da variação da temperatura ambiente de carregamento e descarregamento, se constitui em um fenômeno físico de dilatação volumétrica. Portanto, a fenomenologia física de dilatação volumétrica do combustível, não se amolda à descrição normativa hipotética que constitui o fato gerador do ICMS.

Neste processo, a discussão é exatamente o contrário. O contribuinte registrou como variação volumétrica em seu LMC, quantidades que não se coadunam com a dilatação do volume de combustível provocado pela temperatura ou qualquer outro fenômeno natural. Portanto, o fisco não o autuou devido a quantidades inerentes a variações volumétricas comuns ao seu setor econômico. A exigência fiscal se deu, porque o autuado não comprovou a origem desses milhares de litros de combustíveis inseridos em seus estoques e que atribuiu a variação volumétrica.

O defendente apresentou o entendimento, de que ocorre insegurança na determinação da infração e apuração das quantidades consideradas como omitidas, com o consequente cerceamento do seu direito de defesa. Disse que não existe nexo de causa e efeito, entre a acusação fiscal e a demonstração realizada. A acusação é de que teria adquirido combustíveis de terceiros sem documentação fiscal, e consequentemente, sem a escrituração das entradas, mas a apuração foi realizada com base em dados da EFD/LMC.

Da análise dos elementos que compõem o presente PAF, verifico que não possui suporte fático ou jurídico tal alegação. Considerando a especificidade da atividade econômica exercida pelo Autuado, necessário se faz traçar o contexto da autuação ora discutida. Trata-se de posto revendedor de combustíveis, e como tal, seus estoques devem ser inventariados diariamente, duas vezes, uma no início e outra no final do dia, após encerradas as vendas. Assim, os postos revendedores devem escriturar todos os inventários dos tipos de combustíveis, no livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), incluído na Escrituração Fiscal Digital (EFD), no registro 1300. No LMC, existe campo específico para o registro de pequenas diferenças que podem ocorrer entre o estoque escritural e o estoque de fechamento do dia, visto que os combustíveis ficam sujeitos a variações volumétricas. Quando essas diferenças forem superiores ao limite de 0,6% dos volumes disponíveis para comercialização no dia, o posto revendedor deve expressamente, justificar os motivos da sua ocorrência (item 13, “f” da Instrução Normativa anexa à Port. DNC 26/92). Na EFD, essas diferenças são anotadas nos campos 9 e 10 do registro 1300, como ganhos ou perdas, sendo essas aceitáveis até o limite de 0,6%, onde as omissões de entradas são registradas como ganhos e as omissões de saídas como perdas. É importante ressaltar, que no presente caso, foi considerado pelo Autuante no levantamento fiscal, como perda normal, o percentual de 1,8387%, que é muito conservador e mais que três vezes os 0,6% citados, conforme disposto na Portaria 445/98.

No caso em discussão, o defendente vem apresentando em seu registro 1300 da EFD, variações volumétricas

acima do legalmente considerado pela ANP, sistematicamente, desde o ano de 2015 e somente ao ser autuado, no ano de 2020, negou o cometimento da infração, sob a alegação de erro em sua escrituração, inclusive solicitando autorização para alteração de sua EFD.

Nesse cenário, ao contrário da tese defensiva, não se verifica qualquer abstração na acusação fiscal. Conforme descrito na folha 01 do Auto de infração, o lançamento exige o ICMS em razão da falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido combustíveis de terceiros desacompanhados de documentação fiscal e consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, repita-se, apurado com base em variação volumétrica declarada pelo próprio autuado em sua escrituração fiscal digital – EFD.

Sobre o enquadramento legal, também questionado pelo defendente, observo que não implica nulidade do lançamento, caso exista erro de indicação de dispositivo da legislação tributária, tendo em vista que pela descrição dos fatos, ficou evidente a irregularidade apurada na ação fiscal.

Sendo assim, analisando todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a lei nº 7014/96 e o RICMS/2012. As irregularidades apuradas estão devidamente demonstradas no levantamento fiscal, demonstrativos fls. 05/24, CD e comprovante entrega fls. 26/27, que serve de base ao Auto de Infração, tendo sido dada ciência ao contribuinte, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa. A apuração do imposto se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração.

Dessa forma, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração nos termos do art. 39 do RPAF/99, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

Sobre o pedido de revisão a ser realizado por fiscal estranho ao feito, fica indeferido de plano. Com fulcro no art. 147, I, “a” e “b” do RPAF/99, entendo ser desnecessária a requerida diligência, tendo em vista outras provas produzidas constantes do PAF, considerando que os elementos contidos nos autos são suficientes para a análise do mérito e conclusões acerca da lide. A informação fiscal foi prestada em conformidade com o art. 127 do RPAF/99, sendo utilizados argumentos respaldados na doutrina e na jurisprudência. Portanto, não se verifica elementos novos acostados aos autos pelo Autuante, que justifique reabertura do prazo de defesa como pretende o defendente.

Quanto ao mérito, está sendo cobrado ICMS, sendo atribuída ao autuado a responsabilidade por solidariedade, relativamente ao imposto, por ter adquirido mercadorias de terceiros sem documentação fiscal, (combustíveis: óleo diesel, etanol hidratado e gasolina), apurada mediante verificação de variação volumétrica, em índice acima do admitido pela ANP registrada no LMC/Registro 1300 da EFD, nos meses de dezembro de 2015, 2016, 2017, 2018 e 2019. (Infração 04.07.01).

A defesa sustenta respeitáveis considerações sobre os fatos e o direito, inclusive quanto à penalidade aplicada. Não obstante, não traz à luz deste processo, elementos robustos, com o condão de elidir integralmente a acusação fiscal, visto que não apresentou provas concretas que justificassem o alegado erro em sua escrituração fiscal digital.

Observo que o contribuinte, na condição de adquirente de combustível, mercadoria enquadrada por lei, no regime de substituição tributária, é considerado substituído pela legislação, haja vista que no caso de combustíveis, a Lei 7.014/96, no art. 6º, atribui ao distribuidor e ao industrial ou extrator, a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do imposto, na condição de sujeito passivo por substituição, com a obrigatoriedade de fazer a retenção do imposto na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes.

Neste caso, saliento que o autuado não apresentou qualquer dado que comprovasse a existência de registro das entradas das mercadorias objeto da autuação, e por se tratar de produto enquadrado no regime de Substituição Tributária, não sendo comprovada a origem da mercadoria, inexistente, consequentemente, comprovação de recolhimento do imposto.

Entretanto, observo que, ainda que o contribuinte tenha deixado de exibir esta comprovação, não cabe exigir o imposto com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar entradas, efetuou o pagamento dessas entradas, com recursos provenientes de operações de saídas anteriores, também não contabilizadas.

Na constatação de omissão de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, deve-se aplicar a regra prevista no art. 10 da Portaria 445/98, exigindo-se o imposto do sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros, desacompanhada de documentação fiscal. É devido também, o tributo apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, relativamente às mercadorias sujeitas à antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada, o

que não foi objeto de cobrança neste Auto de Infração.

O defendente apresentou entendimento de que a constatação de “omissão de saídas” pura e simples/vendas sem emissão de documentação fiscal”, é hipótese que não gera nova incidência do imposto. Entretanto, conforme estabelece o art. 128 do CTN, a lei pode atribuir a responsabilidade solidária a terceira pessoa vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação tributária, atribuindo ao contribuinte, em caráter supletivo, a responsabilidade pelo cumprimento total ou parcial da obrigação tributária.

O defendente também alegou, que os seus registros foram efetuados de forma equivocada, o que se poderia deduzir, pela simples constatação das quantidades. Disse ser impossível a efetiva ocorrência de “ganhos diários” de milhares de litros de combustíveis, todos os dias. Seriam incontáveis também, as situações em que os “ganhos” são próximos, iguais, e muitas vezes superiores às quantidades disponíveis; e superam a capacidade dos tanques. Afirmou que a autuação recaiu sobre escrituração inconsistente, e que não teve a oportunidade de se explicar ou corrigir as inconsistências; as quantidades adotadas no AI foram exatamente aquelas, equivocadamente lançadas nos LMCs. Disse que o Autuante registrou “ganhos” como lançamentos a título de omissão e não teria registrado as “perdas”, que foram desprezadas. Informou, ainda, que providenciará a total retificação de sua EFD, incluindo seu LMC.

Sobre estas alegações, saliento que a Escrituração Fiscal Digital – EFD, se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das Unidades Federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como, no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte, e substitui livros fiscais.

Observe que o levantamento fiscal é efetuado com base em dados fornecidos pelo autuado por meio dos arquivos eletrônicos relativos à EFD, e a correção de tais arquivos é de responsabilidade do contribuinte, pois tais registros devem refletir os elementos constantes nos documentos fiscais relativos às entradas e saídas de mercadorias. Portanto, no caso de inconsistências, compete ao contribuinte informar e corrigir os erros, antes da ação fiscal, e não cabe nesta fase do presente processo, conceder prazo para a pretendida retificação da EFD.

Cumpra observar, que a fiscalização nesse tipo de levantamento, leva em consideração, as aferições registradas no livro de Movimentação de Combustíveis (LMC). Nesse caso, o Autuante corretamente destacou que a prova de eventuais erros no registro 1300 do posto revendedor deve ser robusta, pois teria constatado em ação fiscal as irregularidades apontadas nos estoques da empresa, durante anos a fio, sem que fossem tomadas as devidas providências para resolver as supostas “irregularidades” que alegou.

Assim, verifico que as alegações concernentes aos ganhos relativos às variações volumétricas, não foram comprovadas quando foi realizado o procedimento fiscal, nem foram trazidas aos autos pelo defendente, o que deveria ser comprovado mediante registro no livro de controle de movimentação do combustível, ou sua retificação antes da ação fiscal. A variação volumétrica em decorrência da variação de temperatura, tanto pode ser positiva como negativa. No caso de perda por evaporação não registrada, provocaria omissão de saída de combustível, por isso não se poderia exigir o ICMS, por se tratar de mercadoria com fase de tributação encerrada.

Em relação à variação positiva registrada e não comprovada, entende-se que houve entrada física de produtos em volume superior ao percentual estabelecido na legislação, ocorrendo um incremento no estoque, sem a respectiva documentação fiscal. A entrada do volume acrescido sem a necessária comprovação, consubstancia fato gerador do ICMS, e não tendo a comprovação da origem da mercadoria, o estabelecimento detentor deste combustível é responsável pelo pagamento do tributo.

Dessa forma, não basta a alegação de que ocorreram “erros de sistema” ou “erros de medição”, sem a apresentação de laudos de intervenção técnica que a respalde. Também, não basta argumentar que “esses erros ficam claros quando se observa que os ganhos e as perdas de dias seguintes se cancelam”, pois o registro das informações no LMC e no registro 1300 deve ser diário, e além disso, quando os ganhos ou perdas forem superiores a 0,6%, o posto revendedor deve justificar o fato no seu LMC, o que não ocorreu em nenhum momento.

Importante registrar, que a Portaria nº 159, de 24 de outubro de 2019 (publicada no Diário Oficial de 25/10/2019), alterou 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, tendo sido acrescentado o Parágrafo Único ao art. 10, in verbis:

A omissão do registro de entrada de combustível, derivado ou não de petróleo, em postos ou revendedores varejistas de combustíveis automotivos será caracterizada quando se verificar que, a título de variação volumétrica em decorrência de dilatação térmica, a quantidade de litros escriturados diariamente como ganho no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC)/Registro 1300 da EFD excedeu 1,8387% da relação entre ganho e volume disponível (estoque no início do dia + volume recebido no dia), percentual calculado com base em índices técnicos de ganhos e perdas admitidos como normal pela Agência Nacional

de Petróleo (ANP).

Observo que esse artigo encontra-se na Seção III da Port. 445/98, que trata especificamente das omissões de entradas de mercadorias, pois os ganhos em temos escriturais equivalem à uma omissão de entrada. Entendo que esta regra de natureza interpretativa, não inova na ordem jurídica, e me coaduno com as conclusões do Autuante, no sentido de que a modificação da Portaria 445/98, pela Portaria 159/19, apenas a aperfeiçoou com novas orientações procedimentais para a fiscalização, orientando como os prepostos fiscais devem utilizar as informações dos ganhos registrados na EFD. Isto é, estabeleceu-se novos critérios de apuração ou processos de fiscalização.

Assim, saliento que apesar de a Portaria 159/19 ter vigência a partir de 25/10/2019, data em que foi publicada, a sua orientação corrobora o acerto da autuação fiscal, considerando como omissão de entradas ganhos registrados no LMC, acima do percentual permitido pela legislação.

O autuado argumentou que admitir a aplicação do parágrafo único, do art. 10 da Portaria 159, é criar hipótese de presunção não prevista na Lei 7.014/96, ou seja, uma nova e ilegal espécie de presunção. Entretanto, não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

O defendente disse também, que a presente autuação colide, causando bis in idem, com o Auto de Infração nº 298576.0011/19-0, lavrado em 16/12/2019, pelo Auditor, Luís Carlos Moura Matos, no que tange aos exercícios de 2017 a 2019, que se encontra tramitando no CONSEF.

Sobre esta alegação, verifico que assiste razão ao Autuado. Constato que o citado Auto de Infração, nesta data, já foi inclusive julgado por este CONSEF, conforme Acórdão JJJF Nº 0083- 01/20-VD. Verifico que o referido PAF possui três infrações à legislação tributária, com a mesma natureza, metodologia de apuração e iguais mercadorias (óleo diesel, etanol hidratado e gasolina), do presente processo. Entretanto, naquela ação fiscal, o Autuante limitou-se aos exercícios de 2017, 2018 e 2019, que por esse motivo, os valores inerentes a tais exercícios serão excluídos do presente lançamento. Dessa forma, as ocorrências referentes aos anos de 2015 e 2016, subsistem incólumes e são procedentes.

Sobre os acórdãos deste CONSEF citados pela defesa, é importante observar que devem ser analisados no contexto de cada processo, valendo frisar, que não vinculam a decisão dessa 3ª Junta de Julgamento Fiscal.

Em relação à multa que foi objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento do imposto referente à antecipação tributária, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração. Neste caso, concordo com o posicionamento do autuado de que o percentual da multa é de 60%, conforme estabelece o art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96, devendo ser retificado de ofício, o mencionado percentual.

O defendente requereu ainda, que sob pena de nulidade, todas as intimações relativas ao feito, sejam encaminhadas ao seu representante legal. Saliento que nada obsta de que seu pleito seja atendido pelo setor competente deste CONSEF, enviando as intimações sobre o presente processo ao endereço indicado.

Nessa esteira, considerando que nenhuma das alegações defensivas, de que seus “registros foram efetuados de forma equivocada”, que houve “erros escriturais”, “erros de sistema” ou “erros de medição” foi efetivamente comprovada, a autuação subsiste parcialmente

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Não se conformando com a Decisão de 1ª Instância, o autuado apresentou, tempestivamente, às fls. 152 a 207 dos autos, Recurso Voluntário onde, inicialmente, suscita as seguintes preliminares de nulidade:

Primeira preliminar. NULIDADE: ALEGAÇÕES DEFENSIVAS NÃO ENFRENTADAS.

Diz que são inúmeras as razões defensivas não apreciadas pela JJJF o que, a teor do art. 18, II e III do RPAF, bem como da farta jurisprudência emanada do CONSEF, conduz a nulidade da decisão hostilizada, do que registra que o CONSEF, com apoio da PGE, sempre se posicionou pela nulidade de decisões não fundamentadas, que, por não enfrentarem alegações postas pela defesa, implicam em cerceamento do direito de defesa e provocam “supressão de instância”. Assim, visando deixar clara tal posição, transcreve dezesseis ementas de julgados que decidiram pela nulidade da Decisão de Primeira Instância.

Afirma que a JJJF não analisou a defesa onde a autuada suscitou que o lançamento não seguiu qualquer roteiro regulamentar e que, tendo adotado apenas os ganhos diários como base, de acordo com o conceito traçado pelo art. 4º, § 4º, inciso IV da Lei nº 7.014/96, em se tratando de

mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, a presunção de omissão de receitas anteriores, sozinha, não ampararia a cobrança do ICMS. Isso porque ainda que as operações anteriores, realizadas sem a emissão de notas fiscais, fossem comprovadas, as quais justificariam a presunção, não ensejariam a falta de recolhimento do imposto, justamente porque, no segmento de varejo de combustíveis, não se paga o ICMS pelas vendas.

Diz, ainda que a JJF não teceu qualquer comentário sobre os argumentos levantados em sua defesa, sobre a impossibilidade de aplicação dos roteiros previstos no art. 4º, § 4º, inciso IV da Lei nº 7.014/96 e, ainda que assim não o fosse, haveria que ser aplicada a determinação da “proporcionalidade” prevista na Instrução Normativa nº 56/07, o que aniquilaria os valores lançados como devidos.

Ainda quanto às questões prejudiciais, afirma o apelante que a JJF não analisou a parte da defesa que abordou a falta de compatibilidade do método de apuração com a Portaria nº 445 e com a Instrução Normativa nº 310/90, pois não foram considerados quaisquer dados, além dos “ganhos que teriam sido lançados pela Autuada” e, nesse diapasão, mais uma vez não fez qualquer alusão aos Acórdãos JJF nºs 0186-02/19, 0159-02/19, 0160-02/19 e 0167-02/19, transcritos para respaldar a tese da irregularidade do método adotado na autuação.

Alega que o item 35 da defesa igualmente não foi abordado, se omitindo a JJF de analisar a alegação defensiva de que foi feita uma apuração diária e que tal apuração não poderia ser aplicada, exceto na hipótese do art. 41, inciso II da Lei nº 7.014/96, observados os requisitos, antecedentes, dos arts. 46 e 47, do mesmo diploma legal, ou seja, a autuada teria que se encontrar sob regime especial de fiscalização.

Além de tais motivações, o recorrente diz que a JJF recusou a alegação de “inconstitucionalidade” do art. 10, parágrafo único, da Portaria nº 159/19, com fundamento no art. 167, I do RPAF. Contudo, diz que em momento algum suscitou a “inconstitucionalidade” da norma e que o pedido formulado foi de reconhecimento da ilegalidade da Portaria nº 159/19, no que se reporta ao § único do art. 10. Portanto, a JJF não apreciou esse importante fundamento de direito, não podendo o vício ser suprido pela CJF, exceto se acolhida a arguição do contribuinte, com a decretação da ilegalidade levantada, o que fica expressamente requerido.

Sustenta que “ilegalidade” não se confunde com “inconstitucionalidade”, não sendo vedado ao CONSEF apreciar casos de “ilegalidade”, inclusive, como alegou a autuada, quanto à aplicação da norma no tempo (sobre fatos geradores pretéritos). Diz que apreciar “ilegalidade” é fazer o confronto do ato normativo com a lei (no caso a Lei nº 7.014/96). Diferentemente da “inconstitucionalidade”, que se reporta ao confronto do ato com a Constituição Federal. Aduz que a competência original da JJF não foi atendida e, salvo se a nulidade foi decretada pela CJF, outra decisão precisa ser proferida, visto que a JJF não só deveria apreciar a ilegalidade levantada, como a ela caberia adotar o quanto preconizado pelo art. 168, incisos I a V do RPAF, que determina que sempre que se encontrar em votação matéria contida em lei ou em ato normativo considerado ilegal, ou se já decidida em última instância pelo Poder Judiciário, a autoridade julgadora deverá submeter à Junta ou à Câmara proposta à Câmara Superior do CONSEF no sentido de que represente ao Secretário da Fazenda que, após ouvida a Procuradoria Geral do Estado, decidirá quanto à conveniência ou não de propositura de modificação ou revogação da lei ou ato considerado ilegal, devendo o processo administrativo ficar sobrestado até que ocorra a modificação ou revogação da lei ou do ato normativo em exame ou o despacho denegatório da representação ou proposição.

Assim, segundo o recorrente, fugindo das orientações regulamentares, a JJF, com total prejuízo à defesa, tratou a alegação de forma diversa, devendo a CJF declarar a nulidade da decisão e que a JJF aprecie o quanto alegado e, se for o caso, cumpra as determinações do RPAF, encaminhando o PAF, em primeiro plano, à Câmara Superior, que deverá decidir sobre quanto à representação ao Sr. Secretário da Fazenda.

Segunda preliminar. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

Em outra vertente, o apelante suscita nulidade do Auto de Infração sob a alegação de que não teve acesso ao PAF, impedido que foi pela “ausência de atendimento presencial” e pelas negativas da JJF quanto à regular instrução do processo, do que indaga quais os elementos que foram juntados pela acusação para basear a apuração. Diz ser preciso esclarecer se foram juntados os demonstrativos, analíticos e sintéticos da apuração, bem como se consta do PAF a “Ordem de Serviço”, a origem dos dados utilizados (LMC), sem os quais o processo não possui qualquer validade. Defende que qualquer carência nesse sentido, se suprida, deve ocasionar a reabertura do prazo de defesa. Assim, concluiu que a JJF “caminhou sobre os trilhos da ilegalidade”, homologando, de forma não isenta, lançamento inteiramente eivado de nulidades.

Terceira preliminar. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO POR ERRO NO ENQUADRAMENTO LEGAL

Alega, ainda, a nulidade do Auto de Infração por erro de enquadramento legal do lançamento, ao constar art. 4º, § 4º, inciso IV; art. 6º inciso IV; art. 23, § 6º, inciso II, alínea “b” da Lei nº 7.014/96; e art. 10, parágrafo único da Portaria nº 445/90, do que destaca que é preciso definir, portanto, se seriam hipóteses distintas e, em sendo, a natureza de cada uma delas, bem como a aplicação da norma pertinente, inclusive no tempo, do que passa a tecer considerações relativas ao art. 4º, § 4º, IV da Lei nº 7.014/96, por entender foi o que aconteceu, e que, para essa constatação, haveria que se utilizar do roteiro de “auditoria de estoques”.

Aduz que a JJF, para fugir dessa constatação (com o que também contaminou inteiramente a decisão e causou supressão de instância), sustentou que o erro no enquadramento legal não ocasiona a nulidade, que a exigência seria por responsabilidade solidária, que o art. 128 do CTN respalda a atribuição e que, assim, o art. 8º da Lei nº 7.014/96, atribui a responsabilidade ao distribuidor e ao industrial, na condição de “sujeito passivo por substituição”.

Observa, ainda, que o art. 6º, inciso IV da Lei nº 7.014/96, também mencionado no Auto de Infração, se encontra totalmente divorciado das hipóteses de presunção (art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96), e cuja disposição não se reporta à responsabilidade solidária decorrente de substituição tributária e sim, como afirmou a própria JJF, da hipótese responsabilização de pagamento do imposto quanto a mercadoria é flagrada na posse de alguém, sem documentação fiscal ou com documentação inidônea.

Sendo assim, diz que o dispositivo acima não tem qualquer relação com o caso presente, pois não se reporta a casos de responsabilidade por substituição tributária e é aplicável, normalmente, em situações de trânsito de mercadoria, responsabilizado quem esteja na posse do produto e não apresente documentação fiscal ou apresente documento inidôneo. Segundo o recorrente, pode ser adotado, ainda, de acordo com o art. 9º, inciso I da Portaria nº 445/98, nos casos de levantamento quantitativo por exercício aberto, mesmo assim quando as mercadorias ainda estiveram fisicamente nos estoques. Contudo, não se pode admitir que a autuada, de 2015 a 2018, teve, em dezembro de 2019, posse (estocagem) de milhares de litros de combustíveis, inclusive porque não foi apreendido 1 litro sequer.

Aduz que, ao contrário do que afirmou a JJF, a Lei nº 7.014/96 não atribui responsabilidade ao distribuidor, e sim ao “industrial”. Já o art. 128 do CTN, que autoriza a atribuição de responsabilidade, exige que tal seja feita mediante lei, se extraindo daí a ilegalidade do art. 10, I, “a” e “b” da Portaria nº 445/98.

Por tudo isso, o recorrente sustenta que a autuação se enquadra no art. 18, incisos II e IV, a” e “b” do RPAF, devendo ser decretada a sua nulidade, do que transcreve como paradigmas cinco decisões.

Quarta preliminar. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO: IMPROPRIEDADE DO MÉTODO APLICADO

O recorrente também suscita a nulidade do Auto de Infração pela impropriedade de método utilizado para se concluir pela “omissão de entradas”, pois não seguiu roteiro compatível com o art. 4º, § 4º, inciso IV da Lei nº 7.014/96, ou qualquer outra forma que possa ser considerada

legítima, ainda mais para ser aplicada ao passado. Diz que, no caso concreto, se deduz que o autuante retirou do LMC informações registradas como “ganhos”, separando as quantidades, diariamente, por exercício e tipo de combustível, como consta aliás das planilhas sintéticas ofertadas ao contribuinte, para depois se fazer totalizações anuais, das quais se deduziu o percentual de 1,8387%, cujo resultado foi considerado como “ganho excessivo”, sendo erigido à condição de “omissão de entradas”, ocorrência que, como já visto, somente possui autorização legal para ser apurada mediante levantamento quantitativo, a teor das Portarias nºs 445/90 e 159/19, por exercícios fechados ou abertos.

Destaca que a Portaria nº 445, em cuja redação, a todo momento, se percebe a transcrição do art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, em momento algum prevê a possibilidade de se fazer a auditoria que a mesma regula de outra forma, que não seja através de exercícios fechados (inteiros) ou fracionados (abertos), conforme expressa o seu art. 2º. Diz que o lançamento, feito sem observância dos tais preceitos, se encaixa no art. 18, I e IV, “a” do RPAF, ou seja, nulo por insegurança na determinação da infração e apuração das quantidades consideradas como omitidas e, por via conexa, das bases de cálculo, e consequente cerceamento do direito de defesa.

Assim, o recorrente defende não existir nexo de causa e efeito entre a acusação fiscal e a demonstração realizada, pois, apesar de acusação de que teria adquirido combustíveis de terceiros sem documentação fiscal e, consequentemente, sem a escrituração das entradas, a apuração foi realizada com base em uma parte dos dados encontrados na EFD/LCM (ganhos), os quais se apresentavam inconsistentes, e sequer o fisco pediu esclarecimentos acerca dos flagrantes erros de lançamentos. Apenas pinçou a parte da escrituração que entendeu conveniente e, assim, além de atentar contra o conjunto da norma que diz ter seguido, criou quantidades absurdas de omissões de entradas. Sem qualquer apego à verdade material e “criou o fato gerador do imposto”, da maneira que já nasceu eivada de nulidade, por adoção de roteiro não regulado no contexto da Portaria nº 445/98, ao menos até outubro de 2019.

Quinta preliminar. NULIDADE POR INAPLICABILIDADE DA PRESUNÇÃO LEGALMENTE PERMITIDA

Suscita, ainda, nulidade do Auto de Infração por inaplicabilidade da presunção legalmente permitida, uma vez que, se o método de apuração já foi irregular e ilegal, de acordo com o conceito traçado pelo art. 4º, § 4º, IV da Lei nº 7.014/96, em se tratando de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, a presunção de “omissão de receitas anteriores”, sozinha, não justifica a cobrança do ICMS. Isso porque ainda que as operações anteriores, realizadas sem a emissão de notas fiscais, que justificariam a presunção, fossem comprovadas, não ensejariam a falta de recolhimento do imposto, justamente porque, no segmento de varejo de combustíveis, não se paga o ICMS pelas vendas, eis que a responsabilidade pelo pagamento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, a teor do art. 8º, IV, “a” da Lei nº 7.014/96, é do industrial ou extrator, sequer podendo ser atribuída ao distribuidor.

Sustenta que, no caso, a realização de vendas sem a emissão de notas fiscais, que desagua da omissão de receita, se comprovada, poderia ter reflexos no campo da “tributação federal”, mas em hipótese alguma repercutiria na ausência de pagamento do ICMS, pois não compete ao “varejista de combustíveis” lançar o imposto sobre suas vendas. Defende que para se aplicar a presunção legal, no caso concreto, haveria que se comprovar a efetiva aquisição sem documentação fiscal, como por exemplo através de flagrante de entrega de produtos sem o documento exigido, hipótese em que estaria comprovada a ausência de retenção do ICMS pelo responsável legal. Assim, diante desse quadro, de impossibilidade absoluta de se caracterizar as saídas anteriores sem notas como suscetíveis a incidência do imposto, no máximo caberia a aplicação do art. 11 da Portaria 445, com a redação atual, como já decidido pelo CONSEF, do que cita duas decisões pela nulidade, cuja posição, segundo o apelante, encontra respaldo, ainda, na Instrução Normativa nº 56/2002, nos itens “1” e “2”, os quais transcreve, no sentido de excluir da base de cálculo do ICMS lançado de ofício, quando apurada omissão de saídas presumidas, nos termos do § 4º, do art. 4º da Lei nº 7.014/96, os valores relativos às operações isentas, não

tributadas e/ou sujeitas ao regime de substituição tributária, devendo abster-se de aplicar os roteiros fiscais relativos às referidas presunções e aplicar outros roteiros de fiscalização, quando se verifique que as operações habituais do contribuinte sejam integralmente isentas, não tributáveis e/ou sujeitas à substituição tributária, do que cita inúmeras decisões do CONSEF.

Sexta preliminar. NULIDADE POR IRREGULARIDADES NA CONDUÇÃO DA AÇÃO FISCAL

O recorrente aduz, ainda, nulidade por irregularidades na condução da ação fiscal sob a alegação de, como consta dos demonstrativos ínsitos no Auto de Infração, a apuração foi realizada por método não contemplado pela Portaria nº 445, nem por qualquer outro instrumento legal (nem mesmo pela Instrução Normativa nº 310/90, que aprovou os diversos roteiros de fiscalização). Diz que o autuante usou apenas um dos dados disponíveis no LMC, desconsiderando os demais, especialmente as perdas, como também deturpou a ocorrência do fato gerador, tratado no Auto de Infração como sendo diário. Assim, sustenta que a ação fiscal foi levada a efeito com vícios insanáveis, sem qualquer segurança e legalidade, pois apenas um dos elementos que compõe a auditoria de estoques foi utilizado, sendo esse mesmo elemento erigido à condição de “omissão”. Defende que, ainda que essa metodologia fosse regular, ao menos as perdas, também registradas, haveriam que ser consideradas, apurando-se, ao final de cada exercício, se resíduos persistiriam. Aduz não existir base legal para o meio de apuração adotado, como também os dispositivos indicados como infringidos não contemplam a própria aplicação da presunção pretendida, como finalmente não condizem com o efeito pretendido. Cita decisões do CONSEF e registra que a utilização, isolada, do parágrafo único, do art. 10 da Portaria nº 159/19, mencionado no Auto de Infração como suposto enquadramento legal da ocorrência, cria uma nova hipótese de “presunção de ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto”, não contemplada no § 4º, do art. 4º da Lei nº 7.014/96, portanto, claramente ilegal.

Sétima preliminar. NULIDADE: IMPOSSIBILIDADE DE CONSTATAÇÃO DE FATO GERADOR DIÁRIO

Afirma que outro vício diz respeito a “constatação diária” dos “ganhos”, e de forma apartada do conjunto da auditoria de estoques, uma vez que, exceto na hipótese do art. 41, II da Lei nº 7.014/96, observados os requisitos, antecedentes, dos arts. 46 e 47, do mesmo diploma legal, somente se pode interpretar a inovação feita pelo parágrafo único, do art. 10 da Portaria nº 159/19, como sendo os ganhos diários registrados um dos componentes da auditoria de estoques. Considerá-lo de forma isolada, como já abordado, seria criar nova e ilegal hipótese de presunção.

Diz que a JJF, como já demonstrado nas questões prejudiciais, não analisou esse argumento da defesa, apesar de registrar que o autuante, na informação fiscal, “esclareceu” que “verificou medições dos estoques iniciais e finais a cada dia”. Aduz que a JJF, na tentativa de “salvar o lançamento”, esqueceu que somente é permitido a apuração diária na hipótese do citado art. 41, II, da Lei nº 7.014/96, se atendidos os requisitos dos arts. 46 e 47 do mesmo diploma legal, inclusive com sujeição de ato do Titular da Superintendência de Administração Tributária.

Oitava preliminar. NULIDADE: ILEGALIDADE PORTARIA 159/19 E INAPLICABILIDADE A FATOS PRETÉRITOS

Sob a alegação de ilegalidade da Portaria nº 159/19 e inaplicabilidade a fatos pretéritos, o recorrente repisa que a definição do fato gerador e da base de cálculo, no caso do ICMS, fica sujeita ao princípio da reserva legal. Contrário senso, tais elementos não podem ser definidos por ato “infralegal”, como é o caso de uma “Portaria”. E na situação em lide, o parágrafo único, do art. 10 da Portaria nº 445/98, foi inserido pela Portaria nº 159/19, instrumento, assim, ILEGAL, que veio a estabelecer:

“Art.10...

Parágrafo único. A omissão do registro de entrada de combustível, derivado ou não de petróleo, em postos ou revendedores varejistas de combustíveis automotivos será caracterizada quando se verificar que, a título de variação volumétrica em decorrência de dilatação térmica, a quantidade de litros escriturados diariamente como ganho no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC)/Registro 1300 da EFD excedeu 1,8387% da relação entre ganho e volume disponível (estoque no início do dia + volume recebido no dia), percentual

calculado com base em índices técnicos de ganhos e perdas admitidos como normal pela Agência Nacional de Petróleo (ANP)."

Diz que o ilegal dispositivo usado para tentar viabilizar a autuação, de forma clara assevera que "a omissão do registro de entrada", ou seja, "do fato gerador", "*será caracterizada quando se verificar que, a título de variação volumétrica em decorrência de dilatação térmica, a quantidade de litros escriturados diariamente como ganho no livro movimentação de combustíveis (LMC)/Registro 1300 da EFD excedeu 1,8387%...*". Assim, o recorrente aduz que a redação da Portaria, portanto, firma a caracterização do fato gerador (da omissão de entradas, através do registro do "ganho" no LMC).

Por outro lado, além de flagrantemente ilegal, a Portaria nº 159/19, tem aplicabilidade a partir da data de sua publicação, não podendo retroagir para alcançar fatos geradores pretéritos, e, assim, prejudicar o contribuinte, pois, ainda que a interpretação espelhada no Auto de Infração fosse legal e válida, somente poderia ser utilizada para fatos geradores a partir de 25/10/2019, data em que foi publicada. Porém, essa colocação é apenas por segurança, na medida em que resta patente a impossibilidade da adoção de um dispositivo isolado de uma Instrução Normativa, visando, de forma agressiva ao conjunto normativo e à Lei, para a própria condução da ação fiscal.

Repisa que a JJF distorceu as alegações da defesa sobre esse tópico, analisando a questão posta, de "ilegalidade" da Portaria nº 159, como se estivesse sendo questionada sua "constitucionalidade". Além de provocar a já alegada supressão de instância, a JJF, mais uma vez, acolheu infundado entendimento do autuante, ao consignar que:

"Observo que esse artigo encontra-se na Seção III da Port. 445/98, que trata especificamente das omissões de entradas de mercadorias, pois os ganhos em temos escriturais equivalem à uma omissão de entrada. Entendo que esta regra de natureza interpretativa, não inova na ordem jurídica, e me coaduno com as conclusões do Autuante, no sentido de que a modificação da Portaria 445/98, pela Portaria 159/19, apenas a aperfeiçoou com novas orientações procedimentais para a fiscalização, orientando como os prepostos fiscais devem utilizar as informações dos ganhos registrados na EFD. Isto é, estabeleceu-se novos critérios de apuração ou processos de fiscalização.

Assim, saliento que apesar de a Portaria 159/19 ter vigência a partir de 25/10/2019, data em que foi publicada, a sua orientação corrobora o acerto da autuação fiscal, considerando como omissão de entradas ganhos registrados no LMC, acima do percentual permitido pela legislação."

Sobre a afirmação da JJF de que a referida Portaria "*apenas a aperfeiçoou com novas orientações procedimentais para a fiscalização, orientando como os prepostos fiscais devem utilizar as informações dos ganhos registrados na EFD.*", o recorrente invoca o art. 144, § 1º do CTN que dispõe que o lançamento se reporta à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada. Diz que, no caso em tela, o fato gerador foi "presumido" mediante a aplicação de norma ilegal e de forma retroativa, não sendo conhecido quando da edição da Portaria nº 159.

Nona preliminar. NULIDADE POR UTILIZAÇÃO DE DADOS IRREAIS

Defende o recorrente que mais um ponto que deve ser analisado se reporta aos registros que teriam sido encontrados no LMC/1300 EFD, os quais, como já abordado, sequer se sabe se estão do PAF.

Repisa que as quantidades pinçadas da EFD são tão absurdas que nitidamente não refletem a realidade das movimentações realizadas pela autuada. Diz que diante da nitidez das inconsistências na EFD, a postura dos fiscais, isenta e responsável, seria questionar os registros e, constatado que os mesmos se encontravam viciados, conceder o prazo legal para a retificação. Afirma que o erro na EFD não caracteriza fato gerador do ICMS, sequer por presunção e que caberia ao autuante, nos termos do art. 251, em consonância inclusive com a exceção prevista no seu parágrafo 2º, intimar a autuada para que fizesse as devidas correções.

Diz não se tratar, como novamente modificou o sentido a JJF, de concessão de prazo, "nessa fase do presente processo", para a correção dos dados, mas, se trata sim da investigação antes da efetivação do lançamento, pois, como já decidido pelo CONSEF, não é a forma escritural que

define o fato gerador do ICMS, e sim a subsunção dos fatos às hipóteses de sua ocorrência, do que cita Acórdão nº 0268-11/16.

Defende que, se a autuada cometeu alguma infração, até contundente prova em contrário, se limitou ao campo das obrigações acessórias: inconsistências na EFD, passível, se não atendida a solicitação de correção, da multa expressa em lei. Assim, entende que, conforme amplamente demonstrado, a autuação é insegura e ilegal, pois impõe um verdadeiro regime de exceção, sem que qualquer oportunidade de explicação ou correção de eventuais dados inconsistentes fosse dada ao contribuinte. Transcreve decisão de JJF através do Acórdão nº 0186-02/19, pelo qual julgou nulo Auto de Infração similar.

Salienta que a 2ª JJF proferiu também os Acórdãos nºs 0160-02/19 e 0167-02/19, exatamente iguais ao transcrito, homologados pela 2ª CJF, e que nos dois casos a apuração foi realizada exatamente igual ao PAF sob demanda, conforme demonstrativos que anexa às fls. 208 a 225 dos autos. Assim, na improvável hipótese de ser superada a nulidade da decisão recorrida, requer que seja declarada a nulidade da autuação.

Décima preliminar. NULIDADE: ILEGITIMIDADE PASSIVA

Alega nulidade por ilegitimidade passiva sob o fundamento de que o erro da JJF, que fez de tudo para afastar a cobrança da “presunção”, atribuiu, às fls. 13 do acórdão, responsabilidade à autuada, lastreando-se no art. 6º da Lei nº 7.014/96. Porém, ao fazê-lo, chamou a atenção para a ilegitimidade passiva da autuada, já que a responsabilidade pelo lançamento/recolhimento do ICMS, no caso, é do industrial, como previsto no art. 8º da Lei nº 7.014/96.

Logo, não existe lastro legal para se exigir que o comerciante varejista seja responsabilizado de forma solidária, sendo o mesmo o terceiro elo na cadeia (industrial, distribuidor e varejista). Exceto nas hipóteses de flagrante no transporte/estocagem de produtos sem documentação, o que impõe também a apreensão, a atribuição de responsabilidade ao comerciante varejista não encontra sustentação legal, pois, quando a autuada adquire os combustíveis junto ao distribuidor, a fase de tributação já se encontra encerrada, cuja constatação é reforçada pelo § 1º, do art. 8º da Lei nº 7.014/96, que estabelece que “*Poderá ser atribuída responsabilidade ao distribuidor pelo recolhimento das diferenças do imposto devido, quando retido a menos pelo industrial ou extrator, relativo às operações com combustíveis líquidos ou gasosos derivados de petróleo e com gases derivados de petróleo, na forma como dispuser o regulamento.*”

Diz que a previsão legal do art. 6º, XVI da Lei nº 7.014/96 é inaplicável eis que determina no caso do posto revendedor varejista de combustíveis, em relação ao combustível adquirido junto a remetente sujeito a regime especial de fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do ICMS, no momento da saída da mercadoria, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação;

Repisa que a JJF, na tentativa desesperada de tentar salvar o lançamento viciado, tentou acomodar a situação no art. 6º da Lei nº 7.014/96, sem apontar o inciso, dispositivo que não se reporta à substituição tributária. Diz que até mesmo a tentativa de apoiar o lançamento no art. 144, § 1º do CTN, esbarra na impossibilidade de atribuição da responsabilidade solidária, eis o mencionado dispositivo prevê exceção quanto o ato infralegal “*para efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros*”. Assim, segundo o recorrente, a JJF terminou por demonstrar que o autuado é sujeito ilegítimo para figurar no polo passivo da presente relação processual, pelo que, igualmente, é NULO o lançamento.

Décima primeira preliminar. NULIDADE DA AUTUAÇÃO: ILEGALIDADE DA PORTARIA Nº 445/98 – ART. 10, I

Diz o recorrente que decorre do quanto acima esposado a flagrante ilegalidade do art. 10, inciso I, alíneas “a” e “b” da Portaria nº 445/98, pois o art. 128 do CTN permite que a atribuição de responsabilidade solidária seja realizada mediante lei, logo, contrário senso, a norma infralegal não pode assumir essa conduta e, assim o fazendo, é inteiramente ilegal. Além disso, se

atribuição é de responsabilidade a terceira pessoa vinculada ao fato gerador, conforme dito pela JJF, este seria o registro no LMC, não se podendo falar na aplicação do art. 144, § 1º do CTN, ou seja, em “apenas ampliação dos poderes de fiscalização”. Assim, o recorrente defende ser nulo de pleno direito, por mais essa motivação, o Auto de Infração.

No mérito, o recorrente tece considerações idênticas às razões intituladas como preliminares, já relatadas, e, por fim, o recorrente aduz que, ainda que as quantidades apresentadas no demonstrativo que acompanha o Auto de Infração tivessem sido levantadas por meio legal e representassem ganhos reais, não poderiam ser tais dados simplesmente conduzidos ao “status” de fato gerador do ICMS, conforme decidido recentemente pelo STJ, através do Recurso Especial nº 1884431 – PB (2020/0174822-8), Relatoria do Min. Benedito Gonçalves, que inadmitiu a própria “variação volumétrica” como tal, ao consignar na ementa que *“Não há novo fato gerador ocorrido com a variação volumétrica de combustíveis líquidos, uma vez que não se está diante de uma nova entrada ou saída intermediária não considerada para o cálculo do imposto antecipado, mas de mera expansão física de uma mercadoria volátil por natureza.”*

Segundo o apelante, a posição do STJ não permite que a “variação volumétrica” seja entendida como “fato gerador”, independente de índices. E se a lei não atribuiu limitações percentuais, é evidente que uma “portaria” não pode invadir a reserva legal e, dessa forma, interferir na apuração da própria base de cálculo, visto que a malfadada Portaria veio a estabelecer que a omissão *“...será caracterizada quando se verificar que, a título de variação volumétrica em decorrência de dilatação térmica, a quantidade de litros escriturados diariamente como ganho no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC)/Registro 1300 da EFD excedeu 1,8387% da relação entre o ganho e volume disponível...”*.

Destaca que o fato descrito na Portaria é a variação volumétrica em decorrência de dilatação térmica, já recusado pelo STJ como suscetível a gerar a obrigação de pagar o ICMS. Além disso, tal fato não se prova apenas com o registro fiscal (obrigação acessória), que igualmente não pode ser erigido à condição de fato gerador da obrigação principal, muito menos de forma retroativa. Logo, segundo o recorrente, além de nulo, o Auto de Infração é improcedente.

Por fim, como meio de prova, o recorrente pede a ouvida da PGE sobre a extensa matéria de direito abordada (inclusive acerca da nulidade da decisão recorrida), o que poderá ser levado a efeito pela CJF ou, uma vez alcançada a nulidade da decisão, pela JJF. Da mesma forma, já com a defesa em demasia prejudicada, requer vistas, conjuntamente, do parecer da PGE e da Informação Fiscal, com a reabertura do prazo em 60 dias. Solicita também que, de forma alguma, seja o julgamento pela CJF realizado por “videoconferência”, pois tal método já contaminou o processo, com irreparável cerceamento à defesa.

Por todo o exposto, protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente revisão por fiscal estranho ao feito, colocando à disposição toda a documentação que se entender necessária (e arquivos) e com o desiderato de realizar de forma efetiva uma auditoria de estoques, apurando a real movimentação da autuada nos exercícios fiscalizados (verdade material), e para a aplicação na Instrução Normativa nº 56/07, pede que o Recurso Voluntário seja provido, a fim de que seja declarada a nulidade da Decisão recorrida ou, com aplicação do disposto no art. 155, parágrafo único do RPAF, para que o Auto de Infração seja julgado NULO ou IMPROCEDENTE e, uma vez declarada a nulidade da Decisão, requer que se determine à JJF que adote os procedimentos do art. 168, do RPAF.

Quando do julgamento, o patrono do recorrente apresenta memorial repisando as razões já relatadas.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício, por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo do débito exigido no lançamento de ofício de R\$6.435.310,16, para R\$585.887,79, assim como de aplicar a

multa de 60%, em vez de 100%, lançada no Auto de Infração, ao julgá-lo Procedente em Parte, como previsto no art. 169, I, “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância, nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF.

Quanto ao Recurso de Ofício, verifica-se que a desoneração parcial decorreu da comprovação da existência anterior do Auto de Infração nº 298576.0001/19-0, lavrado contra o próprio estabelecimento do sujeito passivo, em 16/12/2019, e julgado através do Acórdão JJF nº 0083-01/20-VD, para exigência do ICMS sobre as mesmas mercadorias e metodologia de apuração, no que tange aos exercícios de 2017 a 2019, razão da exclusão pela JJF, dos valores exigidos nos referidos exercícios, neste Auto de Infração, ora em análise, sob pena de duplicidade da exigência, do que concordo, conforme excerto da Decisão recorrida abaixo:

Sobre esta alegação, verifico que assiste razão ao Autuado. Constatado que o citado Auto de Infração, nesta data, já foi inclusive julgado por este CONSEF, conforme Acórdão JJF Nº 0083- 01/20-VD. Verifico que o referido PAF possui três infrações à legislação tributária, com a mesma natureza, metodologia de apuração e iguais mercadorias (óleo diesel, etanol hidratado e gasolina), do presente processo. Entretanto, naquela ação fiscal, o Autuante limitou-se aos exercícios de 2017, 2018 e 2019, que por esse motivo, os valores inerentes a tais exercícios serão excluídos do presente lançamento. Dessa forma, as ocorrências referentes aos anos de 2015 e 2016, subsistem incólumes e são procedentes.

Quanto à adequação da multa de 60%, em vez de 100%, consignada na peça vestibular, discordo da JJF, eis que vislumbro que não se trata de antecipação tributária, e sim de responsabilidade solidária do adquirente, pelo pagamento do imposto devido pelo contribuinte de direito (fornecedor incerto), e, como tal, cabível a multa de 100% do valor do imposto, prevista no art. 42, IV, “b” da Lei nº 7.014/96.

Pelas razões expostas, concordo com a Decisão recorrida, no tocante à desoneração do imposto, porém, discordo quanto à aplicação da multa de 60%, razão para o Provimento Parcial do Recurso de Ofício.

Quanto às razões do Recurso Voluntário, em que pese a abundância de preliminares de nulidade, a tese recursal se restringe, basicamente, a alegar fato sob premissas falsas, conforme veremos adiante, uma vez que o recorrente suscita preliminares quanto às nulidades do (a):

1. Decisão por não enfrentar alegações de defesa e
2. Auto de Infração: erro no enquadramento legal; impropriedade do método aplicado; inaplicabilidade da presunção legal aplicada; irregularidades na condução da ação fiscal; impossibilidade de constatação de fato gerador diário; utilização de dados irreais; ilegitimidade passiva e ilegalidade das Portarias 445/98 e 159/19, esta, inaplicável a fatos pretéritos.

E, no mérito, reitera todas as alegações, já objeto das preliminares de nulidade, inovando apenas quanto à informação relativa à posição do STJ, através do Recurso Especial nº 1884431 – PB (2020/0174822-8), de não permitir a “variação volumétrica” seja entendida como “fato gerador”, cujo entendimento recursal é, segundo o apelante, “*independente de índices*”.

Porém, antes da análise de tais razões, nego o pleito do recorrente, tanto para revisão por fiscal estranho ao feito, quanto para a ouvida da PGE sobre a extensa matéria de direito abordada, pois vislumbro, nos termos do art. 137, II do RPAF, que compete ao relator avaliar se o processo se encontra em condições de ser levado a julgamento a salvo de dúvidas ou incorreções e, caso afirmativo, conforme entendo no caso concreto, torna-se desnecessária solicitar a emissão de parecer da Procuradoria Geral do Estado ou de revisão fiscal.

De igual modo, denego o pleito para que esta CJF não realize o julgamento por videoconferência, sob a justificativa de que tal método já contaminou o processo, com irreparável cerceamento à defesa, eis que o patrono do sujeito passivo, como militante deste CONSEF, conhece muito bem o zelo e transparência com que ocorre as sessões de julgamento, tendo inclusive por diversas vezes logrado êxito em seus recursos, diante dos argumentos e das provas apresentadas em outros

processos administrativos fiscais, sempre ocorridas com discussões detalhadas e esmiuçadas na busca da verdade material, inclusive com pedido de vistas dos próprios conselheiros, quando necessário. Ademais, não há como evitarmos a evolução da tecnologia e a verdade dos fatos contemporâneos atuais.

O fato, é que não há como admitir o alegado prejuízo ou cerceamento de defesa, por se realizar a sessão do julgamento por videoconferência, conforme razões já postas, cuja previsão para realização nessa modalidade está prevista no art. 64-A do Regimento Interno do Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF, aprovado pelo Decreto nº 7.592, de 04 de junho de 1999, sendo o apelante inovador em tal pleito, o qual não se justifica diante das próprias razões de mérito, tidas como preliminares, aduzidas pelo recorrente, a exemplo da IMPROPRIEDADE DO MÉTODO APLICADO, oportunidade em que demonstra entendimento pleno da acusação fiscal de “omissão de entradas”, ao descrever que “... o Autuante retirou, do LMC, informações registradas como “ganhos”, separando as quantidades, DIARIAMENTE, por exercício e tipo de combustível, como consta aliás das planilhas sintéticas ofertadas ao Contribuinte” e “... para depois se fazer totalizações anuais, das quais se deduziu o percentual de 1,8387%. O resultado foi considerado como “ganho excessivo”, sendo erigido à condição de “omissão de entradas”, ocorrência que, como já visto, somente possui autorização legal para ser apurada mediante levantamento quantitativo, a teor das Portarias 445/90 e 159/19, por exercícios fechados ou abertos”.

Sendo assim, a irresignação do apelante, apesar do pleno entendimento da acusação, é de que o autuante não seguiu roteiro compatível com o art. 4º, § 4º, inciso IV da Lei nº 7.014/96, ou qualquer outra forma que possa ser considerada legítima, ainda mais para ser aplicada ao passado. Portanto, indaga-se: qual o alegado prejuízo ou cerceamento de defesa por se realizar a sessão do julgamento por videoconferência, neste contexto? Contudo, tal análise quanto ao método, será posteriormente abordada.

Quanto à preliminar de nulidade da Decisão recorrida, por não enfrentar alegações de defesa, vislumbro que o Acórdão nº 0193-03/20-VD, abordou todas as alegações e considerações pertinentes ao lançamento de ofício, em detalhe, buscando a verdade material e julgamento eficaz da acusação fiscal ínsita no lançamento de ofício. Entretanto, fatos extrínsecos à imputação ou esclarecidos em consequência de outras observações, obrigatoriamente, não hão de ser citados pela JJF, pois, por conclusão lógica, foram analisados por exclusão àquelas, a exemplo do excerto ínsito na Decisão recorrida, a saber:

Observe que o contribuinte, na condição de adquirente de combustível, mercadoria enquadrada por lei, no regime de substituição tributária, é considerado substituído pela legislação, haja vista que no caso de combustíveis, a Lei 7.014/96, no art. 6º, atribui ao distribuidor e ao industrial ou extrator, a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do imposto, na condição de sujeito passivo por substituição, com a obrigatoriedade de fazer a retenção do imposto na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes.

Neste caso, saliento que o autuado não apresentou qualquer dado que comprovasse a existência de registro das entradas das mercadorias objeto da autuação, e por se tratar de produto enquadrado no regime de Substituição Tributária, não sendo comprovada a origem da mercadoria, inexistente, consequentemente, comprovação de recolhimento do imposto.

*Entretanto, observe que, ainda que o contribuinte tenha deixado de exibir esta comprovação, **não cabe exigir o imposto com base na presunção legal** de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar entradas, efetuou o pagamento dessas entradas, com recursos provenientes de operações de saídas anteriores, também não contabilizadas. (grifei)*

Em relação às preliminares suscitadas no intuito de anular o Auto de Infração, há de se esclarecer, que a acusação fiscal é cristalina, de que o imposto exigido ao sujeito passivo é **na condição de responsável solidário** pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, (no caso o fornecedor), por ter adquirido combustíveis de terceiro desacompanhados de documentação fiscal, nos termos do art. 6º, IV da Lei nº 7.014/96, cuja apuração ocorreu mediante verificação de variação volumétrica em índice acima do admitido pela ANP, registrada pelo próprio contribuinte no LMC (Registro 1300 da EFD).

Também há de frisar que, nos termos do art. 215 do Decreto nº 13.780/12 (RICMS), cujo dispositivo legal vigia à época dos fatos geradores, “A escrituração dos livros fiscais será feita com base nos documentos relativos às operações ou prestações realizadas pelo contribuinte, **sob sua exclusiva responsabilidade**”.

O art. 219 do Dec. nº 13.780/12, à época, determinava que “O Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) destina-se ao **registro diário** a ser efetuado pelos postos revendedores de combustíveis (Ajuste SINIEF 1/92)”.

Já o art. 247 do RICMS disciplina que “A Escrituração Fiscal Digital - EFD se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte (Conv. ICMS 143/06)”.

Por fim, a cláusula segunda do art. 251 do aludido Decreto, determina que:

Art. 251. A retificação da EFD fica sujeita ao que estabelece a cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 02/2009.

[...]

§ 2º Não terá validade jurídica a retificação da EFD relativa a períodos de apuração em que o contribuinte possua débito tributário em discussão administrativa ou judicial, bem como nos períodos em que esteja sob ação fiscal, salvo quando apresentada para atendimento de intimação do fisco.

Diante de tais considerações, concluo incapazes à reforma da Decisão recorrida, todas as alegações recursais relativas à premissa de que a acusação fiscal se trata de **presunção legal de omissão de receitas** anteriores, visto que os fatos narrados na acusação fiscal, assim como o próprio demonstrativo analítico, às fls. 06 a 19 dos autos, não deixa dúvida de que se trata da exigência do imposto, decorrente do “ganho” de combustíveis **apurado através da variação volumétrica em índice superior ao admitido pela ANP** e o registrado pelo contribuinte no Livro Movimentação de Combustíveis (LMC), através do Registro 1300 da EFD, cujo livro destina-se ao registro **diário** a ser efetuado pelos postos revendedores de combustíveis, conforme modelo ínsito no Ajuste SINIEF 1/92, pelo qual por produto se apura: estoque de abertura + volume recebido no dia - volume vendido no dia = estoque escritural, o qual é confrontado com o estoque de fechamento, aferindo-se: perdas ou ganhos, cuja apuração, nos termos do art. 215 do RICMS, é de exclusiva responsabilidade do contribuinte.

Válido destacar, que estoques iniciais são apurados diariamente, através da medição física da quantidade de certo combustível no tanque no início de cada dia, do qual pode acrescer de volume recebido no dia e deduz do volume de vendas no dia através dos bicos, apurando-se o estoque escritural, o qual é confrontado com o estoque de fechamento, realizado através da medição física, detectando-se, assim, perdas ou ganhos, os quais também são contabilizados no aludido LMC. Válido, ainda registrar que o estoque físico de fechamento, em princípio, é igual ao estoque inicial de abertura do dia seguinte.

Contudo, da análise do levantamento fiscal (fls. 6/19), verifica-se que o “ganho” registrado diariamente pelo contribuinte excedeu ao índice de 1,8387% do volume disponível (estoque no início do dia + volume recebido no dia), conforme é admitido como normal pela Agência Nacional de Petróleo (ANP), levando ao Fisco à **conclusão lógica** de que o excedente de ganho legal, na verdade, não se trata de “ganho” pela variação volumétrica, mas, sim, de **entradas de combustível sem o devido documento fiscal**, conforme apurou-se na ação fiscal, a exemplo de:

(A) MÊS	(B) CODIGO	(C) DESCRIÇÃO DO PRODUTO	(D) DT FECH	(E) QT EST ABERT	(F) QT VOL ENTR	(G= E+F) QT VOL DISPON	(H) QT VOL SAIDAS	(I=G-H) QT EST ESCRIT	(J) QT PER DAS	(K=L-I) QT GANHOS	(L) QT FECH FISICO	(M=G*1,83 87%) LIMITE SEFAZ	(N=K-M) OMISSÕES DE ENTRADA
9	3570	DIESEL COMUM	01/09/2016	1.232,362	24.000,000	25.232,362	22.290,615	2.941,747	-	4.598,253	7.540,000	463,947	4.134,306
9	3570	DIESEL COMUM	02/09/2016	7.540,000	60.000,00	67.540,000	32.385,598	35.154,402	-	16.764,598	51.919,000	1.241,858	15.522,740
9	3570	DIESEL COMUM	03/09/2016	51.919,000	-	51.919,000	35.057,732	16.861,268	-	15.057,732	31.919,000	954,635	14.103,097
9	3570	DIESEL COMUM	04/09/2016	31.919,000	23.000,000	54.919,000	22.779,033	32.139,967	-	13.779,033	45.919,000	1.009,796	12.769,237

Chama atenção no excerto acima, a data de 02/09/2016, na qual houve um **ganho excedente** de 15.522,740 litros, já considerado o índice de 1,8387% da ANP, decorrente do estoque inicial existente de 7.540,000 litros, dos quais foram acrescidos 60.000,000 litros adquiridos com nota fiscal, perfazendo um volume de 67.540,000 litros disponíveis, dos quais foram deduzidos 32.385,598 litros vendidos através dos bicos de bombas, resultando o estoque escritural de 35.154,402 litros, eis que apurado pelo contribuinte no final do dia o estoque físico de 51.919,000 litros ($51.919,00 - 35.154,40 = 16.764,60$), cuja mensuração física, ocorrida ao final de 02/09/2016, se faz impossível de confirmar ou de revisar, por não se poder retroceder cronologicamente àquele momento, sendo de responsabilidade exclusiva do sujeito passivo tal registro “físico”, nos termos do art. 215 do Decreto nº 13.780/12 (RICMS).

Contudo, de 67.540,000 litros disponíveis, existe um ganho **excedente** ao índice da ANP de 15.522,740 litros, o que corresponde ao percentual de 23,03% do estoque disponível, já descontado o índice 1,8387% da ANP.

Em consequência, inadmissível acatar tal percentual (excedente), também como “ganho”, restando configurada entrada de combustível sem documentação fiscal e a responsabilidade solidária do adquirente pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito.

O mesmo ocorre em relação às demais datas, objeto da exação fiscal, a exemplo da 03/09/2016 em que o estoque final escritural de 16.861,268 (estoque inicial de 51.919,00 litros menos 35.057,732 de litros vendidos) foi confrontado com o estoque físico no final do dia de 31.919 litros, apurando-se uma omissão de entradas de 14.103,097, já descontado o ganho de 954,635 litros, relativo ao índice de 1,8387%, previsto pela ANP.

Portanto, a exigência fiscal decorre da diferença entre as quantidades do estoque físico, apurado no final do dia pelo próprio contribuinte, com o estoque escriturado no próprio dia (resultado das quantidades disponíveis menos as quantidades saídas nas bombas de combustíveis), onde se detectou sobras bem volumosas, mesmo deduzidas do ganho volumétrico legal permitido, do que se configura entradas efetuadas sem documentação fiscal.

Neste caso, o adquirente assume a condição de responsável **solidário** pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito (fornecedor incerto), por ter estocado combustíveis adquiridos de terceiro desacompanhados de documentação fiscal, nos termos do art. 6º, IV da Lei nº 7.014/96, conforme enquadramento legal, de cuja acusação o recorrente entendeu e inclusive se defendeu alegando que tal dispositivo não se reporta à substituição tributária, mas sim aos casos de flagrante de posse de mercadorias sem documentação fiscal ou com documentação inidônea, do que discordo eis que o fato concreto se subsume à hipótese legal citada, em relação às mercadorias que o recorrente deteve para comercialização desacompanhadas da documentação fiscal exigível, conforme levantamento feito pelo próprio contribuinte, de sua exclusiva responsabilidade, que ensejou ao fisco o cotejo entre os estoques físico e o escriturado para apurar o ilícito fiscal de entradas sem documentação fiscal.

Portanto, repito, que todas as alegações recursais, preliminares ou repisadas no mérito, relativas à premissa de que a acusação fiscal se trata de presunção legal de omissão de saídas/receitas, da necessidade de levantamento quantitativo ou de operação de trânsito, não encontram nexo causal ao lançamento de ofício, razão de não as acatar.

Tal fato, é reforçado através do art. 10 da Portaria nº 445/98, vigente à época dos fatos geradores, que regula normas legais pré-estabelecidas, assim como a redação dada pela Portaria nº 159/19 (sequer citada no enquadramento legal do Auto de Infração), que se reporta a omissão de registro de entrada de combustível, decorrente do volume excedente da variação volumétrica regular, que, por se tratar de conclusão lógica, por razões óbvias, em nada inova quanto ao método de apuração da fiscalização em tal segmento, através do Livro de Movimentação de Combustível (LMC), e muito menos em relação à responsabilidade solidária nos termos previstos no art. 6º, IV

da Lei nº 7.014/96, objeto da exação fiscal deste lançamento de ofício.

Sendo assim, diante de tais considerações, reitero que são incapazes à reforma da Decisão recorrida todas as alegações recursais relativas a premissa falsa de que a acusação fiscal se trata de **presunção legal de omissão de receitas** anteriores e todas as demais suscitadas pelo recorrente para pretender a nulidade do Auto de Infração (erro no enquadramento legal; impropriedade do método aplicado; inaplicabilidade da presunção legal aplicada; irregularidades na condução da ação fiscal; impossibilidade de constatação de fato gerador diário; utilização de dados irreais; ilegitimidade passiva e ilegalidade das Portarias 445/98 e 159/19), por se encontrarem interligadas ou interdependentes, como já explicado.

No mérito, no que tange à alegação relativa a posição do STJ, através do Recurso Especial nº 1884431 – PB (2020/0174822-8), de não permitir a “variação volumétrica” seja entendida como “fato gerador”, melhor sorte não coube ao recorrente, pois, conforme já dito, na verdade, não se trata de “ganho” pela variação volumétrica, mas, sim, de **entradas de combustível sem o devido documento fiscal**, em montante por vezes de 23% do seu estoque disponível, apurado na ação fiscal através do Livro de Movimentação de Combustível (LMC), “*sob sua exclusiva responsabilidade*”, nos termos dos arts. 215 e 219 do Decreto nº 13.780/12 (RICMS), assumindo o adquirente a condição de responsável **solidário** pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito (fornecedor incerto), por ter estocado combustíveis adquiridos de terceiro desacompanhados de documentação fiscal, nos termos do art. 6º, IV, da Lei nº 7.014/96, sendo desarrazoado o argumento recursal de que a aludida Decisão do STJ *independe de índices*, o que seria, no mínimo, temerário e estapafúrdia esta interpretação do recorrente.

Por fim, o recorrente não apresenta qualquer objeção aos números apurados, e sequer comprova a alegada existência de erros em sua escrita fiscal, a qual, repito, se lastreia em documentos fiscais e aferição física diária dos estoques, sob sua exclusiva e inteira responsabilidade.

Diante do exposto, voto pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Portanto, voto para PROVER PARCIALMENTE o Recurso de Ofício interposto e dar pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício interposto, e **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206958.0002/20-7, lavrado contra **P.G.P.S COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$585.887,79**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de março de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS