

PROCESSO	- A. I. N° 269138.0154/19-9
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA	- GRL ORGANIZAÇÃO REVENDEDORA DE COMBUSTÍVEIS LUBRIFICANTES LTDA.
RECURSO	- REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM	- SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 23.04.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0084-11/24-VD**

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. COMBUSTÍVEIS. OMISSÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS. VARIAÇÃO VOLUMÉTRICA ACIMA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Compete à PGE/PROFIS o controle da legalidade dos lançamentos tributários, na forma do art. 113, § 5º, inciso I do RPAF/BA, podendo solicitar diligências para sanar irregularidades. Confirmado pelo autuante, em diligência, a existência de erro evidente, o lançamento deve ser retificado. De ofício, reduzida a multa de 100% para 60%. Representação ACOLHIDA. Auto de Infração *Procedente em Parte*. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS para que sejam que sejam reduzidos os valores lançados para gasolina C aditivada e etanol hidratado comum, relativamente ao exercício de 2020, na forma do demonstrativo de fl. 1.071v e com fundamento no art. 113, § 5º, inciso I do RPAF/BA, reconhecendo-se a Procedência Parcial do Auto de Infração lavrado em 26/12/2019 no valor histórico de R\$ 532.505,74, abordando as seguintes infrações:

Infração 01 – 04.07.01 – *Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor do 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 da variação volumétrica em índice acima do admitido pela ANP, registrada no LMC/Registro 1300 da EFD, nos meses de dezembro de 2015, dezembro de 2016, dezembro de 2017 e dezembro de 2018. Valor do débito: R\$ 532.155,42. Multa de 100%.*

Infração 02 - 16.01.01 – *Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem(ns) ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro, março, abril, junho e julho de 2015 e fevereiro, maio, junho, julho e outubro de 2017. Valor do débito: R\$ 185,71. Multa de 1%.*

Infração 03 – 16.01.06 – *Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de dezembro de 2017, julho e setembro de 2018. Valor do débito R\$ 164,61. Multa de 1%.*

O sujeito passivo, ciente da lavratura em 08/01/2020 por meio do DTE (fl. 15), apresentou impugnação ao lançamento em 25/06/2020 (fl. 17), indicando as sucessivas suspensões de prazo em razão da pandemia, pelos Decretos nº 19.572/2020, 19.672/2020 e 19.701/2020. Entretanto, após a juntada da informação fiscal (fls. 868-873v), sua defesa foi considerada intempestiva (fl. 875).

Cientificado da intempestividade (fls. 878-881), o sujeito passivo apresentou impugnação contra o arquivamento da defesa (fls. 886-894) e pedido de controle da legalidade (fls. 938-952). Os autos foram encaminhados à PGE/PROFIS, que proferiu despacho pela sua devolução para apreciação da impugnação contra o arquivamento (fls. 1004-1007), ato de competência do CONSEF.

A impugnação foi indeferida, considerando que o prazo para impugnação se encerrou em 09/03/2020 e, portanto, antes da decretação do estado de emergência no território baiano em função da pandemia e antes do primeiro Decreto que promoveu a suspensão de prazos processuais a partir de 23 de março de 2020 (fls. 1008/1008v). Em seguida, o sujeito passivo

protocolou novamente o pedido de controle da legalidade (fls. 1012-1024) e os autos foram encaminhados à PGE para exame do pedido de controle da legalidade.

No pedido formulado, o sujeito passivo sustentou inicialmente o vício da sua intimação, porque não teriam sido cumpridos os requisitos previstos na legislação processual, que exigiria a intimação por escrito, conforme inciso III do art. 26 do RPAF/BA, tanto que o documento que motivou o pedido de controle da legalidade foi encaminhado por AR.

Defende que não é possível confundir à revelia do processo judicial com a simples ciência através do sistema eletrônico, de modo que se a SEFAZ quer aplicar o instituto da revelia deve obedecer a norma para chamamento ao processo através de intimação formal, com colheita da assinatura do representante legal do contribuinte.

Afirma ainda que o levantamento realizado pela fiscalização demonstra a falha do sistema, apresentando inconsistências de modo que fica patente que somente pode ser levado adiante com o seu aprimoramento, com a oitiva do posto revendedor para colher a informação do sistema que se utiliza no posto, especialmente por apresentar valores infinitamente maiores que a capacidade do próprio posto e que totalizam vendas em um único dia cujo volume sequer é alcançado por muitas distribuidoras em um mês.

Reclama que não se procurou a verdade real, valendo-se de dados inconsistentes obtidos por cruzamento de informações, obtendo-se “valor de ganho” sem suporte em notas fiscais, mas por repetição de estoques, sem que tenha ocorrido qualquer circulação de mercadoria que ensejasse a cobrança do imposto.

Destaca, exemplificativamente, que no dia 11/07/2018 foi apontada omissão de entrada de 1.295.615,900 litros de gasolina V Power, o que não existiu porque no dia 10/07/2018 o estoque de abertura indicava 1.086,00 litros, foram recebidos 5.000 litros (Nota Fiscal nº 633748) e vendidos neste dia 889,36 litros, resultando num estoque de fechamento de 5.193,00, correspondente ao estoque de abertura do dia 11/07/2018, quando foram vendidos 808,84, importando em fechamento de 4.384,16 litros.

Observa que no dia 12/07/2018 constou um estoque de abertura de 4.933,00 litros pela contabilização de um ganho de 584,84 por erro de medição. Foram vendidos 1.127,40 litros e contabilizado um estoque escritural de 3.805,60 litros, com perda de 560,60 litros que resultaram no estoque de fechamento de 3.245,00 litros, ocorrendo ganho em um dia e perda no outro por falha de leitura, mas sem que tenha existido a omissão de entrada de 1.295.615,900 litros indicada no lançamento.

O mesmo teria ocorrido com o Etanol Hidratado Comum, que a fiscalização apontou omissão de entrada de 1.376.041,400 litros em 11/07/2018. Porém, no dia 10/07/2018 o estoque de abertura foi de 863,00 litros, com recebimento de 5.000 litros (Nota Fiscal nº 633478) e venda do dia correspondente a 1.0484,71 , com estoque de fechamento de 4.829,00 litros, correspondente a abertura do dia 11/07/2018, quando vendeu 959,32 litros, resultando no estoque de fechamento de 3.798,00 litros, equivalente à abertura do dia 12/07/2018, que teve venda de 752,79 litros e fechamento de 3.045,21 litros, repetindo a ocorrência de ganhos em um dia e perdas em outro por falha, mas sem qualquer ganho ou omissão no importe de 1.376.041,400 litros.

Menciona ainda que além das inconsistências comprovada no cotejo com o LMC físico, apontou problemas técnicos que ocorreram com a gasolina V Power e o Etanol Hidratado Comum, entre os dias 10 e 31 de julho de 2018, e que refletiram pela cumulação de dados e repetições indevidas de estoque. Diz que os erros e repercussões ocorreram em todos os dias apontados do levantamento onde consta como se houvesse omissão de entrada.

Pede ao final a anulação do Auto de Infração.

Os autos foram encaminhados à PGE/PROFIS, que emitiu o parecer PROFIS-NCA-RMP nº 23/2022 (fls. 1027-1037v) pertinente aos Autos de Infração nºs 269138.0143/19-7 e 269138.0154/19-9 (sob exame

neste PAF), refutando as questões de ilegalidade e de mérito levantadas pelo sujeito passivo por entender que “[...] a prova de eventuais incorreções nos registros da EFD deve ser robusta, não bastando a alegação de que ocorreram ‘erros de sistema’ ou ‘erros de medição’ sem a apresentação de laudos de intervenção técnica que a respalte, à época da ocorrência dos fatos”.

No entanto, reconhecendo que a situação pertinente ao dia 11/07/2018 reclama uma maior atenção, inclusive considerando a manifestação do autuante em diligência realizada no Auto de Infração nº 269138.0143/19-7, destacou que ordinariamente não se deve cogitar de utilizar o LMC físico como prova contra a EFD já que, como versam sobre os mesmos lançamentos, seus conteúdos devem corresponder, podendo ainda sua discrepância sinalizar uma manipulação da escrituração, mas que diante da excepcionalidade dos valores de ganho apurado seria necessária a investigação de possível equívoco na transposição das informações.

Assim, solicitou que o contribuinte fosse intimado a apresentar cópia do seu LMC físico na parte que registra as movimentações na data apontada. O sujeito passivo apresentou a documentação (fls. 1042-1066) e foi proferido o despacho PROFIS-NCA de fls. 1068-1069 baixando os autos em diligência à COPEC para que o autuante analise a documentação apresentada e, sendo o caso, apresentasse novo demonstrativos de débito, corrigindo o levantamento em relação às medições de gasolina V Power e etanol comum no dia 11/07/2018 a partir das informações do LMC físico da empresa.

O autuante se manifestou novamente (fl. 1071-1072) mencionando que não foi apresentado um único comprovante das medições contidas no LMC nem uma explicação convincente para os supostos equívocos nos registros de estoques na EFD, mas reconhecendo que “[...] é fato que milhões de litros registrados como estoques finais de gasolina aditivada e de etanol comum no dia 11/07/2018 estão para muito além de qualquer valor razoável”. Aponta, então, como ICMS DEVIDO para gasolina C aditivada no exercício de 2018 o montante de 1.838,06 e para o etanol hidratado comum o valor de 2.045,36.

Os autos retornaram para a PGE e foi proferido o parecer PROFIS-NCA-RMP nº 17/2023 (fls. 1075-1076) representando ao CONSEF pela procedência parcial da autuação, para que sejam reduzidos os valores lançados para gasolina C aditivada e para o etanol hidratado comum, relativamente ao exercício de 2018, na forma do demonstrativo de fl. 1071v.

Em seguida, os autos foram distribuídos a este relator para apreciação.

Posteriormente, o processo foi pautado para a sessão de julgamento do dia 16/08/2023 e adiado para a sessão do dia 11/09/2023. Os membros da 1ª CJF aprovaram diligência para o autuante apresentar o demonstrativo pertinente a cada PAF, considerando que nestes autos e no Auto de Infração nº 269138.0143/19-7 foram juntados os mesmos demonstrativos.

O autuante apresentou às fls. 1086/1086v os demonstrativos pertinentes, reduzindo os lançamentos com vencimento em 09/01/2019 de R\$ 206.662,27 e R\$ 285.185,40 para R\$ 2.045,36 e R\$ 1.838,06. Em seguida o sujeito passivo se manifestou afirmando que o resultado da diligência fortalece seus argumentos da impugnação, onde demonstrou a excessividade nos valores exigidos, sustentando a necessidade de acatar as reduções apontadas pelo autuante e remeter o feito à ASTEC ante à necessidade de revisão pela assessoria técnica.

Os autos retornaram para apreciação e o processo foi pautado para a sessão de julgamento do dia 28/03/2024.

VOTO

Inicialmente, rejeito o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo. Além de ser uma faculdade do julgador, conforme art. 147 do RPAF/BA, não há controvérsia quanto à intempestividade da defesa apresentada, estando em julgamento representação da PGE/PROFIS, na forma do art. 113, § 5º, inciso I do RPAF/BA, de modo que a atuação deste Conselho está vinculada ao seu objeto.

Ademais, o Parecer PROFIS-NCA-RMP Nº 23/2022, apreciando pedido de controle da legalidade formulado pelo sujeito passivo, afastou fundamentadamente todos os vícios alegados, à exceção das divergências que justificaram a posterior representação do órgão competente, que se limitou à excepcionalidade de ganhos apurados em relação à gasolina V Power e etanol comum, no dia 11/07/2018, sugerindo um possível equívoco na transposição das informações para o Registro 1300 da EFD.

E, neste ponto, entendo que a representação deve ser acolhida. Como tenho me manifestado em processos sobre o tema, inclusive envolvendo o mesmo sujeito passivo, como nos Acórdãos CJF nºs 0278-11/23-VD e 0366-11/23-VD, os Autos de Infração que apuram omissão por meio do livro de Movimentação de Combustíveis se valem de declarações lançadas no SPED, pelo contribuinte ou seus prepostos, as quais caracterizam hipótese de *presunção legal* dos eventos comunicados, como todo documento particular em relação ao seu signatário (art. 10, § 1º da MP 2200-2/2001 c.c. arts. 219 e 1.177 do Código Civil), sendo admitido expressamente o seu exame, na forma do art. 195 do CTN, já que inaplicável qualquer disposição que limite ou exclua o direito de examinar “[...] mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los”.

Assim, o que se verifica são apontamentos de movimentação de combustíveis informados pelo próprio contribuinte em sua escrita fiscal sem correspondência com aqueles acobertados pelas notas fiscais registradas. Consequentemente, compete à autuada esclarecer os supostos erros que teriam ocorrido em sua escrituração, indicando inclusive suas causas.

Não há dúvidas de que erros acontecem, mas a lógica do lançamento impõe ao contribuinte que os demonstre com clareza, já que não apenas registrou a operação na escrituração fiscal como deixou transcorrer os prazos legais para retificá-la por conta própria, sem qualquer manifestação.

Cabe reforçar não ser qualquer alegação de erro que será capaz de ilidir a autuação. É a demonstração de um motivo plausível, capaz de repercutir na escrituração, que permitirá o reconhecimento de que os registros de entrada e/ou saída foram provocados por um equívoco operacional, administrativo, humano, de sistema, ou de qualquer natureza.

No presente caso, embora o sujeito passivo tenha apresentado a impugnação intempestivamente, há situação excepcional que justificou a apresentação da representação pela PGE, pois, a divergência contida na escrituração atingiu montante significativo, capaz de elidir, por si só, a presunção legal constituída na escrituração fiscal em relação aos registros objeto da medida proposta, como também reconheceu o autuante, ao responder expediente da PGE/PROFIS, conforme relatado no parecer constante dos autos.

Com efeito, em resposta à diligência requerida pela PGE nos autos do PAF pertinente ao Auto de Infração nº 269138.0143/19-7, com o intuito de subsidiar o posterior parecer, o autuante reconhece a existência de valores extraordinários na EFD, que sugeririam a possibilidade de existir erro na escrituração, embora aponte que o sujeito passivo não conseguiu comprovar qualquer vício insanável ou flagrante ilegalidade no lançamento, considerando que no dia 11/07/2018 está registrado um estoque de abertura de 5.193,00 litros de gasolina V Power, com venda de 808,84 no dia, sem novas entradas, e estoque final de 1.300.000, 06 litros, repercutindo em um ganho de 1.295.615,90 litros.

Deste modo, entendo que, no presente caso, há elementos de prova suficientes para acolher a representação fiscal em relação aos registros de V Power e etanol comum, do dia 11/07/2018, de forma excepcional, de modo a reduzir os lançamentos com vencimento em 09/01/2019, de R\$ 206.662,27 e R\$ 285.185,40 para R\$ 2.045,36 e R\$ 1.838,06, respectivamente, conforme o demonstrativo abaixo:

D.OCORRÊNCIA	D.VENCIMENTO	B.CÁLCULO	ALIQ	MULTA	VL HIST. JULGADO
31/12/2015	09/01/2016	2.147,36	28%	100%	601,26
31/12/2015	09/01/2016	691,00	28%	100%	193,48
31/12/2015	09/01/2016	206,29	19%	100%	39,20

31/12/2015	09/01/2016	3.675,35	17%	100%	624,81
31/12/2016	09/01/2017	5.208,47	17%	100%	885,44
31/12/2016	09/01/2017	873,39	20%	100%	174,68
31/12/2016	09/01/2017	3.374,89	28%	100%	944,97
31/12/2016	09/01/2017	4.656,50	28%	100%	1.303,82
31/12/2017	09/01/2018	4.751,25	28%	100%	1.330,35
31/12/2017	09/01/2018	634,36	28%	100%	177,62
31/12/2017	09/01/2018	367,44	20%	100%	73,49
31/12/2017	09/01/2018	400,94	18%	100%	72,17
31/12/2017	09/01/2018	252,44	18%	100%	45,44
31/12/2018	09/01/2019	62.086,94	18%	100%	11.175,65
31/12/2018	09/01/2019	60.510,06	18%	100%	10.891,81
31/12/2018	09/01/2019	10.226,80	20%	100%	2.045,36
31/12/2018	09/01/2019	6.564,50	28%	100%	1.838,06
31/12/2018	09/01/2019	42.059,14	28%	100%	11.776,56
TOTAL					44.194,17

Por este motivo, ACOLHO a representação da PGE/PROFIS, para julgar PARCIALMENTE PROCEDENTE a autuação, com as já apontadas reduções no demonstrativo de débito. Assim, o montante do Auto de Infração é conforme o demonstrativo abaixo:

INF	RESULTADO	VL HISTÓRICO	VL JULGADO	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	532.155,42	44.194,17	100%
02	PROCEDENTE	185,71	185,71	-----
03	PROCEDENTE	164,61	164,61	-----
TOTAL		532.505,74	44.544,49	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, ACOLHER a Representação proposta e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269138.0154/19-9, lavrado contra **GRL ORGANIZAÇÃO REVENDEDORA DE COMBUSTÍVEIS, LUBRIFICANTES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 44.194,17, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 350,32, prevista no inciso IX do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de março de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS