

N. F. Nº - 2691380028/20-7
NOTIFICADO - AUTO POSTO VELA BRANCA LTDA.
NOTIFICANTE- JEFFERSON MARTINS CARVALHO
ORIGEM - SAT - COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERENT 06/10/2022

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0162-02/22NF-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OMISSÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIA SUJEITA AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO. Observados ganhos volumétricos registrados pelo notificado no LMC/Registro 1300 da EFD acima dos índices admitidos pela ANP, em vários meses nos anos de 2015, 2017 e 2018. 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 notificado e refletem com clareza a apuração do imposto devido. Valor reduzido por extinção parcial do crédito por decadência. Notificação Fiscal **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Lavrada em 11/02/2020, a Notificação Fiscal formaliza a constituição de crédito tributário de R\$ R\$ 10.014,71 em decorrência da seguinte infração

04.07.01. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido combustíveis de terceiros desacompanhados de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das mercadorias sujeitas ao regime de substituição, apurado mediante verificação de variação volumétrica em índice acima do admitido pela ANP registrada no LMC/Registro 1300 da EFD. Valor: R\$ R\$ 10.014,71. Período: Dezembro 2015, 2017 e 2018. Enquadramento legal: Art. 4º, § 4º, IV; Art. 6º, IV; Art. 23-A, II da Lei 7014/96, c/c o art. 10, Parágrafo único da Port. 445/98. Multa: 100%, art. 42, III, “d” da Lei 7014/96.

O notificado apresentou defesa às fls. 15 a 19. Após reproduzir a infração argui a “nulidade” da NF porque encaminhou informações fiscais via SPED FISCAL com inconsistências e pode gerar erros e, por isso, é obrigado a manter, além das informações transmitidas via eletrônica, Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC, de “forma escritural”, fazendo lançamentos dia-a-dia, produto por produto, contendo a realidade física.

Ressalta poder haver mudança do sistema eletrônico utilizado pelo posto, tendo o fato acontecido no posto fiscalizado, podendo haver discrepâncias entre dados ou informações, e não se pode tomar tais situações como irregularidade passível de autuação.

Diz que o LMC físico está correto, mas a fiscalização, de maneira regular, indica o início da fiscalização pedindo documentos ou até explicações acerca de situações encontradas, mas nada disso foi feito no presente caso.

Ressalta que posteriormente tomou conhecimento que a fiscalização seria feita de modo eletrônico cruzando informações constantes no sistema da Sefaz, cotejando diversas informações do LMC imposto pela ANP com o registro da EFD, encontrando inconsistências que resultam em supostas irregularidades.

Fala não haver dúvida que informações da ANP cruzadas com as da SEFAZ importa encontrar equívocos e discrepância entre as situações específicas de cada informação, tanto que, na

fiscalização se evidencia que a SEFAZ somente computa ganhos e despreza as perdas, sendo certo que o encontro das informações em um dia e no outro resulta em se ter espelhado o que efetivamente ocorre.

Alega que o desprezo das perdas escrituradas no LMC físico e também informado resulta em fictícios ganhos, base para imposto indevido, o que denota “bitributação” porque tudo já teria sido recolhido por substituição tributária e não haveria ingresso de combustível sem a respectiva nota fiscal.

Diz que o sistema de fiscalização da SEFAZ utilizado para lavrar a notificação requer aprimoramento, bem como os sistemas usados pelos postos para evitar injustas penalidades sem participação ativa do fiscalizado antes da lavratura do AI.

Salienta que os levantamentos feitos pelo Fisco no cruzamento da variação volumétrica admitida pela ANP, registrada no LMC, e o Registro 1300 da EFD demonstram que o sistema falhou, apresentando inconsistências sem oitiva do posto que está sendo fiscalizado, de modo que o AI é nulo.

Adentrando ao mérito, diz que analisando o levantamento fiscal se denota que os erros tomados por ganhos, na passagem de um dia para outro, de forma salteada em determinados dias, não existiram, como se observa no próprio demonstrativo do Fisco.

Exemplifica que em 03/11/2015 se apontou ganho de 6.037,080 litros quando isto nunca existiu, porquanto em 02/11/2015 houve estoque de fechamento em 16.176 litros e no dia seguinte com o mesmo estoque de abertura, havendo recebimento de 5 mil litros de combustível (NF 1471089), tendo-se o estoque do fechamento final 15.516,00 litros (com perda de 221,92 litros), isto porque as vendas do dia foram de 5.441,08 litros, e se teve como estoque inicial em 04/11/2015 a quantidade de 15.516 litros, não havendo ganho como indicado pelo levantamento feito. Diz que isto ocorreu em todos os dias apontados no levantamento, indicando-se ganho inexistente e que houve omissão de entrada, por isso mesmo traz a colação dos autos, demonstrativo de cada um dos combustíveis comercializados e também se junta cópia dos LMC's físicos que abrange os dias anteriores e posteriores das datas indicadas como havendo irregularidade.

Ressalta que nos dias 01 e 02/11/2015 o estabelecimento ficou sem conexão com a internet que só voltou em 03/11/2015, sendo certo que as sobras glosadas não existiram e isto se exemplificou com a gasolina comum, mas aconteceu com outros combustíveis, de modo que os erros constantes de ganhos nos outros dias advieram de erros no cotejo entre as verificações feitas pela SEFAZ, diante das informações encaminhadas pelo posto.

Fala que, considerando que as mercadorias foram antecipadamente tributadas, o caso representa sua bitributação e pede avaliação pela COPEC ou ASTEC para novo procedimento fiscal.

Entende que o cotejo das perdas e ganhos nos referidos dias indica que houve erro no sistema de apuração da SEFAZ que não fez a compensação entre “ganhos” e “perdas”, tampouco considerou a existência de “situação de urgência” com a “greve dos caminhoneiros”, razões pelas quais requer conferência com análise das notas fiscais de entradas e a escrituração do LMC de forma física, onde há o acerto da correta movimentação.

Afirma que a Notificação considerou os limites de evaporação de 1,8387% para indicar omissão de entrada e cruzando informações contidas no R200, R300, SPED e notas fiscais de entrada, sem que houvesse omissão do posto, como se pode ver com o exame do LMC físico que coloca à disposição do Fisco.

Esclarece que o valor do imposto cobrado na notificação de acordo com o valor médio e por ano a nulifica na medida em que se deveria se tomar o valor diário, e não o valor médio.

Caso a defesa seja parcialmente considerada, requer a redução substancial das multas, afastando-se a bitributação sobre mercadorias não recebidas ou que foi para “simples remessa”. Também pede seja anexado a Notificação 269138.0032/20-4, por ter conexão com a presente.

O notificante Jefferson Martins Carvalho apresentou informação fiscal das fls. 82-84-v, pontuando:

1. Sobre os alegados equívocos, erros e inconsistências na escrituração do posto revendedor
 - 1.1. Os livros como meio de prova contra o empresário.

Após reproduzir o art. 226 do Código Civil, citar o art. 373 do Código de Processo Civil e reproduzir os arts. 417, e 419 desse código, informa que os livros do empresário provam a favor e contra o contribuinte e que, com o propósito de se fazer cumprir a normativa, inclusive a que dita suas formalidades intrínsecas e extrínsecas, é que o legislador determinou a presunção de veracidade dos fatos neles articulados.

1.2. Inconsistências nos arquivos EFD apresentados.

Primeiramente informa que as inconsistências de que trata o art. 247,§ 4º do RICMS/12 significam/representam falta de coerência, contradição, imprecisão. Por exemplo, seria inconsistente informar o ano de nascimento de alguém como 1920 e a sua idade como sendo 50 anos. Nesse caso, diz, seria necessário pedir esclarecimentos acerca de qual das informações é correta.

Diz que no caso da notificação, examinando os arquivos mensais da EFD apresentados, constatou não haver inconsistência. Ao contrário, o registro da movimentação de combustíveis do posto revendedor se encaixa perfeitamente com as informações dos documentos fiscais de entradas, e as saídas são exatamente as indicadas nos registros 1310 (movimentação diária de combustíveis por tanque) e 1320 (volume de vendas).

Aduz que os ganhos e perdas (omissões de entradas e de saídas) anotados no registro 1300 são calculados pelo contribuinte pela simples subtração do estoque final (medido pelo posto) com o estoque escritural (estoque inicial, medido pelo posto, somado às entradas com notas fiscais, conferidas com os valores dos registros C100 e C170 da EFD, na fiscalização, e subtraído das vendas realizadas pelos bicos das bombas de combustíveis, anotadas no registro 1320) e essa também foi conferida na revisão fiscal sem que tenha sido encontrado erro.

1.3. Erros nos registros 1300 da EFD

Informa que a prova de eventuais erros no registro 1300 do posto revendedor deve ser robusta, pois, não é plausível que o empresário descuide de seus estoques durante anos a fio sem tomar providências para resolver as “irregularidades” alegadas, de modo que não basta alegar ocorrência de “erros de sistema” ou “erros de medição”, desacompanhados de laudos de intervenção técnica para subsidiar/provar o que alega.

Salienta também não bastar argumentar que “esses erros ficam claros quando se observa que os ganhos e as perdas de dias seguintes se cancelam”, pois, o registro das informações no LMC e no registro 1300 deve ser diário, e, além disso, quando os ganhos ou perdas forem superiores a 0,6%, o posto revendedor deve justificar o fato no LMC, o que não ocorrem neste caso,

Sem embargo, diz não desconsiderar a possibilidade de erros na escrituração, a exemplo de caso em que o estoque final tenha sido registrado no LMC e no registro 1300 abaixo do valor real, mas, como esses valores não desapareceriam, eles seriam registrados no estoque inicial do dia seguinte, de forma que o estoque final do dia anterior seria diferente do estoque inicial do dia seguinte, no exato valor, o que não ocorreu no caso em apreço.

Diz também que se o posto revendedor, cometendo um segundo erro, tenha simplesmente anotado o errado estoque final do dia anterior como estoque inicial do dia corrente, surgiria diferença: uma perda se no dia anterior houvesse ocorrido ganho, ou vice-versa. Tal diferença, necessariamente, deveria ser no exato valor que a diferença do dia anterior. Fala ter havido casos assim, e foram excluídos do levantamento fiscal.

Entende que além desses casos, erros já não são escusáveis, pois implica em descaracterização da escrituração do registro 1300 da EFD e do LMC, infringido a regra de que a escrituração do

empresário é indivisível, aceitando apenas as parcelas que lhe favorecem.

Em complemento, diz que o notificado apresenta exemplo com pretensão de confirmar suas alegações, mas acaba por evidenciar seu próprio erro: Na fl. 39 há cópia do LMC com os valores iguais aos dos registros da EFD (1300, 1310 e 1320). Nela, o valor das saídas (11.700,080 litros) e o volume disponível (21.179.000) estão corretos e correspondem aos indicados no demonstrativo de fl. 4, de forma que antes de provar ter havido “erro de migração de um sistema para outro”, acaba por demonstrar a identidade das informações, o que ratifica a Notificação.

Concluindo, expõe:

- (i) É obrigação do empresário manter seus livros sem erros ou inconsistências, pois fazem prova contra ele, caso não demonstre que os registros lançados não correspondem à verdade dos fatos, não sendo suficiente a genérica alegação de ocorrências de erros ou mera confissão de escrituração sem cumprir a pertinente normativa;
- (ii) Não encontrou inconsistências que suscitem esclarecimento do empresário via Intimação;
- (iii) Nenhuma das alegações defensivas (“registros efetuados equivocadamente”, “erros escriturais”, “erros de sistema”, “erros de medição”) foi devidamente provada.

Às fls. 86-87 consta pedido de diligência à Infaz de origem e PGE/PROFIS para:

Notificante

Considerando que a Autoridade Fiscal em notificações semelhantes motiva as omissões de entradas em adulterações dos estoques disponíveis para comercialização, em prestígio ao devido processo legal, buscar junto aos órgãos competentes, em especial junto à Agência Nacional de Petróleo – ANP, histórico do contribuinte que corrobore a afirmativa, seja por adulteração de combustível, das bombas, ou por qualquer outro meio.

PGE/PRPFIS

1. Se o parágrafo único do art. 10 da Portaria nº 445/98, com a redação posta, extrapola ou não os limites da Lei 7.014/96, na medida que segundo o argumento da defesa estaria criando uma nova hipótese de “presunção de ocorrência de operações ou prestações tributáveis sem pagamento do imposto”, não contemplada no § 4º do art. 4º da Lei 7.0114/96?
2. Se a Portaria 159/19 tem aplicabilidade retroativa ou a partir da data de sua publicação.

Por consequência, a Autoridade Fiscal notificante presta Informação Fiscal às fls. 90-92-v.

Registra que, por definição, “um adulterante é uma substância encontrada dentro de outras (por ex: alimentos, bebidas, combustíveis), embora não seja permitida por razões legais ou outros”, de modo que a “Cartilha do posto revendedor” publicada pela ANP registra que “o PRC somente poderá adquirir combustíveis automotivos a granel e querosene iluminante a granel ou envasado, de distribuidor de combustíveis autorizados pela ANP” e que os “números e datas da Notas Fiscais relativas aos recebimentos” devem ser anotados no LMC – item VII, 4, da IN anexa à Port. DNC 26/92.

Então, diz, usou o termo “adulterante” sob o ponto de vista tributário, pois constatou omissão de entradas nos tanques sem correspondente nota fiscal, o que é proibido por “razões legais”.

Destaca que do ponto de vista da qualidade, a notificada pode até ter adicionado combustível superior ao estocado, mas, adicionado sem nota, prejudicou o Erário.

Por sua vez, conforme Parecer de fls. 97-107, acolhido no despacho de fls. 108-109, a PGE manifestou que: a) o caso não trata de “presunção”, mas de ocorrência de fato gerador tributável descortinado por objetivo procedimento de auditoria, sem amparo de correspondente documentação fiscal; b) a norma lustrada na Port. 001/2020 possui natureza procedural interna da Administração Fazendária, com retroação justificada pela norma esculpida no art. 106, II, do CTN.

Conforme pedido de fl. 112, nova diligência à Infaz de origem foi deferida para juntar aos autos o disco de armazenamento de dados contendo demonstrativos suportes da acusação fiscal, com reabertura do prazo de defesa. A diligência foi cumprida com ciência do contribuinte em 11/04/2022 (fl. 118), e o sujeito passivo não se manifestou.

Presente na sessão de julgamento, a autoridade fiscal notificante Jeferson Martins Carvalho, manifesta-se por apenas assistir ao julgamento.

VOTO

Conforme acima relatado, lavrada em 11/02/2020, a Notificação Fiscal em lide constitui crédito tributário de R\$ R\$ 10.014,71, acusando falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido combustíveis de terceiros desacompanhados de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das mercadorias sujeitas ao regime de substituição, apurado mediante verificação de variação volumétrica em índice acima do admitido pela ANP registrada no LMC/Registro 1300 da EFD (Infração **04.07.01**).

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: **a**) conforme recibos e documentos de fls. 13 e 118, bem como do que se depreende da manifestação defensiva, cópia da Notificação Fiscal e dos papéis de trabalho indispensáveis ao esclarecimento dos fatos narrados no seu corpo foram entregues ao contribuinte; **b**) na sua lavratura foi cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §, 41, 42, 43, 44, 45 e 46 do RPAF; **c**) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; **d**) a infração está clara e exaustivamente descrita, corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais listados, emitidos na forma e com os requisitos legais (impressos e em mídia CD: fls. 03-10 e 116), bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise e que os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação de minha convicção.

Com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF, indefiro a diligência suscitada.

Como exposto no relatório, ainda que confessando ter encaminhado ao Fisco EFD com “inconsistências”, a Impugnação ao lançamento em juízo de revisão neste órgão administrativo judicante consiste em: a) pedir a improcedência da Notificação Fiscal porque o procedimento fiscal se limitou a analisar os registros da EFD, considerando apenas diferenças de “ganhos” na variação volumétrica, compensáveis pelas “perdas” desconsideradas, movimentações registradas no LMC físico do estabelecimento notificado, não considerado pelo notificante; b) subsidiariamente pedir a redução das penalidades; c) julgamento em conjunto com a Notificação Fiscal 269238.0032/20-4, por conexão com esta.

Passo a apreciá-las, então.

Os fatos geradores ocorreram no período Dezembro 2015, 2017 e 2018.

Trata-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Acerca da Impugnação ao lançamento tributário o Regulamento Administrativo Fiscal – RPAF apresenta a disposição que abaixo reproduzo na parte que interessa para encaminhar o desenlace

desta lide administrativa, com meus pertinentes destaques;

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação.

§ 1º A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez.

§ § 2º A defesa poderá referir-se apenas a parte da exigência fiscal, assegurando-se ao sujeito passivo, quanto à parte não impugnada, o direito de recolher o crédito tributário com as reduções de penalidades previstas em lei.

§ § 3º A depender da evidência de erros ou da complexidade da matéria em questão, a defesa poderá requerer a realização de diligência ou perícia fiscal, nos termos do art. 145.

...

§ § 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

§ § 6º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior.

A Notificação Fiscal tem suporte probatório nos demonstrativos sintéticos de fls. 02-v a 04 e analíticos de fls. 04-v a 10, em que se registra a leitura diária dos combustíveis identificando as omissões objeto da exação, e dos quais o sujeito passivo recebeu cópia para subsidiar a Impugnação com os necessários e indispensáveis elementos de prova na forma estipulada na normativa acima reproduzida.

Nesse sentido, cabe ressaltar que, sem alterá-los, a acusação fiscal decorre do confronto dos dados registrados pelo próprio sujeito passivo na Escrituração Fiscal Digital - EFD regularmente transmitidas e recepcionada pelo sujeito ativo sem inconsistência com a legislação da espécie.

É que se constituindo na única forma legalmente permitida com valor jurídico para provar a favor e contra o contribuinte, a EFD tem por objeto espelhar a real movimentação empresarial com repercussão tributária.

Neste caso, observo que o ônus probatório foi cumprido pela autoridade fiscal notificante com os demonstrativos suporte da acusação fiscal, e que o Impugnante, detendo os elementos para objetivamente se opor aos dados da infração, ainda que admitindo ter transmitido a EFD contendo irregularidades que entende “inconsistências”, ademais de pedir o seu julgamento em conjunto com a NF 269138.0032/20-4 que, da mesma omissão detectada, exige o ICMS de responsabilidade própria do mesmo sujeito passivo, limitou-se a dizer que as omissões regularmente identificadas pela fiscalização decorrem de genéricas irregularidades, tais como: “erros de sistema” ou “erros de medição” que implicam em “ganhos” e “perdas” que se cancelam.

Pois bem. Quanto ao julgamento conjunto por conexão, tenho que por conter a infração principal, o julgamento primeiro desta, ademais de não o prejudicar, direcionará o resultado do juízo acerca da infração contida na a NF 269138.0032/20-4, pois contendo mesmos fatos geradores e datas de ocorrências, seguirá a resolução do presente caso.

No que se relaciona às genéricas alegações defensivas, observo que a Escrituração Fiscal Digital – EFD possui específico regramento a ser obrigatoriamente seguido pelos contribuintes, em especial o Ajuste SINIEF 02/2009, por ser a única forma de escrituração com valor jurídico. Portanto, capacitada para provar a favor e em contra o contribuinte que registra dados como espelho de sua real movimentação empresarial com repercussão tributária.

Repto, o regular procedimento fiscal que apurou a exação em apreço, sem alterá-los, utilizou os dados da EFD transmitida ao Fisco pelo contribuinte e recepcionados validamente sem qualquer

inconsistência.

Com meus destaques, interessa ao caso, a seguinte disposição:

Ajuste SINIEF 02/2009

Cláusula décima *O arquivo digital da EFD gerado pelo contribuinte deverá ser submetido à validação de consistência de leiaute efetuada pelo software denominado Programa de Validação e Assinatura da Escrituração Fiscal Digital - PVA-EFD que será disponibilizado na internet nos sítios das administrações tributárias das unidades federadas e da RFB.*

§ § 1º O PVA-EFD também deverá ser utilizado para a assinatura digital e o envio do arquivo por meio da internet.

§ § 2º Considera-se validação de consistência de leiaute do arquivo:

I - a consonância da estrutura lógica do arquivo gerado pelo contribuinte com as orientações e especificações técnicas do leiaute do arquivo digital da EFD definidas em Ato COTEPE;

II - a consistência aritmética e lógica das informações prestadas.

§ § 3º O procedimento de validação e assinatura deverá ser efetuado antes do envio do arquivo ao ambiente nacional do Sistema Público de Escrituração Digital - SPED.

§ § 4º Fica vedada a geração e entrega do arquivo digital da EFD em meio ou forma diversa da prevista nesta cláusula.

Cláusula décima primeira *O arquivo digital da EFD será enviado na forma prevista no § 1º da cláusula décima, e sua recepção será precedida no mínimo das seguintes verificações:*

I - dos dados cadastrais do declarante;

II - da autoria, autenticidade e validade da assinatura digital;

III - da integridade do arquivo;

IV - da existência de arquivo já recepcionado para o mesmo período de referência;

V - da versão do PVA-EFD e tabelas utilizadas.

§ § 1º Efetuadas as verificações previstas no caput, será automaticamente expedida pela administração tributária, por meio do PVA-EFD, comunicação ao respectivo declarante quanto à ocorrência de um dos seguintes eventos:

I - falha ou recusa na recepção, hipótese em que a causa será informada;

II - regular recepção do arquivo, hipótese em que será emitido recibo de entrega, nos termos do § 1º da cláusula décima quinta.

§ 2º Consideram-se escriturados os livros e o documento de que trata o 3º da cláusula primeira no momento em que for emitido o recibo de entrega.

§ § 3º A recepção do arquivo digital da EFD não implicará no reconhecimento da veracidade e legitimidade das informações prestadas, nem na homologação da apuração do imposto efetuada pelo contribuinte.

Assim, considerando a inércia probatória do Impugnante, inclusive na extraordinária oportunidade de reabertura do prazo para defesa, é de se ter tal comportamento enquadrado nas seguintes disposições do RPAF:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

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

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Sem embargo, ainda que o Impugnante não logre êxito em suas alegações de fato, considerando que: a) a reabertura do prazo de defesa remanejou a ciência do AI para 11/04/2022; b) as

ocorrências constam datadas de 31/12 e 2015, 2017 e 2018, por ser matéria de ordem pública devo analisar a repercussão do instituto da decadência neste caso.

No que diz respeito ao prazo decadencial, há no CTN duas regras para contagem de prazo dentro do qual a Fazenda Pública pode constituir crédito tributário: **Regra Geral** (Art. 173) possível a todos os tributos: **a)** 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado; **b) Regra Especial** para tributos originalmente sujeitos a lançamento por homologação: 5 (cinco) anos a contar da ocorrência do fato gerador, **salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação**.

Depois de muitas discussões com variados entendimentos tanto no âmbito administrativo como judicial, a Procuradoria Geral do Estado da Bahia, órgão competente para representar o estado junto ao Poder Judicial e assessorar o Poder Executivo em questões legais, publicou o INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO PGE nº 2016.194710-0, objetivando consolidar a jurisprudência administrativa acerca da matéria com relação ao ICMS:

Incidente de Uniformização n° PGE 2016.194710-0

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 corresponderia às operações declaradas.

Ressalva: O entendimento firmado deve ser aplicado apenas aos fatos geradores ocorridos posteriormente a 12/06/2008, data em que editada a Súmula Vinculante nº 08 pelo STF. Antes desta data, como não havia provimento judicial definitivo e vinculante acerca da questão, não dispunha a Administração de substrato jurídico que lhe autorizasse negar aplicação à norma do art. 107-B, §5º do COTEB, então válida, vigente e eficaz.

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.

Nota 2: As hipóteses de dolo, fraude ou simulação são ressalvadas da regra constante do art. 150, § 4º do CTN, sujeitando-se, por conseguinte, ao disposto no art. 173, inc. I, do mesmo Código. Nessa esteira, ainda quando tenha o contribuinte efetuado o pagamento parcial do imposto correspondente às operações declaradas, há casos específicos em que o prazo decadencial deverá ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorrido o fato gerador. Assim o será, por exemplo, quando o valor recolhido for tão insignificante em relação às operações declaradas, que se poderá ter por caracterizada a hipótese de fraude ou simulação.

De igual forma, quando se verifique o pagamento a menor por força da utilização de créditos fiscais manifestamente ilegítimos, a situação poderá se subsumir à hipótese de dolo, fraude ou simulação.

Revela-se, portanto, a importância da análise do caso concreto, para fins de adequada definição do critério de contagem do prazo decadencial. Ademais, para identificação do marco temporal concernente à data em que "o lançamento poderia ter sido efetuado" (art. 173, I CTN) -, é mister seja previamente constituído, na esfera administrativa, o fato jurídico concernente à existência de dolo, fraude ou simulação.

O crédito fiscal objeto do lançamento tributário em pauta é de falta de recolhimento de ICMS, na condição de responsável solidário, por ter adquirido combustíveis de terceiros desacompanhados de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das mercadorias sujeitas ao regime de substituição, apurado mediante verificação de variação volumétrica em índice acima do admitido pela ANP registrada no LMC/Registro 1300 da EFD.

Os dados das operações e os valores da exação foram extraídos em conformidade com os registros efetuados pelo contribuinte em Escrituração Fiscal Digital – EFD e por ele encaminhada ao Sistema Público de Escrituração Fiscal Digital – SPED. Portanto, com ocorrências NÃO

declaradas ao Fisco em cumprimento de obrigações acessórias.

Conforme disciplina exposta no Incidente de Uniformização, só não se aplica a Regra Especial de contagem de prazo decadencial para lançamentos tributários do ICMS, quando “seja previamente constituído, na esfera administrativa, o fato jurídico concernente à existência de dolo, fraude ou simulação” (parte final do último parágrafo da nota 2), situação em que se inclui:

- 1.) *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 (situação notificada); 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 (Nota 1).*
- 2.) *Quando: a) tenha o contribuinte efetuado o pagamento parcial do imposto correspondente às operações declaradas, em casos, por exemplo, quando o valor recolhido for tão insignificante em relação às operações declaradas, que se poderá ter por caracterizada a hipótese de fraude ou simulação (1º parágrafo da Nota 2); b) se verifique o pagamento a menor por força da utilização de créditos fiscais manifestamente ilegítimos, a situação poderá se subsumir à hipótese de dolo, fraude ou simulação (2º parágrafo da Nota 2).*

Ora, pelo enunciado da infração, vê-se que pelo entendimento firmado no Incidente de Uniformização, à situação em análise se conta o prazo decadencial pela Regra Geral constante no art. 173, I, do CTN.

Sem embargo, ainda que para o caso seja pertinente a contagem do prazo pela Regra Geral, de modo a acolher a parcial extinção do crédito constituído, é de considerar que o ICMS tem, por característica, apuração em períodos mensais concentrando todas as ocorrências do mês no último dia de cada período, data em que, por deferência do ente tributante, estipula-se como a da ocorrência do fato gerador diário, para aplicação da norma de incidência.

Nesse sentido, tenho por extinto os valores das ocorrências até dezembro 2017.

Por não haver previsão legal para tanto, tenho por prejudicado o pedido de redução da multa aplicada.

Pelo exposto, tenho a Notificação Fiscal como parcialmente subsistente em **R\$ R\$ 134,35, relativa à ocorrência de 31/12/2018.**

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da presente Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Notificação Fiscal nº **269138.0028/20-7**, lavrada contra **AUTO POSTO VELA BRANCA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ R\$ 134,35**, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, inc. III, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 24 de agosto de 2022.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATOS RAMOS – JULGADOR

