

PROCESSO - A. I. N° 269138.0077/20-8
RECORRENTE - POSTO KONA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF n° 0009-01/21-VD
ORIGEM - SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/12/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0341-12/22-VD**

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS. ENTRADAS NÃO REGISTRADAS. GANHOS VOLUMÉTRICOS REGISTRADOS NO LMC/REGISTRO 1300 DA EFD ACIMA DOS ÍNDICES ADMITIDOS PELA ANP. Autuado não apresentou defesa, requerendo a juntada deste Auto ao de n° 2691380078/20-4. Exigência fiscal relativa à antecipação tributária vinculada ao referido auto de infração, que exigiu o ICMS por solidariedade em omissão de entradas de mercadoria, julgado procedente por essa Junta de Julgamento Fiscal. Infração 01 subsistente. Retificada a multa de 100 para 60%, com base na alínea “d”, do inciso II, do art. 42 da Lei n° 7.014/96. 2. MULTA. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS. Autuado conseguiu afastar a acusação somente em relação a notas fiscais que não foram escrituradas por não terem sido efetivamente recebidas. Infração 02 subsistente e infrações 03 e 04 subsistentes em parte. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Vencido o voto da relatora quanto à infração 1. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em razão do acórdão proferido pela 1ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, lavrado em 13/02/2020, para exigir ICMS e multa no valor de R\$ 35.677,96, em decorrência das seguintes infrações imputadas ao autuado:

Infração 01 (04.07.02) - falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor do PMPF, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada 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, ocorrido em dezembro de 2015, 2016, 2017 e 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 21.639,30, acrescido da multa de 100%, prevista na alínea “d” do inciso III do art. 42 da Lei n° 7.014/96;

Infração 02 (16.01.01) – deu entrada no estabelecimento de mercadoria, bem ou serviço sujeito à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, ocorrido nos meses de março de 2015 a novembro de 2017, sendo exigido multa no valor de R\$ 4.342,45, prevista no inciso IX do art. 42 da Lei n° 7.014/96;

Infração 03 (16.01.02) – deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, ocorrido nos meses de março de 2015 a abril de 2016 e de junho de 2016 a novembro de 2017, sendo exigido multa no valor de R\$ 4.791,43, prevista no inciso IX do art. 42 da Lei n° 7.014/96;

Infração 04 (16.01.06) – deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, ocorrido nos meses de dezembro de 2017 a novembro de 2019, sendo exigido multa no valor de R\$ 4.904,78, prevista no inciso IX do art. 42 da Lei n° 7.014/96.

O autuado apresentou defesa das fls. 38 a 46 (frente e verso).

A 1ª JJF dirimiu a lide com base no voto condutor abaixo transscrito, julgando, por unanimidade, Procedente em Parte o presente Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõem o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Rejeito o pedido de nulidade do auto de infração, sob a argumentação de que a exigência fiscal se baseia em dispositivo legal já revogado. O autuante calculou o custo médio de cada produto no último mês de aquisição de cada ano, para apuração da base de cálculo do imposto devido, relativo ao imposto devido por solidariedade, repetindo os cálculos já apresentados no Auto de Infração nº 2691380078/20-4. O aproveitamento destes cálculos serviu para compensação do imposto devido por antecipação tributária, objeto deste auto de infração. Acrescento, também, que o § 6º do art. 23 da Lei nº 7.014/96 não foi revogado, mas alterado pela Lei nº 14.183, de 12/12/19. O débito do imposto foi calculado obedecendo ao disposto na nova redação do art. 23, § 6º da Lei nº 7.014/96, que não admite que a base de cálculo do imposto a ser pago a título de antecipação seja inferior à média de preços usualmente praticados no mercado, sendo no presente caso o PMPF. Ademais, de acordo com o art. 19 do RPAF, ainda que o dispositivo indicado estivesse incorreto, não acarretaria a nulidade, desde que, pela descrição dos fatos, ficasse evidente o enquadramento legal.

Entendo desnecessária a juntada deste auto de infração ao de nº 2691380078/20-4, embora reconheça que poderiam estar juntos em um só PAF, pois são correlatos. A separação em dois PAF's não prejudica o presente julgamento, pois o julgamento do referido auto de infração já foi objeto de deliberação por esta Junta de Julgamento Fiscal com decisão pela procedência total.

Em relação à infração 01, a lide consiste na antecipação tributária sobre combustíveis, decorrente da exigência fiscal por solidariedade em omissão de entrada de mercadoria do Auto de Infração nº 2691380078/20-4, apurado mediante verificação da variação volumétrica ter ocorrido em índice acima do admitido pela ANP, conforme registrado no LMC/Registro 1300 da EFD.

Considerando que o autuado não apresentou qualquer argumentação em relação ao mérito da infração 01, não cabe, neste auto de infração, o retorno à discussão da lide que foi objeto do citado auto de infração, e considerando que essa Junta de Julgamento Fiscal julgou por unanimidade a procedência daquele auto, confirmo a subsistência da infração 01. Entretanto, em relação à multa aplicada, retifico o percentual de 100% para 60%, considerando que a que deve ser aplicada para a presente infração é a da alínea "d" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Em relação às infrações 02, 03 e 04, ficou confirmado que o autuado não escriturou as notas relacionadas nos demonstrativos das fls. 24 a 33. O suposto registro de notas fiscais no LMC, não exime o autuado da sua escrituração no registro de entradas.

Porém, procede a alegação do autuado da não obrigatoriedade de escrituração das notas fiscais nº 146119 e 843, indicadas na infração 03, e das notas fiscais nº 25478, 1708, 254876 e 1712, indicadas na infração 04, pois tratam-se de notas fiscais emitidas pela empresa Ipiranga Produtos de Petróleo S/A referentes a vendas e retornos de mercadorias que não foram efetivamente entregues ao destinatário, conforme consulta dos documentos fiscais através da chave de acesso indicada às fls. 29 (verso) e 32 (verso).

Desse modo, fica a infração 02 procedente, mas a infração 03, reduzida para R\$ 4.526,65, em decorrência da redução da exigência fiscal relativa à data de ocorrência de 29/02/2016, de R\$ 290,51, para R\$ 25,73, e a infração 04 reduzida para R\$ 2.872,98, em decorrência da redução da exigência fiscal relativa à data de ocorrência de 28/02/2019, de R\$ 2.050,26, para R\$ 18,46.

Impossível a aplicação do disposto no art. 158 do RPAF, e no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, visando a redução da multa aplicada nas infrações 02, 03 e 04. Os referidos dispositivos foram revogados pelo Decreto nº 19.384, de 20/12/19, e pela Lei nº 14.183, de 12/12/19, respectivamente. A aplicação da redução das multas possuía efeitos no ato do julgamento, não estando vinculada aos fatos geradores, mas aos efetivos atos de julgamento. A sua aplicação não se constitua em direito líquido e certo do contribuinte autuado, mas em possibilidade de redução de acordo com as circunstâncias em que foi detectada a infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do presente Auto de Infração.

Inconformada com a decisão acima, a recorrente interpôs Recurso Voluntário alegando o que segue abaixo.

Inicialmente, em relação a infração 01, requer a nulidade da presente infração, considerando que no caso específico desta infração, o Contribuinte requereu o julgamento conjunto com o PAF Nº 269138.0078/20-4, tendo em vista que a infração contida no citado auto é a principal, sendo a deste auto acessória, ou seja, seguirá o quanto decidido naquele PAF. Afirma que no caso, a infração 01 deste auto e a infração 01 do Auto de Infração nº 269138.0078/20-4 decorrem do mesmo fato gerador, sendo que uma é principal e a outra acessória, não sendo possível apresentar defesa

separada em relação a estes autos de infração. Invoca o art. 40 do RPAF.

Sinaliza que uma vez descaracterizada a infração de suposta aquisição de mercadoria de terceiro desacompanhada de documento fiscal (Auto de Infração nº 269138.0078/20-4) a infração 01 deste Auto de Infração nº 269138.0077/20-8 automaticamente deixa de existir, por ser consequência da primeira. Contesta a decisão recorrida, restando o contribuinte prejudicado em sua defesa, pelo erro do fiscal e convalidado pela JJF.

Suscita nulidade por ter a Autoridade Fazendária utilizado o art. 10, parágrafo único da Portaria nº 445/98, que somente veio ao mundo jurídico através da Portaria nº 159 de 24/10/2019. Salienta que não há como se aceitar que um texto trazido em uma portaria venha a dizer que há caracterização de omissão de registro de entrada com o simples fato de haver informação no LMC em índice superior ao permitido.

Entende que a decisão recorrida pecou ao rejeitar a nulidade do auto de infração, criticando que foi dado à Portaria efeito de Lei, para possibilitar criação de fato gerador.

Menciona ainda que o Auto foi lavrado analisando o período de 2015 a 2019, porém a citado parágrafo único somente veio ao mundo jurídico em 25/10/2019, data de publicação do Diário Oficial do Estado da Bahia. Assim, é nulo todo o enquadramento legal, com base no parágrafo único do art. 10, para fatos ocorridos anteriormente ao dia 25/10/2019, pois é inviável a retroatividade da norma de direito material tributário, que é o caso da nula previsão aqui atacado. Requer a nulidade do auto de infração, pois feita fiscalização com base em norma ilegal, trazida em portaria, violando o princípio da legalidade. Outrossim, há nulidade na aplicação retroativa do parágrafo único, para fatos geradores ocorridos antes de sua vigência.

Ainda nas preliminares de nulidade, diz que a fiscalização tomou como base a verificação diária da variação do estoque do Contribuinte, com base na EFD, porém o imposto (ICMS) é de apuração mensal. Complementa que a apuração diária somente seria permitida em Regime Especial de Fiscalização, que não é o caso dos autos.

No mérito aduz que, quanto a infração 01 deste Auto de Infração ela segue, totalmente, o resultado do julgamento do Auto de Infração nº 269138.0078/20- 4, onde se comprovou inexistir omissão de entrada, mas sim ausência de envio de retificadora e erros de medição, que ocasionaram perdas e ganhos sucessivos. Diz que se afastando a omissão de entrada daquele auto de infração, automaticamente afasta-se toda e qualquer imputação neste auto de infração, razão pela qual a defesa deve ser feita de forma conjunta, atacando a imputação principal.

No mérito das infrações 03 e 04, requer a redução da penalidade aplicada invocando o § 7º, do art. 42 da Lei, salientando que na época do fato gerador trazido no auto de infração referido ato normativo permitia o cancelamento das multas, desde que atendidos os requisitos legais. Transcreve o art. 158.

Reforça que na infração de nº 03 (relação 16.01.02), as NOTAS FISCAIS relacionadas referem-se à aquisição de combustíveis para revenda e foram devidamente lançadas no LMC e na escrituração contábil: Nota Fiscal nº 92818 de 17/12/2015, Nota Fiscal nº 92819 de 17/12/2015, Nota Fiscal nº 93802 de 13/01/2016, Nota Fiscal nº 93830 de 14/01/2016, Nota Fiscal nº 93918 de 15/01/2016, Nota Fiscal nº 96152 de 26/03/2016, Nota Fiscal nº 96192 de 28/03/2016, Nota Fiscal nº 96418 de 02/04/2016, Nota Fiscal nº 933 de 02/07/2016.

Em relação à infração de nº 04, relaciona as seguintes NOTAS FISCAIS de aquisição de combustíveis para revenda que foram devidamente lançadas no LMC e na escrituração contábil: Nota Fiscal nº 376824 de 29/03/2019, Nota Fiscal nº 376825 de 29/03/2019, Nota Fiscal nº 376826 de 29/03/2019, Nota Fiscal nº 136312 de 27/06/2019, Nota Fiscal nº 136735 de 29/06/2019.

Cita decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0190- 04/18), em caso idêntico ao presente onde foi concedida a redução de 90% mesmo reconhecendo que o Contribuinte era “contumaz”, deixando de registrar inúmeras notas de aquisição de combustíveis.

Pede que seja dado provimento ao recurso, para que sejam canceladas as penalidades relativas às estas notas fiscais de aquisição de combustíveis que estão devidamente lançadas no LMC (prova nos autos). Caso não se cancele, que seja reduzida a multa em 90%, de acordo com a norma aplicável à época do fato gerador.

Sinalizo que a 2^a CJF converteu o presente PAF em diligência, de forma a requerer do autuante a juntada ao PAF de todos os registros fiscais cujas informações tenham sido extraídas para fins de elaboração dos demonstrativos acostados ao PAF. Foi solicitado, também, cópia do arquivo magnético (SPED FISCAL) enviado pelo contribuinte e utilizado pelo autuante na presente fiscalização.

À fl. 110 do PAF o autuante, em atendimento a diligência, acostou mídia com os documentos solicitados.

O contribuinte foi cientificado, mas não se manifestou.

Este é o relatório.

VOTO (Vencido quanto à infração 1)

O presente lançamento de ofício acusa o cometimento pela recorrente de 4 infrações, sendo certo, contudo, que o Recorrente somente demonstra sua irresignação com a decisão de piso em relação às infrações 01, 03 e 04.

A recorrente suscita, inicialmente, cerceamento do seu direito de defesa, assim como requer a nulidade da infração 01, considerando que no caso específico desta infração, foi requerido o julgamento conjunto com o PAF nº 269138.0078/20-4, tendo em vista que a infração contida no citado auto é a principal, sendo a deste auto acessória, ou seja, seguirá o quanto decidido naquele PAF, invocando o art. 40 do RPAF.

Sinaliza que, uma vez descaracterizada a infração de suposta aquisição de mercadoria de terceiro desacompanhada de documento fiscal (Auto de Infração nº 269138.0078/20-4), a infração 01 deste Auto de Infração nº 269138.0077/20-8 automaticamente deixa de existir, por ser consequência da primeira.

De logo, sinalizo que o presente lançamento de ofício foi procedido com as cautelas da lei, sendo certo afirmar que a natureza da infração e a pessoa do infrator estão determinadas nos autos, e a relação processual devidamente estabelecida com a regular ciência do contribuinte.

Sinalizo ainda que em razão da contestação defensiva relativa ao cerceamento do seu direito de defesa, com vistas a sanar os vícios no Processo Administrativo Fiscal, a 2^a CJF decidiu por converter o presente PAF em diligência, tendo sido juntado naquela oportunidade ao PAF os demonstrativos utilizados pelo autuante, sendo ali demonstrado todos os registros fiscais utilizados na presente autuação.

Quanto à relação trazida pela recorrente com o PAF Nº 269138.0078/20-4 e solicitação de julgamento conjunto, importante, pois, esclarecer que o presente lançamento exige ICMS relativo à “responsabilidade própria”, e aquele do PAF citado exige ICMS relativo à responsabilidade solidária.

Entende a recorrente que acaso o julgamento seja realizado de forma apartada, não se teria conhecimento da decisão quanto à “parcela mãe”. Todavia, a infração ora apreciada possui por fundamento levantamento fiscal próprio e demonstrativo do cálculo apurado, que se encontra presente neste PAF e o seu cálculo é independente do efetuado para apurar o imposto por “responsabilidade solidária”.

Portanto, a exigência do ICMS por “responsabilidade solidária” pode ser realizada de forma apartada em um lançamento de ofício específico, sem trazer qualquer prejuízo à defesa do contribuinte, visto que recebeu o demonstrativo do débito.

Pontua a recorrente que uma vez descaracterizada a infração de suposta aquisição de mercadoria de terceiro, desacompanhada de documento fiscal (Auto de Infração nº 269138.0078/20-4), a infração 01 deste Auto de Infração nº 269138.0077/20-8 automaticamente deixa de existir, por ser consequência da primeira.

Não obstante, destaco que sou a relatora de ambos os processos, razão pela qual a decisão aqui trazida, também refletirá na decisão do outro processo mencionado.

Dessa forma, não vislumbro qualquer vício no procedimento fiscal que ensejou a correlata autuação em apreço, seja pela observância do seu rito formal, seja pela ciência e oportunidade conferidas ao contribuinte para exercer o seu amplo e irrestrito direito à defesa.

Suscita a recorrente a nulidade do presente lançamento de ofício por ter a Autoridade Fazendária utilizado o art. 10, parágrafo único da Portaria nº 445/98, que somente veio ao mundo jurídico através da Portaria nº 159 de 24/10/2019. Salienta a recorrente que não há como se aceitar que um texto trazido em uma portaria venha a dizer que há caracterização de omissão de registro de entrada com o simples fato de haver informação no LMC em índice superior ao permitido. Menciona ainda a recorrente que o Auto foi lavrado analisando o período de 2015 a 2019, porém o citado parágrafo único somente veio ao mundo jurídico em 25/10/2019, data de publicação do Diário Oficial do Estado da Bahia. Conclui ser nulo todo o enquadramento legal, com base no parágrafo único do art. 10, para fatos ocorridos anteriormente ao dia 25/10/2019, pois é inviável a retroatividade da norma de direito material tributário, que é o caso da nula previsão aqui atacada.

Analizando as teses recursais acima, explico que, na EFD, o “Registro 1300” se refere à movimentação diária de combustíveis tanto dos estoques, quanto das movimentações de compra e venda. Os dados devem ser informados pelos contribuintes do ramo varejista de combustíveis observando o que determina a lei, ou seja, não pode haver mais de um registro com o mesmo código de combustível e mesma data de fechamento.

Além da EFD, esses contribuintes devem usar o Livro de Movimentação de Combustível (LMC) para escriturar as movimentações, conforme exigência da Agência Nacional de Petróleo (ANP). Portanto, os postos revendedores de combustíveis continuam com a obrigatoriedade do LMC, em função da ANP, e possuem a obrigatoriedade de prestar as informações fiscais por meio da EFD.

Ocorre que o roteiro aplicado possui autorização legal para ser realizado mediante levantamento quantitativo, a teor das Portarias nºs 445/98 e 159/19, por exercícios fechados ou abertos. Neste sentido, o roteiro aplicado pela fiscalização para apuração dos valores constantes nos levantamentos, conforme contestado pela recorrente, não consta, de fato, previsto em nenhum normativo legal ou administrativo vigentes.

O posicionamento do autuante é no sentido de que a modificação da Portaria nº 445/98, pela Portaria nº 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.

Em razão da inovação do Roteiro de Auditoria, a recorrente contesta o procedimento realizado e diz causar espanto ver que o autuante realizou o levantamento quantitativo de estoques do ano de 2015 sem examinar o estoque de abertura, e ainda fez o levantamento quantitativo dos demais períodos subsequentes sem examinar o estoque de abertura e fechamento de diversos meses.

Questiona ainda a recorrente para a negativa do autuante em recepcionar o arquivo retificador da sua EFD. Explica a recorrente que em razão erros na geração do seu arquivo digital, realizou a correção de seus arquivos para constar todas as entradas devidamente acompanhadas das notas fiscais correspondentes, sendo possível verificar nos arquivos retificadores que não há os ganhos de combustíveis apontados pelo autuante.

Afirma a recorrente que apesar dos esforços da defesa, o autuante não se debruçou sobre os

novos arquivos nem tampouco corrigiu o levantamento, permanecendo o lançamento eivado de vício insanável, cujo valor exigível de ICMS é completamente desproporcional.

Quanto aos argumentos de defesa acima expostos, justifica o autuante, assim como ratifica a decisão de piso que o Roteiro aplicado dispensa a análise dos dados mencionados, visto que, com base nas informações registradas pelo contribuinte no LMC/Registro 1300 da EFD, não há necessidade de observação dos estoques iniciais e finais, pois nas informações do LMC podem ficar caracterizadas entradas de mercadorias sem nota fiscal se os ganhos volumétricos diários excederem o percentual máximo admitido pela legislação.

Em face a todo o acima exposto, verifica-se que o cerne da questão é validar o roteiro fiscal com base em normativa vigente posterior aos fatos geradores e a data de lavratura da infração em comento, senão vejamos.

A suposta entrada de mercadorias não registradas, apurada “*mediante verificação de variação volumétrica em índice acima do admitido pela ANP registrada no IMC/registro 1300 da EFD*”, não é o fato que legitima a cobrança a título de valor acrescido/responsabilidade própria. Em verdade, o que se constata é que o lançamento ultrapassa os dispositivos normativos vigentes à época e que o método aplicado, apesar de ensejar conclusões óbvias, não está previsto em nenhuma das hipóteses do art. 4º, § 4º, inciso IV da Lei nº 7.014/96.

Vejamos o método aplicado:

- extraiu da EFD do contribuinte os ganhos através da LMC, separando as quantidades, diariamente, por exercício e tipo de combustível;
- Os ganhos diários foram totalizados em períodos anuais, sendo deduzido o percentual de 1,8387%. Referido percentual representa a margem de segurança em razão do fenômeno natural de dilatação do combustível diante da variação de temperatura.
- Os valores que excedem o limite acima mencionado foram considerados, de forma presumida, “*entrada sem documento fiscal*”.

Ainda que a decisão de piso tenha afastado a constitucionalidade do referido roteiro, é certo afirmar que não restou comprovada a ocorrência de ingresso no estabelecimento da recorrente das mercadorias sem documento fiscal.

Ou seja, a fiscalização concluiu com base nos ganhos declarados junto ao Registro 1300, que foram realizados ingressos de mercadorias sem documentos fiscais, o que, de fato, nos faz concluir que há, de certa forma, uma aferição presumida.

Não convém, portanto, neste ponto afastar a presunção aplicada. A norma legal que autoriza o roteiro para aplicação da presunção é a Portaria nº 445/98, de acordo com o art. 23-A, inciso II da Lei nº 7.014/96. Neste sentido, contestou ainda a recorrente para as quantidades extraídas da sua EFD.

A recorrente declara que os valores supostamente omitidos não refletem a realidade das movimentações realizadas, concluindo que referidas inconsistências são motivadas por erros na elaboração da sua EFD.

A recorrente parte do pressuposto que caberia a análise das notas fiscais, considerando o Roteiro de Estoques regular aplicado, qual seja, o roteiro previsto antes da inovação pela Portaria nº 159/19.

Todavia, o autuante ignora os dados apresentados, assim como as razões suscitadas pela recorrente, mencionando que o roteiro aplicado está devidamente regulamentado e transcende a apuração regular dos estoques de mercadorias por espécie de mercadorias.

É incontestável, portanto, concluir que o método regular até a data da lavratura do presente Auto é o “*levantamento quantitativo por espécie de mercadorias*”. A inovação do fiscal autuante deve ser considerado ineficaz por não estar amparado por qualquer norma, ainda que infralegal.

Não se pode admitir que a Portaria nº 159/19 entre em vigor a partir de na data da sua publicação e possa surtir efeitos sobre fatos pretéritos. Este, inclusive, foi o posicionamento do Ilustre Relator Paulo Danilo Reis Lopes, no Acórdão JJF nº 0118-06/21, conforme trecho abaixo:

“A Portaria 159, de 24/10/2019, que acrescentou o parágrafo único ao art. 10 da Portaria 445/98, possui normas de natureza material, motivo pelo qual não é lícito postular a retroação dos seus efeitos para data anterior ao início da vigência.”

Se observado o histórico de lançamentos da mesma espécie, é possível concluir que o LMC sempre existiu e que os postos revendedores sempre lançaram suas perdas e ganhos, não sendo, contudo, utilizado roteiro semelhante ao atual por falta de previsão legal. O registro 1300 sempre existiu e nunca tinha sido adotado, sozinho, para caracterizar “omissão de entradas”.

Os registros no LMC/1300 são peças auxiliares que podem ou não indicar uma suposta irregularidade. Nesta hipótese, caberá, pois, uma análise específica de toda a sua escrita fiscal, notadamente seguindo outros roteiros de fiscalização, o que não ocorreu no presente Auto de Infração.

Têm-se que a autuação se limitou a utilizar o campo 10 do “Registro 1300”, sequer avançando para demais elementos probantes.

Imperioso, portanto, invocar o Princípio da verdade material, observando os estoques iniciais, as compras e vendas, assim como demais elementos probatórios, a exemplo da escrita contábil. Não se pode admitir que um único registro da sua EFD tenha o condão de presumir fato gerador, sem demais provas acessórias.

É factível admitir erros nas informações declaradas, assim como concluir que o LMC, sozinho, não permite a formação de um juízo de convencimento, como ocorreu no presente lançamento de ofício.

Sinalizo, inclusive, para recente Decisão da “4ª Vara da Fazenda Pública, nos autos do Processo nº 8057416-34.2021.8.05.0001”. Trago trecho do voto: *“Assim é que se figura ilegal as autuações realizadas pelo Estado da Bahia com o objetivo de tributar fato gerador não previsto em lei, mas apenas em portaria, portanto lançamento fundamentado em norma infralegal”*.

Voto, portanto, pela NULIDADE da infração 01.

Caso não prevaleça o voto acima proferido por esse relator, avançando para apreciação do mérito da infração 01, de logo, sinalizo para a pertinência nas razões meritórias do presente Recurso Voluntário quanto a esta infração, senão vejamos.

O levantamento quantitativo por espécie de mercadorias constitui uma técnica absolutamente legítima de que se vale a fiscalização na aferição de uma suposta ilação tributária do sujeito passivo. A aplicação da presunção, todavia, requer o cumprimento de todos os preceitos previstos em Lei.

A análise do Roteiro Fiscal precede a análise da validade do Lançamento de Ofício.

O presente lançamento, todavia, ultrapassa os dispositivos normativos vigentes à época dos fatos geradores e, conforme dito acima, apesar do roteiro aplicado ensejar conclusões óbvias, não está previsto em nenhuma das hipóteses do art. 4º, § 4º, inciso IV da Lei nº 7.014/96.

O roteiro aplicado pela fiscalização no presente Auto de Infração para aferição de omissões de entrada, não se encontra validado em nenhum normativo legal ou administrativo vigentes aos fatos geradores.

É certo, portanto, afirmar que não há no PAF qualquer elemento que infirme a tese de defesa quando declara não ter ocorrido nenhum ingresso de mercadorias no estabelecimento sem o seu correspondente documento fiscal.

Não obstante, mediante aferição presumida, exige-se no presente lançamento de ofício ICMS por suposta omissão de entradas, baseado na apuração de índices de variação volumétrica superiores

aos previstos em Lei, ou seja, metodologia até então não validada por ato normativo.

O método regular até a data da lavratura do presente Auto é o levantamento quantitativo por espécie de mercadorias. A inovação procedural trazida pela Portaria nº 159/19, no que se reporta ao parágrafo único do art. 10, poderia até validar o presente o roteiro fiscal, caso os fatos geradores do presente lançamento de ofício não fossem anteriores à data da sua vigência.

Apesar de a recorrente não trazer provas inequívocas de que os cálculos realizados pelo autuante não representam de forma fidedigna os lançamentos efetuados em sua escrita fiscal, não há também prova irrefutável que os dados utilizados pelo fiscal autuante são materialmente existentes.

Não se pode admitir que a Portaria nº 159/19 entre em vigor a partir da data da sua publicação e possa surtir efeitos sobre fatos pretéritos.

Conforme bem mencionado pelo Relator Paulo Danilo Reis Lopes, no Acórdão JJF nº 0118-06/21, a Portaria nº 159, de 24/10/2019, que acrescentou o parágrafo único ao art. 10 da Portaria nº 445/98, possui normas de natureza material, motivo pelo qual não é lícito postular a retroação dos seus efeitos para data anterior ao início da sua vigência.

Pelo exposto voto improcedência da infração 01.

Quanto às infrações 03 e 04, invoca a recorrente a aplicação do § 7º, do art. 42 da Lei, salientando que na época do fato gerador trazido no auto de infração referido ato normativo permitia o cancelamento das multas, desde que atendidos os requisitos legais.

Reforça que nas infrações 03 e 04, as NOTAS FISCAIS relacionadas referem-se à aquisição de combustíveis para revenda e foram devidamente lançadas no LMC e na escrituração contábil.

Ocorre que, não obstante tenham sido escrituradas em Livro Auxiliar e Contábil, as referidas infrações exigem multa pelo descumprimento de obrigação acessória, razão pela qual o registro em livros auxiliares não elide o fato da recorrente ter, de fato, omitido as notas em sua Escrita Fiscal (Livro Registro de Entrada).

Todavia, o valor da multa de 1% está previsto de forma objetiva e expressa na Lei nº 7014/96. A infração 03 por ausência de registro de mercadorias não tributáveis e infração 04, omissão de registro de mercadorias tributadas.

Não obstante, requer a recorrente o cancelamento ou redução da penalidade aplicada, invocando a aplicação do parágrafo 7º, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

De logo, importante sinalizar que referido dispositivo foi revogado pela Lei nº 14.183, de 12/12/19, DOE de 13/12/19, com efeitos a partir de 13/12/19, prevendo durante sua vigência a possibilidade de as multas imputadas em razão de descumprimento de obrigações acessórias serem reduzidas ou até mesmo canceladas, quando demonstrada a inexistência de dolo, fraude ou simulação.

Essa Câmara do CONSEF, em casos análogos, tem manifestado entendimento favorável ao contribuinte, aplicando a prerrogativa inserida no referido dispositivo revogado, desde que respeitado os seguintes requisitos legais a saber:

- 1) A defesa tenha sido realizada quando da vigência do referido dispositivo legal;
- 2) Restar comprovado a inexistência de dolo, fraude ou simulação;
- 3) O descumprimento da obrigação acessória não tenha implicado em falta de recolhimento do imposto.

Da análise dos requisitos acima, não constato a admissibilidade da redução requerida.

Ressalto ainda que o valor da multa no presente lançamento redundou em valores não tão relevantes, se observado o total exigido no Auto de Infração sob exame, ademais, o contribuinte não comprovou que a prática omissiva (falta de registro de notas de entrada) na infração 03 não

trouxe ou implicou em qualquer prejuízo ao erário estadual.

Pelo exposto, considerando que a omissão no registro de entradas tributas implica em prejuízo aos cofres públicos, visto que impede a realização dos Roteiros de Auditoria, e considerando que para a infração 03 a recorrente não se desincumbiu do ônus probante que lhe é imputado, concluo subsistentes os valores exigidos em ambas as infrações.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do presente Recurso Voluntário, julgando improcedente a infração 01 e procedentes as infrações 03 e 04.

Este é o voto.

VOTO VENCEDOR

Peço *vênia* para divergir parcialmente da decisão da digníssima Relatora, que Proveu parcialmente o Recurso Voluntário e julgou Improcedente a Infração 01 deste Auto de Infração, o qual fora lavrado para exigir o imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, em razão da falta do seu recolhimento, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de combustíveis, mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante verificação da **variação volumétrica em índice acima do admitido pela ANP**, registrada no LMC/Registro 1300 da EFD.

Registro que minha anuênciia parcial ao voto decorre de todas as rejeições iniciais das diversas preliminares de nulidade arguidas pelo Autuado, seja em relação à Decisão a quo ou ao procedimento em si, tendo em vista que, apesar da abundância das preliminares de nulidade, a tese recursal se restringe, basicamente, a alegar fatos sob a premissa falsa de que a exigência decorre de presunção legal prevista no Art. 4º, § 4º, IV da Lei nº 7.014/96, o que não é verdade, conforme veremos adiante, bem como do julgamento pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário em relação às Infrações 03 e 04.

Ressalto que a Infração 02 não foi objeto do Recurso Voluntário.

Ressalto que não há como anuir ao voto condutor quando visivelmente se constata desconexão entre a fundamentação e a própria conclusão, tendo em vista a suposição de que os lançamentos em sua escrita fiscal não fazem prova da sua existência.

Ora, se acaso houvesse um descompasso entre os registros contábeis e a verdade dos fatos, caberia ao Autuado trazer tal prova, o que não ocorreu, e tal situação não é motivo para a alegada falta de elementos para se determinar, com certeza, a ocorrência da infração.

Assim, não há como não admitir que o voto condutor se apresenta desconexo da realidade fática e da própria fundamentação nele constante, ao concluir incoerentemente pela improcedência do Auto de Infração, razão da minha divergência parcial quanto ao seu resultado.

A impropriedade da conclusão chega a negar a ciência exata, no caso a matemática, especificamente a aritmética, que é a parte que estuda as operações numéricas, visto que a auditoria de estoque procedida, conhecida como levantamento quantitativo do estoque, decorre de uma equação, cujo princípio basilar é de que possui uma igualdade.

No presente caso, a equação compreende dos seguintes elementos: Estoque Inicial (EI) mais Compras (C) e menos Saídas com Notas Fiscais (Sc/NF), igual a Estoque Final (EF), cuja expressão assim se representa: “ $EI + C - Sc/NF = EF$ ”.

Ou seja, eleito um certo produto, identificado por código, a partir das quantidades existentes em estoque no último dia do período anterior, escrituradas no livro Registro de Inventário, que nada mais é do que o Estoque Inicial do período seguinte do período fiscalizado, soma-se as aquisições do próprio produto no período sob fiscalização, denominadas de Compras, apurando-se, assim, as quantidades disponíveis ($EI + C$), as quais, deduzidas das quantidades de saídas

consignadas nas notas fiscais (vendas, transferências, doações, etc.), apuram-se as quantidades remanescentes que deveriam existir no Estoque Final ($EI + C - Sc/NF = EF$).

Esta apuração aritmética da quantidade remanescente será confrontada com a quantidade física apurada no final do exercício pelo contribuinte (escriturada no Registro de Inventário) e se:

- i) iguais, conclui-se que o estoque está correto;
- ii) o estoque final apurado na equação **for maior** do que a quantidade física apurada e lançada no livro Registro de Inventário no final do período fiscalizado, deduz-se que faltam quantidades físicas e que houve saídas sem notas fiscais, e
- iii) o estoque final apurado na equação **for menor** do que a quantidade física apurada e lançada no livro Registro de Inventário no final do período fiscalizado, deduz-se que houve sobra de unidades físicas e, consequentemente, entradas deste produto sem notas fiscais.

Portanto, tais conclusões são óbvias, pois de certa quantidade disponíveis se subtrai algumas unidades constantes em documentos fiscais, o resultado remanescente não pode ser diferente do apurado fisicamente, pois, caso contrário, se a quantidade física for maior é que houve aquisição sem notas fiscais e, se a quantidade física do estoque for menor do que o resultado apurado na operação é que saíram unidades sem documentos fiscais.

Assim, trata-se de uma ciência exata, onde dois mais dois menos um, tem que resultar em três, caso contrário, houve entradas ou saídas sem documentação fiscal.

Saliento desde já que o motivo desta autuação não se confunde com dilatação térmica. A dilatação térmica admitida pela ANP se restringe ao percentual de 0,6% (seis décimos por cento) do volume disponível (estoque no início do dia + volume recebido no dia), e o Estado da Bahia, exatamente para espantar qualquer dúvida quanto a esta matéria, estabeleceu uma margem de segurança superior a 3 (três) vezes este percentual, ou seja, 1,8387% (um inteiro e oito mil, trezentos e oitenta e sete décimos de milésimo por cento) - parágrafo único, do Art. 10 da Portaria nº 445/98.

Destaco que o estoque inicial é apurado 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 deduzido do volume de vendas no próprio 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.

Contudo, como dito, exige-se imposto por responsabilidade solidária, em razão da falta do recolhimento do ICMS, 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 (combustíveis), apurado mediante registro de “ganho” marginal de combustível da variação volumétrica em índice acima do admitido pela ANP, registrada no LMC/Registro 1300 da EFD.

Quanto aos dias que foram supostamente apuradas “perdas” de combustíveis, ditas pelo Autuado como desprezadas no levantamento fiscal, há de esclarecer que por se tratar de levantamentos diários a partir do estoque físico de abertura declarado pelo próprio contribuinte, como também de mercadorias com fase de tributação encerrada, tal constatação de “perdas”, em índice superior ao admitido pela ANP, não acarreta exigência do ICMS e muito menos compensação com supostos “ganhos” do dia posterior, pois, repita-se, tratam-se de levantamentos independentes, realizados diariamente, a partir do inofismável estoque físico de abertura apurado pelo próprio contribuinte, o qual é acrescido do volume recebido no dia - volume vendido no dia = estoque escritural, o qual é confrontado com o estoque físico de fechamento.

Assim, da análise do levantamento fiscal, verifica-se que o “ganho” registrado diariamente pelo contribuinte excede ao índice de expansão admitido como normal na legislação estadual de

1,8387% (um inteiro e oito mil, trezentos e oitenta e sete décimos de milésimo por cento) sobre o volume disponível (estoque no início do dia + volume recebido no dia), 3 (três) vezes superior ao índice de 0,6% (seis décimos por cento) admitido pela Agência Nacional de Petróleo (ANP), levando ao fisco à **conclusão lógica** de que o excedente, na verdade, não se trata de “ganho” pela variação volumétrica, mas, sim, de **entradas de combustíveis sem o devido documento fiscal**, conforme se foi apurado na ação fiscal.

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, configurando-se entradas efetuadas sem documentação fiscal, atribuindo-se a responsabilidade ao adquirente, na condição de responsável pelo pagamento do imposto por substituição tributária 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.

Resumindo, os valores objeto da autuação se referem às diferenças de estoque que superaram em mais de 3 (três) vezes os índices aceitáveis de variação volumétrica por dilatação térmica aceitas pelas normas técnicas publicadas pela ANP - a Portaria DNC nº 26/92. Portanto, está sobejamente claro que a autuação se refere à falta de registro de entradas de combustíveis, **não se referindo a aumento de volume por dilatação térmica ou qualquer outro processo físico-químico**.

Importante relatar que a Portaria nº 159/19 apenas estabeleceu esta margem de segurança superior à definida pela ANP, beneficiando o Autuado, conforme consignado no Parecer Jurídico PGE nº 2021074132-0, com anuência do Procurador Chefe da PGE/PROFIS, constante do Auto de Infração nº 269138.0114/19-7, julgado recentemente por esta 2ª CJF, que, em relação:

- à desconformidade da ação fiscal para com os dispositivos da Portaria nº 445/98 e ilegalidade da Portaria nº 159/19, opinou que a infração, objeto do lançamento, não se trata, em hipótese alguma, de uma presunção, pois, o que existe é um fato conhecido, declarado pelo próprio contribuinte na sua Escrituração Fiscal Digital (Registro 1300) que aponta para combustíveis no estoque sem qualquer registro documental.
- à alegação de que a Portaria trouxe um novo fato gerador diário é, no mínimo curiosa, pois as ocorrências dos fatos geradores do ICMS podem ser diários, em minutos e até em segundos, bastando que o fato juridizado ocorra no mundo real, inexistindo qualquer limitação temporal para sua ocorrência.
- à possibilidade de retroação das Portarias nºs 159/19 e 001/20, que estabeleceram índices de perdas normais a serem consideradas nos levantamentos quantitativos de estoques de combustíveis, a PGE opina que, por se tratar dum método de fiscalização ou uma espécie de procedimento de apuração do imposto, tem-se, por consequência, que o mesmo se trata duma norma procedural ou adjetiva, sendo aplicável o quanto disposto no Art. 144, § 1º do CTN, do que cita vasta jurisprudência. Acresce, ainda, que a retroação da norma se impõe tendo em vista que as novas orientações internas são benéficas ao contribuinte, na medida que possibilitam aceitação de perdas nas operações comerciais do contribuinte (Art. 106, II do CTN).

Por fim, a PGE concluiu que não se trata de consideração de variação volumétrica como fato gerador, mas combustíveis informados na EFD cujas entradas excederam ao fenômeno físico da variação volumétrica sem qualquer lastro documental.

Portanto, inexiste razões para que seja declarada a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração, até porque o próprio Autuado se limita a apresentar inúmeras preliminares de nulidade, muitas repetidas e com mesmo objeto, as quais reitera como razões de mérito, em uma prova inequívoca de não possuir qualquer documento que venha a elidir ou explicar as absurdas diferenças quantitativas de entradas dos combustíveis sem documentação fiscal - a exemplo de

notas fiscais de compras de combustíveis não registradas na EFD ou erro no levantamento fiscal - cuja atitude exacerbada de preliminares ensejou apenas dificuldades no julgamento mais célere, porém, não menos “justo”.

Porém, apesar da anuência à recusa das preliminares de nulidade elencadas no voto condutor, passo, ainda, a acrescentar algumas considerações, nos termos a seguir:

Quanto às preliminares suscitadas no intuito de anular o Auto de Infração, especialmente sob arguições de impropriedade de método e inaplicabilidade da presunção legal, há de esclarecer que a acusação fiscal é cristalina de que a exação ao sujeito passivo é de responsabilidade solidária, em razão da falta do recolhimento do ICMS, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, 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) que, nos termos do Art. 215 do RICMS/12, vigente à época dos fatos geradores, a escrituração dos livros fiscais é de exclusiva responsabilidade do Autuado.

Já o Art. 219 do RICMS/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 nº 1/92)*”, sendo descabida sua alegação relativa à impossibilidade de constatação de fato gerador diário.

Foram objeto de apreciação todos os documentos fiscais e contábeis apresentados pelo Autuado, assim como foram anexadas ao Auto de Infração os demonstrativos das efetivas omissões e a sua quantificação.

Diante de tais considerações, concluo incapazes à reforma da Decisão recorrida todas as alegações recursais relativas a 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, não deixam dúvidas de que a exigência do imposto decorre do excessivo registro de “ganho” de combustíveis pelo Autuado no Livro Movimentação de Combustíveis (LMC), através do Registro 1300 da EFD, **em índice superior ao admitido pela ANP como variação volumétrica**, que se destina ao registro **diário** a ser efetuado pelos postos revendedores de combustíveis, conforme modelo constante no Ajuste SINIEF nº 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/12, é de exclusiva responsabilidade do contribuinte.

Ressalto que descabe a alegação de que o Art. 6º, IV da Lei nº 7.014/96 não se reporta à substituição tributária, mas sim aos casos de flagrante de posse de mercadorias sem documento fiscal ou com documentação inidônea, eis que o fato concreto se submete à hipótese legal, em relação às mercadorias que o Autuado **“detiver”** para comercialização desacompanhadas da documentação fiscal exigível, conforme levantamento físico/diário feito pelo próprio Autuado, de sua exclusiva responsabilidade, que ensejou ao fisco o cotejo entre os estoques físicos e o escriturado para apurar o ilícito fiscal de entradas sem documentação fiscal.

Registro, ainda, que o vocábulo “detiver”, ínsito no Art. 6º, IV da Lei nº 7.014/96, transcrito abaixo, é flexão do verbo deter na 1ª ou 3ª pessoa do singular do **futuro do subjuntivo** que é um tempo verbal que indica uma ação que ocorrerá no futuro, a qual expressa uma possibilidade de que em breve algo irá acontecer, logo, contrário da pretensão recursal **de flagrante de posse das mercadorias** que se adequa ao gerúndio **“detendo”** que indica continuidade, desenvolvimento de ação em andamento.

“Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

[...]

IV - qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea;" (grifo nosso)

Portanto, repito que todas as alegações recursais, preliminares ou repisadas no mérito, relativas a premissa de que a acusação fiscal se trata de presunção legal de omissão de saídas/receitas 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, 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 e antecipação tributária nos termos previstos nos Arts. 6º, IV e 8º, II da Lei nº 7.014/96.

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 Autuado para pretender a nulidade do Auto de Infração, por se encontrarem interligadas ou interdependentes, como já explicado.

E como não se trata de presunção, não há porque se falar na proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/07.

No que tange à alegação de entendimento em decisões judiciais não permitir a “variação volumétrica” seja entendida como “fato gerador”, melhor sorte não coube ao Autuado, pois, conforme já dito, na verdade, **não se trata de “ganho” pela variação volumétrica por dilatação térmica, mas de entradas de combustível sem o devido documento fiscal**, apurado na ação fiscal através do Livro de Movimentação de Combustível (LMC), nos termos dos Arts. 215 e 219 do RICMS/12, 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, exigido no Auto de Infração nº 269138.0078/20-4, como também a responsabilidade, do próprio sujeito passivo, pelo recolhimento da antecipação tributária nos termos do Art. 8º, II da Lei nº 7.014/96.

Por fim, o Autuado não apresenta qualquer objeção aos números apurados e sequer comprova a alegada existência de erros em sua escrita fiscal, a qual, repita, se lastreia em documentos fiscais e aferição física diária dos estoques, constatação fática e pretérita de impossível verificação, sob sua exclusiva e inteira responsabilidade, cujos dados foram pelo contribuinte enviados à esta SEFAZ via SPED/EFD.

Diante de tais considerações, rejeito as preliminares de nulidade e considero incapazes à reforma do Acórdão recorrido as razões de mérito, as quais se confundem com as preliminares, tendo em vista que o Autuado não trouxe qualquer prova das suas alegações tal como um recibo de entrega constando que a data de entrada dos combustíveis estava equivocada.

Ressalto que esta Câmara não tem competência para declarar a ilegalidade ou constitucionalidade da legislação estadual, nos termos do Art. 125, I e III da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e do Art. 167, I e III do RPAF/99, sendo que a multa aplicada está prevista no Art. 42, III da Lei nº 7.014/96.

Com referência à Decisão da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA, nos autos do Processo nº 8057416-34.2021.8.05.0001, está destoante com a matéria do presente Auto de Infração que, como deveras ressaltado, exige ICMS pela falta de registro de notas fiscais de entrada, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em relação às quantidades que superaram em muito qualquer possibilidade de dilatação térmica, consoante previsto no Art. 6º, IV

da Lei nº 7.014/96.

Do exposto, em que pese concordar com o voto da ilustre Relatora no tocante à parte inicial que rejeitou as preliminares, divirjo da sua conclusão em relação à Infração 01 e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269138.0077/20-8, lavrado contra **POSTO KONA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento de imposto no valor de **R\$ 21.639,30**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “d”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 11.742,08**, prevista no inciso IX do mesmo Artigo e Lei, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Infração 1) – Conselheiros: Marcelo Mattedi e Silva, Fernando Antonio Brito de Araújo, Antonio Dijalma Lemos Barreto e Maurício Souza Passos.

VOTO VENCIDO (Infração 1) – Conselheiros(as): Leila Barreto Nogueira Vilas Boas e Gabriel Henrique Lino Mota.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 09 de novembro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA/VOTO VENCIDO
(Infração 1)

MARCELO MATTEDI E SILVA - VOTO VENCEDOR
(Infração 1)

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS