

A.I. Nº - 269138.0106/21-6
AUTUADO - POSTO DE COMBUSTÍVEIS ULM LTDA.
AUTUANTE - JEFFERSON MARTINS CARVALHO
ORIGEM - SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 25/07/2022

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0116-02/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. Exigido o imposto do sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal. Infração subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o tributo apurado em função do valor acrescido, relativamente às mercadorias sujeitas à antecipação tributária, cuja omissão de entrada foi apurada. Infração subsistente. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS E SERVIÇOS TOMADOS SUJEITOS À TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1%, calculada sobre o valor comercial das mercadorias que tenham entrado ou serviços tomados pelo estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. Refeitos os cálculos. Infrações parcialmente subsistentes. 4. MULTA. DOCUMENTOS FISCAIS. a) DIVERGÊNCIAS QUE NÃO CARACTERIZAM OMISSÃO. Infração subsistente. b) DOCUMENTO FISCAL ELETRÔNICO. FALTA DE MANIFESTAÇÃO DO DESTINATÁRIO. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. Afastada a preliminar de nulidade. Afastada a decadência arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 19/07/2021, para exigir o crédito tributário no valor histórico de R\$ 352.107,56, acrescido de multa, pela constatação das infrações a seguir descritas.

INFRAÇÃO 01 – 004.007.001 – Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido combustíveis de terceiros desacompanhados de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante verificação de variação volumétrica em índices superior ao admitido pela ANP registrada no LMC/Registro 1300 da EFD, referente aos períodos de dezembro de 2016, 2017, 2018, 2019 e 2020, ICMS no valor histórico de R\$ 31.812,02, bem como multa de 100%, tipificada no art. 42, inc. III, alínea “d” as Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 4º, § 4º, inc. IV; art. 6º, inc. IV; art. 23-A, inc. II da Lei nº 7.014/96 e art. 10, parágrafo único da Portaria nº 445/98.

INFRAÇÃO 02 – 004.007.002 – 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 terceiro 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, referente aos períodos de dezembro de 2016, 2017, 2018, 2019 e 2020, no valor histórico de R\$ 5.130,68, acrescido de multa de 100% tipificada no art. 42, inc. III, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 4º, § 4º, inc. IV; art. 6º, inc. IV; art. 23-A, inc. II da Lei nº 7.014/96 e art. 10, parágrafo único da Portaria nº 445/98.

INFRAÇÃO 03 – 016.001.001 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, para fatos apurados em maio, julho, de 2016, janeiro, março a maio e julho a outubro de 2017. Multa de 1% sobre o valor de cada nota fiscal não registrada, no valor histórico de R\$ 187,79, tipificada no art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 217 e 247 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 04 – 016.001.002 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, para fatos apurados em fevereiro, abril a dezembro de 2016 e janeiro a dezembro de 2017. Multa de 1% sobre o valor de cada nota fiscal não registrada, no valor histórico de R\$ 69.081,56, tipificada no art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento Legal: Artigos 217 e 247 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 05 – 016.001.006 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, para fatos apurados em dezembro de 2017, janeiro de 2018 a novembro de 2020. Multa de 1% sobre o valor de cada nota fiscal não registrada, no valor histórico de R\$ 110.464,30, tipificada no art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento Legal: Artigos 217 e 247 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 06 – 016.014.005 – Ocorreram de 1 a 30 divergências na escrituração da EFD no período de apuração, que não se caracterizam como omissão, para fatos apurados em fevereiro de 2016. Multa de no valor histórico de R\$ 460,00, tipificada no art. 42, inc. XIII-A, alínea “m”, item 1 da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento Legal: Artigos 247, 248, 249 e 250 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 07 – 016.016.001 – Deixou o contribuinte de efetuar a “manifestação do destinatário” – Confirmação da Operação referente a operação ou prestação descrita em documento fiscal eletrônico, nos prazos previstos pela legislação tributária, para fatos apurados em janeiro de 2016 a dezembro de 2018 e janeiro de 2019. Multa de 1% sobre o valor de cada nota fiscal não registrada a “manifestação do destinatário”, no valor histórico de R\$ 107.205,12, tipificada no art. 42, inc. X-A da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento Legal: Cláusulas décima quinta “A” e “B” do Ajuste SINIEF 07/05, § 14 do art. 89 do RICMS/2012 e art. 34, inc. XV da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 08 – 016.016.002 – Deixou o contribuinte de efetuar a “manifestação do destinatário” – Operação não Realizada, referente a operação ou prestação descrita em documento fiscal eletrônico, nos prazos previstos pela legislação tributária, para fatos apurados em maio de 2016, fevereiro, agosto de 2019, março junho e dezembro de 2020. Multa de 5% sobre o valor de cada nota fiscal não registrada a “manifestação do destinatário”, no valor histórico de R\$ 27.766,10, tipificada no art. 42, inc. X-A da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento Legal: Cláusulas décima quinta “A” e “B” do Ajuste SINIEF 07/05, § 14 do art. 89 do RICMS/2012 e art. 34 da Lei nº 7.014/96.

A autuada através de seu sócio administrador, devidamente habilitado, impugnou o lançamento, fls. 67 a 74, frente e verso onde após reproduzir todas as infrações, afirma que todas contêm erros materiais, estabelecendo valores absurdos a serem pagos, urgindo.

Destaca a ausência de provas e critérios na condução da fiscalização que só conduzem ao raciocínio lógico em prejuízo do contribuinte.

Explica que outrora prevaleceu o Direito Pátrio do legalismo e o constitucionalismo, atrelados ao positivismo exacerbado de Hans Kelsen, hoje, prepondera o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo, devendo todas as normas a serem analisadas sob a luz da Constituição Federal.

Frisa que os princípios constitucionais da capacidade contributiva, da legalidade, do não confisco, da segurança jurídica, da razoabilidade e proporcionalidade, dentre outros, deixaram de ser normas programáticas para se tornarem princípios constitucionais com força normativa e de observância obrigatória por todos os poderes do estado.

Acrescenta que em decorrência do neoconstitucionalismo devem-se efetivar os direitos fundamentais, entre eles o da tributação justa, colocando o contribuinte no centro da tributação, não a arrecadação como núcleo, trazendo lições do Juiz Federal Renato Lopes Becho, titular da 10ª Vara Federal de Execuções Fiscais de São Paulo/SP.

Esclarece que pretende com a presente impugnação, a análise da matéria sob o viés do neoconstitucionalismo e observada a devida proteção do contribuinte.

Pontua que conforme o art. 151, inc. III do Código Tributário Nacional, as reclamações e os recursos suspendem a exigibilidade do crédito tributário. Assim, entende que esta exigência ficará suspensa até o termino do processo administrativo.

Apela ao RPAF que no seu artigo 40, diz que poderá o Auditor lavrar mais de um Auto de Infração relativo ao mesmo período fiscalizado, de modo a facilitar o exercício da ampla defesa, o que não fez o autuante, dificultando a sua defesa, lavrando além dos outros cinco Autos contra sua matriz e filiais além desse, com 8 infrações absurdamente tipificadas, sem anexar uma prova, apenas os demonstrativos, mais nada.

Deduz que o Fiscal tentou fazer parecer que a autuada cometeu as infrações. Contudo, diz ser vazio o Auto de Infração, por falta de provas que não expressam a realidade dos fatos e promete que deixará clara a ilicitude.

Apona que o Fiscal, em que pese o louvável esforço despendido na lavratura do Auto de Infração, lhe atribui equivocadamente a prática das infrações, contudo, desprovida de elementos comprobatórios, como exige o RPAF/99, em seus artigos 2º, *caput*, 18, inc. IV, alínea “a” e 41 inc. II, que transcreve.

Pondera que independentemente da necessidade de todo e qualquer ato da autoridade fiscal, que exige o pagamento de um tributo, indicar as causas que estão motivando a exigência do tributo, as particularidades das provas indiciária, com suas regras de experiência e outras especialidades que conduzem ao raciocínio lógico, para permitirem um adequado direito de defesa, sob pena de invalidação do lançamento.

Conclui que os absurdos cometidos tanto nos procedimentos, quanto na lavratura do Auto de Infração são irreparáveis, conforme as relata com base nas informações extraídas do DT-e:

- 1) Em 27/05/2019 foi emitido termo de início de ação fiscal, ordem de serviço nº 50239019, determinando ao Auditor Fiscal Jefferson Martins Carvalho para fiscalizar o período de 01/06/2014 a 31/03/2019, com a especificação de auditoria sumaria de alta complexidade, o mesmo Auditor designado na OS 50234921, que resultou neste absurdo Auto de Infração;
- 2) Já em 29/06/2020, diz ter sido autuado pelo Auditor Andres Miguel Estevez Moreira, através da OS 502208/2020, período fiscalizado 01/01/2015 a 31/12/2019, PAF nº 2069230009/20-2. Informa a

duplicidade cometida: 31/12/2016: R\$ 2.831,90; R\$ 27,91; 31/12/2017: R\$ 115,67; 31/12/2017: R\$ 362,56; 31/12/2018: R\$ 219,21; 31/12/2019: R\$ 103,01, entre outros, salientando que foram os mesmos procedimentos aplicados nas mesmas autuações (infrações 01 e 02) do PAF 269138105/21-0, lavrado contra a matriz;

- 3) Não bastasse, identificou no sistema da SEFAZ mais um PAF, de número 2069230040/20-7, OS 502208/20, tendo como Fiscal Andres Miguel Estevez Moreira, período de 2016 a 2019, correspondente a terceira fiscalização com as mesmas supostas infrações cometidas no Auto de Infração em questão, fato ocorrido também na matriz.

Indaga, frente as constatações, onde fica o Princípio da Segurança Jurídica? A verdade material? Não estariam homologados os lançamentos até 31/12/2019?

Pontua serem duas Notificações Fiscais com infrações iguais para duas OS 502208/20, e a primeira OS 50239019 designada para fiscalização de alta complexidade, determinando fiscalização para o período 01/06/2014 a 31/03/2019, para o mesmo Auditor que resultou neste absurdo Auto de Infração, não apontou nenhuma infração.

Ressalta que a Constituição Federal confirma como princípio que a vontade da fiscalização não pode ser um ato imperativo e auto executivo, razão pela qual argui a nulidade do feito administrativo, considerando que somente depois da conclusão a que chegou a fiscalização se deu condição de se manifestar, fazendo-se a data de ciência de início de ação fiscal em 07/07/2021 às 00h33min e ciência do encerramento de ação fiscal em 02/08/2021 às 00h40min, através do sistema digital e se utilizando do DT-e, inclusive não se indicando a possibilidade de acesso aos atos que estariam sendo praticados, tão pouco solicitando qualquer esclarecimento ou juntada de documentos para que se levantassem dados ou que estes fossem cruzados com outros disponíveis na sua sede, ou seja, tudo feito de forma unilateral.

Apona que não houve correção na condução dos procedimentos administrativos investigatórios, somente dando ciência do início de ação fiscal, sem possibilitar qualquer explicação, justificativa, ou mesmo que se juntasse documentação relativa aos fatos apurados, sendo certo que houve cerceamento de direito, em especial porque o termo de ciência não indica qualquer possibilidade de acesso à informação acerca da ação fiscal

Pede pela nulidade do processo administrativo em questão e afirma que tal fato poderá ser comprovado ao se analisar e levantar todos os dados, através de perícia ou mesmo para parecer da Assessoria Técnica da Junta de Julgamento Fiscal. Que requer.

Passando a abordar o mérito e se referindo as infrações 01 e 02 diz que encaminhou informações fiscais através da EFD, que podem conter inconsistências e pode gerar erros, por isso mesmo é obrigado a manter, além das informações transmitidas via eletronicamente, o Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC, de forma escritural, fazendo os lançamentos dia a dia, produto por produto, que reflete a realidade de forma física.

Afirma não haver dúvidas de que a informações da ANP cruzadas com as da SEFAZ, importaria em se encontrar equívocos e discrepância entre as situações específicas de cada informação, tanto que na fiscalização ficou muito evidente que a SEFAZ toma somente supostos ganhos e despreza inteiramente as perdas, sendo certo que o encontro das informações em um dia e no outro resulta em se ter espelhado o que efetivamente ocorre.

Explica que desprezando as perdas escrituradas no LMC, ficticiamente lançados no Auto de Infração como ganhos, fazendo-se incidir impostos indevidos, denota bitributação, porque tudo já teria sido recolhido por substituição tributária e não haveria qualquer tipo de ingresso de combustíveis sem a respectiva nota fiscal, seja pela sua lisura, seja pelo fato dos seus postos serem “bandeirados”.

Inferre que o sistema de fiscalização da SEFAZ, utilizado, claramente precisa de aprimoramento, assim como os sistemas usados pelo posto revendedor, a fim de que se possam afastar possíveis inconsistências e se evite a lavratura de Autos de Infração para impor multas de forma injusta e

sem atender aos critérios estabelecidos na legislação estadual em especial o RICMS, sem que se tenha participação ativa do próprio fiscalizado para apresentar manifestação acerca do encontrado, antes da lavratura do Auto de Infração.

Enfatiza que se não fosse falho o sistema utilizado nas três fiscalizações, os Auditores Andrés Moreira e Jefferson Carvalho, ambos utilizando o mesmo sistema e métodos, conseguiram resultados para alguns meses iguais e outros diferentes, pois 2015 a 2019 já fiscalizados, com Notificações Fiscais emitidas (PAF s 2069230009/20-2 e 2069230040207). Dessa forma, fica claro que as supostas infrações não merecem prosperar.

Pede a atenção para analisar os arquivos do Auto de Infração na planilha anexada, quanto ao levantamento das supostas omissões de entradas de combustíveis, com data do fechamento ilegível, sendo mais um o cerceamento da defesa.

Ao tratar das infrações 03; 04 e 05, argui que no caso das infrações 04 e 05, as notas apontadas na sua grande maioria são operações de compras de combustíveis, contudo a infração 05 foi absurdamente tipificada, e arranjada.

Destaca que o Auditor enquadrou a infração no art. 217, que se refere ao Livro de Registro de Entradas de Mercadorias, modelos 1 e 1-A e art. 247 que se refere à Escritura Fiscal Digital-EFD, fato que diz evidenciar que durante os trabalhos fiscalizatórios o Fiscal não solicitou os Livros de Registro de Entradas, até porque em consulta ao DT-e, não localizou nenhum termo de intimação solicitando tal entrega. Por outro lado, a EFD que estava com os registros lançados e ao alcance do Fiscal, não foi verificada. Portanto, espera que o Fiscal o faça na informação fiscal o examine e constate que todas as notas constam na EFD.

Informa que nos procedimentos de fiscalização anteriormente encerrados, não se fez referência a qualquer falta de escrituração de notas fiscais de entradas de mercadorias, fato que deixa claro ter registrado todas as operações, cumprindo com as obrigações fiscais.

Reafirma que todas as operações foram escrituradas tanto na contabilidade como nos livros fiscais, por isso faz questão de repetir que nas fiscalizações anteriores, inclusive uma designada para o próprio Auditor deste processo, a época, não existiam estas infrações? Ou nasceu do nada?

Repisa que se fossem feitas solicitações para contabilidade, os fatos seriam esclarecidos, e não haveria a necessidade de tamanho absurdo.

Assevera que tivesse realmente cometido as infrações, justa seria a aplicação de uma penalidade acessória, contudo, a infração pura e simples não traduz a realidade dos fatos, falta com a verdade material, fere frontalmente com os princípios do não confisco e razoabilidade.

Quanto a infração 06, onde foram incluídas duas notas fiscais, uma de transferência no valor de R\$ 576,00, outra do fornecedor CEDEP no valor de R\$ 683,18, notas fiscais eletrônicas que são extraídas do sistema em formato XML o que demonstra mais uma vez a falha do sistema de fiscalização.

Pontua que o Auditor não anexou nenhuma comprovação de erro na EFD, e questiona que se a fiscalização anterior foi de alta complexidade, como poderia na fiscalização que resultou neste absurdo Auto, sendo que após duas fiscalizações anteriores não foi encontrado nenhuma outra infração?

Ao se referir as infrações 07 e 08, aduz que um ambos os casos todas as notas fiscais foram devidamente manifestadas.

Assim como nas infrações anteriores, também esta, falta com a verdade material, e ainda fere frontalmente com os princípios do não confisco e razoabilidade da tributação.

Ressaltar que entre as notas listadas pelo Auditor, muitas são notas fiscais de uso e consumo e transferências, não se tendo, qualquer possibilidade de cobrança por tais mercadorias ou serviços, em especial porque se estaria em determinado período fazendo algum serviço e/ou

reforma e isto veio a demandar remessa de mercadorias para efetivação dos serviços, não importando em circulação de mercadorias tributáveis, conforme faz provas as notas fiscais selecionadas - Doc. 06.

Diz que anexou arquivos extraídos do sistema portal das notas fiscais eletrônicas comprovantes das manifestações que o Auditor alega falta.

Repisa que nenhuma prova foi anexada ao Auto de Infração, invertendo o ônus da prova, tendo a autuada que provar o que não fez.

Alega ser indispensável à produção de provas para sustentação das infrações, sem elas o julgamento deverá ser pela anulação.

Frisa restar claro ser indispensável à apresentação das provas relativas aos fatos apontados e a sua falta conduz à nulidade da exigência fiscal. Sem a prova da saída das mercadorias do estabelecimento autuado, não pode o Fisco exigir o pagamento de tributo, até porque não houve qualquer solicitação de documentos e livros fiscais, visando elucidar os fatos.

Traz jurisprudência do CONSEF, reproduzindo o Acórdão JJF nº 0101-02/02.

Requer:

- a) Que lhe sejam deferidos todos os meios de provas admitidos em direito, indicando, de logo, a juntada posterior de documentos, além dos aqui anexados, e outros que se fizerem necessários, tudo para que, ao final, seja o Auto de Infração julgado improcedente;
- b) Que de forma alternativa se considerada o julgamento parcialmente a defesa apresentada, que se reduzam substancialmente as multas apontadas, afastando-se a bitributação e a cobrança de multas sobre supostas notas fiscais não manifestadas. Ressalta que o valor do imposto que se pretende cobrar teria sido levantado de acordo com o valor médio tomado para cada combustível e por ano, o que de logo fica impugnado.
- c) O direito de ser intimada de todos os atos do procedimento administrativo, em especial a informação do fiscal do Auditor a ser apresentada, sob pena de nulidade processual;
- d) Que, por cautela, caso seja considerada parcialmente a defesa apresentada, que se reduzam as multas apontadas, ou mesmo, que se aplique somente penalidade de advertência.
- e) Todos os meios de prova em direito admitidos, a fim de garantir o direito à ampla defesa, além de desde já requerer o que os levantamentos feitos pela SEFAZ sejam inteiramente revistos pela Junta de Julgamento Fiscal, ademais, se reserva no direito de requerer novas provas ou juntadas de documentos no curso do próprio processo administrativo.

O autuante presta a informação fiscal às fls. 82 a 83, frente e verso, onde inicialmente informa que a autuada não é fiscalizada desde 2009 e em 2019, houve uma emissão de ordem de serviço, mas essa foi cancelada. Sendo assim, somente em 2021, com a Ordem de Serviço nº 502349/21, houve uma revisão fiscal.

Não vislumbra prejuízo ao contribuinte com a cientificação de início de fiscalização sendo feita às 00h:33min, como também, não há contraditório na fase oficiosa do procedimento de lançamento, que engloba todos os atos praticados pelo agente fiscal desde o início da fiscalização até a lavratura do Auto de Infração ou Notificação Fiscal, fase que vige o princípio inquisitorial, ou seja, não há contraditório.

Conta que a autuada alega, sem razão, que a DT_FECH no demonstrativo “Omissões de Entradas de Combustíveis” está ilegível. Explica que o último dígito da data está ilegível, contudo, ele se refere ao ano e como os valores estão agrupados por ano, pode-se deduzir facilmente a que ano a data se refere. O primeiro, apesar de cortado, pode ser facilmente identificado.

Relata que na realização do trabalho, foi conferida a consistência das informações de cada campo dos Registros 1300, 1310 e 1320 da EFD. Pondera que pode haver erros de escrituração, mas esses devem ser demonstrados conforme as normas contábeis indicam.

Explica que a cada dia, são feitos os levantamentos dos estoques de abertura e fechamento dos tanques de combustíveis dos postos revendedores, das entradas recebidas e das saídas pelos bicos, o que garante que a cada dia as medições registradas sejam independentes das dos dias anteriores e subsequentes.

Assegura não ter fundamento técnico agrupar os levantamentos de dias distintos, compensando ganhos de um dia com perdas de outro, pois a cada dia há um novo levantamento de estoques autônomo.

Ressalta ser um erro grosseiro proclamar que “*apenas um dos elementos que compõe a auditoria de estoques foi utilizado*”, pois os ganhos calculados e registrados na EFD são o próprio resultado do levantamento quantitativo de estoques de combustíveis feito diariamente pelo posto revendedor.

Afirma que os volumes de omissões de entradas e as bases de cálculo dos valores de ICMS cobrados estão anexadas ao Auto de Infração, portanto, não há que se falar que houve “*ausência de demonstração da base de cálculo*” ou “*ausência de fato gerador do ICMS*”. Apenas, por economicidade não anexou todos os campos do registro 1300 uma vez que a impugnante já os tem.

Aduz que simples alegação de que houve erro não afasta a presunção da veracidade dos valores registrados na EFD da autuada. Os erros devem ser devidamente provados pela autuada.

Ao tratar das infrações 016.001.001, 016.001.002 e 016.001.006, pontua que estas contemplam notas que estão escrituradas, razão pela qual elaborou novos demonstrativos que junta a essa informação fiscal.

Afirma que as duas notas fiscais constantes na infração 016.014.005 têm o número das suas chaves divergentes daquele anotado no registro C100, portanto, não houve omissão ou inconsistência, mas divergência.

Por fim, informa que houve a falta da inclusão dos eventos das notas fiscais eletrônicas no pacote de arquivos SPED transmitidos à fiscalização. Isso fez parecer que não havia sido feito evento algum para as notas da autuante. Constatado o equívoco, elaborou novos demonstrativos corrigidos que anexou a informação fiscal

Diz ter rebatido todos os pontos da impugnação, assim, sustenta a inteira procedência do lançamento.

Juntamente com a informação fiscal o autuante juntou novos demonstrativos das infrações revisadas, nos valores a seguir relacionados:

Infração 03 - 016.001.001				Infração 05 - 016.001.006			
Mês/Ano	Valor da NF-e	Multa %	Valor da Multa	Mês/Ano	Valor da NF-e	Multa %	Valor da Multa
Jan-17	311,33	1,00	3,11	Dez-17	3.844,97	1,00	38,45
Abr-17	5.507,30	1,00	55,07	Jan-18	2.551,06	1,00	25,51
Jul-17	334,66	1,00	3,35	Fev-18	1.881,95	1,00	18,82
Set-17	813,54	1,00	8,14	Mar-18	3.084,22	1,00	30,84
Total	6.966,83		69,67	Abr-18	3.942,19	1,00	39,42
Infração 04 - 016.001.002				Mai-18	2.310,74	1,00	23,11
Mês/Ano	Valor da NF-e	Multa %	Valor da Multa	Jun-18	2.689,36	1,00	26,89
Fev-16	799,57	1,00	8,00	Jul-18	1.953,08	1,00	19,53
Mai-16	6.672,98	1,00	66,73	Ago-18	2.876,35	1,00	28,76

Jun-16	1.496,75	1,00	14,97	Set-18	1.752,32	1,00	17,52
Jul-16	1.820,79	1,00	18,21	Out-18	2.564,28	1,00	25,64
Ago-16	1.848,00	1,00	18,48	Nov-18	1.553,17	1,00	15,53
Set-16	59.285,10	1,00	592,85	Dez-18	2.155,65	1,00	21,56
Out-16	3.140,70	1,00	31,41	Jan-19	20.211,93	1,00	202,12
Nov-16	3.084,30	1,00	30,84	Fev-19	287,36	1,00	2,87
Dez-16	2.604,30	1,00	26,04	Mar-19	1.796,29	1,00	17,96
Jan-17	4.060,90	1,00	40,61	Abr-19	1.271,05	1,00	12,71
Fev-17	2.202,30	1,00	22,02	Mai-19	2.425,76	1,00	24,26
Mar-17	3.061,53	1,00	30,62	Jun-19	2.336,60	1,00	23,37
Abr-17	3.136,31	1,00	31,36	Jul-19	1.961,87	1,00	19,62
Mai-17	1.997,70	1,00	19,98	Ago-19	1.763,92	1,00	17,64
Ago-17	3.178,35	1,00	31,78	Set-19	174.097,89	1,00	1.740,98
Set-17	1.598,65	1,00	15,99	Out-19	165.799,26	1,00	1.657,99
Out-17	3.340,27	1,00	33,40	Nov-19	1.220,44	1,00	12,20
Nov-17	1.660,07	1,00	16,60	Dez-19	1.327,77	1,00	13,28
Total	104.988,57		1.049,89	Jan-20	1.745,18	1,00	17,45
Infração 07 - 016.016.001				Fev-20	1.034,77	1,00	10,35
Mês/Ano	Valor da NF-e	Multa %	Valor da Multa	Mar-20	1.263,03	1,00	12,63
Abr-18	31.670,00	1,00	316,7	Abr-20	1.546,56	1,00	15,47
Total	31.670,00		316,70	Mai-20	978,79	1,00	9,79
Infração 08 - 016.016.002				Jun-20	1.421,68	1,00	14,22
Mês/Ano	Valor da NF-e	Multa %	Valor da Multa	Jul-20	1.642,05	1,00	16,42
Fev-19	123.684,00	5,00	6.184,20	Ago-20	5.296,93	1,00	52,97
Ago-19	31.148,00	5,00	1.557,40	Set-20	3.076,57	1,00	30,77
Mar-20	38.903,00	5,00	1.945,15	Out-20	1.773,77	1,00	17,74
Jun-20	36.183,00	5,00	1.809,15	Nov-20	2.022,87	1,00	20,23
Dez-20	1.458,96	5,00	72,95	Dez-20	1.458,96	1,00	14,59
Total	231.376,96		11.568,87	Total	430.920,64		4.309,21

Da informação fiscal e dos novos demonstrativos a autuada foi notificada através de mensagem postada via DT-e, em 11/01/2022, cuja ciência tácita ocorreu em 17/01/2022, fl. 92.

Transcorrido o prazo para manifestação, a autuada se manteve silente.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo a acusação de oito infrações, todas tempestivamente impugnadas.

O sujeito passivo é contribuinte do ICMS, inscrito no Cadastro Estadual na condição Normal, exercendo a atividade econômica de comércio varejista de combustíveis para veículos automotores, estabelecido no município de São Francisco do Conde.

Do início da ação fiscal o contribuinte foi notificado através do Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, com a lavratura e envio do Termo de Início de Fiscalização em 07/07/2021, fls. 27-v e 28.

Os demonstrativos constam anexados aos autos, fls. 27-v a 64 impressos e posteriormente gravados e anexados em mídia eletrônica – CD, fl. 90, todos entregues ao contribuinte, elaborados

pelo autuante de forma clara e didática, contendo todos os elementos necessários à perfeita cognição das infrações.

A defesa argui nulidade sob o primeiro argumento de que o Auto de Infração deve ser anulado por “*falta de provas que não expressam a realidade dos fatos*” e que o “*Auditor Fiscal (...) atribui equivocadamente ao Contribuinte a prática das infrações relatadas.*”, cuja “*imputação é desprovida de elementos comprobatórios, como exige o RPAF, Decreto nº 7.629/99, em seus artigos 2º, caput, 18, inciso IV, alínea “a” e 41, inciso II.*”.

Sobre esse argumento, lembro que os trabalhos fiscalizatórios se pautaram no exame de informações constantes nos registros transmitidos pelo contribuinte através da sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, notas fiscais eletrônicas emitidas e recebidas e cupons fiscais, cujos dados foram informados através do SPED-Fiscal, que contém o registro de toda sua atividade mercantil do contribuinte, além dos registros da movimentação do estoque de combustíveis lançados no Livro de Movimentação do Combustível – LMC, cujos registros estão inclusos na EFD, que serve de suporte aos exames de auditoria, por se constituir em um livro fiscal, conforme prevê o Ajuste SINIEF 01/09, na sua Cláusula primeira: “*Fica adotado como livro fiscal, para registro diário pelo Posto Revendedor, o Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC, instituído pelo Departamento Nacional de Combustíveis – DNC, conforme modelo por ele fixado.*”, dispositivo acolhido pelo RICMS/2012 no seu art. 219.

Portanto, sendo a EFD um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte, se constitui na única escrituração fiscal válida, e assim, contém os registros sobre os quais cabe à fiscalização utilizá-los no desenvolvimento de auditorias, aplicando os roteiros apropriados e seus dados e registros servem de prova, inclusive de responsabilidade e de conhecimento do contribuinte.

As provas do cometimento das infrações foram colhidas exatamente dos registros declarados e transmitidos pelo contribuinte na sua EFD. A prova dos fatos que justificaram as infrações, foi feita com a própria escrita fiscal digital e o LMC físico que não faz prova contra a EFD.

Oportuno, pois ressaltar que a ausência da escrituração ou a escrituração irregular, pode gerar inúmeras implicações à empresa e ao empresário, especialmente no que se refere à prova documental, tratada especificamente nos artigos 417 a 419 do Código de Processo Civil, *in verbis*.

Art. 417. Os livros empresariais provam contra seu autor, sendo lícito ao empresário, todavia, demonstrar, por todos os meios permitidos em direito, que os lançamentos não correspondem à verdade dos fatos.

Art. 418. Os livros empresariais que preenchem os requisitos exigidos por lei provam a favor de seu autor no litígio entre empresários.

Art. 419. A escrituração contábil é indivisível, e, se dos fatos que resultam dos lançamentos, uns são favoráveis ao interesse de seu autor e outros lhe são contrários, ambos serão considerados em conjunto, como unidade.

O art. 418, trata da condicionante de obrigatoriedade de sua regularidade como meio de prova a favor de seu autor, para que dela possa se utilizar, e, o art. 419 determina expressamente a indivisibilidade dos registros contábeis, o que equivale dizer que não há como atribuir-lhe a condição de “parcialmente regular” ou “regular em parte”.

Tais disposições, que se harmonizam com o disposto no *caput* do art. 226 do Código Civil:

Art. 226. Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.

Portanto, a contabilidade somente será aceita em sua integralidade, e fará prova a favor do empresário/contribuinte se este for criterioso na observância a cumprimento dos preceitos legais aplicáveis à matéria.

Dessa forma, rejeito esse argumento.

Outro argumento trazido pela defesa para sustentar sua pretensão de nulidade se refere a constatação da autuada que “...*somente depois da conclusão a que chegou a fiscalização se deu condição de manifestação ao contribuinte, fazendo-se a data de ciência de início de ação fiscal em 07/07/2021 às 00h33min e ciência do encerramento de ação fiscal em 02/08/2021 às 00h40min, através do sistema digital e se utilizando do DT-e, inclusive não se indicando a possibilidade de acesso aos atos que estariam sendo praticados, nem tão pouco se pediu qualquer esclarecimentos ou juntada de documentos para que se levantassem dados ou que estes fossem cruzados com outros disponíveis na sede da Autuada, tudo feito de forma unilateral.*”, e, portanto, “houve cerceamento de direito, em especial porque o termo de ciência não indica qualquer possibilidade de acesso à informação acerca da ação fiscal.”.

O procedimento fiscal por ser vinculado à lei, rege-se na sua fase inicial, dentre outros princípios, pelo da inquisitorialidade que basicamente concede poder ao fisco para realizar as investigações e apurações, sem que o contribuinte possa obrigatoriamente opinar, podendo ser chamado para apresentar livros fiscais e outros documentos comprobatórios de suas operações.

A doutrina conceitua o procedimento administrativo preparatório do lançamento como uma fase preliminar. Nesta fase a autoridade fiscal verifica a ocorrência do fato gerador, determina o montante devido e a possível penalidade a ser aplicada, e tendo constatada alguma transgressão à norma tributária, lança o crédito tributário, sem a participação do sujeito passivo. Nesta fase não se observa a obrigatoriedade de preservar o contraditório e ampla defesa, pois não é forma, tampouco fase de resolução de conflitos. Trata-se de procedimento inquisitorial, e, portanto, não há que falar em direito ao contraditório, sendo resguardado, no entanto, todas as garantias constitucionais do contribuinte, vigorando principalmente o princípio da legalidade estrita.

Partindo das informações da EFD e da NF-e, no caso específico os dados do Registro 1300 da EFD, que deve espelhar os registros do LMC, transmitidas pelo contribuinte, a autoridade fiscal no cumprimento de ordem de serviço, regularmente emitida pela Administração Tributária, fez a depuração desses dados e os utilizou como insumos no desenvolvimento dos roteiros de auditoria previstos na citada ordem de serviço, não havendo, a princípio, necessidade de participação do fiscalizado, senão em casos específicos, a depender da análise do agente fiscal.

A participação do fiscalizado na fase dos exames de auditoria, pode ser desejável, contudo, não é legalmente obrigatória. Assim, não há imposição em assegurar ao fiscalizado a oportunidade de prévia defesa.

Portanto, não vislumbro, no presente caso, nenhuma afronta a ampla defesa e contraditório, tendo em vista que os levantamentos que suportam as infrações, impressos, fls. 04-v a 24, revisados e reimpressos, juntados às fls. 100 a 2019, foram elaborados pelos autuantes de forma clara, objetiva e sucinta, contendo todos os elementos necessários para a completa cognição das acusações, inclusive, destaco que a diligência determinada por esta 2ª JF, fl. 220, cumprida por um dos autuantes, sepulta de vez a arguição de cerceamento do direito de defesa.

Do exposto, afasto as arguições de nulidade.

O contribuinte foi cientificado da lavratura do Auto de Infração em 02/08/2021, conforme declara na defesa à fl. 70.

Quanto ao questionamento da defesa de que “*Não estariam homologados os lançamentos até 31/12/2019?*”, passo a responder.

Trata-se de uma arguição de decadência parcial das infrações.

Sobre a matéria, o CONSEF tem firmado e consolidado entendimento em consonância com o Incidentes de Uniformização, emitido pela Procuradoria Fiscal da PGE, de nº PGE 2016.194710-0, que assim enuncia:

Entendimento firmado: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150 § 4º do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que correspondia às operações declaradas.

Nota 1: Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I do CTN, quando: a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

Importante registrar que esse posicionamento se conforma com a Súmula 555 do STJ, cujo enunciado segue transcrito:

“Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa”.

No caso em exame, se aplicada a regra prevista no art. 150 § 4º do CTN, ou seja, conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, os fatos ocorridos antes de agosto de 2016 estariam alcançados pela decadência e não mais poderiam ser exigidos pela Fazenda Pública.

Se aplicada a regra prevista no art. 173, inc. I do CTN, ou seja, conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, estariam alcançados pela decadência os fatos geradores ocorridos antes do exercício de 2016.

As infrações 01 e 02, foram caracterizadas pela falta de recolhimento do ICMS decorrente da omissão de entrada de mercadorias no estabelecimento e as demais decorreram de descumprimento de obrigações acessórias por ter o contribuinte se omitido em realizar o registro de notas fiscais de entrada de mercadorias, de efetuar registros de eventos da nota fiscal eletrônica, portanto, para todas as ocorrências se aplicam a regra do art. 173, inc. I do CTN.

Por tudo exposto e após a análise das oito infrações, não se processou a decadência, considerando que o contribuinte foi cientificado da lavratura do Auto de Infração em 02/08/2021, conforme declarou a autuada e o registro no Sistema SIGAT, este é o prazo para a contagem do intervalo decadencial.

Considerando o teor da Súmula 12 do CONSEF: “Para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração” e que as infrações 01 a 08, decorreram de situações em que o contribuinte não declarou a ocorrência do fato jurídico tributário referente a operações tributáveis, apurou o montante do imposto devido, mas efetuou o pagamento em montante inferior àquele que correspondia às operações declaradas, é aplicável a regra estabelecida no art. 173, inc. I do CTN, ou seja, conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Portanto, afasto a arguição de decadência.

Compulsando os autos, verifico que o lançamento de ofício foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. A descrição do fato infracional se apresenta de forma clara. É possível se determinar com certeza a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, assim como a multa sugerida e os dispositivos legais e regulamentares infringidos.

Observo que o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte foi plenamente preservado, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração.

No mérito, as infrações 01 e 02 tem como base, a Lei nº 7.014/96, cujos procedimentos têm base o art. 10, parágrafo único da Portaria nº 445/98 a seguir transcrito.

Art. 10. No caso de omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária: (...)

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

As infrações 01 e 02 exigem o ICMS por atribuição legal da responsabilidade por solidariedade, relativamente ao imposto, por ter adquirido mercadorias de terceiros sem documentação fiscal, apurada mediante verificação de variação volumétrica, em índice acima do admitido pela ANP registrada no LMC/Registro 1300 da EFD.

Ressalto que apesar de tratar da ocorrência de apenas um fato econômico, a aquisição de mercadorias, se identifica no âmbito tributário, dois fatos geradores do ICMS que repercutem, por conseguinte, em duas exigências tributárias distintas, o ICMS normal e o ICMS-ST, substituição tributária, ambas por solidariedade, conforme previsão do art. 6º, inc. IV, combinado com o art. 8º, § 4º, inc. I, alínea “a” todos da Lei nº 7.014/96.

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;

(...)

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados: (...)

I - na entrada da mercadoria ou bem no território deste Estado ou no desembaraço aduaneiro, tratando-se de:

a) mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária;

Dessa forma, trata-se de duas imposições tributárias distintas, que podem ser exigidas separadamente, desde que, para evitar o *bis in idem*, ao ser exigido o ICMS-ST por antecipação tributária, infração 02, se deve obrigatoriamente deduzir o ICMS normal, que no caso em análise, conforme se observa nos demonstrativos, fls. 07-v a 24 o ICMS devido foi corretamente calculado, deduzindo-se o ICMS por responsabilidade solidária.

Resta claro, portanto, que todo o processo foi conduzido em conformidade com a Portaria nº 445/98, onde a omissão de entradas, até prova em contrário, está configurada na apuração fiscal por haver volume de mercadorias registradas na EFD sem que esteja acobertada por aquisição regular através de nota fiscal.

A autuada ao se defender apenas alegou que encaminhou informações fiscais através da EFD, aventando a possibilidade de que poderiam conter inconsistências e, portanto, gerar erros, razão pela qual disse manter de forma física o Livro de Movimentação de Combustíveis-LMC, contendo os lançamentos dia a dia, produto por produto, que no seu entender retrataria a “*realidade de forma física*.”.

Disse que fatalmente as informações da ANP cruzadas com a da SEFAZ importaria em se encontrar equívocos e discrepâncias, onde a fiscalização tomou somente supostos ganhos e desprezou inteiramente as perdas, sendo certo que o encontro das informações em um dia e no outro resultaria na verdade dos fatos.

De resto, faz críticas ao sistema de fiscalização da SEFAZ, demonstrando a necessidade de aprimoramento, assim como também os sistemas por ela usados.

Quanto ao primeiro argumento, registro que se existiam erros ou inconsistências na EFD transmitida, caberia ao contribuinte, dentro do prazo providenciar a retificação dos arquivos.

Lembro que os erros, motivadores de retificação dos arquivos da EFD, são tratados no Ajuste SINIEF nº 02/09, onde se permite a retificação dos arquivos mediante envio de outro arquivo para substituição integral do arquivo digital da EFD regularmente recebido pela administração tributária, nos casos em que houver prova inequívoca da ocorrência de erro de fato no preenchimento da escrituração, quando evidenciada a impossibilidade ou a inconveniência de sanear-la por meio de lançamentos corretivos, Cláusula terceira do Ajuste SINIEF nº 02/09, observando os prazos para tal retificação.

O art. 251 do RICMS/2012 determina que a retificação da EFD fica sujeita ao que estabelece a Cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 02/2009, que por sua vez, assim determina:

Cláusula décima terceira O contribuinte poderá retificar a EFD:

I - até o prazo de que trata a cláusula décima segunda, independentemente de autorização da administração tributária;

II - até o último dia do terceiro mês subsequente ao encerramento do mês da apuração, independentemente de autorização da administração tributária, com observância do disposto nos §§ 6º e 7º;

III - após o prazo de que trata o inciso II desta cláusula, mediante autorização da Secretaria de Fazenda, Receita, Finanças ou Tributação do seu domicílio fiscal quando se tratar de ICMS, ou pela RFB quando se tratar de IPI, nos casos em que houver prova inequívoca da ocorrência de erro de fato no preenchimento da escrituração, quando evidenciada a impossibilidade ou a inconveniência de sanear-la por meio de lançamentos corretivos. (...)

Deve-se, contudo, atentar para o disposto no § 7º da dita cláusula, *verbis*.

§ 7º Não produzirá efeitos a retificação de EFD:

I - de período de apuração que tenha sido submetido ou esteja sob ação fiscal;

II - cujo débito constante da EFD objeto da retificação tenha sido enviado para inscrição em Dívida Ativa, nos casos em que importe alteração desse débito;

III - transmitida em desacordo com as disposições desta cláusula.

Portanto, o contribuinte já submetido a ação fiscal, cujo lançamento, ora se discute, não pode proceder a retificação de sua EFD. Caso constatada a existência de erros de fato, compete ao contribuinte informar e corrigi-los, antes da ação fiscal, e não na fase de desenvolvimento de alguma ação fiscal, tampouco durante a discussão da lide no âmbito administrativo, como se observa no presente caso.

Ademais, a autuada não trouxe nenhuma prova ou fato que justifique suas alegações.

Quanto as alegações que contestam aos ganhos relativos às variações volumétricas, não foram comprovadas quando foi realizado o procedimento fiscal, nem foram trazidas aos autos, o que

deveria ser comprovado mediante registro no LMC, ou sua retificação antes da ação fiscal, não podendo o contribuinte utiliza-se como meio de prova os registros do LMC físico contra os registros contidos na EFD decorrentes desses mesmos registros do LMC, repito.

É certo que na atividade de aquisição, transporte, armazenamento e vendas de combustíveis podem ocorrer variação volumétrica dos volumes armazenados, causadas por variações de temperatura, podendo ser positiva ou negativa.

O argumento de que não existiu ganhos em virtude de não se ter feito as compensações com as perdas ocorridas nos dias anteriores e posteriores, não merece acolhimento, pois, o registro das informações no LMC e no Registro 1300 deve ser diário, e, além disso, quando os ganhos ou perdas forem superiores a 0,6%, o posto revendedor deve justificar o fato no seu LMC, o que não ocorreu em nenhum momento, descaracterizando a arguição.

A autuada não apresentou qualquer dado ou fato que comprovasse a existência de registro das entradas da mercadoria, objeto da autuação, e por se tratar de produto enquadrado no regime de substituição tributária, não sendo comprovada a origem da mercadoria, inexistente consequentemente, comprovação de recolhimento do imposto, devendo, nesse caso, aplicar a regra prevista no art. 10 da Portaria nº 445/98, exigindo-se o imposto do sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros, desacompanhada de documentação fiscal.

Pelo exposto, tenho as infrações 01 e 02 como subsistentes.

Registro que, de ofício, retifico o enquadramento legal da multa sugerida para a infração 02, passando a ser tipificada no art. 42, inc. III, alínea “g” da Lei nº 7.014/96.

As infrações 03, 04 e 05, acusa o contribuinte que deu entrada no estabelecimento de mercadorias sem o registro na EFD.

A defesa arguiu que na infração 03 as notas apontadas majoritariamente correspondem a operações de transferências, mercadorias para uso e consumo e ainda, simples remessa. No caso das infrações 04 e 05, as notas fiscais relacionadas em grande parte são de operações de compras de combustíveis. Acrescenta que a infração 05 *“foi absurdamente tipificada, ou com todo respeito, arranjada.”*

O autuante em sede de informação fiscal admitiu que o levantamento *“contém notas que estão escrituradas.”*, portanto, elaborou novos demonstrativos alterando os valores das infrações.

Do exame dos autos, constato correta a revisão procedida, razão pela qual a acato e tenho as infrações 03, 04 e 05 como parcialmente subsistentes nos seguintes valores: infração 03: R\$ 69,67; infração 04: R\$ 1.049,89; e infração 05: R\$ 4.309,21.

A infração 06, decorreu da identificação da ocorrência de divergências na EFD do contribuinte que não caracterizam omissão.

A autuada alegou que o Fiscal identificou duas notas fiscais, uma de transferência no valor de R\$ 576,00, outra do fornecedor CEDEP no valor de R\$ 683,18, extraídas do arquivo XML o que, ao seu entender demonstraria falha do sistema de fiscalização. Sendo que o autuante não anexou nenhuma comprovação de erro na EFD e o fato, garante não ter causado prejuízo aos cofres públicos.

O autuante, por sua vez, justifica que as duas notas fiscais eletrônicas têm o número das suas chaves divergentes daquele anotado no registro C100, fato que não caracteriza omissão ou inconsistência, mas uma divergência.

Acato o entendimento do autuante e tenho como subsistente a infração 06.

As infrações 07 e 08, acusa o contribuinte de ter deixado de efetuar a “manifestação do destinatário”, Confirmação da Operação (infração 07) e Operação não Realizada (infração 08, cujas

obrigações estão previstas no Ajuste SINIEF 07/2005 – Cláusula décima quinta e no RICMS/2012, art. 89.

A autuada apenas nega a falta do registro da “manifestação do destinatário” enquanto o autuante assevera que houve a falta da inclusão dos eventos das notas fiscais eletrônicas no pacote de arquivos SPED fornecidos à fiscalização.

Esta falha, fez parecer que não havia sido feito evento algum para as notas da autuante. Portanto, admitindo o equívoco, elaborou novos demonstrativos corrigidos, retificando os valores das infrações.

Não tendo a autuada apresentado elementos capazes de elidir a infração, cabe aplicar o previsto no art. 142 do RPAF/99.

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Acato a revisão procedida pelo autuante e tenho as infrações parcialmente subsistentes nos valores: infração 07: R\$316,80; e infração 08: R\$11.568,87.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269138.0106/21-6**, lavrado contra **POSTO DE COMBUSTÍVEIS ULM LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 36.942,70** acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inc. III, alíneas “d” e “g”, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e do acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 17.774,34**, previstas no art. 42, inc. IX;. XIII-A, X-A, do mesmo artigo e lei, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 07 de junho de 2022.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR