

PROCESSO - A. I. N° 269138.0029/22-0
RECORRENTE - CAMAMU PRODUTOS DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1º JFJ nº 0225-01/22-VD
ORIGEM - SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 10/01/2025

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0464-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. O autuado utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária. Infração 01 subsistente. 2. LEVANTAMENTO FISCAL. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Exigido o imposto do sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal. Infração 02 subsistente; **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS 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. Retificada a multa aplicada de 100% para 60%. Infração 03 parcialmente subsistente. 3. MULTA. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE ENTRADA. **a)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a.1)** MERCADORIAS, BENS OU SERVIÇOS SUJEITOS À TRIBUTAÇÃO; **a.2)** MERCADORIAS, BENS OU SERVIÇOS TOMADOS SEM O DEVIDO REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias ou serviços não escriturados. Infrações 04 e 05 subsistentes; **b)** DIVERGÊNCIAS NA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL – EFD, NO PERÍODO DE APURAÇÃO, QUE NÃO SE CARACTERIZARAM COMO OMISSÃO. Infração 06 subsistente; **c)** FALTA DE MANIFESTAÇÃO REFERENTE A OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO DESCRITA EM DOCUMENTO FISCAL. **c.1)** “CONFIRMAÇÃO DA OPERAÇÃO”; **c.2)** “OPERAÇÃO NÃO REALIZADA”. Infrações 07 e 08 subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a decisão recorrida que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração em lide, lavrado em 04/08/2022, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$ 59.509,51, em decorrência das imputações:

Infração 01 - 001.002.006 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com o pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro, maio e junho de 2021, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 39.464,62, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 - 004.007.001 - Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido combustíveis desacompanhados de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas 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, em 31/01/2018 e 31/12/2021, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 4.390,42, acrescido da multa de 100%;

Infração 03 - 004.007.002 - Falta 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 mercadoria de terceiros desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão de 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, em 31/01/2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 1,60, acrescido da multa de 100%;

Infração 04 - 016.001.001 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s), bem(ns) ou serviço (s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no mês de março de 2017, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 6,44;

Infração 05 - 016.001.006 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de maio de 2018 e agosto de 2019, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 412,76;

Infração 06 - 016.014.005 – Ocorreram de 01 a 30 divergências na escrituração da EFD no período de apuração, que não se caracterizaram como omissão, em outubro de 2017, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 460,00;

Infração 07 - 016.001.001 - Deixou o contribuinte de efetuar a “manifestação do destinatário” - Confirmação da Operação – referente a operação ou prestação descrita em documento fiscal eletrônico, nos prazos previstos pela legislação tributária, nos meses de agosto e novembro de 2017, fevereiro a maio, agosto e dezembro de 2018, janeiro, março, abril e agosto de 2019, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 14.565,68;

Infração 08 - 016.016.002 - Deixou o contribuinte de efetuar a “manifestação do destinatário” - Operação Não Realizada - referente a operação ou prestação descrita em documento fiscal eletrônico, nos prazos previstos pela legislação tributária, no mês de julho de 2021, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 208,00.

O autuado apresentou **Defesa** (fls.26 a 41). O autuante prestou **Informação Fiscal** (fls. 73/74 – frente e verso).

A JJF dirimiu lide conforme abaixo:

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de oito infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo objeto de impugnação as infrações, exceto a infração 03.

Inicialmente, observo que o lançamento de ofício em exame foi realizado em conformidade com a legislação do ICMS, notadamente o art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, inexistindo qualquer vício ou falha que o inquine de nulidade. Presentes os elementos necessários e indispensáveis ao exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório, registre-se, exercido plenamente pelo autuado. O motivo da autuação se encontra claramente delineado no Auto de Infração, assim como a motivação. O devido processo legal foi respeitado de forma plena. Os elementos elaborados pelo autuante foram entregues ao autuado.

No mérito, relativamente à infração 01, constato que assiste razão ao autuante Isto porque na Escrituração Fiscal Digital – EFD do autuado consta os créditos fiscais lançados, objeto da glosa de que cuida este item da autuação, contudo não foram estornados, considerando que não poderiam ser utilizados por se tratar de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, cuja fase de tributação se encontra encerrada, decorrendo daí a vedação de utilização do referido crédito fiscal.

Por certo que a alegação do impugnante de que os estornos foram realizados no livro Registro de Apuração do ICMS - RAICMS, conforme cópia que trouxe aos autos, não podem ser considerados, haja vista que referido livro não produz mais efeito jurídico, pois substituído pela Escrituração Fiscal Digital – EFD, consoante o art.

247, § 1º, do RICMS, Decreto n. 13.780/12.

A alegação defensiva de que nos meses subsequentes efetuou o pagamento do ICMS normalmente, sem a utilização dos créditos fiscais não restou comprovada.

Na realidade, verifica-se no que denominou de “Doc. 04”, acostado às fls. 47/48, que consta no mês de janeiro de 2021 - objeto da glosa - o valor recolhido de R\$ 57,83, como ICMS Regime Normal - Comércio - com código de receita 0759. Já os meses de maio e junho de 2021, não consta qualquer recolhimento.

Diante do exposto, a infração 01 é procedente.

No tocante à infração 02, a exigência fiscal decorre do fato de ter o autuado na condição de responsável solidário, ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal. Ou seja, a mercadoria (combustível) foi adquirida pelo autuado sem documento fiscal surgindo daí sua responsabilidade solidária, consoante estabelece o artigo 6º, inciso IV, da Lei nº. 7.014/96:

Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

[...]

IV - qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea;

Observe que a autuação diz respeito a levantamento fiscal referente a ganhos volumétricos consignados pelo próprio autuado na sua EFD, precisamente nos seus registros 1300, 1310 e 1320. Ocorre que sendo esses ganhos superiores ao limite de 1,8387% dos volumes disponíveis para comercialização, conforme apurado pela Fiscalização, caracterizam entradas de combustíveis desacompanhadas de documentação fiscal.

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).

A alegação defensiva de que o autuante não conferiu o estoque para saber da real aquisição da mercadoria não procede, haja vista que o preposto fiscal utilizou as informações medidas e anotadas a cada dia pela própria empresa e registradas na sua EFD.

Observe que o levantamento levado a efeito pelo autuante foi fundamentado na legislação do ICMS de regência, especialmente no que dispõe o parágrafo único do art. 10 da Port.445/98.

Diante disso, a infração 02 é subsistente.

Quanto à infração 03, que está vinculada à infração 02, por se tratar de exigência de ICMS devido 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 (Infração 02), por ter adquirido mercadoria de terceiros desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão de 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, 31/01/2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 1,60, observe que não foi objeto de impugnação, sendo certo que o silêncio do autuado confirma o acerto da autuação.

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.

Diante disso, retifico de ofício a multa de 100% para 60%, indicada na infração 03.

Assim sendo, a infração 03 é procedente em parte.

No respeitante à infração 04, observe que o impugnante argui a ocorrência da decadência, invocando, neste

sentido, o art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, que dispõe acerca da decadência no caso dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação.

Alega o impugnante que o ICMS é enquadrado na modalidade de lançamento por homologação, sendo que a decadência se opera 05 (cinco) anos a contar do fato gerador e que, no presente caso, o fato gerador da suposta infração ocorreu em 31/05/2017, ou seja, há mais de cinco anos da data do lançamento do crédito tributário, que somente ocorreu em 04/08/2022, com a lavratura do Auto de Infração, razão pela qual resta concretizada a decadência.

No presente caso, não ocorreu a decadência. Trata-se de obrigação tributária acessória não cumprida pelo autuado, no caso a falta de registro na escrita fiscal. Neste caso, a contagem do prazo decadencial se dá nos termos do art. 173, I, do CTN, ou seja, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, haja vista que por se tratar de obrigação acessória inexistente homologação de lançamento a ser feita.

O período de ocorrência consta no Auto de Infração como 31/05/2017, no valor de R\$ 6,44, portanto, contado o prazo decadencial de 05 (cinco) anos nos termos do art. 173, I, do CTN, o lançamento poderia ser realizado até 31/12/2022. A lavratura do Auto de Infração ocorreu em 04/08/2022, sendo que a intimação do autuado, via DT-e, ocorreu em 05/08/2022, sendo a ciência tácita.

Assim sendo, não acolho a decadência arguida em face à sua não ocorrência.

No mérito propriamente dito, restou comprovado que o autuado não procedeu ao registro da Nota Fiscal n. 28076, sendo, desse modo, procedente a infração 04.

No que concerne à infração 05, observo que a alegação defensiva de que não ocorreu o fato gerador do ICMS não se sustenta.

Na realidade, a exigência fiscal de que cuida este item da autuação não diz respeito ao descumprimento de obrigação principal - ocorrência do fato gerador do ICMS -, mas, sim, ao descumprimento de obrigação acessória, pela ausência de registro das notas fiscais a que estava obrigado, independentemente da natureza da operação, se comodato, locação, etc.

Diante disso, a infração 05 é subsistente.

Quanto à infração 06, constato que assiste razão ao autuante quando diz que as divergências referidas na autuação dizem respeito à ausência de escrituração da chave de acesso da NF-e na EFD, inclusive, conforme demonstrado no extrato anexado pelo próprio impugnante, onde não consta a chave de acesso da NF-e.

Assim sendo, a infração 06 é procedente.

No respeitante às infrações 07 e 08 - impugnadas conjuntamente pelo autuado cujas alegações também foram refutadas conjuntamente pelo autuante -, constato que assiste razão ao autuante quando diz que a “ciência da operação” alegada pelo autuado é uma das manifestações do destinatário, contudo não se confunde com os eventos “confirmação da operação” e “não realização da operação”, que não foram observados pelo autuado.

Os §§ 14 e 15 mais seus incisos e alíneas do art. 89 do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12, estabelecem o seguinte:

Art. 89. Do resultado da análise referida no art. 88, a Secretaria da Fazenda cientificará o emitente:

[...]

§ 14. O contribuinte destinatário das mercadorias a seguir indicadas deverá registrar, nos termos do Ajuste SINIEF 07/05, os eventos da NF-e denominados “ciência da operação”, “confirmação da operação”, “operação não realizada” ou “desconhecimento da operação”, conforme o caso:

I - combustíveis, derivados ou não de petróleo, quando destinados a estabelecimentos distribuidores, postos de combustíveis e transportadores revendedores retalhistas;

[...]

§ 15. O registro dos eventos relacionados à NF-e, previstos no § 14 deste artigo, deverão ser efetuados nos seguintes prazos:

I - ciência da operação, antes da remessa pelo remetente;

II - confirmação da operação e operação não realizada, contados da data de autorização de uso da NF-e:

a) nas operações internas, 20 (vinte) dias;

b) nas operações interestaduais, 35 (trinta e cinco) dias;

c) nas operações interestaduais destinadas a área incentivada, 70 (setenta) dias;

III - desconhecimento da operação, contados da data de autorização de uso da NF-e:

- a) nas operações internas, 10 (dez) dias;
- b) nas operações interestaduais, 15 (quinze) dias;
- c) nas operações interestaduais destinadas a área incentivada, 15 (quinze) dias.

Verifica-se da simples leitura do dispositivo normativo acima reproduzido que, além do evento ciência da operação, cabe ao Contribuinte, obrigatoriamente, registrar os eventos confirmação da operação, operação não realizada e desconhecimento da operação, conforme o caso.

Diante disso, as infrações 07 e 08 são subsistentes.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

O advogado do recorrente apresenta peça recursal às fls. 99/114, que discorre sobre a tempestividade da peça, descreve a síntese dos fatos (reproduz a ementa da decisão de piso) e passa para os argumentos jurídicos:

DO ESTORNO DOS CRÉDITOS DE ICMS – INFRAÇÃO 01

Afirma que efetuou o estorno dos créditos referentes às notas fiscais apontadas pelo Auditor. Ainda que o estorno tenha sido realizado no livro Registro de Apuração do ICMS – RAICMS (doc. 03), o fato é que os créditos nunca foram utilizados. Ressalta ainda que o lançamento do estorno não tenha sido realizado da forma adequada, o fato é que os créditos não foram utilizados. E, se não foram, não há infração a ser mantida.

Detalha sobre os lançamentos e explica que na competência **01.2021**, foi lançado, equivocadamente, crédito fiscal (posteriormente estornado) no montante de R\$ 17.239,67. Como consequência, no arquivo SPED ICMS (doc. 04), consta que, se a Recorrente utilizasse esse crédito, não haveria ICMS a pagar, e sim saldo credor a ser transportado para a competência subsequente, conforme a indicação de fl. 102.

Acrescenta que o correto seria entregar o SPED ICMS com a indicação do estorno do crédito mencionado, como feito no RAICMS, de modo que o arquivo ficaria, conforme o quadro de fl. 103. Salienta que, apesar da entrega equivocada do arquivo SPED ICMS, a Recorrente considerou as informações da segunda tabela, isto é, com o estorno do crédito fiscal, de modo que, na competência 01.2021, houve ICMS a pagar no valor de R\$ 55,62. Tanto é verdade que, em 08.03.2021, a Recorrente, espontaneamente, efetuou o recolhimento do DAE ICMS referente a 01.2021 no valor principal de R\$ 55,62, mais acréscimos, totalizando R\$ 57,83, onde mostra que no histórico de DAES da SEFAZ evidencia.

Reporta que, para deixar ainda mais claro que não houve utilização de crédito fiscal em **01.2021**, veja-se o arquivo SPED ICMS referente à competência 02.2021, em que não consta nenhum saldo positivo decorrente da apuração de crédito fiscal da competência anterior. Pelo contrário, houve ICMS a pagar e, caso, em **01.2021** a Recorrente tivesse utilizado crédito fiscal de forma indevida, haveria a transportação de saldo credor para a competência subsequente, e ainda restaria saldo credor de R\$ 31.129,10. No entanto, o crédito fiscal apontado pelo Auditor não foi utilizado, e a prova disso é que sequer foi computado, mais uma vez, e a Recorrente efetuou o recolhimento do ICMS devido, conforme se mostra na tela de fl. 104.

Aponta outras competências: 05.2021 e 06.2021 (apontadas no Auto de Infração) ocorreu o mesmo. Ou seja, apesar de o estorno não ter sido realizado no arquivo SPED ICMS, não houve utilização indevida de crédito fiscal, de modo que, para fins de apuração do imposto a recolher, os supostos créditos foram totalmente desconsiderados pela Recorrente. Sendo que, em 06.2021, ainda que o estorno do crédito fiscal tenha ocorrido apenas no RAICMS, e não no SPED ICMS, não houve nenhum prejuízo ao Fisco, haja vista que, mesmo que fosse lançado o estorno, haveria saldo credor de R\$ 109,55. Destaca-se que, caso a Recorrente tivesse utilizado os créditos fiscais apontados, o saldo credor acumulado de 2021 seria exorbitante. Contudo, o SPED ICMS apresentado em 12.2021 deixa claro que esses créditos fiscais não foram contabilizados, havendo, inclusive, imposto a recolher, o que foi feito pela Recorrente.

Sustenta que resta clara a inocorrência da infração apontada pelo Auditor, motivo pelo qual deve

ser afastada.

DA DIFERENÇA VOLUMÉTRICA – INFRAÇÃO 02

Afirma que não procede a alegação da autuação, **primeiro**, porque não houve conferência de estoque para saber da real aquisição da mercadoria. Não se identifica o parâmetro para a acusação de entrada mercadoria desacompanhada de nota fiscal, **segundo**, porque o critério da verificação de variação volumétrica não é utilizado para esses fins. A depender, cabe tudo ou qualquer coisa dentro da afirmação do Auditor. É a chamada prova diabólica: basta afirmar que houve aquisição de combustíveis e tal se presume verdadeiro e, que o artigo utilizado pelo Auditor, para fundamentar a infração, demanda levantamento quantitativo de estoque, como forma de apurar a omissão de entrada de mercadoria (art. 23-A, inciso II da Lei n. 7.014/96). Ocorre que esse levantamento sequer foi feito, **terceiro**, tem-se que a solidariedade não se presume e não pode ser ampliada por norma infralegal, conforme previsto.

Impugna-se aludida infração dado que a mesma não pode prosperar quando os elementos legais citados não se coadunam com as provas trazidas aos autos.

DA AUSÊNCIA DE ENTRADA DAS MERCADORIAS – INFRAÇÃO 05

Disse que analisando cada uma delas, contata-se que, na verdade, nenhuma infração foi cometida pela Recorrente, eis que se tratam de simples remessas de comodato, locação e mercadoria por conta e ordem de terceiros. Veja-se detalhadamente cada NF-e:

- Nota Fiscal nº 51514 - R\$ 900,00: Refere-se a “REMESSA EM COMODATO”, sem valor a contábil a pagar, sem direito a crédito nem ICMS a pagar;
- Nota Fiscal nº 15934 – R\$ 700,00: Refere-se a “REMESSA PARA LOCAÇÃO”, sem imposto ICMS a pagar ou crédito a utilizar;
- Nota Fiscal nº 18349 – R\$ 100,00: Refere-se a “REMESSA PARA LOCAÇÃO”, sem imposto ICMS a pagar ou crédito a utilizar;
- Nota Fiscal nº 4944 – R\$ 26.384,00: Trata-se de simples “REMESSA DE MERCADORIA POR CONTA E ORDEM DE TERCEIROS”. Essa NF-e não foi lançada devido ao fato de que a operação e as informações fiscais já foram devidamente lançadas pela NF-e que a acoberta, a saber, a NF-e 69897, emitida em 14.08.2019 (docs. 05 e 06);
- Nota Fiscal nº 5239 – R\$ 13.192,00: Trata-se de simples “REMESSA DE MERCADORIA POR CONTA E ORDEM DE TERCEIROS”. Essa NF-e não foi lançada devido ao fato de que a operação e as informações fiscais já foram devidamente lançadas pela NF-e que a acoberta, a saber, a NF-e 70217, emitida em 27.08.2019 (docs. 07 e 08).

Pondera que na verdade, as NF-e foram emitidas apenas para acompanhamento, não havendo a entrada de nenhuma mercadoria em razão delas, não há infração a ser aplicada à Recorrente. Assim, o fato gerador do ICMS, por dicção constitucional, demanda a efetiva circulação, que significa mudança de propriedade com definitividade, o que não ocorreu na espécie.

DA AUSÊNCIA DE DIVERGÊNCIA NA ESCRITURAÇÃO DA EFD – INFRAÇÃO 06

Nesta imputação, afirma que o Autuante não informa quais foram as supostas divergências encontradas na única nota fiscal apontada, a NF-e n. 248603. E, analisando essa NF-e, constata-se que a escrituração ocorreu corretamente, com o preenchimento de todos os campos necessários, inclusive valor da mercadoria do ICMS (doc. 09). Conclui que considerando a correta escrituração da EFD referente à NF-e indicada pelo Auditor, não havendo qualquer divergência, não há que se falar em aplicação da penalidade prevista no Auto de Infração.

DA MANIFESTAÇÃO DO DESTINATÁRIO – INFRAÇÕES 07 E 08

Nestas infrações, pontua que nenhuma das infrações está correta, haja vista que a Recorrente manifestou ciência de todas as operações, isto é, efetuou a devida manifestação como

destinatário. Apresenta exemplos como: NF-e 23230 (doc. 10), NF-e 213811 (doc. 11). Explica que a única NF-e indicada pelo Auditor no anexo da infração, em que se pode constatar a manifestação do destinatário (doc. 12). Ressalta que, na decisão da Junta de Julgamento Fiscal, restou assentado que a infração persiste em razão de a Recorrente ter informado “ciência da operação” no lugar de “confirmação da operação”. Contudo, nesse ponto o Fisco apegar-se meramente a nomenclaturas, o que deve ser mitigado, haja vista que a finalidade foi atingida.

Postula que o direito tributário tem como um dos pilares o princípio da verdade real em detrimento da verdade indicada pelo Auditor quando da realização da fiscalização. Trata-se do princípio que protege a prevalência da substância sobre a forma. Com a aplicação desse princípio, valoriza-se a essência de cada operação, o que de fato ocorreu, ao invés do que está descrito em um documento ou numa obrigação acessória espontaneamente declarada pelo contribuinte. Pondera que a forma legal, embora seja importante, não pode superar a essência dos fatos. E tal se dá com supedâneo no art. 1º, § 2º da Resolução n. 750/93 do Conselho Federal de Contabilidade, que menciona que a essência ou substância econômica das operações, em observância aos princípios da contabilidade, deve prevalecer sobre aspectos formais e legais, a fim de gerar informações fideis aos fatos que lhe deram origem.

Sustenta que resta clara a manifestação da Recorrente nos documentos fiscais apontados pelo Auditor, tendo sido atingida a finalidade da lei, razão pela qual a exclusão da infração é medida que se impõe.

Finaliza requerendo o acolhimento deste Recurso Voluntário para que a decisão de primeira instância seja reformada e o auto de infração julgado parcialmente procedente, determinando a exclusão das infrações 01, 02, 05, 06, 07 e 08.

Registrada a presença do advogado Dr. Pedro Vinícius Santos Carvalho Burak na sessão de videoconferência que exerceu o seu direito regimental de fala.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância que julgou Procedente em Parte a presente lide, lavrado em 04/08/2022, com 08 (oito) infrações, no período de 01.01.2017 a 30.06.2022, para exigir imposto e multa no valor histórico de R\$ 59.509,51, sendo objeto do presente recurso apenas as infrações 01, 02, 05, 06, 07 e 08, em razão do sujeito passivo ter cometido as seguintes infrações:

01- utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária;

02 - Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido combustíveis desacompanhados de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas 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;

05- Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de maio de 2018 e agosto de 2019, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória;

06- Ocorreram de 01 a 30 divergências na escrituração da EFD no período de apuração, que não se caracterizaram como omissão, em outubro de 2017, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória;

07- Deixou o contribuinte de efetuar a “manifestação do destinatário” - Confirmação da Operação – referente a operação ou prestação descrita em documento fiscal eletrônico, nos prazos previstos pela legislação tributária;

08- Deixou o contribuinte de efetuar a “manifestação do destinatário” - Operação Não Realizada - referente a operação ou prestação descrita em documento fiscal eletrônico, nos prazos previstos pela legislação tributária.

O patrono do recorrente manifestou-se às fls.94/114 inicialmente, abordou a tempestividade da peça, apresentou uma síntese dos fatos e, em seguida, formulou as seguintes alegações:

EM RELAÇÃO AO ESTORNO DOS CRÉDITOS DE ICMS – INFRAÇÃO 01

O recorrente alega ter efetuado o estorno dos créditos referentes às notas fiscais indicadas pelo Auditor. Embora o estorno tenha sido registrado no Livro de Apuração do ICMS – RAICMS (doc. 03), destaca que esses créditos nunca chegaram a ser utilizados. Ressalta, ainda, que, embora o lançamento do estorno possa não ter sido realizado de forma totalmente adequada, o fato permanece: os créditos não foram aproveitados. Assim, entende que, na ausência de uso dos créditos, não há infração a ser mantida.

Quanto à infração 01, verifico que as alegações do sujeito passivo não merecem prosperar, uma vez que, na Escrituração Fiscal Digital (EFD) do autuado, constam os créditos fiscais lançados que foram objeto da glosa no presente lançamento, mas que não foram estornados. Ressalto que tais créditos não poderiam ser utilizados, pois referem-se a ICMS incidente sobre mercadorias adquiridas com pagamento por substituição tributária, cuja fase de tributação já se encontra encerrada, vedando o aproveitamento do referido crédito fiscal.

Ainda em relação à alegação do sujeito passivo de que os estornos foram realizados no Livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS), conforme cópia anexada aos autos, observa-se que tais estornos não podem ser validados, uma vez que esse livro não possui mais efeito jurídico, tendo sido substituído pela Escrituração Fiscal Digital (EFD), nos termos do art. 247, § 1º do RICMS, Decreto nº 13.780/12.

Sinalizo que a Seção X “Do Registro de Apuração do ICMS” do Capítulo IV DA ESCRITURAÇÃO FISCAL”, foi revogada pelo Decreto nº 20.136, de 07/12/20, DOE de 08/12/2020 - efeitos a partir de 08/12/2020. Mesmo antes dessa revogação expressa, o RICMS-BA determinava que a EFD passou a substituir a escrituração e impressão do livro Registro de Apuração do ICMS, senão veja-se:

“Art. 247. 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 (Conv. ICMS 143/06).

§ 1º A EFD substitui a escrituração e impressão dos seguintes livros: I - Registro de Entradas; II - Registro de Saídas; III - Registro de Inventário; IV - Registro de Apuração do ICMS; V - Livro Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente - CIAP.”

Ressalto que, além de a EFD constituir prova contra a impugnante, com fundamento nos arts. 226 e 417 do CPC, o RAICMS físico e seus registros contábeis não servem como prova contra a EFD. Isso ocorre porque, pela indivisibilidade da contabilidade (art. 419 do CPC), não se pode utilizar uma parte da escrituração contábil para contradizer outra parte da mesma.

Portanto, os lançamentos efetuados nesse livro, que já não está mais em uso, não possuem validade jurídica como prova em contraposição à Escrituração Fiscal Digital apresentada pela própria impugnante.

Compulsando os elementos trazidos aos autos para elidir a infração, verifica-se no “Doc. 04”, acostado às fls. 47/48, que consta no mês de janeiro de 2021 - objeto da glosa – o valor recolhido de R\$ 57,83, como ICMS Regime Normal – Comércio – com código de receita 0759 em 08.03.2021. Em relação aos meses de maio e junho de 2021 que fez parte do lançamento, não consta nos autos para estes meses qualquer recolhimento ICMS com código 0759 ICMS Regime Normal Comércio.

Ademais, não restou comprovado nos autos que o sujeito passivo efetuou os estornos dos créditos em sua Escrita Fiscal Digital (EFD), para os meses do lançamento em lide.

Diante de todo exposto, **mantenho** a infração 01.

QUANTO A DIFERENÇA VOLUMÉTRICA – INFRAÇÃO 02

O recorrente afirma que não procede a alegação da autuação, começando pelo fato de que não houve conferência de estoque para verificar a real aquisição da mercadoria. Afirma ainda que não há clareza sobre o parâmetro utilizado para acusar a entrada de mercadoria desacompanhada de nota fiscal. Em segundo lugar, argumenta que o critério de verificação de variação volumétrica

não é aplicável para esse tipo de acusação. Nesse contexto, ao seu entender, “qualquer coisa pode ser considerada válida” dentro da afirmação do Auditor, o que caracteriza o que se chama de “prova diabólica”, sustentando que “basta alegar que houve a aquisição de combustíveis para que isso seja presumido como verdadeiro”. Ademais, o artigo utilizado pelo Auditor para fundamentar a infração exige levantamento quantitativo de estoque como forma de apurar a omissão de entrada de mercadoria (art. 23-A, inciso II da Lei nº 7.014/96). Contudo, esse levantamento sequer foi realizado. Por fim, o recorrente destaca que a solidariedade não se presume e não pode ser ampliada por norma infralegal, conforme estabelecido pela legislação.

No que tange à alegação suscitada, observo que o levantamento fiscal foi realizado com base em dados fornecidos pelo autuado por meio dos arquivos eletrônicos relativos à EFD, apresentados à SEFAZ, sendo que a correção desses arquivos é de responsabilidade exclusiva do contribuinte. Tais registros devem refletir com precisão os elementos constantes nos documentos fiscais relativos às entradas e saídas de mercadorias. Assim, uma vez transmitidos os arquivos (art. 250), em caso de inconsistências, o contribuinte teria a possibilidade de retificá-los, conforme o disposto no art. 251 do RICMS/BA. No presente caso, o contribuinte poderia ter retificado os dados da EFD que eventualmente estivessem em desconformidade com o LMC antes do início da ação fiscal, visto que o § 2º do referido artigo prevê que:

§ 2º. Será considerada de plano sem validade jurídica a retificação da EFD relativa a períodos em que o contribuinte esteja sob ação fiscal, salvo quando apresentada para atendimento de intimação do fisco.

Considerando que a exigência fiscal se refere à falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário, por ter adquirido combustíveis de terceiros desacompanhados de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas 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.

Considerando que o Autuante informou que conferiu toda a escrituração fiscal digital do Autuado, e não existe entrada de combustíveis nos tanques referente à nota fiscal sem escrituração, onde a Administração Tributária estabeleceu o entendimento de que, acima do percentual de 1,8387%, no território da Bahia, com suas características climáticas próprias, é lícito concluir que o ganho excedente não se trata da mesma mercadoria indicada na sua escrituração, tendo havido, forçosamente, omissão de entradas.

Considerando que no lançamento foi cobrado corretamente pela fiscalização o pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, o posto revendedor varejista, em relação ao combustível, mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, de acordo com as quantidades apuradas mediante verificação de variação volumétrica em índice acima do admitido na legislação, registrada no LMC/Registro 1300 da EFD.

Desta forma, **mantenho** a infração 02.

EM RELAÇÃO DA AUSÊNCIA DE ENTRADA DAS MERCADORIAS – INFRAÇÃO 05

Disse que analisando cada uma delas, contata-se que, na verdade, nenhuma infração foi cometida pela Recorrente, eis que se tratam de simples remessas de comodato, locação e mercadoria por conta e ordem de terceiros. Pondera que na verdade, as NF-e foram emitidas apenas para acompanhamento, não havendo a entrada de nenhuma mercadoria em razão delas, não há infração a ser aplicada à Recorrente. Assim, o fato gerador do ICMS, por dicção constitucional, demanda a efetiva circulação, que significa mudança de propriedade com definitividade, o que não ocorreu na espécie. Traz aos autos as mesmas Notas Fiscais alegadas em sede de impugnação, conforme consta do relatório acima.

Verifico que a infração decorreu em razão do sujeito passivo dar entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, assim, entendo que se trata de descumprimento de obrigação acessória, pela ausência de registro das notas fiscais a que o contribuinte estava obrigado, independentemente da natureza da operação, se comodato, locação

etc. Portanto, **não prospera** a alegação do recorrente de que não ocorreu o fato gerador do ICMS, pois a infração em comento não diz respeito ao descumprimento de obrigação principal.

Posto isso, **mantenho** a infração 05.

EM RELAÇÃO A AUSÊNCIA DE DIVERGÊNCIA NA ESCRITURAÇÃO DA EFD – INFRAÇÃO 06

Nesta imputação, o Recorrente argumenta que o Autuante não especificou quais foram as divergências encontradas na única nota fiscal mencionada, a Nota Fiscal-e nº 248603. Ao analisar a referida NF-e, verifica-se que a escrituração foi realizada corretamente, com o preenchimento adequado de todos os campos exigidos, incluindo o valor da mercadoria e o ICMS (doc. 09). Diante da correta escrituração da EFD relativa à NF-e indicada pelo Auditor, e não havendo qualquer divergência, não há que se falar na aplicação da penalidade prevista no Auto de Infração.

Compulsando os autos em relação a alegação defensiva do contribuinte, verifico que cabe razão a fiscalização tendo em que vista que tal alegação foi rebatida pelo autuante na informação fiscal sob à fl.74 v, o qual comungo do mesmo entendimento do autuante que assim se pronunciou:

“Não é verdade que o “Autuante não informa quais foram as supostas divergências encontradas na única nota fiscal apontada, a NF-e n. 248603”. Na folha 10v. deste processo, temos um demonstrativo cujo título é “Infração 16.14.05: NFe escriturada com COD MOD <> “55”, CHV_NFE = “ ”. Sendo assim, fica claro que as divergências a que nos referimos são a falta da escrituração da chave da NF-e na EFD, aliás, como bem demonstrado no extrato anexado pela impugnante, onde não há a chave da NF-e.”

Portanto, **mantenho** a infração 06.

EM RELAÇÃO A MANIFESTAÇÃO DO DESTINATÁRIO – INFRAÇÕES 07 E 08

Nestas infrações, pontua que nenhuma das infrações está correta, haja vista que o Recorrente manifestou ciência de todas as operações, isto é, efetuou a devida manifestação como destinatário. Apresenta exemplos como: Nota Fiscal-e nº 23230 (doc. 10), Nota Fiscal-e nº 213811 (doc. 11). Aduz ainda que a única NF-e indicada pelo Auditor, no anexo da infração, pode constatar a manifestação do destinatário (doc. 12). Ademais, ressalta que, na decisão da Junta de Julgamento Fiscal, foi decidido que a infração persiste em razão de o Recorrente ter informado “*ciência da operação*” no lugar de “*confirmação da operação*”. Contudo, nesse ponto o Fisco apega-se meramente a nomenclaturas, o que deve ser mitigado, haja vista que a finalidade foi atingida.

Em relação as infrações 07 e 08, verifico que os argumentos defensivos, bem como os recursais, foram feitos conjuntamente pelo autuado, cujos argumentos também foram rebatidos conjuntamente pelo autuante.

Da análise dos elementos trazidos aos autos, constato que assiste razão ao autuante, conforme sua manifestação na informação fiscal apresentada à fl. 74v, onde se pronunciou da seguinte forma:

“A impugnante se confunde quando afirma que “nenhuma das infrações está correta, haja vista que a Impugnante manifestou ciência de todas as operações, isto é, efetuou a devida manifestação como destinatário”. De fato, “ciência da operação” é uma das manifestações do destinatário, mas ela não é obrigatória. Também, ela não se confunde com os eventos “confirmação da operação” e “não realização da operação”, esses sim obrigatórios. Daí a autuação.”

Ademais, comungo do mesmo entendimento exarado pela decisão de piso que fundamentou o seu voto com o seguinte entendimento:

“No respeitante às infrações 07 e 08 - impugnadas conjuntamente pelo autuado cujas alegações também foram refutadas conjuntamente pelo autuante -, constato que assiste razão ao autuante quando diz que a “ciência da operação” alegada pelo autuado é uma das manifestações do destinatário, contudo não se confunde com os eventos “confirmação da operação” e “não realização da operação”, que não foram observados pelo autuado.

Os §§ 14 e 15 mais seus incisos e alíneas do art. 89 do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12, estabelecem o seguinte:

Art. 89. Do resultado da análise referida no art. 88, a Secretaria da Fazenda cientificará o emitente:

[...]

§ 14. O contribuinte destinatário das mercadorias a seguir indicadas deverá registrar, nos termos do Ajuste SINIEF 07/05, os eventos da NF-e denominados “ciência da operação”, “confirmação da operação”, “operação não realizada” ou “desconhecimento da operação”, conforme o caso:

I - combustíveis, derivados ou não de petróleo, quando destinados a estabelecimentos distribuidores, postos de combustíveis e transportadores revendedores retalhistas;

[...]

§ 15. O registro dos eventos relacionados à NF-e, previstos no § 14 deste artigo, deverão ser efetuados nos seguintes prazos:

I - ciência da operação, antes da remessa pelo remetente;

II - confirmação da operação e operação não realizada, contados da data de autorização de uso da NF-e:

a) nas operações internas, 20 (vinte) dias;

b) nas operações interestaduais, 35 (trinta e cinco) dias;

c) nas operações interestaduais destinadas a área incentivada, 70 (setenta) dias;

III – desconhecimento da operação, contados da data de autorização de uso da NF-e:

a) nas operações internas, 10 (dez) dias;

b) nas operações interestaduais, 15 (quinze) dias;

c) nas operações interestaduais destinadas a área incentivada, 15 (quinze) dias.

Verifica-se da simples leitura do dispositivo normativo acima reproduzido que, além do evento ciência da operação, cabe ao Contribuinte, obrigatoriamente, registrar os eventos confirmação da operação, operação não realizada e desconhecimento da operação, conforme o caso.

Diante disso, as infrações 07 e 08 são subsistentes.

Por concordar com o entendimento da fiscalização, que foi acolhida pela decisão de primeiro grau, **mantenho** as infrações 07 e 08.

Diante de tais constatações, verifica-se que o recorrente não apresentou aos autos qualquer elemento de prova que pudesse dirimir a lide.

Disto isto, concluo pela PROCEDENCIA PARCIAL do auto de infração.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO DISCORDANTE (Infrações 2 e 3)

Peço a devida *venia* para discordar do relator em relação às infrações 2 (*Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido combustíveis desacompanhados de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas 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*) e 3 (*Falta 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 mercadoria de terceiros desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão de 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*), sendo as duas imputações com exercícios de 2018 a 2021.

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, que acredito ser um erro, mesmo que esse procedimento favoreça ao contribuinte, sendo a meu ver tem mais incertezas e situações escusas que não poderíamos aqui saber.

O patrono do recorrente não suscitadas nulidade, de ofício, vejo que o procedimento adotado atualmente que, em meu entender, não poderia ser aplicado para apurações anteriores à data de sua publicação, por 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 destacou 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 procedimental trazida pela Portaria nº 159/19, no que se reporta ao parágrafo único do art. 10, poderia até validar o presente o 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 no Acórdão CJF nº 0101-12/22-VD, que expõe para tornar o Auto de Infração Nulo/Improcedente 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 procedimental, 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 regulamentava 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 2018 até 23/10/2019 são apurações que retroagem à alteração.

Concluo pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, julgo procedente em parte a infração 2 (exclusão dos valores anteriores à alteração da portaria) e improcedente a infração 3.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269138.0029/22-0, lavrado contra **CAMAMU PRODUTOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 43.856,64**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 39.466,22 e de 100% sobre R\$ 4.390,42, previstas no art. 42, incisos VII, “a” e III, “g” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$ 15.652,88**, previstas no incisos IX e XIII-A, “m”, item 1 do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 3.956/81.

VOTO VENCEDOR (Infrações 2 e 3) – Conselheiros: Antonio Dijalma lemos Barreto, João Vicente Costa Neto, João Felipe Fonseca Oliveira de Menezes, Marcelo Mattedi e Silva e Eduardo Ramos de Santana.

VOTO DISCORDANTE (Infrações 2 e 3) – Conselheiro: Igor Lucas Gouveia Baptista.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de novembro de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO - RELATOR

IGOR LUCAS GOUVEIA BAPTISTA - VOTO DISCORDANTE
(Infrações 2 e 3)

THIATO ANTON ALBAN – REPR. DA PGE/PROFIS