

PROCESSO - A. I. Nº 269138.0153/20-6
RECORRENTE - LEÃO COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0064-01/22-VD
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET 19/09//2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0254-11/23-VD**

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO FISCAL. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS (COMBUSTÍVEIS) ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. O autuado adquiriu mercadorias sem documentos fiscais, sendo, portanto, devido o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Infração subsistente. Rejeitada a nulidade arguida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão recorrida que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/07/2020, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$ 84.420,31, em decorrência do cometimento de 03(três) infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo matéria do recurso apenas a Infração 01, como segue:

***Infração 01 - 04.07.02** - Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor PMPF, deduzida a 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, ocorrido em 31/12/2017, 31/12/2018 e 31/12/2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 80.845,86, acrescido da multa de 100%;*

Após as intervenções, a JF proferiu o seguinte voto condutor:

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame, sobre o cometimento de três infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo a infração 01 referente ao descumprimento de obrigação principal e as infrações 02 e 03, atinentes ao descumprimento de obrigações acessórias.

Inicialmente, cabe observar que a infração 01 diz respeito à falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor PMPF, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante verificação de variação volumétrica em índice acima do admitido pela ANP, registrada no LMC/Registro 1300 da EFD.

Invariavelmente, no caso de imputação dessa natureza, exige-se no mesmo Auto de Infração o ICMS devido por responsabilidade solidária e o ICMS devido por antecipação tributária, por se tratar de mercadorias (combustíveis) sujeitas ao regime de substituição tributária e as infrações estarem vinculadas, o que não ocorreu no presente caso.

Na realidade, houve a lavratura de outro Auto de Infração para exigência do ICMS devido por responsabilidade solidária, o qual teve a sua revelia declarada, conforme consta no sistema da Sefaz/BA.

Por certo que se a infração 01 - de que cuida o presente Auto de Infração - tivesse sido lavrada no Auto de Infração cuja revelia fora declarada, também estaria alcançada pela referida revelia, e desse modo, o PAF seguiria os trâmites previstos nos artigos 111 e 113 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF),

aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, ou seja, o crédito tributário restaria definitivamente constituído, ressalvado o controle da legalidade, e encaminhado o processo para ser inscrito na Dívida Ativa.

Como isso não ocorreu, ou seja, foram lavrados Autos de Infração distintos, cabe analisar as razões do autuado no tocante a infração 01, de que trata o lançamento de ofício em exame, conforme passo a fazer.

A alegação do autuado na peça inicial acostada aos autos, é de que identificou erros localizados na apuração que ocasionou a lavratura do presente Auto de Infração e que estes erros decorreram de uma falha humana, onde os lançamentos de saldos de estoques efetuados no sistema foram informados incorretamente, ocasionando perdas e ganhos que não ocorreram.

A 1ª JF, considerando o mesmo procedimento adotado pela Segunda Instância de Julgamento deste CONSEF, no intuito de sanar supostos vícios no lançamento de ofício dessa natureza, converteu o feito em diligência para que o autuante acostasse aos autos todos os registros fiscais, cujas informações tivessem sido extraídas para fins de elaboração dos demonstrativos acostados aos autos, assim como a juntada de cópia do arquivo magnético enviado pelo Contribuinte e utilizado pelo autuante no trabalho fiscal. A diligência foi cumprida pelo autuante.

O autuado, ao tomar ciência do resultado da diligência se manifestou arguindo a nulidade da autuação por erro na metodologia adotada pelo autuante, pois nos demonstrativos que integram o Auto de Infração, o autuante apurou as supostas omissões diárias, contudo efetuou o lançamento de maneira agrupada como se os fatos geradores tivessem ocorrido em 31/12.

Arguiu ainda a irretroatividade do parágrafo único do art. 10 da Portaria n. 445/98, alegando que se trata de norma de cunho material e sua aplicação necessariamente se dá a partir de 25/10/2019, não sendo aplicável aos fatos supostamente ocorridos entre janeiro de 2017 e outubro de 2019.

Passo a examinar.

No tocante às alegações defensivas acima referidas, atinentes à metodologia utilizada e a irretroatividade da norma, cumpre observar, que por provocação da Primeira Instância deste CONSEF, a Procuradoria Geral do Estado/Procuradoria Fiscal (PGE/PROFIS), manifestou o entendimento de que, tendo sido o lançamento realizado com base nas informações colhidas do LMC do contribuinte, informações estas devidamente espelhadas no Registro 1300 do EFD, não há nenhuma inovação nas normas que alteraram a Portaria 445/98, mas tão somente uma adequação do procedimento de verificação das informações prestadas diariamente pelo contribuinte, portanto, tratando-se de norma meramente procedimental, impondo-se a retroação.

Por certo que coaduno com o entendimento manifestado pela PGE/PROFIS em relação aos tópicos acima aduzidos, pois aplicáveis na sua integralidade ao presente Auto de Infração.

Observe que no levantamento levado a efeito pelo autuante, as planilhas elaboradas foram fundamentadas em dados e informações prestadas pelo próprio Contribuinte em seus registros e escrituração fiscal digital.

Verifico nas planilhas e demonstrativos elaborados pelo autuante, a data de ocorrência, a base de cálculo, a alíquota aplicada, o valor do ICMS devido, tanto por solidariedade, como por antecipação, assim como os produtos arrolados no levantamento fiscal e a metodologia de cálculo utilizada, descabendo falar-se em nulidade em face à metodologia e levantamento por operações diárias, haja vista que o procedimento adotado pelo posto se dá de forma diária.

Relevante registrar, que no intuito de preservar o direito à ampla defesa e ao contraditório do Contribuinte, assim como na busca da verdade material, foi que esta Junta de Julgamento Fiscal - seguindo o correto entendimento adotado pela Segunda Instância deste CONSEF - converteu o feito em diligência à SAT/COPEC.

Constato que o lançamento de ofício em lide descreve com clareza as condutas infracionais imputadas ao autuado, identifica com precisão o sujeito passivo, as bases de cálculos, a alíquota aplicada, o montante do débito, inexistindo cerceamento ao direito à ampla defesa e ao contraditório do Contribuinte, portanto, estando revestido das formalidades legais, incorrendo qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, que o inquine de nulidade.

No mérito, relativamente à infração 01, vale observar que no caso de postos ou revendedores varejistas de combustíveis automotivos, a verificação de omissão de entradas de mercadorias pode ser aferida nos termos do parágrafo único do artigo 10 da Portaria nº 445/98, com base nas informações registradas pelo contribuinte no LMC ou Registro 1300 da EFD, sem necessidade de observação dos estoques do início e fim de cada ano, pois nas informações do LMC podem ficar caracterizadas entradas de mercadorias sem nota fiscal, se os ganhos volumétricos diários excederem o percentual máximo admitido pela legislação.

A Portaria nº 159, de 24 de outubro de 2019 (publicada no Diário Oficial de 25/10/2019), alterou a Portaria nº 445, de 10 de agosto de 1998, que dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias, tendo sido acrescentado o Parágrafo Único ao art. 10 da mencionada Portaria que dispõe:

[...]

Art. 10

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).

Vale consignar, que o critério de apuração de omissão de entrada estabelecido no parágrafo único do art. 10 da Portaria nº 445/98, permite observações que não são possíveis quando se utiliza o levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, com base nas informações constantes nos estoques inicial e final do ano e nas entradas e saídas de mercadorias registradas em documentos fiscais. Nestes processos, entradas e saídas sem registros em documentos fiscais podem ser compensados ao longo do ano, sem que seja percebido no resultado da auditoria.

Já no critério de apuração de omissão de entrada, estabelecido no parágrafo único do art. 10 da Portaria nº 445/98, as ocorrências de entradas e saídas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais ficam evidentes. As quantidades injustificadas de entradas e saídas de combustíveis podem ocorrer por diversas razões, inclusive podem indicar a realização de operações entre postos ou revendedores varejistas de combustíveis automotivos, que é proibida pela Agência Nacional de Petróleo (ANP), e por isso mesmo podem ocorrer sem emissão de documentos fiscais.

No presente caso, verifica-se que a omissão de entrada de mercadoria foi constatada por meio dos registros fiscais do autuado. Por certo que a exigência fiscal não poderia existir, se na ação fiscal também fosse detectada a omissão de entrada ou saída de mercadorias com base em levantamento fiscal dos documentos emitidos e recebidos pelo autuado e nos quantitativos de estoque inicial e final. Nesses casos, as informações do LMC/Registro 1300 da EFD apenas serviriam para confirmar as omissões detectadas, e nunca como fonte para nova exigência fiscal cumulativa.

Evidentemente que em razão da ação fiscal não encontrar qualquer omissão de saída ou entrada a partir do levantamento quantitativo, baseado nos documentos fiscais emitidos e recebidos e nos registros dos estoques inicial e final, e por se tratar de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, a omissão de entrada evidenciada unicamente nos registros feitos no LMC/Registro 1300 da EFD, permite a conclusão de que as mercadorias também saíram do estabelecimento sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem tributação.

De acordo com os demonstrativos elaborados pelo autuante, foram constatados ganhos registrados pelo autuado no LMC/Registro 1300 da EFD, a título de variação volumétrica, em percentual bem superior ao admitido pela ANP, conforme indicado no parágrafo único do art. 10 da Portaria nº 445/98. De acordo com a referida Portaria nº 445/98, elaborada com base nos índices de variação volumétrica admitidos pela Agência Nacional de Petróleo (ANP), é admissível como limite máximo de ganho sobre o volume disponível em um tanque o percentual de 1,8387%. Os ganhos considerados inadmissíveis foram observados no período objeto da autuação.

A argumentação defensiva de erro no sistema ou qualquer outro possível equívoco cometido na escrituração do LMC/Registro 1300 da EFD não ficou comprovada nos autos.

Certamente que a prova de existência de erros cabe ao Contribuinte, o que não foi feito no presente caso.

É certo que a Escrituração Fiscal Digital – EFD, se constitui em 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, e substitui livros fiscais.

Obviamente, se o levantamento fiscal é efetuado com base em dados fornecidos pelo contribuinte autuado por meio dos arquivos eletrônicos relativos à EFD, a correção de tais arquivos é de responsabilidade do contribuinte, e tais registros devem refletir os elementos constantes nos documentos fiscais relativos às entradas e saídas de mercadorias. Portanto, no caso de inconsistências, cabe ao contribuinte informar e corrigir os erros antes da ação fiscal.

Vale ressaltar, que nas operações de saídas dos produtos das distribuidoras, seja para venda ou transferência de combustível, é utilizado litro como unidade de medida, na temperatura ambiente, e além da variação volumétrica em função da temperatura, podem ocorrer perdas por manuseio e evaporação, por isso, foi indicado o percentual admissível de perda de até 0,6%, percentual respeitado pelo autuante no levantamento fiscal.

A variação volumétrica em decorrência da variação de temperatura, tanto pode ser positiva como negativa. No

caso de perda por evaporação não registrada, provocaria omissão de saída de combustível, por isso não se poderia exigir o ICMS, por se tratar de mercadoria com fase de tributação encerrada.

Em relação à variação positiva registrada e não comprovada, entende-se que houve entrada física de produtos em volume superior ao percentual estabelecido na legislação, ocorrendo um incremento no estoque sem a documentação fiscal. A entrada do volume acrescido sem a necessária comprovação, consubstancia um fato gerador do ICMS, e não tendo a comprovação da origem da mercadoria, o estabelecimento detentor deste combustível é responsável pelo pagamento do ICMS por solidariedade e por antecipação, em face à aquisição de combustível sem documento fiscal.

Conforme consignado, houve a lavratura de dois Autos de Infração, sendo um atinente ao ICMS devido por solidariedade que foi objeto de revelia e o presente Auto de Infração referente ao ICMS devido por antecipação.

Saliento, que em relação aos procedimentos realizados pela fiscalização, quando se constatarem saídas de combustíveis sem documentação fiscal, e os contribuintes registram essas saídas como “perdas”, tal registro tem sido aceito pela fiscalização, não exigindo o pagamento do imposto até o limite estabelecido pelo DNP. Ou seja, o percentual de “perdas” ou de “ganhos” até o referido limite, é considerado como de variação de volume normal, decorrente do volume em relação à temperatura. No presente caso, o autuante apurou, com base na escrituração realizada pelo próprio autuado, quantidades de “ganhos” acima do limite estabelecido, e exigiu o imposto sobre esses “ganhos”, considerados excedentes.

Devo registrar, que coaduno plenamente com o entendimento manifestado pelo autuante na Informação Fiscal, quando contesta as alegações defensivas atinentes aos erros apontados pelo autuado, especialmente no que tange à falta de elementos hábeis de prova capazes de elidir a atuação.

Diante do exposto, concluo que no caso em exame, nos moldes como foi apurada e descrita a infração 01, a acusação fiscal está correta, relativamente à exigência do imposto por antecipação tributária, restando caracterizado que o lançamento foi efetuado de acordo com as normas que regem a matéria.

Entretanto, cabe um reparo a ser feito, haja vista que a multa correta é de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº. 7.014/96, sendo que no Auto de Infração foi indicada a multa de 100%, prevista no art. 42, III, “d” do mesmo diploma legal.

Assim sendo, retifico de ofício a multa de 100%, para 60%, indicada na infração 01.

No tocante às infrações 02 e 03, constato que o autuado não apresentou qualquer contestação quanto à exigência fiscal, sendo, desse modo, ambas procedentes.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão recorrida, o representante do contribuinte apresenta Recurso Voluntário às fls. 153/161, onde inicialmente, reproduz a infração, o enquadramento legal e afirma ser completa ilegalidade do procedimento adotado, conseqüentemente, a improcedência do lançamento.

Fez uma síntese da decisão de primeiro grau: “(i) o parágrafo único, do art. 10 da Portaria nº 445/98 trata-se de norma meramente procedimental, cuja aplicação deve retroagir; (ii) não há nulidade face à metodologia e levantamento por operações diárias”, e sustenta que merece reforma nos argumentos a seguir.

ERRO QUANTO AO ELEMENTO TEMPORAL DO FATO GERADOR – alega nulidade substancial do julgamento de primeira instância, pois afirma que nunca se insurgiu contra o levantamento diário das supostas omissões e, sim, contra o lançamento anual, como se o fato gerador do ICMS ocorresse em 31/12 do respectivo ano. Eis o busílis. Salienta que o emprego de tal metodologia somente é permitido nas condições previstas no art. 39, § 2º do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/1999.

Ressalta que a própria fiscalização apresenta todos os elementos que lhe permitiriam lançar corretamente o crédito tributário, preferindo não o fazer e, explica que o regime jurídico das imposições tributárias é um regime de estrita legalidade, por ser regra-matriz tributária, deve incidir sobre determinado universo de destinatários, sendo os critérios quantitativo e temporal, critérios de estruturação da dita norma. Discorre sobre o universo subjetivo de incidência e os elementos do fato gerador.

Reafirma que a simples inobservância do aspecto temporal do fato gerador (lançamento em 31/12, quando o correto seria mensalmente), é suficiente para aniquilar a exigência fiscal. Junta

jurisprudência de tribunais pátrios, além de decisões deste Conselho de Fazenda (A-0118-06/21-VD) que afirma ser nulo “*A metodologia de agrupar ou somar todos os cálculos de um determinado exercício social no seu último dia somente é permitida nas condições estatuídas no art. 39, § 2º do RPAF/99, sob pena de restar prejudicado o Erário no computo dos acréscimos legais. Não se pode efetuar diligência para correção, pois isso significaria reforma para pior nos acréscimos legais, o que é vedado no ordenamento jurídico brasileiro*”.

Frisa pela grave deficiência em questão (erro na identificação do aspecto temporal do fato gerador), é que se requer seja reconhecida a nulidade - por vício material - do lançamento tributário.

IRRETROATIVIDADE DE NORMAS DE NATUREZA MATERIAL – informa que a autuação apresenta como enquadramento legal o art. 10, parágrafo único da Portaria SEFAZ nº 445/98, percebendo que foi acrescentado pela Portaria SEFAZ nº 445/2019, publicada no Diário Oficial do Estado de 25/10/2019, o que evidencia se tratar de norma de cunho material, de aplicação necessariamente proativa, ou seja, a partir de 25/10/2019. Afirma que não se trata, como quer fazer crer o julgamento de Primeira Instância, de uma norma meramente procedimental, de uma ampliação dos poderes investigativos, que poderia retroagir.

Assinala que, em verdade, de uma nova infração, criada a partir de outubro/2019, e que, assim, não pode retroagir para alcançar fatos ocorridos anteriormente, isso inclusive em nome do Princípio da Segurança Jurídica, completamente olvidado na autuação fiscal. Portanto, a infração em comento não se aplica aos fatos supostamente ocorridos entre Janeiro/2017 e 24/10/2019. Assim, diz restar evidenciado um nítido desprezo aos requisitos essenciais da exigência tributária (irregular aplicação retroativa de norma de direito material), que culminou com a lavratura do indevido, exagerado, ilegal e absurdo Auto de Infração ora impugnado.

Requer que reconheça - até mesmo de ofício, por se tratar de matéria de ordem pública - a absoluta improcedência do lançamento de ofício relativo à indevida exigência de crédito fiscal do ICMS, diante da impossibilidade de retroação da norma de direito material (art. 10, parágrafo único da Portaria nº 445/98, introduzido pela Portaria nº 159/2019), inclusive por imperativo de coerência e de isonomia frente ao precedente ora colacionado.

Roga com expressa e deliberada violação dos Princípios que devem nortear o agir da Administração Pública, em especial o da Legalidade, o da Razoabilidade e o da Proporcionalidade.

Finaliza requerendo que seja:

- a) reconhecida a nulidade material do procedimento fiscal por conta das insuperáveis ilegalidades nele praticadas e explicitadas no corpo do presente Recurso Voluntário, dentre as quais a inobservância da correta sistemática de apuração dos tributos e a retroatividade de norma de direito material, o que é vedado pelo ordenamento jurídico;
- b) determinada a improcedência absoluta das acusações de “Falta de Recolhimento de Imposto”, por conta da completa inexistência de suporte fático conforme acima explicitado;
- c) reconhecida a absoluta improcedência dos auto de infração, diante da total imprecisão dos levantamentos efetuados, suficiente para contaminar os lançamentos com uma iliquidez incompatível com a certeza e segurança jurídica de que deve se revestir;
- d) reconhecida a improcedência do lançamento em face da inobservância do elemento temporal dos fictícios fatos geradores.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração, entretanto, a recorrente apenas se insurge contra a infração 01, lavrado para exigir imposto e multa em decorrência da constatação da “*Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do*

valor PMPF, deduzida a 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, ocorrido em 31/12/2017, 31/12/2018 e 31/12/2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 80.845,86, acrescido da multa de 100%;

Registre-se que em julgamento de 1ª Instância a multa aplicada foi reduzida para 60%, como prevê o art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Em sua peça recursal, a recorrente pediu pela nulidade material e improcedência do Auto de Infração sob a alegação de que a autuação contém ilegalidades pois não observou a correta sistemática de apuração dos tributos face a inobservância do elemento temporal dos fictícios fatos geradores, e que isso tornaria o levantamento efetuado totalmente impreciso. Afirmou também ser inadmissível retroatividade de norma de direito material, o que seria vedado pelo ordenamento jurídico.

No que tange a alegação de inobservância da sistemática de apuração dos tributos, destaco que o Art. 39, § 2º do RPAF/99, admite a possibilidade de efetuar o lançamento anual quando não for possível a discriminação mensal, conforme a apuração mensal do ICMS. No caso em tela, era possível a apuração mensal, ou até diária, como efetivamente foi efetuado.

Entretanto, não faz nenhum sentido a decretação da nulidade, tendo em vista que a decisão do autuante de aplicar a apuração anual no registro da infração, implicou em prejuízo apenas ao Erário estadual no cômputo dos acréscimos legais, sendo assim mais benéfico ao contribuinte.

Em relação ao argumento da impossibilidade de retroatividade da norma de direito material, o que seria vedado pelo ordenamento jurídico, não merecem guarida, pois a Portaria nº 159, de 24 de outubro de 2019 (publicada no Diário Oficial de 25/10/2019), que alterou a Portaria nº 445, de 10 de agosto de 1998, dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias, tendo sido acrescentado o Parágrafo Único, ao art. 10 da mencionada Portaria, que diz:

Art. 10

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).

A modificação da Portaria nº 445/98, pela Portaria nº 159/19, na realidade, apenas a aperfeiçoou com novas orientações procedimentais para a fiscalização, descrevendo como os prepostos fiscais devem utilizar as informações dos ganhos registrados na EFD. Isto é, estabeleceu-se apenas novos critérios de apuração ou processos de fiscalização.

Dessa forma, apesar de a Portaria nº 159/19 ter sido publicada em 25/10/2019, a sua orientação corrobora o acerto da autuação fiscal, tendo em vista as disposições constantes no § 1º, do art. 144 do Código Tributário Nacional, não havendo dessa forma em falar em descabimento da retroatividade na presente situação.

Descabe, portanto, o entendimento do autuado de que admitir a aplicação do Parágrafo único, do art. 10 da Portaria nº 159, seria uma nova e ilegal norma, vedado pelo ordenamento jurídico. Ademais, não se inclui na competência deste órgão julgador, a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, nos termos do art. 167, III, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Portanto, verifico que foram respeitados todos os direitos do Autuado, não se registrando cerceamento de defesa, nem falta de elementos suficientes para se determinar com segurança a

infração, e afastou as alegadas motivações para a nulidade da autuação.

Considerando que a recorrente não adentrou ao mérito da infração, voto pelo **NÃO PROVIMENTO** do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269138.0153/20-6, lavrado contra **LEÃO COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 80.845,86**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$ 3.574,46**, previstas no IX do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 3.956/81.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de agosto de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALDIRENE PINTO LIMA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS