

PROCESSO	- A. I. N° 269138.0122/19-0
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- WF COMERCIAL DE PETRÓLEO LTDA.
RECURSO	- REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 2ª CJF n° 0335-12/22-VD
ORIGEM	- SAT / COPEC

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0286-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OMISSÃO DE ENTRADA DE MERCADORIA SUJEITA AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO. Representação proposta com base no art. 136, § 2º da Lei n° 3.956/81 (COTEB), para análise de Controle de Legalidade. Diligência fiscal ao autuante reconheceu que parte dos valores exigidos relativos à mesma base de dados de lançamentos, foi retificada o que implicou na redução do valor que foi julgado em primeira e segunda instância. Modificada a Decisão recorrida. Representação ACOLHIDA. Auto de Infração *Procedente em Parte*. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, no exercício do controle da legalidade, com vista a redução do valor lançado, nos termos do art. 113, § 5º, I do RPAF/BA, relativo ao Auto de Infração lavrado em 11/12/2019 para exigir ICMS em razão do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 04.07.01: Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido combustíveis de terceiros desacompanhados de documento fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante verificação de variação volumétrica em índice acima do admitido pela ANP, registrada no LMC/Registro 1.300 da EFD (2015 a 2018) - R\$ 345.028,85. Multa de 100%.

Na decisão proferida no Acórdão CJF 0335-12/22-VD (fls. 447 a 460) não foi provido o Recurso Voluntário interposto, mantendo a Decisão pela Procedência do Auto de Infração condito no Acórdão JJF 0070-01/20-VD.

Cientificado da lavratura do Julgamento pelo DTe em 10/02/2023 (fl. 466), foi lavrado Termo de Perempção em 19/04/2023 (fl. 472) e inscrito em Dívida Ativa (fls. 478/480).

O sujeito passivo por meio do advogado Fernando Marques Villa Flor, OAB/BA N° 11.026, requereu por meio de Processo Administrativo PGE n° 2023.160799-0 (fls. 481/539) pedido de Controle de Legalidade, juntando anexos exposição de razões, alegando que foi lavrado concomitantemente com este Auto de Infração o de nº 269138.0121/19-3 que exige ICMS de “responsabilidade própria” que foi julgado no dia 31/10/2022.

Ressalta que em 26/06/2023 o autuante reconheceu a existência de erros na apuração das quantidades omitidas, notadamente de registro de notas fiscais no LMC com reflexos diretos na apuração procedidamente e promoveu exclusões de quantidades nos exercícios de 2017 e parcialmente dos outros exercícios autuados, acatando alegações da defesa de fls. 27 a 29 e que na fl. 30, o autuante manteve importâncias exigidas relativas ao exercício de 2017, que na informação fiscal prestada naquele AI, tinha reconhecido a exclusão dos valores correspondentes.

A Procuradoria Geral do Estado/Procuradoria Fiscal e Dívida Ativa converteu o feito em diligência ao autuante (fls. 545/546).

O autuante Jefferson Martins Carvalho (fls. 549/551), produziu informação fiscal, na qual reconheceu que este Auto de Infração tem a mesma base do Auto de Infração de nº 269138.0121/19-3, em que acolheu algumas alegações defensivas e efetuou correções nos demonstrativos

originais.

Apresentou demonstrativos analíticos relativos aos produtos Gasolina Comum, Gasolina Aditivada, Etanol Hidratado Comum e Óleo Diesel S10 e demonstrativo de débito (fls. 550 e 551).

Cientificado pelo DTe (fl. 554) o contribuinte manifestou se às fls. 557 e 558 alegando que:

- 1) Apesar de reconhecer a impertinência das omissões apuradas no exercício de 2017, foi mantido no demonstrativo valores de R\$ 11.561,01; R\$ 3.464,65 e R\$ 1.210,68 totalizando R\$ 216.997,45;
- 2) Se eliminados os valores indicados de “Ganhos a Eliminar” dos produtos Gasolina Comum, Gasolina Aditivada e Diesel S10 no exercício de 2017, conforme Tabela juntada às fls. 557/558, não há diferença devida no exercício de 2017, e o montante remanescente seria de R\$ 200.757,11 conforme planilhas de fls. 559/561.

A PGE/PROFIS encaminhou o processo para o autuante prestar nova informação fiscal(fls. 556/557).

O autuante na informação fiscal de fl. 572 reconheceu que como apontado pelo contribuinte às fls. 557/558 *“não foram retirados do demonstrativo de débito os valores com ocorrência em 31/12/2017”*, apresentando novo demonstrativo.

Cientificado da nova informação fiscal o sujeito passivo manifestou se pela manutenção das parcelas devidas indicadas no demonstrativo de fl. 572.

A PGE/PROFIS no Parecer exarado pela Procuradora do Estado Rosana Maciel Passos Salu (fls. 584/585) contextualizou que o autuante reconheceu a redução do valor exigido e encaminhou o processo para o CONSEF, para que seja apreciado pelo CONSEF a representação da PGE, nos termos do art. 113, § 5º, I do RPAF/BA.

Registrada a presença do advogado Dr. Fernando Marques Villa Flor na sessão de videoconferência que exerceu o seu direito regimental de fala.

VOTO

O Auto de Infração, acusa falta de recolhimento do ICMS na condição de responsável solidário, por ter adquirido combustíveis desacompanhados de documentação fiscal - R\$ 345.028,85.

Foi julgado Procedente na Primeira Instância do CONSEF (JJF 0070-01/20-VD) e mantida a decisão no Recurso Voluntário interposto (CJF 0335-12/22-VD).

Pela análise dos elementos constantes do processo constato que:

- 1) Foi lavrado concomitantemente com este Auto de Infração o de nº 269138.0121/19-3 que exige ICMS relativo a “responsabilidade própria”, que foi julgado no dia 31/10/2022, no qual o autuante reconheceu a existência de erros na apuração das quantidades omitidas no exercício 2017 e parcialmente nos outros exercícios;
- 2) Em atendimento a diligência conduzida pela PGE/PROFIS o autuante refez o demonstrativo original de acordo com a base de dados contida no Auto de Infração nº 269138.0121/19-3, lavrado concomitantemente com este.

Apresentou demonstrativos analíticos relativos aos produtos Gasolina Comum, Gasolina Aditivada, Etanol Hidratado Comum e Óleo Diesel S10, apresentando demonstrativo de débito (fls. 550 e 551).

Cientificado pelo DTe (fl. 554) o contribuinte manifestou se às fls. 557 e 558 alegando que:

- 3) Apesar de reconhecer a impertinência das omissões apuradas no exercício de 2017, foi mantido no demonstrativo valores de R\$ 11.561,01; R\$ 3.464,65 e R\$ 1.210,68, reduzindo o débito para R\$ 216.997,45;
- 4) Se considerado os valores indicados de “Ganhos a Eliminar” dos produtos Gasolina Comum, Gasolina Aditivada e Diesel S10 no exercício de 2017, conforme Tabela juntada às fls. 557/558,

não há diferença devida no exercício de 2017, e o montante remanescente seria de R\$ 200.757,11 conforme planilhas de fls. 559/561.

A PGE/PROFIS encaminhou o processo para o autuante prestar nova informação fiscal(fls. 556/557). O autuante na informação fiscal de fl. 572 reconheceu que como apontado pelo contribuinte às fls. 557/558 “*não foram retirados do demonstrativo de débito os valores com ocorrência em 31/12/2017*”, apresentando novo demonstrativo.

De acordo com os elementos carreados ao processo, constato que tendo sido lavrado concomitantemente dois Autos de Infração utilizando a mesma base de dados, restou comprovado por meio de diligência conduzida pela PGE/PROFIS, em sede de controle de legalidade, foram refeitos pela fiscalização correção de arquivos com base nos documentos fiscais juntados ao processo, cujos resultados não foram contestados pelo sujeito passivo.

Pelo exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação da PGE/PROFIS para afastar parte dos valores exigidos neste Auto de Infração que implicou em redução do valor original exigido de R\$ 345.028,85 para R\$ 200.757,11, conforme demonstrativo de fl. 572, abaixo resumido.

Julgamento			
Data Ocorr	Data Vencto	CJF 0335-12/22	Controle legalidade
31/12/2015	09/01/2016	46.794,82	33.261,54
31/12/2015	09/01/2016	49.449,17	45.062,32
31/12/2015	09/01/2016	4.635,26	2.241,79
31/12/2015	09/01/2016	20.027,45	12.987,47
31/12/2015	09/01/2016	15.456,12	0,00
31/12/2016	09/01/2017	86,38	0,00
31/12/2016	09/01/2017	10.005,11	7.862,79
31/12/2016	09/01/2017	963,43	963,44
31/12/2016	09/01/2017	16.159,47	16.159,47
31/12/2016	09/01/2017	69.646,50	69.646,50
31/12/2017	09/01/2018	60.683,92	0,00
31/12/2017	09/01/2018	18.220,92	0,00
31/12/2017	09/01/2018	5.152,82	0,00
31/12/2017	09/01/2018	10.499,92	0,00
31/12/2018	09/01/2019	29,18	29,18
31/12/2018	09/01/2019	2.839,23	2.839,24
31/12/2018	09/01/2019	5.034,59	5.034,59
31/12/2018	09/01/2019	9.344,56	4.668,78
Total		345.028,85	200.757,11

Voto pelo ACOLHIMENTO da Representação da PGE/PROFIS para modificar a decisão do julgamento de PROCEDENTE para PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração.

VOTO DISCORDANTE

Peço a devida venia para discordar do entendimento da Procuradoria, como também, do relator que acolhe com espeque do art. 136, § 2º da Lei nº 3.956/81 (COTEB), para análise de Controle de Legalidade.

A infração imputada foi por falta “*de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido combustíveis de terceiros desacompanhados de documento fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas das 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*”, para os exercícios de 2015 a 2018.

Todos deste colegiado, sabe o meu entendimento quanto às questões que foram procedidas para a devida lavratura da autuação, no qual utilizou a Portaria nº 159/2019, que modificou dispositivo da Portaria nº 445/1998, sendo exarado tal procedimento para exercícios anteriores à mudança do dispositivo, no qual acredito ser um erro, mesmo que esse procedimento favoreça ao

contribuinte, que a meu ver tem mais incertezas e situações escusas que não poderíamos aqui saber.

O patrono do recorrente através de suscitas nulidades feitas, tanto na Primeira Instância, como na Segunda, já vinha destacando essa situação, que o procedimento atual não poderia ser aplicado para apurações anteriores à data de sua publicação, por entender ser prejudicial ao contribuinte e por não ter lei específica para tal situação

A aplicação da inovação feita em relação a apuração do imposto para a disposição das modificações operadas pela Portaria nº 159/2019 para os períodos anteriores à outubro de 2019, mais precisamente, anteriores à 24/10/2019, não pode ser tomada como modificativa de todo contexto que envolve a própria fiscalização, já que o procedimento adotado para se apurar a contabilização do combustível, pois conforme as Portarias nºs 445/98 e 159/19, nas quais foram alteradas, entende-se que esse roteiro proferido, só poderia ser aplicado a partir da data de sua publicação (24/10/2019). Assim, tal fato aponta ser frágil no Auto de Infração (sejam elas questões procedimentais como materiais).

A decisão da 2ª CJF (A-0335-12/22-VD), a relatora destaco muito bem o motivo da improcedência da autuação, que reproduzo aqui:

“(…)

O levantamento quantitativo por espécie de mercadorias constitui uma técnica absolutamente legítima de que se vale a fiscalização na aferição de uma suposta ilação tributária do sujeito passivo. A aplicação da presunção, todavia, requer o cumprimento de todos os preceitos previstos em Lei.

A análise do Roteiro Fiscal, portanto, precede a análise da validade do Lançamento de Ofício.

O presente lançamento, todavia, ultrapassa os dispositivos normativos vigentes à época dos fatos geradores e, conforme dito acima, apesar do roteiro aplicado ensejar conclusões óbvias, não está previsto em nenhuma das hipóteses do art. 4º, § 4º, inciso IV da Lei nº 7.014/96.

O roteiro aplicado pela fiscalização no presente Auto de Infração para aferição de omissões de entrada, não se encontra validado em nenhum normativo legal ou administrativo vigentes aos fatos geradores.

É certo, portanto, afirmar que não há no PAF qualquer elemento que infirme a tese de defesa quando declara não ter ocorrido nenhum ingresso de mercadorias no estabelecimento sem o seu correspondente documento fiscal. Não obstante, mediante aferição presumida, exige-se no presente lançamento de ofício ICMS por suposta omissão de entradas, baseado na apuração de índices de variação volumétrica superiores aos previstos em Lei, ou seja, metodologia até então não validada por ato normativo.

O método regular até a data da lavratura do presente Auto é o levantamento quantitativo por espécie de mercadorias. A inovação procedural trazida pela Portaria nº 159/19, no que se reporta ao parágrafo único do art. 10, poderia até validar o presente roteiro fiscal, caso os fatos geradores do presente lançamento de ofício não fossem anteriores à data da sua vigência.

Não há prova irrefutável que os dados utilizados pelo fiscal autuante são materialmente existentes. Pelo exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.”

Junto ainda o meu entendimento o Acórdão CJF nº 0101-12/22-VD, que expõe para tornar o Auto de Infração Nulo devido ao roteiro aplicado pela fiscalização na apuração dos levantamentos, pois não consta previsão em nenhum ato normativo legal ou administrativo vigentes até o exercício de 2019 (publicação em 24 de outubro). Além do entendimento do relator da própria casa que explicou que esse método regular até a data da lavratura do presente Auto é o “levantamento quantitativo por espécie de mercadorias”. A inovação da fiscalização deve ser considerada ineficaz por não estar amparado por qualquer norma, ainda que infralegais, conforme jurisprudência deste Conselho de Fazenda se reportando em relação a este fato (A-0118-06/21-VD do ilustre relator Paulo Danilo Reis Lopes).

Acrescento ainda entendimentos similares ao que fora descrito, o voto do conselheiro Henrique Silva Oliveira, tendo indo mais além em suas considerações métricas, pois o mesmo ultrapassou a preliminar de nulidade procedural, votando no mérito a improcedência/nulidade da autuação (parte material), conforme o Acórdão CJF nº 0106-12/22-VD, no qual tem o mesmo procedimento para se encontrar o valor apurado na autuação, tornando ineficaz tal procedimento por não ter

norma que regulava em datas anteriores à outubro de 2019.

Observo também de que não se pode admitir que a Portaria nº 159/19, que só entrou em vigor a partir da data da sua publicação, surtir efeitos sobre fatos anteriores a sua publicação. Esta questão foi bem exposta pelo relator fazendário Sr. Paulo Danilo Reis Lopes, no Acórdão já citado, onde afirmou que a referida Portaria publicada em 24/10/2019, que acrescentou o parágrafo único, ao art. 10 da Portaria nº 445/98, possui normas de natureza material, motivo pelo qual, não é lícito postular a retroação dos seus efeitos para data anterior ao início da sua vigência.

Para corroborar com meu entendimento exposto e recorrente nesta CJF, consta outros Acórdãos de mesma similaridade, conforme os nºs: 0125-12/22-VD, 0157-12/22-VD, 0179-12/22-VD, 0180-12/22-VD, 0199-12/22-VD, 0232-12/22-VD, 0101-12/22-VD e 0106-12/22-VD.

Portanto, para minha conclusão, reforço que os valores apurados anteriores à publicação, são improcedentes, pois verifica-se que os exercícios de 2015 a 2018 são apurações retroagem à alteração.

Concluo pelo NÃO ACOLHIMENTO da Representação proposta e, de ofício, julgo IMPROCEDENTE/NULO o Auto de Infração, por se tratar de modificações onde altera a parte material da apuração do imposto, além de o dispositivo da alteração não ter respaldo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, ACOLHER a Representação proposta para julgar PROCEDEnte EM PARTE o Auto de Infração nº 269138.0122/19-0, lavrado contra a WF COMERCIAL DE PETRÓLEO LTDA., devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 200.757,11, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: João Vicente Costa Neto, Gabriel Henrique Lino Mota, Marcelo Mattedi e Silva, Camila Magnavita da Fonseca Camargo e Eduardo Ramos de Santana.

VOTO DISCORDANTE – Conselheiro: Igor Lucas Gouveia Baptista.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de julho de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

IGOR LUCAS GOUVEIA BAPTISTA - VOTO DISCORDANTE

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS