

PROCESSO - A. I. Nº 206923.0029/20-3
RECORRENTE - SANTOS PEDREIRA COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS E SERVIÇOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0147-03/22-VD
ORIGEM - SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/01/2025

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0542-12/24-VD**

EMENTA: ICMS 1. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. Exigido o imposto do sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria sujeita a substituição tributária, recebida de terceiros, desacompanhada de documentação fiscal. Infração mantida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o tributo apurado em função do valor acrescido, relativamente às mercadorias sujeitas à antecipação tributária, cuja omissão de entrada foi apurada. Infração subsistente. Rejeitada as preliminares de nulidade e de decadência. Indeferidos os pedidos de diligência fiscal. Retificada a multa da Infração 02. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da decisão proferida pela 3ª JJF referente ao presente Auto de Infração, lavrado em 29/09/2020, exige crédito tributário no valor de R\$ 38.366,65, em razão da apuração das seguintes irregularidades:

***Infração 01 - 04.07.01.** - Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido combustíveis de terceiros desacompanhados de documentação fiscal e consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada mediante verificação de variação volumétrica, em índice acima do admitido pela ANP, registrada no LMC/Registro 1300 da EFD, nos meses de dezembro de 2015, 2016, 2017, 2018 e 2019. Exigido o valor de R\$ 32.497,39, acrescido da multa de 100%;*

***Infração 02 - 04.07.02** - 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 volumétrica em índice acima do admitido pela ANP, registrada no LMC/Registro 1300 da EFD, nos exercícios de 2015, 2016, 2017, 2018, 2019. Exigido o valor R\$ 5.869,26, acrescido da multa de 100%;*

O Autuado **impugna** o lançamento às fls. 10 a 34v. O Autuante presta a **informação fiscal** fls. 41 a 86. Por fim, pugna pela Procedência em Parte do Auto de Infração.

A JJF procedeu decisão com base no voto condutor transcrito.

VOTO

No tocante ao argumento da Defesa de nulidade do lançamento, sob alegação de que a ausência de intimação, antes da lavratura do Auto de Infração, para a apresentação de elementos que pudessem elidir a infração que lhe é imposta, prejudicou o exercício da ampla defesa e do contraditório, não deve ser acolhido, por ausência de previsão legal, para que se dê ciência ao contribuinte fiscalizado, de possíveis irregularidades apuradas, antes da efetivação do lançamento fiscal. Observo que durante o procedimento fiscal, a atividade principal é a verificação do cumprimento de obrigações tributárias e, sendo constatadas irregularidades é que se lavra o

Auto de Infração. Ou seja, o procedimento fiscal visa apurar a correta aplicação da legislação, podendo resultar ou não, em constituição de crédito tributário.

Ademais, conforme estabelece o art. 121, inciso I, do RPAF-BA/99, no processo administrativo fiscal é que se adota o princípio do contraditório para solução de litígios entre o fisco e o contribuinte, quando da apresentação da defesa, por escrito, impugnando o lançamento do crédito tributário efetuado, mediante Auto de Infração. Portanto, inexistente qualquer motivo de nulidade se não foi requerido pelo Autuante algum esclarecimento antes de sua lavratura.

Foi também alegado pelo Impugnante que a Autoridade Fazendária utilizou o art. 10, parágrafo único da Portaria 445/98, que somente veio ao mundo jurídico, através da Portaria 159 de 24/10/2019. Afirmou que a mencionada Portaria, no máximo, mantém a possibilidade de presunção, nunca podendo ser utilizada para finalizar a discussão acerca da caracterização ou não, da infração fiscal, sob pena de afrontar o princípio da legalidade, pois haveria criação de fato gerador não previsto em lei. Disse que para ser considerado válido, deveria constar o enquadramento no parágrafo único, do art. 10, somente para os fatos ocorridos após a sua vigência.

No que concerne a esta alegação, observo que a Portaria 445/98 regulamenta o alcance dos procedimentos de fiscalização, na metodologia dos levantamentos quantitativo de estoques por espécie de mercadorias. Entendo que, apesar de a Portaria 159/19 ter vigência a partir de 25/10/2019, data em que foi publicada, a sua orientação corrobora o acerto da autuação fiscal, pois tratando-se de método de apuração ou fiscalização, é aplicável o quanto disposto no art. 144, § 2º, do CTN, não havendo qualquer ilegalidade sua aplicação de forma pretérita.

A conduta ilícita atribuída ao Autuado, no presente caso, é a omissão de recolhimento do imposto, devido na condição de responsável solidário. O fundamento da autuação não é a “presunção”, estampada no art. 4º, § 4º, IV, da Lei 7.014/96, mas a atribuição da responsabilidade solidária esculpida no art. 6º, da Lei 7.014/96. Neste caso, a responsabilidade tributária ora discutida, não é fruto de “presunção”, mas enquadra-se corretamente, no art. 10, I, “a”, da Port.445/98.

Foi também suscitada pelo Impugnante, a nulidade do Auto de Infração, na medida em que o art. 23, § 6º, II, “b”, da Lei 7.014/96 foi revogado pela Lei 14.183/2019, publicado no DOE do dia 13/12/2019. Sustentou que somente poderia ter havido o enquadramento legal pretendido pelo Autuante, até o dia 12/12/2019, enquanto vigente o dispositivo legal.

Entendo que deve ser afastada esta alegação considerando que o citado dispositivo legal, não foi revogado, mas sim, alterado. O § 6º, do mencionado dispositivo, trata da “base de cálculo do imposto a ser pago por substituição, inclusive a título de antecipação”, sofreu alteração e a nova redação, ampliou seu escopo, incluindo as normas expressas nos incisos, estes excluídos, constantes da redação anterior. Assim, a redação do texto foi aperfeiçoada, mantendo o fundamento jurídico anterior correspondente ao mesmo artigo e parágrafo, não causando qualquer prejuízo ao contribuinte a compreensão da formação da “base de cálculo do imposto a ser pago por substituição, inclusive a título de antecipação”.

Convém salientar não implicar nulidade do lançamento, caso exista erro de indicação de dispositivo da legislação tributária, tendo em vista que pela descrição dos fatos, ficou evidente a irregularidade apurada na ação fiscal.

Quanto à alegação de que o Auto de Infração veio a ser lavrado em 29/09/2020, revendo LMCs enviado a partir do ano de 2015. Afirmou que a revisão, para fins tributários, somente pode alcançar os fatos geradores dos últimos 5 anos. Assim, afirmou que somente há que se considerar, as datas posteriores a 29/09/2015, tendo em vista o alcance da prescrição dos períodos anteriores.

Por entender que o Impugnante quer se referir ao instituto da decadência, consigno que o entendimento sobre essa matéria reiterado e prevalente nesse CONSEF é no sentido de que “o lançamento por homologação seria aquele em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa”, sendo aplicável a regra do art. 150, § 4º, do CTN, ou seja, o referido dispositivo aplica-se aos casos em que haja algum pagamento a ser homologado, de acordo com a apuração feita pelo contribuinte.

Consoante o expresso teor do art. 173, I, do CTN, “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado” e considerando que no levantamento fiscal foi apurado imposto não declarado e não pago, o que implica dizer que não há pagamento a ser homologado, neste caso, se aplica a regra estabelecida no art. 173, inciso I do CTN.

Destaco que a apuração do imposto relativo ao exercício de 2015, concluindo-se o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2020. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 29/09/2020, e o defendente foi intimado do lançamento, em 07/10/2020, resta evidente que não se operou a decadência, ficando rejeitado tal pedido.

A Defesa aduziu, que se está sendo exigido tributo sobre a presunção de omissão de receita, sem que tenha sido verificado os seus registros contábeis e sem a perquirição da busca da verdade real.

Depois de examinar as peças que compõem o presente PAF, verifico que não possui suporte fático ou jurídico tal alegação. Eis que, diante da tipicidade da atividade econômica exercida pelo estabelecimento autuado, a presente autuação deve ser compreendida em seu contexto fático. Como é cediço, em se tratando de posto revendedor de combustíveis, e como tal, seus estoques devem ser inventariados diariamente, duas vezes, uma no início e outra no final do dia, após encerradas as vendas. Ficando assim, patente que os postos revendedores devem escriturar todos os inventários dos tipos de combustíveis, no livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), incluído na Escrituração Fiscal Digital (EFD), no registro 1300. Convém observar no LMC, existe campo específico para o registro de pequenas diferenças que podem ocorrer entre o estoque escritural e o estoque de fechamento do dia, visto que os combustíveis ficam sujeitos a variações volumétricas. Quando essas diferenças forem superiores ao limite de 0,6% dos volumes disponíveis para comercialização no dia, o posto revendedor deve expressamente, justificar os motivos da sua ocorrência (item 13, “f”, da instrução normativa anexa à Port. DNC 26/92). Na EFD, essas diferenças são anotadas nos campos 9 e 10 do registro 1300, como ganhos ou perdas, sendo essas aceitáveis até o limite de 0,6%, onde as omissões de entradas são registradas como ganhos e as omissões de saídas como perdas.

Observe, por essencial, que no presente caso, foi considerado pelo Autuante no levantamento fiscal, como perda normal, o percentual de 1,8387%, que representa o triplo dos 0,6% citados, conforme disposto na Portaria 445/98. Entretanto, no caso presente, o Impugnante vem apresentando em seu registro 1300 da EFD, variações volumétricas acima do legalmente considerado pela ANP, sistematicamente, nos anos de 2015, 2016, 2017, 2018 e 2019, e somente ao ser autuado, no ano de 2020, negou o cometimento da infração, sob a alegação de erro em sua escrituração.

Quanto à alegação do Impugnante de ter retificado seu LMC, antes da ação fiscal, porém declarou que não conseguiu alterar esses dados na sua EFD, afirmando juntar à sua defesa, o livro físico da LMC com os ajustes que diz ter realizado, o que cairia por terra as omissões de entradas apontadas pela fiscalização. Solicitou a esta Junta que se realizasse uma revisão fiscal com base nos citados documentos.

Entendo que não deve ser acolhida esta solicitação, por não possuir legitimidade a realização de ajustes à EFD, após o início da ação fiscal, exceto para atendimento a intimação nesse sentido, feita pelo fiscal responsável pela fiscalização.

O Auto de infração exige o ICMS em razão da falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário - Infração 01 e antecipação tributária, de responsabilidade própria - Infração 02, 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, repita-se, apurado com base em variação volumétrica declarada pelo próprio autuado em sua escrituração fiscal digital - EFD.

Depois de examinar os elementos que compõem o presente PAF, constato que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a Lei nº 7014/96 e o RICMS-BA/12. As irregularidades apuradas estão devidamente demonstradas no levantamento fiscal, fls. 91 a 209 e CD à fl. 210, que serve de base ao Auto de Infração, tendo sido dada ciência ao contribuinte, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa. A apuração do imposto se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração.

Em relação às questões formais, constato estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração nos termos do art. 39, do RPAF/99, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do art. 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

Requeru o Autuado a conversão do feito em diligência, para que o Auditor Fiscal analisasse o caso concreto, com base na sua escrita fiscal e contábil, em confronto com as Notas Fiscais de entradas e o LMC físico que diz ter retificado, e, se for o caso, lavrar novo Auto de infração. Pediu também, diligência por estranho ao feito e perícia técnica em seu estabelecimento.

Com fundamento no art. 147, I, “a” e “b”, e II, “a” e “b” do RPAF/99, indefiro os aludidos pedidos, inclusive de perícia técnica por entender ser desnecessária a requerida diligência, tendo em vista outras provas produzidas constantes do PAF, considerando que estes elementos são suficientes para a análise do mérito e conclusões acerca da lide. Ademais, é notório que a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de entender que a perícia fiscal é desnecessária, em vista de outras provas produzidas neste PAF.

No mérito, na Infração 01 está sendo cobrado ICMS, sendo atribuída ao autuado, a responsabilidade por solidariedade, relativamente ao imposto, por ter adquirido mercadorias de terceiros sem documentação fiscal, (combustíveis: óleo diesel, etanol hidratado e gasolina), apurada mediante verificação de variação volumétrica, em índice acima do admitido pela ANP registrada no LMC/Registro 1300 da EFD.

Na infração 02 é imputada a 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 volumétrica em índice acima do admitido pela ANP, registrada no LMC/Registro 1300 da EFD.

O levantamento quantitativo de estoques aplicável a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, como no presente caso, possui procedimento regido pelo art. 10, da Portaria 445/98, que para melhor compreensão transcrevo, in verbis:

“Art. 10. No caso de omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária:

I - se a mercadoria ainda estiver fisicamente no estoque ou se tiver saído sem tributação, deve ser exigido o pagamento:

a) do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, observando o seguinte (Lei nº 7.014/96, art. 6º, IV):

1 - a base de cálculo é a prevista no inciso II do art. 23-A da Lei nº 7.014/96;

2 - a multa aplicável é a prevista para a falta de recolhimento tempestivo em razão da falta de registro de documentos nos livros fiscais próprios, apurada mediante levantamento quantitativo (Lei nº 7.014/96, art. 42, III, “g”).

b) do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado previstos no Anexo 1 do RICMS/12, deduzida a parcela do tributo calculada na forma da alínea “a”, do inciso I deste artigo, a título de crédito fiscal, com multa de 60% (art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96);

Portanto, a omissão de entrada relativa a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária - Infração 01 - responsável solidário e devido por antecipação - Infração 02, estão em absoluta conformidade com a legislação de regência.

Em que pese, o Autuado em sua defesa tecer considerações sobre os fatos e o direito, inclusive quanto à penalidade aplicada, constato que não é carreado aos autos elementos algum, com o condão de elidir a acusação fiscal, visto que não apresentou, de forma inequívoca, a comprovação que demonstrasse a origem fática que justificassem o alegado erro sistêmico e continuado em sua escrituração fiscal digital.

Acrescento ainda que o Autuado, em momento algum de sua Defesa apresentou dados que comprovassem a existência de registro das entradas da mercadoria objeto da autuação e, por se tratar de produto enquadrado no regime de Substituição Tributária, não sendo comprovada a origem da mercadoria, inexistente, consequentemente, comprovação de recolhimento do imposto.

Observe, entretanto que, mesmo tendo o contribuinte deixado de exibir esta comprovação, é descabida a exigência do imposto com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar entradas, efetuou o pagamento dessas entradas, com recursos provenientes de operações de saídas anteriores, também não contabilizadas.

Em se constatando de omissão de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, é imperativo a aplicação a regra prevista na alínea “a” do art. 10, da Portaria 445/98, exigindo-se o imposto do sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros, desacompanhada de documentação fiscal - Infração 01. É também devido o tributo apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, relativamente às mercadorias sujeitas à antecipação tributária, cuja diferença de entrada for apurada, regra prevista na alínea “b”, do art. 10, da Portaria 445/98 - Infração 02.

O Impugnante aduziu que a constatação de “omissão de saídas” pura e simples/ventas sem emissão de documentação fiscal”, é hipótese que não gera nova incidência do imposto. Entretanto, conforme estabelece o art. 128, do CTN, a lei pode atribuir a responsabilidade solidária a terceira pessoa vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação tributária, atribuindo ao contribuinte, em caráter supletivo, a responsabilidade pelo cumprimento total ou parcial da obrigação tributária.

Foi também alegado pela Defesa que os seus registros foram efetuados de forma equivocada, o que se poderia deduzir, pela simples constatação das quantidades. Disse ser impossível a efetiva ocorrência de “ganhos diários” de milhares de litros de combustíveis, todos os dias. Seriam incontáveis também, as situações em que os “ganhos” são próximos, iguais e, muitas vezes, superiores às quantidades disponíveis; e superam a

capacidade dos tanques. Afirmou que a autuação recaiu sobre escrituração inconsistente, e que não teve a oportunidade de se explicar ou corrigir as inconsistências; as quantidades adotadas no Auto de Infração foram exatamente aquelas, equivocadamente lançadas nos LMCs.

Observo que o levantamento fiscal foi efetuado com base em dados fornecidos pelo Autuado por meio dos arquivos eletrônicos relativos à EFD, e a correção de tais arquivos é de responsabilidade do contribuinte, pois tais registros devem refletir os elementos constantes nos documentos fiscais relativos às entradas e saídas de mercadorias. Portanto, no caso de inconsistências, compete ao contribuinte informar e corrigir os erros, antes da ação fiscal, não cabendo, nesta fase do presente processo, conceder prazo para a pretendida retificação da EFD.

Convém salientar que a fiscalização nesse tipo de levantamento, leva em consideração, as aferições registradas no livro de Movimentação de Combustíveis (LMC).

É indubitoso que a prova de eventuais erros no registro 1300 do posto revendedor deve ser sólida, justificável e devidamente comprovada a origem, haja vista a constatação em ação fiscal das irregularidades apontadas nos estoques da empresa, continuamente em diversos exercícios, sem que fossem tomadas as devidas providências para resolver as alegadas “supostas irregularidades”.

Quanto ao argumento de que haveria erros no levantamento fiscal, apontou, inclusive, exemplos de que em determinado dia, o fiscal apurou ganhos e em outros apurou perdas. Apresentou entendimento que esses ganhos e perdas deveriam se compensar, bem como de que o seu LMC físico, que sempre se encontrou disponível ao Fisco no posto revendedor, possui registros diferentes daqueles trazidos no demonstrativo elaborado pelo Auditor Fiscal, observo que, conforme corretamente esclareceu o Autuante, a fiscalização tomou como base seu SPED fiscal, com as informações prestadas pelo próprio contribuinte, em sua EFD, no registro 1300. Esclareceu que, ao examinar os arquivos mensais de EFD apresentados, constatou a inexistência de qualquer inconsistência nos mesmos. Ao contrário do alegado pela Defesa, o registro da movimentação de combustíveis do posto revendedor, se encaixa perfeitamente com as informações dos documentos fiscais de Entradas e Saídas e são exatamente as indicadas nos registros 1310 (movimentação diária de combustíveis por tanque) e 1320 (volume de vendas). Ademais, acrescentou que os ganhos e perdas (omissões de entradas e de saídas) anotados no registro 1300 são calculados pelo contribuinte, pela simples subtração do estoque final (medido pelo posto) com o estoque escritural (estoque inicial, medido pelo posto, somado às entradas com notas fiscais, conferidas com os valores dos registros C100 e C170 da EFD na fiscalização, e subtraído das vendas realizadas pelos bicos das bombas de combustíveis, anotadas no registro 1320) e essa também, foi conferida na revisão fiscal, sem que tenha sido encontrado qualquer erro.

Não é por demais asseverar, pela importância no presente caso, 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 físicos. Com o advento da Escrituração Fiscal Digital, a única legalmente exigida e válida, não se admite, precipuamente para fins de comprovação das operações efetivamente realizadas pelo Contribuinte, dados advindos de escrituração paralela de livros fiscais fora do ambiente digital, como também não é legítimo retificar a EFD, estando o contribuinte sob ação fiscal ou após sua conclusão.

Convém salientar que, se o levantamento fiscal é efetuado com base em dados fornecidos pelo 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, e não foram apresentadas provas concretas que justificassem erros na EFD. Portanto, conforme a legislação de regência, é ilegítima o ajuste da EFD ou de seus livros fiscais estando sob ação fiscal, não tendo validade jurídica os livros físicos apresentados.

Consigno que, conforme detalhadamente explicitado pelo Autuante sobre o procedimento fiscal que resultou no Auto de Infração, o controle de estoques dos postos revendedores de combustíveis, é feito diariamente. Isso significa dizer, que os valores levantados a cada dia são independentes dos valores dos dias anteriores e dos dias seguintes.

Dessa forma, não é admissível a alegação do Defendente de que os erros de um dia, se cancelam com eventuais operações realizadas no dia seguinte, pois é evidente que nesse regime de apuração de estoques de combustíveis no Postos Revendedores, pela sua periodicidade diária, não se pode permitir interdependência com o dia anterior e nem com o dia subsequente da apuração, eis que os encerrantes inicial e final resistrados delimitam o período de apuração. Como são medições independentes, para se provar que o ganho não existiu naquele primeiro dia é necessário demonstrar inequivocamente, e não uma mera alegação, o erro ocorrido no FECH_FISICO, para provar que o ganho não existiu naquele primeiro dia e demonstrar que o ESTQ_ABERT do dia seguinte estava errado e levou a indicação de uma perda equivocada.

Em relação ao argumento defensivo, incisivo e pontual, de que, admitir a aplicação do parágrafo único, do art. 10, da Portaria 159, é criar hipótese de presunção não prevista na Lei 7.014/96, ou seja, uma nova e ilegal

espécie de presunção, observo que a análise dessa questão, resta prejudicada, por se tratar do direito posto, falece competência a essa JJF, nos termos do inciso I, do art. 167, do RPAF-BA/99.

No que concerne aos acórdãos deste CONSEF citados pela defesa, é importante observar que devem ser analisados no contexto de cada processo, valendo frisar, que não vinculam a decisão dessa 3ª Junta de Julgamento Fiscal.

Assim, concluo que, nos moldes como foi apurada e descrita a Infração 01, é correta a acusação fiscal e, por consequência, é procedente também a Infração 02, ficando caracterizado que o lançamento foi efetuado de acordo com as normas que regem a matéria.

Esclareço, no tocante à multa da infração 02, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento do imposto referente à antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Neste caso, o percentual da multa é de 60%, conforme estabelece o art. 42, inciso II, alínea "d" da Lei 7.014/96, devendo ser retificado o mencionado percentual.

Quanto ao pedido de redução ou cancelamento da multa aplicada, com fulcro no art. 158, do RPAF-BA/99, e § 7º, do art. 42, da Lei 7.014/96, invocando o princípio da boa-fé, destaco que os mencionados dispositivos foram revogados. Assim, ante a inexistência de previsão legal na legislação de regência vigente, também falece a este Órgão Julgador competência para atender ao pleito do Autuado.

Pelo exposto, resta patente nos presentes autos que o Autuado não trouxe ao PAF qualquer elemento que provasse suas alegações e estivesse em consonância com os dispositivos citados neste voto, logo, não pode ser acatado o argumento de que as diferenças apontadas seriam fictícias e criadas pela fiscalização.

Consigno que o sujeito passivo foi acusado de ter cometido as irregularidades lançadas na peça acusatória, e não trouxe ao PAF elementos que motivem a revisão do imposto que foi exigido mediante o Auto de Infração em exame.

Quanto ao pleito do Defendente para que toda intimação alusiva ao feito seja encaminhada ao seu representante, subscritor da peça defensiva. Observo não haver impedimento para que tal providência seja tomada. No entanto, de acordo com o art. 26, inciso III do RPAF-BA/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo, encontra-se prevista nos arts. 108/109 do mencionado Regulamento, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte. Ademais, o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ, para receber todas as intimações e notificações dos autos.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, com a retificação da multa aplicada na Infração 02 para 60%.

O patrono do recorrente apresenta Recurso Voluntário às fls. 260/83.

Inicialmente, relata quanto à tempestividade da peça recursal, faz um breve relato da autuação, reproduzindo as infrações.

Disse que em relação à suposta infração de omissão de entrada, não houve o cometimento, pois a autuação se deveu por dois erros contábeis, comprovados nos autos: primeiro porque, a respeito à ausência de envio da retificadora à EFD. Reporta que o contribuinte é acostumado com as fiscalizações através dos livros físicos do LMC (a mudança da fiscalização somente ocorreu com a edição do parágrafo único, do art. 10 da Portaria nº 445/99), após enviar as informações à EFD e, antes de imprimir os livros físicos, observou a existência de diversos erros (85%, como informado na defesa) no preenchimento do LMC (erros de medição, escrituração de nota fiscal de entrada em datas equivocadas e ausência de escrituração de algumas notas de aquisição).

Salienta que tais erros ocasionavam sobras acima do limite legal e, assim sendo, eles foram devidamente corrigidos, com a impressão dos livros físicos e armazenamento, para eventual fiscalização. Explicou que, por equívoco, não foi enviada à EFD a retificação dos dados. Assim, como se apontou na impugnação, o fiscal realizou a fiscalização com base em informações equivocadas.

Ressalta que a existência do equívoco de não enviar a retificadora (que foi feita antes de qualquer ação fiscal) não conduz, em hipótese alguma, à gravosa imputação de omissão de entrada. E que requereu o LMC retificado fosse considerado para a fiscalização, tendo sido juntado a integra em mídia digital e deixado à disposição os livros físicos, feitos à época (antes da ação fiscal) para

qualquer comprovação, inclusive através de perícia, para comprovar a escrituração antes da ação fiscal.

Assinala outro equívoco comprovado pelo Contribuinte, e que deu ensejo à autuação, foram erros consecutivos de medição, que ocasionaram perdas e ganhos sucessivos, pois o posto é 24 horas. Comprovou-se, nos autos, que, nos dias em que haviam sobras, existiam perdas equivalentes nos dias anteriores e/ou posteriores, sendo tal fato decorrente de erro de medição. Demonstrando tal fato, constou, na impugnação (que é necessária ser analisada), diversas datas onde o fenômeno ocorreu, inclusive com *print* do relatório, que consta, na íntegra, nos autos:

- Em janeiro de 2015 foram apontados os dias 08, 12 e 16 de janeiro, havendo demonstração de sucessivos erros de medição, com ganhos e perdas diários;
- Em fevereiro do mesmo ano, o dia 08, novamente é possível notar sucessivas perdas e ganhos, com erro maior no dia 01/02/2015;
- Já em julho, os dias 10, 17 e 20, os mesmos erros;

Pediu-se, então, a consideração das perdas e sobras, como forma de descaracterizar a suposta infração. Juntaram-se, ainda, extratos de medição, comprovando que as supostas sobras somente eram observadas se fosse feita apuração diária (o que somente seria permitido em regime especial de fiscalização), sendo que no cômputo mensal, ou do período de fiscalização, tais sobras não existiam.

Pediu-se também, para garantir a ampla defesa, a revisão fiscal, plenamente possível diante do quadro fático da autuação, onde erros existiram, mas nunca a gravosa imputação de omissão de entrada. Esclareceu o Contribuinte que, durante o período de fiscalização, foram vendidas as seguintes quantidades de combustíveis, conforme relatórios de vendas (dados que constam na EFD e não foram analisados pela fiscalização):

- Gasolina Comum – 9.100.042,26 litros
- Gasolina Aditivada – 8.198.486,25 litros
- Etanol – 4.884.509,50 litros

Destacou que as aquisições de combustíveis, no período da fiscalização, todas com notas fiscais também aqui juntadas, no período, foram essas:

Gasolina Comum – 9.110.000,00 litros, com estoque inicial de 9.414,00 litros, resultando num estoque total do combustível, durante o período, de 9.119.414,00 litros, superior ao comercializado.

Gasolina Aditivada – 8.205.000,00 litros, com estoque inicial de 6.460,28,00 litros, resultando num estoque total do combustível, durante o período, de 8.211.460,28,00 litros, superior ao comercializado.

Etanol – 4.880.000,00 litros, com estoque inicial de 5.484,43 litros, resultando num estoque total do combustível, durante o período, de 4.885.484,43 litros, superior ao comercializado.

Assevera que durante todo o período de fiscalização o relatório de Notas Fiscais de aquisição de combustíveis aponta relação de 53 folhas, com gasto total de R\$ 76.273.893,76 somente na compra dos produtos vendidos aos consumidores, nunca tendo o posto adquirido combustível desacompanhado de NOTA FISCAL.

Questionou-se onde estaria eventual omissão de entrada de combustíveis se o relatório de vendas, que é eletrônico, indica que a quantidade de combustível que saiu corresponde à quantidade de combustível comprado, que entrou no tanque com nota fiscal.

Apontou, mas não houve sequer análise, que o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, através de sua Quarta Câmara Cível, ao se deparar com Auto de infração similar, nos autos do Processo de nº 000538410.2005.8.05.0274, entendeu que, para a configuração da omissão de entrada, seria necessário haver mais venda de combustíveis do que aquisição.

Disse que há, nos autos, prova de que vendeu MENOS do que adquiriu, sendo que as omissões decorreram dos erros apontados e provados. Acrescenta que a 2ª JF não apreciou todos os argumentos defensivos, tampouco garantiu a ampla defesa, como se verá, julgou procedente o auto de infração.

Esclarecer, desde já, que mesmo o contribuinte tendo juntado todo o extrato de medição do período, bem como relatório de entrada, de saída e de notas fiscais, a junta nem mesmo se manifestou sobre estes documentos, alegando, genericamente, que não houve juntada de provas.

PRELIMINAR. NULIDADE DA AUTUAÇÃO FUNDADA EM DECRETO DECLARADO ILEGAL PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. DECISÃO QUE, EM RELAÇÃO À DECLARAÇÃO DE ILEGALIDADE, TRANSITO EM JULGADO. AUSÊNCIA DE RECURSO DO ESTADO DA BAHIA.

Afirma que foi juntado aos autos sentença proferida pela 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, onde se declarou a inconstitucionalidade/ilegalidade do art. 10, parágrafo único da Portaria nº 445/98, nos autos do Processo nº 8057416-34.2021.8.05.0001. Em sessão de Julgamento, deu-se ciência à Junta de que o Recurso de Apelação intentado face a sentença não foi provido (doc. Anexo), mantendo-se a decisão que declarou a ilegalidade em sua inteireza. Deu-se ciência, em sessão, ainda, que o Estado da Bahia, ao recorrer do acórdão (doc. Anexo), somente questionou a ilegitimidade passiva, deixando de impugnar a declaração de ilegalidade da modificação na portaria, que deu ensejo à lavratura deste auto de infração.

Assevera que a ilegalidade declarada pelo TJ-BA não vale somente para a parte que ajuizou a ação, pois se trata de efeito em ato normativo. Se o ato é ilegal, ele o é para todos, pois disse que o órgão competente para declarar ilegalidade é o Poder Judiciário e ele já o fez, sem ter havido recurso por parte do Estado da Bahia. Assim, continuará o Poder Executivo, por meio do CONSEF, a julgar autos de infração que foram totalmente baseados em ato normativo declarado ilegal?

Invoca o art. 168 do RPAF, pois a modificação da portaria, além de ter sido considerada ilegal pelo Juízo singular, o foi pelo Tribunal de Justiça e a decisão tornou-se imutável, por ausência de recurso, por parte do Estado da Bahia.

Entende que este Conselho de Fazenda deve acatar a posição do Poder Judiciário e, em sendo ilegal o art. 10, parágrafo único da Portaria nº 445/98, determinar o arquivamento do auto de infração, sob pena de violar a prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário, que já se manifestou sobre a matéria.

DA PRELIMINAR. NECESSIDADE DE DILIGÊNCIA PARA ELABORAÇÃO DE NOVO DEMONSTRATIVO DE DÉBITO, TENDO EM VISTA PROVA DE NOTAS FISCAIS NÃO ESCRITURADAS NO LMC.

Justifica o erro que ocorreu em cada um dos dias que a atuação indico a suposta omissão de entrada, identificou notas fiscais que foram emitidas, mas não escrituradas no LMC, gerando a suposta omissão de entrada, porém a junta, sobre tal fato, nada se manifestou. Pede pela determinação da realização de diligência, para que o Fiscal refaça o demonstrativo, considerando a nota fiscal emitida e não considerada, que indica novamente: “Nota Fiscal nº 126538 de 20/07/2015, em que houve aquisição de 5.000,00 litros de gasolina comum, 5.000,00 litros de gasolina aditivada e 5.000,00 litros de etanol”.

Assinalou que a referida nota fiscal não constou no LMC, resultando em sobra de combustível, no dia 20/07/2015, por equívoco do Posto. Com a comprovação da existência de aquisição. Explicou que com a consideração desta nota, não haverá nenhuma sobra de combustível no dia 20/07/2015, estando justificado e comprovado o equívoco. Pede, então, a elaboração de novo demonstrativo, pelo Fiscal, em diligência.

DA PRELIMINAR. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. NÃO COMPREENSÃO SOBRE PEDIDO DE APRESENTAÇÃO DOS LIVROS FÍSICOS, ESCRITURADOS ANTES DA AÇÃO FISCAL. NECESSIDADE DE BUSCAR A VERDADE MATERIAL.

Aponta que desde a defesa o Contribuinte alegou e comprovou (juntou-se o LMC integral) que,

após ter enviado seu LMC para a EFD percebeu diversos erros, corrigindo a documentação, porém, por equívoco, não fez o envio da retificadora, sendo que os livros foram impressos, nos seus respectivos anos e armazenados. Pondera que a fiscalização, que somente foi realizada através da EFD, teve acesso a informações equivocadas e, assim sendo, a lavratura do auto de infração também está equivocada.

Roga na busca da verdade material, requerendo diligência para que seus livros físicos, escriturados antes da ação fiscal, viessem a ser objeto de fiscalização, para apurar as divergências, porém houve negativa genérica, no acórdão, que se pronunciou, algumas vezes de forma genérica e outras demonstrando não ter compreendido a pretensão do Recorrente.

Afirma que houve a possibilidade de o Recorrente praticar todos os atos necessários à comprovação das suas alegações, na medida em que juntou aos autos um LMC que está diferente em 85% dos dias, em relação ao que o Auditor analisou e, para provar que tal LMC foi escriturado à sua época, requereu apresentação dos livros físicos, inclusive, em sessão, pediu perícia para atestar que os livros foram escriturados à sua época, ou seja, não passaram existir após a autuação.

Disse que listou, na impugnação, diversas datas onde o fiscal teve acesso a um valor, mas que o LMC juntado, correspondente à integralidade do período, trazia informação diversa. Como não houve prova de onde estava a inconsistência, se houve juntada do LMC integral? E, para provar que o livro físico foi anterior à autuação se requereu, em sessão, perícia.

Reafirma que em nenhum momento se pediu para realizar ajustes na EFD, mas somente para se provar que a informação da EFD difere da informação que consta nos livros fiscais, que foram elaborados antes de qualquer ação fiscal, sendo que os livros anteriores à ação fiscal e contando com as informações reais, a busca da verdade material somente será satisfeita com a aceitação deste material, para a realização da fiscalização.

Informou que somente notou que não havia enviado a retificadora para a EFD quando houve a autuação, pois as fiscalizações dos livros sempre foram realizadas nos livros físicos. Assim, os livros foram impressos com as retificações e armazenados, onde ainda permanecem. E, negar o requerimento é, fatalmente, negar a busca pela verdade material. Acrescenta que livros físicos, tem todas as informações corretas, que devem ser analisadas, sob pena de se macular a busca pela verdade material.

Sustenta que a retificação dos livros enviados digitalmente foi feita antes de qualquer ação fiscal, sendo desnecessária a autorização do Fisco para tal retificação ou a justificativa. O que se comprovou é que antes da ação fiscal os livros físicos foram retificados e impressos. O não envio da retificadora não modifica o fato de que a escrita fiscal física é a correta e que deveria ter sido analisada.

Inferre que não há ônus nenhum para a Fazenda em se debruçar, em revisão fiscal, na escrita correta. Deve ser essa a atitude a ser tomada, caso se vise alcançar a verdade material. Aponta que em auto de infração praticamente idêntico (2691380115/19-3), lavrado contra o POSTO 4 COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA, também defendido por este advogado, houve o mesmo erro de se corrigir o LMC após o envio à EFD e não se enviar a retificadora para a EFD, no qual compreendeu que a situação e visando preservar a ampla defesa e a busca pela verdade material acatou a apresentação dos livros físicos, onde as informações reais estão.

Discorreu que a determinação de que os livros fossem analisados, para apuração de eventual infração, desde que sejam apresentados com laudo pericial (por perita habilitada junto ao Tribunal de Justiça do Estado da Bahia) atestando que foram confeccionados antes da ação fiscal.

Busca o Contribuinte, então, a mesma providência, sendo-lhe autorizado elaborar laudo pericial para comprovar a escrituração antes da ação fiscal, possibilitando que os livros físicos sejam analisados, em nome da busca da verdade material. Requer, então, a declaração de nulidade do acórdão, que, ao negar tal diligência, violou a busca pela verdade material. Destaca-se que, com a

diligência, haverá a prova de que os livros são anteriores à ação fiscal, sendo equivocado o acórdão ao falar em retificação após a ação fiscal.

Sustentou que as informações são pretéritas e busca comprovar, mas a junta negou, de forma genérica, e ainda equivocada, o pleito.

DA PRELIMINAR. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO ART. 10, PARÁGRAFO ÚNICO DA PORTARIA 445/98 COMO CARACTERIZADOR DE FATO GERADOR. IMPOSSIBILIDADE DE EFEITO RETROATIVO

Diz que não há como se aceitar que um texto trazido em uma portaria venha a dizer que há caracterização de omissão de registro de entrada com o simples fato de haver informação no LMC em índice superior ao permitido. A infração fiscal, com a devida venia, não pode se consumir através de previsão trazida em portaria, ao arrepio da lei.

Esclarece que a JJF acatou a ilegalidade da aplicação da nova norma, que veio a criar fato gerador por portaria. E, nesse ponto, é importante observar que o acórdão quase nada fala acerca da nulidade lançada na impugnação, sendo claro ao entender que a omissão de entrada ocorre em decorrência de aplicação de regra trazida no art. 10 da Portaria nº 444/98, mas omite, não se sabe por qual razão, que a autuação é pautada, exclusivamente, no parágrafo único, pois inova ilegalmente no ordenamento jurídico criando fato gerador, sendo ele a simples variação volumétrica, ao final do dia, em índice acima do permitido. Neste caso, a autuação subverter o regramento tributário, dando à Portaria efeito de Lei, para possibilitar criação de fato gerador.

Assinalou outro lado, pois o Auto foi lavrado analisando o período de 2015 à 2019, porém a citado parágrafo único somente veio ao mundo jurídico em 25/10/2019, data de publicação do Diário Oficial do Estado da Bahia. Assim, é nulo todo o enquadramento legal, com base no parágrafo único do art. 10, para fatos ocorridos anteriormente ao dia 25/10/2019, pois é inviável a retroatividade da norma de direito material tributário, que é o caso da nula previsão aqui atacado. Para ser considerado válido, deveria constar o enquadramento no parágrafo único do art. 10 somente para os fatos ocorridos após a sua vigência. E nem se argumente que a norma é de critério de apuração, quando, pelo texto e pela sua aplicação, nota-se que vem sendo utilizada como fato gerador.

DA PRELIMINAR. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. APURAÇÃO DIÁRIA. IMPOSTO DE APURAÇÃO MENSAL. INEXISTÊNCIA DE REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO.

Reportou que consta do auto de infração, bem como do julgamento realizado, que a fiscalização tomou como base a verificação diária da variação do estoque do Contribuinte, com base na EFD, porém o imposto (ICMS) é de apuração mensal. Constata-se que a apuração diária somente seria permitida em Regime Especial de Fiscalização, que não é o caso dos autos. Afirma que não há nenhuma razoabilidade em se apurar a variação diariamente, pois, com esse corte mínimo, grandes distorções, por erros de medição, ocorrem. Reporta que, procedendo-se a uma análise mensal, poderia o Auditor Fiscal ter percebido que não há variação volumétrica em nível superior ao permitido, descaracterizando a eventual infração. Sendo assim, por equívoco no método de fiscalização, realizada contrária à própria lei do ICMS, há que se anular o auto de infração, neste ponto.

DO MÉRITO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO DE ENTRADA. ERROS DE MEDIÇÃO E DE INSERÇÃO DE NOTAS. COMPROVAÇÃO DE AUSÊNCIA DE VENDA EM VOLUME SUPERIOR À COMPRA. NÃO CERTEZA DO COMETIMENTO DA INFRAÇÃO. PROVIMENTO DO RECURSO.

Afirma ser de uma simplicidade tamanha que um Auditor chega a gerar mais de cinco vultosos autos de infração em um só dia. Explica que um software, analisando as informações diárias do LMC, extrai da EFD do contribuinte somente o campo de eventual ganho ao final do dia, com subtração do índice de variação volumétrica. Disse que não há, nem por parte do Software, tampouco do Auditor Autuante, a análise dos outros dados do LMC, tais como entrada de mercadorias e vendas de produtos.

Salienta que a análise diária, aqui já debatida, traz diversos prejuízos, notadamente por

desconsiderar perdas e ganhos existentes em virtude de erros de medição ou inserção de notas fiscais em datas equivocadas. E que confrontando o Fiscal com diversos dias em que houve perdas e ganhos sucessivos, ao invés de rever a autuação, preferiu dizer não acreditar que tantos erros possam ter sido cometidos.

Constatou que diversos erros foram cometidos e, em todos os dias que o Fiscal apontou suposta sobra de combustíveis pode-se perceber, no dia anterior ou no dia posterior, falta de combustível no mesmo nível. Salienta que é elucidativo o que foi trazido no acórdão anexo (JJF nº 0345-06/21-VD), no qual explicou que existem quatro meios de se apurar se houve omissão de entrada e que, no caso, um dos, o quarto, foi utilizado, com base na Portaria nº 445/98.

Assevera que o dispõe o art. 18, IV, “a” do RPAF, sobre os atos de nulidade, define ter necessária a segurança para manter a lavratura do auto de infração. Outrossim, é princípio a ser seguido (e o primordial) a verdade material. Com base nessas premissas, se tem que, caso analise a situação descrita no auto de infração sob outra ótica, qual seja, pela auditoria clássica, não existe nenhuma omissão de entrada.

Sustenta que consta prova na EFD, o estoque inicial, as aquisições do período e as vendas. Na defesa, para facilitar, o Contribuinte juntou planilhas de estoque, relatórios de vendas e de NF s de aquisição de combustíveis.

Rememora que tanto a junta, tampouco o Fiscal, quiseram se debruçar sobre os fatos concretos, preferindo ir pela simplicidade trazida pela alteração da Portaria nº 445/1998, em prejuízo ao Contribuinte. Sabe-se que o Estado detém todas as informações do Contribuinte, notadamente as entradas e as saídas. Se tivessem o objetivo de ir atrás da verdade material, por qual razão não determinaram ao Autuante a análise de todo volume adquirido e todo volume vendido, informações que constam na EFD para sanar qualquer tipo de dúvida sobre a gravosa infração?

Fala que simplesmente a Junta não teceu um único argumento sobre a comprovação do Contribuinte de que adquiriu mais do que vendeu. Diante de tais fatos, cabalmente provados, há segurança em se imputar a gravosa ocorrência de omissão de entrada? Com toda a certeza, não.

Pontua que a situação chega a ser tão excepcional que, com a mudança da legislação, metade dos postos de Salvador foram autuados por, supostamente, estarem adquirindo combustíveis sem nota fiscal. Ou se está diante de um grande achado do Fisco Baiano ou de um grande erro de fiscalização. Ao somar o quantitativo de combustíveis adquiridos, supostamente, sem documento fiscal, com aqueles que foram legalmente comprados, verão que nem mesmo a refinaria produziu tanto combustível. Qual seria a explicação para um dia haver uma suposta sobra de 5 mil litro e no dia seguinte uma perda equivalente, senão um erro de prestação de informações? Qual empresário iria ter tal perda diária?

Disse que para JJF o mais simples é conjecturar que houve saída sem documento fiscal. Sem nenhuma prova, foi esse o entendimento dos julgadores e do Fiscal. Há, agora, por criação dos julgadores, a presunção de saída sem controle fiscal. Somente a análise do auto de infração, sob outro prisma de fiscalização (clássica), é capaz de retirar, por completo, a segurança na imputação do cometimento da infração.

Esclarece que o contribuinte comprovou que em todos os dias em que havia apontamento de suposta sobra, haveria, no dia anterior ou seguinte, perda equivalente. Tal fato foi tratado de forma genérica pela Junta, Excelência. Qual seria a justificativa para se apontar suposta sobra de 2 mil litros de combustível em um dia e, no dia seguinte, perda de valor próximo a dois mil litros, senão o erro na medição?

Reafirma que nenhum empresário perderia tal quantitativo do produto, sob pena de se inviabilizar o negócio. A questão macro é que o Auditor não analisou todos os elementos constantes nos autos, a exemplo dos estoques, das aquisições, das vendas e das perdas e dos ganhos sucessivos. Somente, de forma simplista, mirou-se ao estoque no final do dia, caso houvesse eventual sobra acima do limite estadual.

Destaca que o quadro aqui delineado e provado conduz à insegurança da existência da infração capitulada pelo Auditor Fiscal, a ensejar a nulidade do auto de infração, nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF. Colaciona trecho de Acórdão JF nº 0160-02/19. Deste modo, Senhores Conselheiros, existindo, nos autos, provas de que pelo método clássico não se apura omissão de entrada, de que os valores excessivos foram em decorrência de equívocos na escrituração de notas fiscais e, também, que quando há um suposto ganho há, no dia anterior ou seguinte, falta de quantidade semelhante, teriam os Senhores Conselheiros a segurança total de que o Auto de Infração contém a verdade material?

Rememora o art. 18, IV, “a” do RPAF, expondo que não há segurança de houve a infração de omissão de entrada, pois que sempre adquire combustíveis de grandes distribuidoras, com Notas Fiscais, pagando todos os seus impostos (no caso, o tributo foi recolhido pela Distribuidora), é que o PAF sirva para colher as informações reais, estejam elas onde estiver, para que seja feita a verdadeira justiça, evitando-se punir Contribuinte que não comete ilícito tributário. É o papel deste Conselho garantir a busca pela verdade real e que eventual infração somente seja confirmada com a certeza do seu cometimento.

Assinala que o erro cometido nos LMC’s não conduz à grave acusação de omissão de entrada, notadamente, repita-se, porque há a comprovação de mais aquisição de produto do que saída dos bicos das bombas de combustíveis. E, manter o auto de infração, nessas condições, vai de encontro ao já decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que entende que a omissão de entrada somente existe se houver a comprovação de mais venda do que aquisição, não sendo este o caso dos autos.

Pede o provimento do Recurso Voluntário, para julgar improcedente o auto de infração, por inexistir certeza do seu cometimento, face ao caso concreto.

DA REDUÇÃO DAS MULTAS. NÃO CONFISCO. PRECEDENTES JUDICIAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Pede análise das multas tributárias aplicadas (100% e 60%), sob a ótica do art. 150, IV da CF, que cria óbice à utilização do tributo com efeito de confisco. Junta julgados do STF, entendendo que o limite para as multas é de 20% a 30%.

Finaliza pedindo e requerendo que:

- Acolhimento das preliminares, com declaração de nulidade do auto de infração;
- Anulação do acórdão atacado, com determinação de retorno à Junta de Julgamento para realização de diligência, possibilitando a análise do LMC físico, elaborado ANTES da ação fiscal, com autorização de contratação de perito para comprovar que os livros são anteriores à ação fiscal, como maneira de privilegiar a ampla defesa e a busca da verdade material;
- Provimento ao Recurso, para julgar improcedente o auto de infração, haja vista a inexistência de certeza quanto ao cometimento da infração;
- Redução da multa tributária para o percentual de 20%, na forma da fundamentação;
- Toda intimação seja efetuada, na forma do RPAF, pessoalmente, em nome do contribuinte, via DTE.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado tempestivamente (art. 169, I, “b” do RPAF/BA) contra a decisão recorrida, que, de forma unânime, julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 29/09/2020, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 38.366,65, acrescido de multa de 100% pelo cometimento das seguintes irregularidades:

Infração 01 Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido

combustíveis de terceiros desacompanhados de documentação fiscal e consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada mediante verificação de variação volumétrica, em índice acima do admitido pela ANP, registrada no LMC/Registro 1300 da EFD, nos meses de dezembro de 2015, 2016, 2017, 2018 e 2019. Exigido o valor de R\$ 32.497,39, acrescido da multa de 100%;

Infração 02 - 04.07.02 - *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 volumétrica em índice acima do admitido pela ANP, registrada no LMC/Registro 1300 da EFD, nos exercícios de 2015, 2016, 2017, 2018, 2019. Exigido o valor R\$ 5.869,26, acrescido da multa de 100%;*

O recorrente apresenta peça recursal às fls. 260/283, reiterando as mesmas alegações da impugnação, conforme resumidas abaixo:

- 1- NULIDADE DA AUTUAÇÃO FUNDADA EM DECRETO DECLARADO ILEGAL PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. DECISÃO QUE, SOBRE A QUESTÃO DA DECLARAÇÃO DE ILEGALIDADE, TRANSITOU EM JULGADO. AUSÊNCIA DE RECURSO DO ESTADO DA BAHIA.
- 2- PEDIDO DE DILIGÊNCIA PARA ELABORAÇÃO DE NOVO DEMONSTRATIVO DE DÉBITO, TENDO EM VISTA PROVA DE NOTAS FISCAIS NÃO ESCRITURADAS NO LMC.
- 3- NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO ART. 10, PARÁGRAFO ÚNICO DA PORTARIA Nº 445/98 COMO CARACTERIZADOR DE FATO GERADOR. IMPOSSIBILIDADE DE EFEITO RETROATIVO.
- 4- NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. APURAÇÃO DIÁRIA. IMPOSTO DE APURAÇÃO MENSAL. INEXISTÊNCIA DE REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO.
- 5- NO MÉRITO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO DE ENTRADA. ERROS DE MEDIÇÃO E DE INSERÇÃO DE NOTAS. COMPROVAÇÃO DE AUSÊNCIA DE VENDA EM VOLUME SUPERIOR À COMPRA. NÃO CERTEZA DO COMETIMENTO DA INFRAÇÃO. PROVIMENTO DO RECURSO.

Por fim, finaliza requerendo que:

- a) A análise das multas tributárias aplicadas (100% e 60%), sob a ótica do art. 150, IV da CF, que cria óbice à utilização do tributo com efeito de confisco;
- b) Pelo Provimento ao Recurso, para julgar improcedente o auto de infração, haja vista a inexistência de certeza quanto ao cometimento da infração;
- c) E que toda intimação seja efetuada, na forma do RPAF, pessoalmente, em nome do contribuinte, via DTE.

Inicialmente passo a análise das preliminares de nulidade.

PEDIDO DE NULIDADE DA AUTUAÇÃO FUNDADA EM DECRETO DECLARADO ILEGAL PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. DECISÃO QUE, EM RELAÇÃO À DECLARAÇÃO DE ILEGALIDADE, TRANSITOU EM JULGADO. AUSÊNCIA DE RECURSO DO ESTADO DA BAHIA.

Afirma o recorrente que foi juntado aos autos sentença proferida pela 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, onde se declarou a inconstitucionalidade/ilegalidade do art. 10, parágrafo único da Portaria nº 445/98, nos autos do Processo nº 8057416-34.2021.8.05.0001. Em sessão de Julgamento, deu-se ciência à Junta de que o Recurso de Apelação intentado face a sentença não foi provido (doc. Anexo), mantendo-se a decisão que declarou a ilegalidade em sua inteireza. Deu-se ciência, em sessão, ainda, que o Estado da Bahia, ao recorrer do acórdão (doc. Anexo), somente questionou a ilegitimidade passiva, deixando de impugnar a declaração de ilegalidade da modificação na portaria, que deu ensejo à lavratura deste auto de infração.

Invoca o art. 168 do RPAF, argumentando que a modificação da portaria, além de ter sido considerada ilegal pelo juízo singular, também foi declarada ilegal pelo Tribunal de Justiça, sendo a decisão imutável em razão da ausência de recurso por parte do Estado da Bahia.

No tocante a alegação do recorrente observo que a cobrança exigida não trata de “ganho” pela

variação volumétrica por dilatação térmica ou por qualquer outro fenômeno físico, como alega o recorrente, e sim, nas entradas de combustível sem o devido documento fiscal, apurado através de uma equação aritmética em que se confronta o estoque escritural com o estoque físico apurado pelo próprio contribuinte, especificamente, no início e final de cada dia, e sendo de sua inteira responsabilidade, cuja apuração “pretérita” impossibilita retroceder no tempo para qualquer revisão da quantidade declarada no estoque físico, à época, devendo, portanto, ser considerada como verídica.

Sinalizo que o parágrafo único, do art. 10, incluso na Portaria nº 445/98, através da Portaria nº 159, de 24/10/19, define tão somente a metodologia a ser aplicada para a apuração do imposto devido, nas situações em que se constata a omissão de entrada de combustível, a título de variação volumétrica, ou seja, a Portaria nº 159/19, apenas aprimorou os critérios de apuração e procedimentos para a fiscalização, indicando como os auditores fiscais devem utilizar as informações dos ganhos registrados na EFD.

Compulsando os autos, verifico que o Auto de infração foi lavrado com a estrita observância dos ditames contidos no art. 39 do RPAF/99, com sua base de cálculo, com total do débito levantado, com descrição dos fatos considerados como infração de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta.

Observo que, a irregularidade apurada está devidamente demonstrada no levantamento fiscal, que serve de base a autuação, tendo ocorrido a devida ciência do contribuinte. Ademais, a autuação foi baseada no Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), a que o sujeito passivo tem total acesso. Além disso, todos os anexos ao auto de infração identificam todos os elementos dos fatos geradores em lide.

Dito isto, a cobrança exigida não trata de “ganho” pela variação volumétrica por dilatação térmica ou por qualquer outro fenômeno físico, como alega o recorrente.

.....

Desta forma, o lançamento de ofício, bem como o Processo Administrativo Fiscal decorrente, não se enquadra em quaisquer dos fundamentos do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação, portanto, o pedido de nulidade apresentado é **rejeitado**.

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. APURAÇÃO DIÁRIA. IMPOSTO DE APURAÇÃO MENSAL. INEXISTÊNCIA DE REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO.

O sujeito passivo recorre, alegando **equivoco no método de fiscalização ao usar o parâmetro diário para verificação de estoque de produto sujeito a imposto de apuração mensal**. Infere que o lançamento se deu com base no parágrafo único do art. 10 da Portaria n. 445/98 da EFD, o qual estabeleceu a verificação diária da variação de estoque de combustíveis através do Registro 1300 da EFD. Esse método de quantificação da variação, segundo o recorrente, causou distorções no caso concreto.

Observo que a cobrança exigida não trata de “ganho” pela variação volumétrica por dilatação térmica ou por qualquer outro fenômeno físico, mas sim a entradas de combustível sem o devido documento fiscal. A apuração através de uma equação aritmética em que se confronta o estoque escritural com o estoque físico apurado pelo próprio contribuinte, no início e final de cada dia, é de sua inteira responsabilidade. Tal apuração “pretérita” impossibilita retroceder no tempo para qualquer revisão da quantidade declarada no estoque físico, à época, devendo, portanto, ser considerada como verídica.

Sinalizo que o parágrafo único, do art. 10, incluso na Portaria nº 445/98, através da Portaria nº 159, de 24/10/19, define tão somente a metodologia a ser aplicada para a apuração do imposto devido, nas situações em que se constata a omissão de entrada de combustível, a título de variação volumétrica, ou seja, a Portaria nº 159/19 apenas aprimorou os critérios de apuração e procedimentos para a fiscalização, indicando como os auditores fiscais devem utilizar as informações dos ganhos registrados na EFD.

Dito isto, observo que, não há impedimento ao fato do levantamento ter sido efetuado de forma diária, já que o autuante obedeceu sim, a fórmula: $E_i + \text{entradas} - \text{saídas} = E_f$, seguindo o que foi escriturado pelo contribuinte no LMC. Desta forma, diariamente, de maneira independente, o levantamento quantitativo de estoques é feito, inclusive pelo próprio autuado, com o inventário dos combustíveis no início e no final das suas operações no dia, e registrando as omissões de entradas como ganhos e de saídas como perdas, tudo anotado também no registro 1300 da EFD.

Constata-se nos autos, que o levantamento quantitativo de estoque foi efetuado com base nos produtos combustíveis (gasolina comum/aditivada, etanol/aditivado e diesel S10), com identificação por códigos de produtos adquiridos pelo sujeito passivo, a partir das quantidades existentes em estoque no último dia do exercício anterior, escrituradas no livro Registro de Inventário assim apurado:

- a) Estoque Inicial do exercício seguinte do período fiscalizado;
- b) soma-se as aquisições do próprio produto no período sob fiscalização, denominadas de Compras;
- c) apura-se as quantidades disponíveis para vendas ($E_i + C$);
- d) deduz as quantidades de saídas consignadas nas notas fiscais (vendas, transferências, doações, etc.);
- e) apurando finalmente as quantidades remanescentes que deveriam existir no Estoque Final ($E_i + C - Sc/NF = E_f$).

Constata-se ainda que na descrição dos fatos da acusação fiscal, bem como do próprio demonstrativo analítico, não deixam dúvidas de que a exigência do lançamento decorreu do excessivo “ganho” de combustíveis registrado pelo contribuinte no Livro Movimentação de Combustíveis (LMC), através do Registro 1300 da EFD, em índice superior ao admitido pela ANP como variação volumétrica, cujo livro destina-se ao registro diário a ser efetuado pelos postos revendedores de combustíveis, conforme modelo ínsito no Ajuste SINIEF 1/92.

Sinalizo, que a autuação teve o enquadramento legal no art. 4º, § 4º, IV; art. 6º; art. 23, § 6º, II “b” da Lei nº 7.014/96 e art. 10, parágrafo único da Portaria nº 445/98, conforme previsto na regência da Legislação Estadual que rege o ICMS.

Assim, **rejeito** a nulidade suscitada.

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO COM BASE NO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO ART. 10, PARÁGRAFO ÚNICO DA PORTARIA Nº 445/98 COMO CARACTERIZADOR DE FATO GERADOR. IMPOSSIBILIDADE DE EFEITO RETROATIVO.

Sinalizo que o parágrafo único, do art. 10, incluso na Portaria nº 445/98, através da Portaria nº 159, de 24/10/19, define tão somente a metodologia a ser aplicada para a apuração do imposto devido nas situações em que se constata a omissão de entrada de combustível, a título de variação volumétrica, ou seja, a Portaria nº 159/19, apenas aprimorou os critérios de apuração e procedimentos para a fiscalização, indicando como os auditores fiscais devem utilizar as informações dos ganhos registrados na EFD.

Ademais, o Parecer Jurídico PGE nº 2020264546-0, com anuência do Procurador Chefe PGE/PROFIS, concluiu que não se trata de consideração de variação volumétrica como fato gerador, mas sim de combustíveis informados na EFD que excederam ao fenômeno físico da variação volumétrica, sem qualquer lastro documental, mediante as seguintes considerações:

- a. Quanto à desconformidade da ação fiscal com os dispositivos da Portaria nº 445/98 e à ilegalidade da Portaria nº 159/19, a PGE opinou que a infração, objeto do lançamento, não se trata de presunção, mas de um fato conhecido, declarado pelo próprio contribuinte em sua Escrituração Fiscal Digital (Registro 1300), que aponta para combustíveis no estoque sem qualquer registro documental.

- b. Em relação à possibilidade de retroação das Portarias nºs 159/19 e 001/2020, que estabeleceram índices de perdas normais a serem consideradas nos levantamentos quantitativos de estoques de combustíveis, a PGE opina que, por se tratar de um método de fiscalização ou procedimento de apuração do imposto, considera-se essa norma como procedimental ou adjetiva, sendo aplicável o disposto no art. 144, § 1º do CTN, com base em ampla jurisprudência. Reforça, ainda, que a retroação da norma se justifica, uma vez que as novas orientações internas são benéficas ao contribuinte, pois possibilitam a aceitação de perdas nas operações comerciais, conforme o art. 106, II do CTN.

Diante de tais constatações, rejeito a **nulidade** suscitada pelo Contribuinte.

No **mérito**, o recorrente alega a **AUSÊNCIA DE OMISSÃO DE ENTRADA. ERROS DE MEDIÇÃO E DE INSERÇÃO DE NOTAS. COMPROVAÇÃO DE AUSÊNCIA DE VENDA EM VOLUME SUPERIOR À COMPRA.**

Explica que um software, analisando as informações diárias do LMC, extrai da EFD do contribuinte somente o campo de eventual ganho ao final do dia, com subtração do índice de variação volumétrica. Disse que não há, nem por parte do Software, tampouco do Auditor Autuante, a análise dos outros dados do LMC, tais como entrada de mercadorias e vendas de produtos.

O recorrente alega a existência de erros no registro 1300 da EFD do contribuinte, destacando o lançamento simultâneo de perdas e ganhos nos dias autuados, bem como distorções no registro de vendas e na medição dos encerrantes no sistema. Além disso, informa a constatação de diversos erros, afirmando que, em todos os dias em que o fiscal apontou suposta sobra de combustíveis, foi possível verificar, no dia anterior ou no dia posterior, a falta de combustível no mesmo nível.

Salienta ainda que a análise diária, já debatida, traz diversos prejuízos, especialmente por desconsiderar perdas e ganhos existentes em virtude de erros de medição ou inserção de notas fiscais em datas equivocadas. Afirma, ainda, que, ao confrontar o Fiscal com diversos dias em que houve perdas e ganhos sucessivos, em vez de revisar a autuação, o fiscal preferiu afirmar que não acreditava que tantos erros possam ter sido cometidos.

Verifico que 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**. Conforme consignado pelo autuante, a prova de que os valores registrados na EFD correspondem à verdade material cabe, exclusivamente, ao autuado, porém, o recorrente não traz aos autos nenhuma comprovação probatória para elidir a lide, portanto, os valores anotados na EFD fazem prova contra a empresa e ela não pode simplesmente alegar que seu LMC tem valores diferentes e que estes são os corretos.

Sinalizo que o recorrente não apresenta qualquer objeção aos números apurados e sequer comprova a alegada existência de erros em sua escrita fiscal, a qual, reitero, se lastreia em documentos fiscais e aferição física diária dos estoques, constatação fática e pretérita de impossível verificação, sob sua exclusiva e inteira responsabilidade, cujos dados foram pelo contribuinte enviados à SEFAZ via SPED/EFD.

Ademais, no tocante as quaisquer inconsistências, equívocos ou divergências, apuradas quando da realização do levantamento quantitativo de estoques, a autuada não providenciou a correção prévia, a devida escrituração nem apresentação de documentação fiscal pertinente para elidir a lide.

Sobre a matéria de mérito, observo que foi exaustivamente debatida pela decisão de piso, da qual peço licença para transcrever trecho do voto abaixo:

“Depois de examinar as peças que compõem o presente PAF, verifico que não possui suporte fático ou jurídico tal alegação. Eis que, diante da tipicidade da atividade econômica exercida pelo estabelecimento autuado, a presente autuação deve ser compreendida em seu contexto fático. Como é cediço, em se tratando de posto

revendedor de combustíveis, e como tal, seus estoques devem ser inventariados diariamente, duas vezes, uma no início e outra no final do dia, após encerradas as vendas. Ficando assim, patente que os postos revendedores devem escriturar todos os inventários dos tipos de combustíveis, no livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), incluído na Escrituração Fiscal Digital (EFD), no registro 1300. Convém observar no LMC, existe campo específico para o registro de pequenas diferenças que podem ocorrer entre o estoque escritural e o estoque de fechamento do dia, visto que os combustíveis ficam sujeitos a variações volumétricas. Quando essas diferenças forem superiores ao limite de 0,6% dos volumes disponíveis para comercialização no dia, o posto revendedor deve expressamente, justificar os motivos da sua ocorrência (item 13, “f”, da instrução normativa anexa à Port. DNC 26/92). Na EFD, essas diferenças são anotadas nos campos 9 e 10 do registro 1300, como ganhos ou perdas, sendo essas aceitáveis até o limite de 0,6%, onde as omissões de entradas são registradas como ganhos e as omissões de saídas como perdas.

Observe, por essencial, que no presente caso, foi considerado pelo Autuante no levantamento fiscal, como perda normal, o percentual de 1,8387%, que representa o tripulo dos 0,6% citados, conforme disposto na Portaria 445/98. Entretanto, no caso presente, o Impugnante vem apresentando em seu registro 1300 da EFD, variações volumétricas acima do legalmente considerado pela ANP, sistematicamente, nos anos de 2015, 2016, 2017, 2018 e 2019, e somente ao ser autuado, no ano de 2020, negou o cometimento da infração, sob a alegação de erro em sua escrituração.

Quanto à alegação do Impugnante de ter retificado seu LMC, antes da ação fiscal, porém declarou que não conseguiu alterar esses dados na sua EFD, afirmando juntar à sua defesa, o livro físico da LMC com os ajustes que diz ter realizado, o que cairia por terra as omissões de entradas apontadas pela fiscalização. Solicitou a esta Junta que se realizasse uma revisão fiscal com base nos citados documentos.

Entendo que não deve ser acolhida esta solicitação, por não possuir legitimidade a realização de ajustes à EFD, após o início da ação fiscal, exceto para atendimento a intimação nesse sentido, feita pelo fiscal responsável pela fiscalização.”

Verifico que a argumentação proposta não se sustenta, pois, a acusação fiscal não se baseia em mera presunção legal. As entradas de mercadorias sem documentação fiscal foram identificadas através da auditoria de estoques, utilizando os registros fiscais do próprio autuado como base para a apuração.

No caso presente, trata-se de levantamento quantitativo do estoque a partir do Estoque Inicial (EI) mais Compras (C) e menos Saídas com Notas Fiscais (S c/ NF), que deverá ser igual a Estoque Final (EF), cuja expressão assim se representa: “ $EI + C - S_{c/NF} = EF$ ”.

O critério adotado que apurou a omissão de entrada, estabelecido no parágrafo único do art. 10 da Portaria nº 445/98, caracterizou a ocorrência de entradas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais.

O simples fato de alegar e não provar, configura mera negativa de cometimento da infração, que não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143 do RPAF/BA.

Por comungar do mesmo entendimento da decisão de piso, também **não acolho** os ajustes efetuados no LMC, por não possuir legitimidade legal, por entender como correta as informações originais lançadas pelo sujeito passivo na EFD e apresentada a SEFAZ que serviram de base para o lançamento em lide.

No tocante ao pedido de diligência suscitado pelo recorrente, tendo em vista que as informações trazidas aos autos permitiram a formação de minha convicção, sendo suficientes para a apreciação do feito, nos termos do artigo 147, I, “a” do RPAF/99, **indefiro** tal pedido.

Quanto ao pedido para que toda intimação seja efetuada, na forma do RPAF, pessoalmente, em nome do contribuinte, via DTE. Sinalizo que, a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se previsto nos artigos 108/109 do RPAF BA/99.

Com relação à alegação de que a multa de caráter confiscatório é inconstitucional, ressalto que de acordo com o artigo 167, inciso I do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Diante de tais constatações concluo pela **manutenção** das infrações 01 e 02 e acolho a **redução**

da multa da infração de 02 de 100% para 60%, conforme decisão de primo grau.

Pelo todo exposto, voto pela manutenção da decisão de piso e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO EM SEPARADO

Eminentes pares, todos conhecem o meu posicionamento em relação à auditoria usualmente realizada sobre o Registro 1300 da EFD, espelho dos dados contidos no LMC, por vezes redundando em reconhecimento de nulidade do ato administrativo de lançamento, dado o vício de fundamentação que deflui das impugnações empreendidas pela recorrente, e da resposta às mesmas por parte da Fiscalização.

Contudo, pelo que foi exposto no Relatório, não consigo ler nesses autos motivo para seguir por tal trilha.

Ante o exposto, com as minhas ressalvas sobre a compatibilidade de tais medidas fiscalizatórias para com a ordem jurídica posta, mas tendo em mira os limites de cognoscibilidade deste Conselho, dentre eles a possibilidade de adentrar matéria não ventilada, acompanho o Relator em suas conclusões, para desprover o Recurso Voluntário e manter julgadas, a infração 01, procedente, e a infração 02 parcialmente procedente (no que concerne, em relação a essa última, à redução da multa da infração de 02 de 100% para 60%), conforme decisão do órgão julgador *a quo*.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 206923.0029/20-3, lavrado contra **SANTOS PEDREIRA COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 38.366,65**, acrescido da multa de 100% sobre R\$ 32.497,39 e 60% sobre R\$ 5.869,26, previstas na alínea “d”, dos incisos III e II, “d”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de dezembro de 2024.

JOÃO FELIPE FONSECA OLIVEIRA DE MENEZES – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO – RELATOR

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – VOTO EM SEPARADO

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR DA PGE/PROFIS