

PROCESSO - A. I. Nº 269138.0078/20-4
RECORRENTE - POSTO KONA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0199-01/20-VD
ORIGEM - SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/12/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0342-12/22-VD**

EMENTA: ICMS. OMISSÃO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO. Observados ganhos volumétricos registrados pelo autuado no LMC/Registro 1300 da EFD acima dos índices admitidos pela ANP em vários meses nos anos de 2015, 2016, 2017, 2018 e 2019. Os ganhos registrados, fora dos limites admitidos, não podem ser compensados com perdas registradas em outros dias para efeito de descaracterização da infração. Demonstrativos foram devidamente entregues ao autuado e refletem com clareza apuração do imposto devido. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto da relatora. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em razão do acórdão proferido pela 1ª JJF que julgou Procedente auto de infração em lide, lavrado em 13/02/2020, exigindo ICMS no valor de R\$ 114.588,80 em decorrência da falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido combustíveis de terceiros desacompanhados de documento fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas das 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 (**04.07.01**), ocorrido nos meses de dezembro de 2015, 2016, 2017, 2018 e 2019, acrescido da multa de 100%, prevista na alínea “d”, do inciso III, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa das fls. 34 a 56 (frente e verso).

Fiscal autuante traz Informação Fiscal explicando pormenorizadamente todo o procedimento executado. Rechaça todas alegações defensivas e conclui pela Procedência do presente Auto de Infração.

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

VOTO

Verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99. Apesar de não se constituir em problema o envio das intimações referentes a este processo diretamente para o advogado estabelecido pelo autuado, o não atendimento deste pedido não implica em nulidade do ato quando a sua formalização ocorrer nos termos do art. 108 do RPAF. A lide consiste na exigência de ICMS junto a revendedor varejista de combustíveis automotivos, na condição de responsável solidário, em razão de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária não registradas, apurado mediante verificação da variação volumétrica ter ocorrido em índice acima do admitido pela ANP, conforme registrado no LMC/Registro 1300 da EFD. Rejeito o pedido de nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração, com suposto fundamento na Portaria nº 445/98 e por não ter sido considerado o LMC retificado, configurando suposto cerceamento de defesa. A comunicação acerca de retificação do LMC após a lavratura do auto de infração, sem as devidas explicações e apresentação de documentação que justifique as retificações, não tem o condão de afastar a exigência fiscal. Logo, não pode ser alegado cerceamento de defesa quando foi concedido ao autuado o prazo de 60 dias após a lavratura do auto de infração para apresentação das motivações que justificariam as

retificações posteriormente processadas no LMC. No caso de postos ou revendedores varejistas de combustíveis automotivos, a verificação de omissão de entradas de mercadorias pode ser aferida nos termos do parágrafo único do art. 10 da Portaria nº 445/98, com base nas informações registradas pelo contribuinte no LMC ou Registro 1300 da EFD, 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. No caso de postos ou revendedores varejistas de combustíveis automotivos, a verificação de omissão de entradas de mercadorias pode ser aferida nos termos do parágrafo único do art. 10 da Portaria nº 445/98, com base nas informações registradas pelo contribuinte no LMC ou Registro 1300 da EFD, 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. Aliás, o critério de apuração de omissão de entrada, estabelecido no parágrafo único do art. 10 da Portaria nº 445/98, permite observações que não são possíveis quando se utiliza o levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado com base nas informações constantes nos estoques inicial e final do ano e nas entradas e saídas de mercadorias registradas em documentos fiscais. Nesses processos, entradas e saídas sem registros em documentos fiscais podem ser compensados ao longo do ano sem que seja percebido no resultado da auditoria. Não procede a alegação do autuado de que o presente procedimento fiscal não possui base legal. No presente caso, a omissão de entrada de mercadoria foi verificada por meio dos registros fiscais do autuado. Por óbvio, a presente exigência fiscal não poderia existir se na ação fiscal também fosse detectada a omissão de entrada ou saída de mercadorias com base em levantamento fiscal dos documentos emitidos e recebidos pelo autuado e nos quantitativos de estoque inicial e final. Nesses casos, as informações do LMC/Registro 1300 da EFD apenas serviriam para confirmar as omissões detectadas e nunca como fonte para nova exigência fiscal cumulativa. Em razão da ação fiscal não encontrar qualquer omissão de saída ou entrada a partir do levantamento quantitativo baseado nos documentos fiscais emitidos e recebidos e nos registros dos estoques inicial e final e por se tratar de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, a omissão de entrada evidenciada unicamente nos registros feitos no LMC/Registro 1300 da EFD permite a conclusão de que as mercadorias também saíram do estabelecimento sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem tributação. Desta forma, a presente exigência fiscal não se baseia em presunção, cabendo, como foi feito, a exigência do imposto por solidariedade. Não podemos falar em presunção quando ocorrem as situações descritas no inciso I do art. 10 da Portaria nº 445/98, ou seja, quando a mercadoria ainda estiver no estoque ou se tiver saído sem tributação. No presente caso, a inexistência de omissão de saídas e entradas por meio da análise dos documentos fiscais emitidos e recebidos e da computação dos estoques inicial e final leva à consequente conclusão de que os ganhos e perdas registrados como decorrentes de variação volumétrica foram objeto de operações sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem tributação. A falta de formalização para requerer documentos ou livros fiscais não implica que eles não tenham disso analisados. Toda a escrituração fiscal é hoje digital, devendo o contribuinte enviá-la à SEFAZ mensalmente, não sendo necessário qualquer requerimento ao autuado para ter acesso a toda escrituração fiscal. Em relação à medição dos tanques, entendo que é admissível que ocorram equívocos na coleta de dados realizada por uma pessoa. O que não é admissível é que esses equívocos ocorram reiteradamente durante anos. Aliás, merecem mais confiança as medições realizadas em tanques de combustível por um ser humano com base na verificação in loco do que relatório com resultado do valor de um estoque ajustado com as compras e vendas realizadas quando se utiliza de ferramentas de informática. De acordo com o relatório das fls. 04 e 05, foram constatados ganhos registrados pelo autuado no LMC/Registro 1300 da EFD, a título de variação volumétrica, em percentual bem superior ao admitido pela ANP, conforme indicado no parágrafo único do art. 10 da Portaria nº 445/98. De acordo com a referida portaria, elaborada com base nos índices de variação volumétrica admitidos pela Agência Nacional de Petróleo (ANP), é admissível como limite máximo de ganho sobre o volume disponível em um tanque o percentual de 1,8387%. Os ganhos considerados inadmissíveis foram observados em vários meses do ano de 2015, 2016, 2017, 2018 e 2019. Por exemplo, para o produto gasolina comum, no ano de 2016, foram observados ganhos de variação volumétrica nas medições registradas em vários dias dos meses de março, abril, maio, junho, julho, agosto, setembro e dezembro (fls. 05, verso). No dia 10/09/2016, o volume disponível (estoque no início do dia + volume recebido no dia) foi de 17.464 litros, mas foi registrado pelo autuado um ganho no volume do final do dia de 5.034,041 litros. Ou seja, o autuado declarou que ao final do dia, por questão de temperatura, 17.464 litros de gasolina proporcionaram um acréscimo de 5.034,041 litros de combustível no tanque. Com base nos volumes que excederam o limite máximo admitido como ganho de variação volumétrica, o autuante elaborou o demonstrativo de débito deste auto de infração, conforme fls. 04 e 05. Por não se basear em presunção, a apuração do imposto devido também não estaria sujeita à aplicação do disposto na Instrução Normativa nº 56/2007, ainda mais porque o imposto está sendo exigido por solidariedade relativamente às entradas e não o imposto decorrente das saídas subsequentes, objeto de outro auto de infração. Entendo que não há como compensar as sobras detectadas nos registros efetuados pelo autuado no LMC/Registro 1300 da EFD com perdas registradas em dias anteriores ou posteriores ao das sobras. Assim como a sobra indica entrada de mercadoria sem nota fiscal, a perda indica saída sem registro fiscal. As perdas, portanto, evidenciam que as mercadorias saíram sem tributação, justificando a exigência do imposto também por antecipação tributária, cuja exigência foi lavrada apartada deste auto de infração. O novo critério de apuração das omissões de entrada, estabelecido no parágrafo único do art. 10 da Portaria nº 445/98, aplica-se aos lançamentos referentes a fatos geradores ocorridos antes de sua instituição, conforme § 1º do art. 144 do Código Tributário Nacional. Impossível a aplicação do disposto no art. 158 do RPAF, como requerido pelo autuado. Primeiro porque o referido dispositivo já se encontra revogado e

segundo porque somente se aplicava em relação às multas impostas por descumprimento de obrigação acessória. Indefiro o pedido de revisão fiscal para análise da documentação apresentada e da contabilidade da empresa. Novas declarações apresentadas após a lavratura do auto de infração sem as devidas explicações e comprovações que motivaram as retificações não justificam a sua consideração. As respostas aos questionamentos apresentados estão presentes no processo, não sendo necessária diligência para isso. Entendo desnecessária a juntada deste auto de infração ao de nº 2691380077/20-8, embora reconheça que poderiam estar juntos um só PAF, pois são correlatos. Este exige o imposto por solidariedade e o outro o consequente imposto devido por antecipação tributária. Porém, a separação em dois PAF's não prejudica o presente julgamento, pois a exigência do imposto devido por solidariedade deve ser analisada previamente à exigência da antecipação tributária, o que efetivamente está ocorrendo. Voto pela PROCEDÊNCIA do 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 269138.0078/20-8. Afirma que no caso, a infração 01 deste auto e a infração 01 do Auto de Infração de nº 269138.0077/20-8 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.

Requer a nulidade da presente infração, em razão da Autoridade Fazendária ter 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. Saliencia 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.

Invoca o princípio da verdade material. Isto porque os seus Livros do LMC foram retificados antes do início da presente ação fiscal, todavia, constatou que a retificação não foi enviada à EFD. Requer seja aceito o LMC impresso para fins de prova.

No mérito aduz que, quanto a infração 01 deste Auto de Infração diz inexistir omissão de entrada, mas sim ausência de envio de retificadora e erros de medição, que ocasionaram perdas e ganhos sucessivos.

Contesta que o autuante não apreciou o conjunto probatório apresentado pela recorrente e para os erros na medição, cujos dados foram devidamente esclarecidos, contudo, ignorados pelo autuante.

Esclarece que o LMC que é utilizado para apuração da suposta infração contém os dados relativos à aquisição de combustíveis e, no caso deste lançamento, durante o período fiscalizado houve compras significativas em quantidades que superam o efetivamente comercializado.

Traz decisão da JJF nº 0160-02/19 para corroborar com sua tese.

Acosta Ofício ao SINDICOMBUSTÍVEIS Bahia, sinalizando para consulta realizada quanto a legalidade dos métodos de apuração do estoque realizado pela SEFAZ Bahia, cujas conclusões ali extraídas corroboram com as teses de nulidade aqui suscitadas.

Sinalizo que a 2ª 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. 154 do PAF o autuante, em atendimento a diligência, acostou mídia com os documentos solicitados.

O contribuinte foi cientificado e se manifestou à fl. 157 a 172. Diz que em razão das atualizações do COPEC, faz-se necessário gerar novos demonstrativos à salvo de erros. Diz que outro Auto de Infração teve redução significativa após referida atualização.

Sinaliza para 2 notas fiscais em valores relevantes não observadas pelo autuante quando da realização de sua auditoria.

Contesta novamente para o fato de ter comprado mais do que vendido, fato totalmente ignorado pelo autuante. Traz decisão da JJF nº 0345-06/21-VD, sinalizando para os métodos de apuração de estoques admitidos.

Contribuinte volta a explicar que suas entradas são superiores a suas saídas, trazendo dados reais de quantidades adquiridas e revendidas.

Cita para decisão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia que declarou ilegal a modificação da Portaria nº 445/98.

O Fiscal autuante traz nova Informação Fiscal à folha 177. Diz que não há necessidade de novo demonstrativo, pois não houve mudança de metodologia de trabalho. Afirma que se aconteceram alterações e correções em outras autuações, isso se deu por erros pontuais demonstrados naqueles processos, o que não seria o caso deste.

Quanto à NF-e nº 4087, de 10/09/2016, esclarece o autuante que ela se refere a 5.000 litros de gasolina comum e 5.000 litros de gasolina aditivada. Consta na sua EFD a sua entrada como sendo em 11/09/2016. Há também a NF-e nº 4088, de 10/09/2016, que se refere a 5.000 litros de gasolina aditivada e 5.000 litros de óleo diesel S500 essa entrada em 10/09/2016. Ambas as notas foram emitidas pela LARCO COMERCIAL DE PRODUTOS DE PETRÓLEO. De fato, seria razoável esperar que ambas tivessem entrado na mesma data, 10/09/2016. Sendo feita essa correção, os ganhos anotados no dia 10/09/2016 desapareceriam. Contudo, não foi apresentado qualquer recibo de entrega que possa atestar a incorreção do registro, o que não seria difícil de se fazer. Essa prova é de responsabilidade da autuada.

Salienta o autuante que a EFD da autuada faz prova contra ela e cabe exclusivamente a ela a prova de erro. Diz ter revisado a EFD e as NF-es e não encontrar erro algum. Explica que não houve equívoco na metodologia aplicada

Contesta o autuante que a decisão judicial trata da indevida cobrança de ICMS sobre a variação volumétrica de combustíveis decorrente de variação térmica, mas não esse o caso discutido aqui. Conclui que a manifestação da autuada não ilide a autuação.

Este é o relatório.

VOTO VENCIDO

O presente lançamento de ofício acusa o cometimento pela recorrente de infração única, exigindo ICMS em decorrência da falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido combustíveis de terceiros desacompanhados de documento fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas das 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.

A recorrente suscita cerceamento do seu direito de defesa, assim como requer a nulidade da referida infração 01, considerando que no caso específico desta infração, foi requerido o julgamento conjunto com o PAF Nº 269138.0077/20-8.

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, inclusive, 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 2ª 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 a relação trazida pela recorrente com o PAF Nº 269138.0077/20-8 e solicitação de julgamento conjunto, importante, pois, esclarecer que o presente lançamento exige ICMS relativo à “responsabilidade solidária”, e aquele do PAF citado exige ICMS relativo à responsabilidade própria.

Sinalizo, todavia, que 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 própria”.

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

Não obstante, sinalizo 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. Salaria 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 a 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 atacado.

Analisando 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 inconstitucionalidade 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 infralegais.

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 JF nº 0118-06/21-VD, 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 posto 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 procedimental 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.

A recorrente trouxe elementos (notas fiscais de entrada) demonstrando que as omissões sinalizadas não representam de forma fidedigna os lançamentos efetuados em sua escrita fiscal, todavia, foram ignoradas pelo autuante.

Por outro lado, não há 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.

Improcedente, portanto, a infração 01.

Pelo exposto voto pelo PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário.

Este é o voto.

VOTO VENCEDOR

Peço *vênia* para divergir da decisão da digníssima Relatora, que Proveu o Recurso Voluntário e julgou Improcedente o Auto de Infração, o qual fora lavrado para exigir o imposto, na condição de responsável solidário, 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 anuência 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.

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 insofismável 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 excedeu 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 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.

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 juridicizado 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 procedimental 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, inexistem 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 físico e o escriturado para apurar o ilícito fiscal de entradas sem documentação fiscal.

Registro, ainda, que o vocábulo “detiver”, insito 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, 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, exigido no Auto de Infração nº 269138.0077/20-8.

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 inconstitucionalidade 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, além de ser uma decisão liminar, 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 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** o Auto de Infração nº 269138.0078/20-4, lavrado contra **POSTO KONA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 114.588,80**, acrescido da multa de 100%, prevista na alínea “d”, do inciso III, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

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

Sala Virtual das sessões do CONSEF, 09 de novembro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA/VOTO VENCIDO

MARCELO MATTEDI E SILVA - VOTO VENCEDOR

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS