

A.I. Nº - 269138.0198/20-0  
**AUTUADO - POSTO VIA BAHIA LTDA.**  
**AUTUANTE - JEFFERSON MARTINS CARVALHO**  
**ORIGEM - SAT/COPEC**  
**PUBLICAÇÃO INTERNET – 18/10/2022**

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0182-01/22-VD**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ENTRADAS NÃO REGISTRADAS. VERIFICAÇÃO DE GANHOS VOLUMÉTRICOS REGISTRADOS NO LMC/REGISTRO 1300 DA EFD ACIMA DOS ÍNDICES ADMITIDOS PELA ANP. Autuado baseou sua defesa em tentar afastar a exigência do ICMS devido na condição de responsável por solidariedade, objeto do Auto de Infração nº 2691380199/20-6, julgado procedente pela 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal. Retificado o percentual da multa incidente. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O auto de infração em lide, lavrado em 16/11/2020, formaliza a exigência de ICMS no valor de R\$ 31.176,31 em decorrência da falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor do PMPF, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante verificação de variação volumétrica em índice acima do admitido pela ANP, registrada no LMC/Registro 1300 da EFD (04.07.02), ocorrido em 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. 14 a 23 (frente e verso). Afirmou que tomou ciência do auto de infração no dia 22/02/2021 e que enviou a defesa no dia 22/04/2021 para o e-mail da SEFAZ, sendo tempestiva a impugnação. Alegou que a fiscalização foi aplicada de forma incorreta, pois baseou somente nas saídas, ignorando as entradas. Ressaltou que o autuante utilizou a soma das análises de omissões de entrada, utilizando-se do demonstrativo da proporção de mercadorias tributadas nas saídas. Alegou que esse método só deveria ser aplicado em auditorias onde não fosse possível identificar a mercadoria na entrada.

Disse que se fosse realizada uma auditoria nas vendas da conta da fornecedora Petrobahia S/A, teria encontrado todas as compras que geraram as entradas de combustíveis com os impostos pagos. Acrescentou que o lançamento tributário foi efetuado apenas com base nos registros de ganhos, sem analisar o livro de movimentação da empresa. Afirmou que todas as compras foram feitas com nota fiscal e que tal fato poderia ser verificado junto a seu fornecedor.

Ressaltou que ao autuante cabe provar o ingresso de mercadoria sem nota, mas não o fez. Reiterou que o erro na fiscalização foi se basear somente nas saídas, não dando importância às entradas. Requeru a nulidade do auto de infração, pois não ficou provado a compra de combustível sem nota.

Elogiou a forma on-line de apresentação da defesa, destacando que o CONSEF está cada dia mais eficiente, com julgamentos rápidos e justos. Afirmou que nunca foi autuado ou causou prejuízos aos cofres públicos.

O autuante apresentou informação fiscal das fls. 44 a 51 (frente e verso). Destacou que o presente auto de infração trata da exigência de ICMS pela falta de recolhimento do imposto por

antecipação tributária de responsabilidade do autuado, apurado em função do PMPF, deduzida a parcela do tributo cobrada por solidariedade, apurado mediante verificação da variação volumétrica em índice acima do admitido pela ANP, registrada no LMC/Registro 1300 da EFD, conforme determina o parágrafo único do art. 10 da Portaria nº 445/98.

Explicou que o parágrafo único do art. 10 da Portaria nº 445/98 trouxe novo procedimento a ser realizado pela fiscalização nos levantamentos de estoque dos postos revendedores que podem ser feitos diariamente.

Acrescentou que no caso de postos revendedores de combustíveis os estoques devem ser inventariados duas vezes por dia. Uma antes de qualquer venda e outra após encerradas as vendas, registradas no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) e na EFD. Esclareceu que também existe no LMC e na EFD um campo para registro consolidado de diferenças diárias no estoque de combustível decorrentes de variação volumétrica.

Disse que existe no LMC um campo específico para o registro de pequenas diferenças que podem ocorrer entre o estoque escritural e o estoque de fechamento do dia. Acrescentou que quando essas diferenças foram superiores ao limite de 0,6% os valores disponíveis para comercialização no dia, o posto revendedor deve apresentar os motivos. Explicou que as perdas e ganhos são registrados por tanque no registro 1310 e depois consolidados no Registro 1300.

Disse que a Administração Tributária estabeleceu como limite para variação volumétrica o percentual de 1,8387%, concluindo que o ganho que excede esse percentual não decorre das entradas registradas. Ressaltou que a própria escrituração do autuado é a prova da infração, pois quando o valor indicado como ganho excede aos limites de variação volumétrica a conclusão é que se trata de uma entrada não documentada de combustível.

Reiterou que o novo procedimento de fiscalização inserido na Portaria nº 445/98, art. 10, parágrafo único, estabeleceu novo critério de apuração que permite sua aplicação a fatos geradores anteriores à data de sua publicação, nos termos do § 1º do art. 144 do CTN.

Citou decisão recente do STJ no Recurso Especial nº 1.833.748 – SE favorável à cobrança de ICMS sobre os ganhos anotados pelo contribuinte acima do limite estabelecido pela ANP.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal mandou o processo em diligência ao autuante para que anexasse aos autos os arquivos eletrônicos referentes aos registros fiscais que deram suporte à autuação.

O autuado foi cientificado da diligência, acompanhado de todos os demonstrativos requeridos e com prazo de 60 dias para manifestação (fl. 53), mas ficou silente.

Em decorrência do autuante apresentar na sessão de julgamento informação de que a data de ciência do presente auto de infração ocorreu em 07/12/2020, conforme documento à fl. 59, e não 22/02/2021 como alegado pelo autuado em sua defesa, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou pela conversão do feito em diligência à SAT/COPEC, a fim de que o AUTUADO se manifestasse acerca da data de ciência do presente auto de infração. O autuado recebeu a intimação, mas não se manifestou.

## VOTO

Inicialmente, 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.

A lide consiste na antecipação tributária sobre combustíveis decorrente da exigência fiscal por solidariedade em omissão de entrada de mercadoria do Auto de Infração nº 2691380199/20-6, apurado mediante verificação da variação volumétrica ter ocorrido em índice acima do admitido pela ANP, conforme registrado no LMC/Registro 1300 da EFD.

De início, cumpre destacar que ficou comprovado nos autos que a defesa apresentada foi intempestiva, pois a ciência do auto de infração ocorreu dia 23/11/2020, mas a defesa foi apresentada apenas no dia 28/04/2021. Entretanto, como a apresentação do lançamento tributário

ao autuado foi realizada de forma incompleta, razão pela qual foi requerida nova intimação do autuado, com reabertura do prazo de defesa, para que fosse anexado aos autos e entregue ao autuado os arquivos eletrônicos referentes aos registros fiscais que deram suporte à autuação, entendo que, em busca da verdade material, a defesa inicialmente apresentada deve ser considerada e o julgamento prosseguir.

No Auto de Infração nº 2691380199/20-6, o autuante calculou o custo médio de cada produto no último mês de aquisição de cada ano para apuração da base de cálculo do imposto devido por solidariedade, aproveitando estes cálculos para compensação do imposto devido por antecipação tributária, objeto deste auto de infração. O débito do imposto foi calculado obedecendo ao disposto na redação do art. 23, § 6º, da Lei nº 7.014/96 que não admite que a base de cálculo do imposto a ser pago a título de antecipação seja inferior à média de preços usualmente praticados no mercado, sendo no presente caso o PMPF.

Considerando que o autuado não apresentou qualquer argumentação em relação ao mérito da infração, não cabe neste auto de infração o retorno à discussão da lide que foi objeto do auto de infração nº 269138.0199/20-6 e considerando que essa Junta de Julgamento Fiscal julgou por unanimidade a procedência daquele auto, confirmo a subsistência da infração. Por outro lado, em relação à multa aplicada, retifico o percentual de 100% para 60%, considerando que a que deve ser aplicada para a presente infração é a da alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do presente Auto de Infração, em decorrência da redução da multa aplicada.

#### **RESOLUÇÃO**

**ACORDAM** os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269138.0198/20-0**, lavrado contra **POSTO VIA BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de imposto no valor de **R\$ 31.176,31**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais previstos na Lei nº 3.956/81.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de setembro de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR