

PROCESSO - A. I. N° 269138.0068/19-5  
RECORRENTE - POSTO KALILÂNDIA LTDA.  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0194-01/20-VD  
ORIGEM - SAT / COPEC  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 30/05/2022

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0109-12/22-VD**

**EMENTA:** ICMS. OMISSÃO DE ENTRADAS MERCADORIA SUJEITA AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO. EXTINÇÃO DO CONTENCIOSO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. Existência de ação judicial em curso e impetrada pela empresa recorrente durante o trâmite do atual Processo Administrativo Fiscal contra o Estado da Bahia, abarcando matéria específica aos julgados administrativos deste C. Conselho de Fazenda do Estado, inclusive o Acórdão recorrido pela 1ª Instância, inerente ao presente Processo Administrativo Fiscal ora guerreado. Restou prejudicada a análise das razões à luz da clara e precisa dicção dos artigos 126 do COTEB e 117 do RPAF/99. Considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra decisão exarada pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF nº 0194-01/20-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 10/12/2019, para exigir o pagamento de ICMS no valor histórico de R\$ 1.297.106,99, acrescido da multa de 100%, em decorrência da seguinte infração:

*Infração 01 - 04.07.01– Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido combustíveis de terceiros, desacompanhados de 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 2016, 2017 e 2018.*

Em sede de defesa, a empresa autuada apresentou peça impugnatória às fls. 21 a 59. Alegou exaustivamente nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração e apuração das quantidades consideradas como omitidas. No mérito, destacou ser evidente que os valores apurados seriam indevidos.

O autuante apresentou Informação Fiscal às fls. 84 a 101. Concluiu dizendo que a prova de que existem erros no registro 1300 da EFD deve ser feita pelo autuado, nos termos do art. 373, II do CPC. Acrescentou que a alegação genérica de que ocorreram erros ou a sua confissão de que escriturou os livros sem cumprir o que determina a legislação não deve ser considerada em seu favor, pois, como consequência, tornaria sem valor os registros nos livros das empresas.

O sujeito passivo alegou, em memorial enviado previamente à sessão de julgamento, que o julgamento por videoconferência sem a concordância do sujeito passivo feriria o princípio da publicidade dos atos administrativos.

Requeru a suspensão do julgamento a fim de que seja o PAF convertido em diligência, para que tenha vistas do PAF e da informação fiscal. Requeru, ainda, que fosse o PAF convertido em diligência à PGE/PROFIS, para análise e emissão de parecer, tal como já ocorreu no dia 22/10/2020, na sessão de julgamento do Auto de Infração nº 2691380109193.

Isto posto, o presente processo administrativo fiscal foi encaminhado para a 1ª Junta de Julgamento Fiscal. A referida JJF exarou decisão pela Procedência da autuação no valor de

**R\$1.297.106,99**, acrescido da multa de 100%, prevista na alínea “d”, do inciso III, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, além dos acréscimos legais, a seguir transcrita:

“(....)

*Verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.*

*Apesar de não se constituir em problema o envio das intimações referentes a este processo diretamente para o advogado estabelecido pelo autuado, o não atendimento deste pedido não implica em nulidade do ato quando a sua formalização ocorrer nos termos do art. 108 do RPAF.*

*A lide consiste na exigência de ICMS junto a revendedor varejista de combustíveis automotivos, na condição de responsável solidário, em razão de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária não registradas, apurado mediante verificação da variação volumétrica ter ocorrido em índice acima do admitido pela ANP, conforme registrado no LMC/Registro 1300 da EFD.*

*Indefiro o pedido de suspensão do julgamento requerido pelo autuado por este não concordar com a sua realização por videoconferência. De acordo com o inciso III do art. 167 do RPAF, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. A realização do julgamento por videoconferência está prevista no art. 64-A do Regimento Interno do Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF, aprovado pelo Decreto nº 7.592, de 04 de junho de 1999.*

*Não houve qualquer novo elemento trazido aos autos pelo autuante para sustentar suas alegações e os §§ 7º e 8º do art. 127 do RPAF somente exige que se dê ciência ao autuado acerca da informação fiscal prestada quando forem aduzidos fatos novos ou se forem anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos, sendo dispensada, inclusive, se ocorrer refazimento de demonstrativo ou levantamento efetuado em função de argumentos e provas apresentadas pelo autuado. Nenhuma dessas ocorrências foram observadas na informação fiscal prestada. Sendo assim, indefiro, também, o pedido de diligência para que o autuado tivesse vistas do PAF e da informação fiscal.*

*Rejeito o pedido de nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração e apuração das quantidades consideradas como omitidas e, consequente, cerceamento do direito de defesa. No caso de postos ou revendedores varejistas de combustíveis automotivos, a verificação de omissão de entradas de mercadorias pode ser aferida nos termos do parágrafo único do art. 10 da Portaria nº 445/98, com base nas informações registradas pelo contribuinte no LMC ou Registro 1300 da EFD, sem necessidade de observação dos estoques do início e fim de cada ano, pois nas informações do LMC podem ficar caracterizadas entradas de mercadorias sem nota fiscal se os ganhos volumétricos diários excederem o percentual máximo admitido pela legislação.*

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

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

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

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

*Desta forma, a presente exigência fiscal não se baseia em presunção, cabendo, como foi feito, a exigência do imposto por solidariedade. Não podemos falar em presunção quando ocorrem as situações descritas no inciso I do art. 10 da Portaria nº 445/98, ou seja, quando a mercadoria ainda estiver no estoque ou se tiver saído sem tributação. No presente caso, a inexistência de omissão de saídas e entradas por meio da análise dos documentos fiscais emitidos e recebidos e da computação dos estoques inicial e final leva à consequente conclusão de que os ganhos e perdas registrados como decorrentes de variação volumétrica foram objeto de*

*operações sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem tributação.*

*De acordo com o relatório das fls. 05 a 16, foram constatados ganhos registrados pelo autuado no LMC/Registro 1300 da EFD, a título de variação volumétrica, em percentual bem superior ao admitido pela ANP, conforme indicado no parágrafo único do art. 10 da Portaria nº 445/98. De acordo com a referida portaria, elaborada com base nos índices de variação volumétrica admitidos pela Agência Nacional de Petróleo (ANP), é admissível como limite máximo de ganho sobre o volume disponível em um tanque o percentual de 1,8387%. Os ganhos considerados inadmissíveis foram observados em vários meses do ano de 2015, 2016, 2017 e 2018.*

*Por exemplo, para o produto gasolina comum, no ano de 2016, foram observados ganhos de variação volumétrica nas medições registradas em vários dias dos meses de janeiro, fevereiro, março, abril, maio, junho, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro (fls. 05, verso e 06). No dia 02/04/2016, o volume disponível (estoque no início do dia + volume recebido no dia) foi de 12.427,712 litros, mas foi registrado pelo autuado um ganho no volume do final do dia de 11.985,291 litros. Ou seja, o autuado declarou que ao final do dia, por questão de temperatura, 12.427,712 litros de gasolina proporcionaram um acréscimo de 11.985,291 litros de combustível no tanque. Com base nos volumes que excederam o limite máximo admitido como ganho de variação volumétrica, o autuante elaborou o demonstrativo de débito deste auto de infração, conforme fls. 04 e 05.*

*Por não se basear em presunção, a apuração do imposto devido também não estaria sujeita à aplicação do disposto na Instrução Normativa nº 56/2007, ainda mais porque o imposto está sendo exigido por solidariedade relativamente às entradas e não o imposto decorrente das saídas subsequentes, objeto de outro auto de infração.*

*Entendo que não há como compensar as sobras detectadas nos registros efetuados pelo autuado no LMC/Registro 1300 da EFD com perdas registradas em dias anteriores ou posteriores ao das sobras. Assim como a sobra indica entrada de mercadoria sem nota fiscal, a perda indica saída sem registro fiscal. As perdas, portanto, evidenciam que as mercadorias saíram sem tributação, justificando a exigência do imposto também por antecipação tributária, cuja exigência foi lavrada apartada deste auto de infração.*

*A argumentação de que provavelmente o sistema do autuado tenha somado os volumes disponíveis de cada dia com as vendas e o estoque escritural ou qualquer outro possível equívoco cometido na escrituração do LMC/Registro 1300 da EFD não ficou comprovado nos autos. Foi alegada a incapacidade dos tanques em armazenar os quantitativos registrados ao final de cada dia, mas também não foi trazido qualquer documentação acerca da capacidade dos referidos tanques.*

*Supostos erros na informação de valores na escrituração fiscal, como alegou o autuado em relação aos informados no Registro 1300 da EFD que serviram de base para o presente auto de infração, não se constituem em inconsistências, que justifiquem solicitação de correção e a multa aplicada não poderia ser a da alínea "d" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, como sugerido pelo autuado, pois a presente exigência fiscal não trata de antecipação tributária. A retificação da EFD durante a ação fiscal ou após a lavratura do auto de infração, sem as devidas explicações e apresentação de documentação que justifique as retificações, não tem o condão de afastar a exigência fiscal.*

*O novo critério de apuração das omissões de entrada, estabelecido no parágrafo único do art. 10 da Portaria nº 445/98, aplica-se aos lançamentos referentes a fatos geradores ocorridos antes de sua instituição, conforme § 1º do art. 144 do Código Tributário Nacional.*

*Por todo o exposto indefiro o pedido de diligência para realização de revisão do lançamento fiscal e para remessa do PAF à PGE/PROFIS.*

*Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”.*

Diante da decisão exarada pela 1ª JJF do Conselho de Fazenda Estadual, o sujeito passivo, inconformado com tal decisão de piso, interpôs, tempestivamente, o seguinte Recurso Voluntário através do seu patrono advogado Dr. Fernando Marques Villa Flor, OAB/BA nº 11.026, o qual passo a relatar, em síntese.

Inicialmente, tratou da preliminar de nulidade da decisão recorrida, nos termos do art. 18, incisos II e III do RPAF, em razão de entender que a E. JJF não enfrentou as razões defensivas. Assim, trouxe uma vasta jurisprudência do CONSEF para sustentar suas razões de nulidade: ACORDÃO CJF Nº 0339-11/12, ACORDÃO CJF Nº 0259-11/16, ACORDÃO CJF Nº 0094-11/16, ACORDÃO CJF Nº 0052-13/12, ACORDÃO CJF Nº 0159-11/15, ACORDÃO CJF Nº 0325-11/12, ACORDÃO CJF Nº 0352-11/11, ACORDÃO CJF Nº 0081-11/09, ACORDÃO CJF Nº 0173-11/17, ACORDÃO CJF Nº 0356-11/05, ACÓRDÃO CJF Nº 0262-11/18, ACORDÃO CJF Nº 0052-12/19, ACORDÃO CJF Nº 0241-11/15, ACORDÃO CJF Nº 0127-12/15, ACORDÃO CJF Nº 0041-13/12 e ACORDÃO CJF Nº 0197-12/16.

Afirmou que o item 33 da defesa também não havia sido enfrentado, relativo ao fato de que a apuração não poderia ser aplicada, exceto na hipótese do art. 41, inciso II da Lei nº 7.014/96,

observados os requisitos, antecedentes, dos arts. 46 e 47, do mesmo diploma legal, ou seja, a Autuada teria que se encontrar sob regime especial de fiscalização.

Também disse que não foi apreciado a alegação de “ilegalidade” do art. 10, § único da Portaria nº 159/19, nos aspectos relativos à constituição da obrigação e aplicabilidade retroativa.

Afirmou que a JJF, ao manobrar a desqualificação da “presunção”, o que fez às fls. 07 do acórdão, alterou a substância do lançamento.

Disse que a Junta deturpou completamente o sentido da autuação, espelhado nos principais dispositivos indicados como infringidos e até mesmo no dispositivo da multa aplicada (que retrata omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive levantamento quantitativo de estoque), atentando contra o direito de defesa e contra a jurisprudência do CONSEF: *ACÓRDÃO CJF N° 0017-12/19* e *ACORDÃO CJF N° 0142-11/17*.

Argumentou ofensa ao art. 137, do RPAF, quando não encaminhou o processo para que o Autuante se manifestasse sobre a EFD retificada, juntada em 03/08/20, ou seja, mais de 3 meses antes do julgamento.

Em seguida, tratou de outra preliminar, relativa, desta vez, a nulidade do Auto de Infração. Pontuou que houve ausência de atendimento presencial e negativas da JJF quanto à regular instrução do processo.

Arguiu também nulidade do Auto de Infração, em razão da falta de apreciação dos documentos fiscais e contábeis, em razão de falta efetiva de demonstração das supostas omissões e do erro do enquadramento legal do Auto de Infração.

Neste último embasou seu argumento nos seguintes precedentes: *ACÓRDÃO CJF N° 0247-12/18*, *ACORDÃO CJF N° 0225-12/12*, *ACORDÃO CJF N° 0004-12/15*, *ACORDÃO CJF N° 0332-12/14*, *ACORDÃO CJF N° 0017-12/19*.

Continuou a tratar da preliminar de nulidade, argumentando impropriedade do método aplicado, inaplicabilidade da presunção legalmente permitida, está última trazendo precedentes deste CONSEF, quais sejam o *ACORDÃO CJF N° 0159-12/07*, *ACORDÃO CJF N° 0337-11/09* e ainda o afirma que estas posições encontram respaldo na Instrução Normativa nº 56/2002.

Nesse sentido, argumentou que no caso em lide a norma impede que seja feita a cobrança por presunção, dada a impossibilidade de se ter qualquer indício de prova de aquisições anteriores sem documentação fiscal, como também da ineficácia, do ponto de vista do ICMS, de vendas anteriores sem emissão de notas fiscais, pois tais vendas não são mais tributadas. Nessa esteira, trouxe os seguintes precedentes: *ACORDÃO CJF N° 0114-12/09*, *ACORDÃO CJF N° 0343-11/12*, *ACORDÃO CJF N° 0350-11/11*, *ACORDÃO CJF N° 0387-12/12*, *ACORDÃO JJF N° 0240-02/11*, *ACORDÃO CJF N° 0205-11/18*, *ACÓRDÃO CJF N° 0337-11/18*, *ACÓRDÃO JJF N° 0192-02/19*, *ACÓRDÃO JJF N° 0121-03/19*, *ACÓRDÃO CJF N° 0087-11/18* e *ACORDÃO CJF N° 0036-12/18*.

Explicou que a Instrução Normativa nº 56/07 expressamente exige que a não aplicação da proporcionalidade seja justificada e registrada no termo de encerramento da fiscalização, vedando até mesmo o registro do auto no sistema da SEFAZ.

Ato contínuo, tratou da nulidade por irregularidade na condição da ação fiscal, fundamentando com base na Portaria nº 445/98, arts. 1 e 3, e colacionando os seguintes precedentes: *ACÓRDÃO JJF N° 0186-02/19*, *ACÓRDÃO JJF N° 0159-02/19*, *ACÓRDÃO JJF N° 0160-02/19* e *ACÓRDÃO JJF N° 0167-02/19*. Nesse sentido, questionou por que não examinar os documentos fiscais e contábeis? por que não listar as entradas e os estoques de medição, para as devidas apurações?

Arguiu também preliminar de impossibilidade de constatação de fato gerador diário, nesse sentido, a impossibilidade de apuração diária (exceto na hipótese do art. 41, inciso II da Lei nº 7.014/96, observados os requisitos, antecedentes, dos arts. 46 e 47 do mesmo diploma legal), somente se poderia interpretar a inovação feita pelo § único, do art. 10 da Portaria nº 159/19, como sendo os ganhos diários registrados um dos componentes da auditoria de estoques. Considera-lo de forma isolada, seria criar nova e ilegal hipótese de presunção.

Também defendeu preliminar de nulidade por ilegalidade da Portaria nº 159/19 e inaplicabilidade a fatos pretéritos. E em seguida, tratou da preliminar de nulidade por utilização de dados irreais, uma vez que entendeu que as quantidades que teriam sido pinçadas da EFD não refletem a realidade das movimentações realizadas pela corrente, trouxe para fundamentar também seu argumento o seguinte precedente: *ACORDÃO CJF Nº 0268-11/16*.

Informou que retificou seu SPED/LMC, apresentando os reais dados de ganhos e perdas, compatíveis com suas entradas e saídas e com os valores declarados em suas DMAs e escrituração contábil, ensejando a necessidade de completa revisão, para o alcance da verdade material. Em seguida, transcreveu transcrever, com destaque, o voto, preferido pelo Relator da JJF, no Acórdão nº 0186-02/19.

Ainda arguiu também preliminar de ilegitimidade passiva. Disse que a afirmativa da JJF com base no art. 6º da Lei nº 7.014/96, não se sustenta e pede que seja apontado o inciso, alínea ou parágrafo, do art. 8º da Lei nº 7.014/96, onde se encontra tal previsão.

Defendeu preliminar de ilegalidade da Portaria nº 445/98 frente a ilegalidade do art. 10, inciso I, alíneas “a” e “b” da Portaria nº 445/98, pois o art. 128 do CTN, utilizado pela JJF para dizer que “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”. O art. 128 do CTN, permite que a atribuição de responsabilidade seja realizada mediante lei. Contrário senso, a norma infralegal não pode assumir essa conduta e, assim o fazendo, é inteiramente ilegal.

No mérito, inicialmente pleiteou a aplicação do disposto no art. 155, § único do RPAF.

Afirmou que com relação à Portaria nº 159/19, a JJF, prejudicou sobremaneira a defesa, pois se negou a deliberar sobre a alegação de sua ilegalidade, e seguiu tratando da ilegalidade do parágrafo único do art. 10 da referida portaria.

Disse que a JJF admitiu “um novo critério de apuração”, o que já seria ilegal. Criou sim, a partir de uma obrigação acessória, novo fato imponível.

Fundamentou suas razões com o seguinte precedente: *ACORDÃO CJF Nº 0268-11/16*

Explicou que “a previsão do art. 144, do CTN, confirma que o lançamento reporta-se “à data de ocorrência do fato gerador e rege-se pela lei vigente”. Se por um, lado não de pose atribuir à norma complementar o condão de LEI, por outro não há que se falar na exceção feita pelo § 1º, do art. 144 do CTN, que permite a aplicação, ao lançamento, “da legislação”, que “posteriormente à ocorrência do fato gerador, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas” (destacamos), pois no caso sob demanda não existia o fato gerador e, sobre ele, não se fez ampliação de poderes investigativos.”

“Se o registro na EFD, por si só, caracterizasse o fato gerador, poder-se-ia argumentar que a IN 159 deu o fisco maior poder de fiscalização e aumentou critérios de apuração, permitindo que o mesmo registro, que já era considerado fato gerador, servisse ao Fisco para lançar o imposto. Contudo, a Portaria 159 ao expressar que a omissão de registro de entrada “SERÁ CARACTERIZADA” pela quantidade diária registrada no LMC, criou o próprio fato gerador. O fez de forma ilegal, mas também condicionou a evento FUTURO (SERÁ!!!).”

Destacou que a Portaria 445/90, não faz distinção entre mercadorias sujeitas ao regime normal e à substituição tributária, em se tratando da presunção estabelecida no art. 7º, inciso II da Portaria nº 445/98, onde inclusive encontra a transcrição que faz a vinculação com o art. 4º, § 4º, inciso IV da Lei nº 7.014/96, haveria que se aplicar a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, sobre as “receitas omitidas”, ensejando a improcedência da cobrança.

Disse que essa observação revela, ainda, a ilegalidade do art. 10, inciso I, “a” e “b” da Portaria nº 445/98, na medida em que atribui aos revendedores de combustíveis responsabilidade solidária, com afronta ao art. 128 do CTN (ofensa ao princípio da reserva legal) e, consequentemente, ao art. 8º, inciso IV, “a” e “b” da Lei nº 7.014/96. Pediu que seja reconhecida a ilegalidade ora formulada,

na forma prevista no RPAF.

Afirmou que com relação aos Acórdãos citados pela defesa, não foram combatidos pela JJF e revelam a nulidade de lançamento realizados nos mesmos moldes do presente Auto de Infração, conforme demonstrativos anexos, como exemplos. A despeito da descrição da infração, feita no Auto de Infração correspondente aos referidos Acórdãos JJF nºs 0160-02/19 e 0167-02/19, homologados, respectivamente, dias 12/02/2020 e 07/05/2020, ambos pela 2ª CJF, as cobranças ali realizadas foram feitas dentro do mesmo método ora combatido (demonstrativos anexos), tendo a CJF rejeitado de forma integral a ilegalidade cometida. Disse ser a única diferença, entre os dois casos, é que na época não existia a Portaria nº 159/19, o que reforça a criação, arbitrária e ilegal, e nova hipótese de fato gerador.

Defendeu que ainda que as quantidades apresentadas no demonstrativo que acompanha o Auto de Infração tivessem sido levantadas por meio legal e representassem ganhos reais, não poderiam ser tais dados simplesmente conduzidos ao “status” de fato gerador do ICMS, conforme decidido recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, que inadmitiu a própria “variação volumétrica” no RECURSO ESPECIAL Nº 1884431 - PB (2020/0174822-8).

Expôs que:

*“E não se diga que a posição do STJ se reportou a “limites de variação volumétrica”. As decisões acima reportadas não permitem que a “variação volumétrica” seja entendida como “fato gerador”, independente de índices. E se a lei não atribuiu limitações percentuais, é evidente que uma “portaria” não pode invadir a reserva legal e, dessa forma, interferir na apuração da própria base de cálculo. A malfadada Portaria veio a estabelecer que a omissão “...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 excede 1,8387% da relação entre o ganho e volume disponível...”.”*

Como meio de prova, pediu a ouvida da PGE sobre a extensa matéria de direito abordada, inclusive acerca da nulidade da decisão recorrida, o que poderá ser levado a efeito pela CJF ou, uma vez alcançada a nulidade da decisão, pela JJF. Da mesma forma requereu vistas, conjuntamente, do parecer da PGE e da Informação Fiscal, com a reabertura do prazo em 60 dias. Solicitou também que, de forma alguma, seja o julgamento pela Douta CJF realizado por “videoconferência”, pois tal método já contaminou o processo, com irreparável cerceamento à defesa.

No que tange à multa por infração disse que se não se trata de omissão de receitas tributáveis, de presunção ou de levantamento fiscal, e, sim, de “omissão por registro de dados no LMC”, estaria caracterizada hipótese até então não prevista em lei, cabendo a sanção de 60%, como já decidiu a própria 3ª JJF no ACÓRDÃO JJF Nº 0199-03/20-VD.

Protestou pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente revisão por fiscal estranho ao feito, colocando à disposição toda a documentação, fiscal e contábil, que se entender necessária (e arquivos) e com o desiderato de realizar de forma efetiva uma auditoria de estoques, apurando a real movimentação da Autuada nos exercícios fiscalizados (verdade material), e para a aplicação na Instrução Normativa nº 56/07, pede e espera que o presente Recurso Voluntário seja provido, a fim de que seja declarada a nulidade da decisão recorrida ou, com aplicação do disposto no art. 155, § único do RPAF, para que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente.

Uma vez declarada a nulidade da decisão, requereu que se determine à JJF que adote os procedimentos do art. 168 do RPAF.

Isto posto, o presente processo administrativo fiscal foi encaminhado para 2ª CJF, que, em 21/05/2021, encaminhou em diligência para que o autuante faça juntada ao PAF de todos os registros fiscais cujas informações tenham sido extraídas para fins de elaboração dos demonstrativos acostados ao PAF. Requereu, também, que fosse trazido ao PAF cópia do arquivo magnético (SPED FISCAL) enviado pelo contribuinte e utilizado pelo autuante na presente fiscalização.

O sujeito passivo apresentou extensiva manifestação às fls. 249 a 291. Chamou a atenção para a ausência dos Registros 1300, 1310 e 1320.

Defendeu a decadência do direito de constituição do crédito tributária, em relação aos supostos fatos geradores até 31/12/2015, trazendo o precedente do ACORDÃO CJF Nº 0250-11/18 e ACORDÃO CJF Nº 0211-12/16.

Disse ainda que se a intimação é “inválida” não pode surtir qualquer efeito, inclusive diante da contagem do “prazo decadencial”, sob pena de ter o Fisco “prazo eterno” para efetuar o lançamento.

Em seguida tratou da preliminar de nulidade em razão do cerceamento do direito de defesa, o qual disse ser extraído da simples leitura da “fundamentação/voto” da JJF, assim como do ato adotado pela Douta CJF, tendo em vista que o art. 46 do RPAF, não foi atendido.

Tratou também da preliminar de nulidade em razão das alegações defensivas não apreciadas, por clara ausência de deliberação quanto a argumentos apresentados pela defesa, especialmente no que tange a apuração diária só ser possível na hipótese do art. 41, II da Lei nº 7.014/96, observados os requisitos dos arts. 46 e 47, diante da ausência de efetiva deliberação sobre a alegação de ilegalidade da Portaria nº 159/19 e da alteração do enquadramento legal, portando do fulcro do Auto de Infração, bem como do lastro na apuração da base de cálculo, sem sequer determinar a reabertura do prazo de defesa.

Arguiu preliminar de nulidade do auto de infração ou da decisão recorrida pela alteração do fulcro do lançamento, disse que o Auto de Infração é nulo, bem como a decisão da JJF, como, aliás, ao determinar o atendimento do art. 46 do RPAF, com a reabertura de prazo de defesa, tacitamente reconheceu a CJF, em relação à decisão. Trouxe os seguintes precedentes: ACORDÃO CJF Nº 0247-11/16, ACORDÃO CJF Nº 0234-12/17, ACORDÃO CJF Nº 0013-12/15, ACORDÃO CJF Nº 0361-12/14 e ACÓRDÃO CJF Nº 0307-12/19.

Defendeu nulidade do lançamento com fulcro no art. 196 do CTN. Afirmou que conforme cópia anexa, a recorrente foi cientificada que seria fiscalizada apenas em relação ao exercício de 2015. Assim, o atendimento à exigência legal só pode fazer efeito em relação a 2015, o que significa dizer que os exercícios de 2016 em diante sequer poderiam ser fiscalizados.

Em relação aos exercícios de 2016 a 2018, disse ser o Auto de Infração nulo de pleno direito, na medida em que a ação fiscal não se encontrava acobertada pelo termo exigido, embasou tal argumento nos seguintes precedentes: ACORDÃO JJF Nº 0049-01/15, ACORDÃO CJF Nº 0153-12/11, ACORDÃO JJF Nº 0025-04/17, ACORDÃO JJF Nº 0121-06/19. Em seguida, transcreveu decisão emanada do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais.

Disse que se não for admitido o vício na condução da ação fiscal, decorrente da “ausência de termo de fiscalização para os exercícios de 2016 a 2018”, há que se pontuar, ao menos, que não se pode atribuir os efeitos pretendidos, concernentes à invalidade das retificações feitas na EFD/LMC, que devem ser tidas como espontâneas e utilizadas em revisão do feito ou nova ação fiscal.

Destacou que as retificações foram autorizadas pela SEFAZ, feitas dentro da sistemática do art. 251, § 1º do RICMS, não se pode admitir uma interpretação do mesmo art. 251, § 2º, seja fora do contexto geral das normas e sempre em detrimento do Contribuinte.

Requeru a nulidade do Auto de Infração, quanto aos exercícios de 2016 a 2018, ou que seja instalada revisão fiscal, para o cotejamento de todas as vendas e compras e estoques, com documentação fiscal, e até mesmo na escrita contábil.

A respeito do enquadramento legal apresentou as seguintes conclusões:

*“A - A Lei 7.0143/96 só autoriza a cobrança do ICMS, em decorrência de ausência de registro de entradas de mercadorias ou bens, por presunção;*

*B – A fundamentação do lançamento é a presunção, seja quanto à própria essência do pedido, seja quanto à forma adotada para a apuração da base de cálculo;*

C – O disposto no art. 6º, inciso IV, apesar de somente ser aplicável nos casos de FLAGRANTE da posse de mercadorias ou bens, não retira a presunção, que no caso seria, apesar de absurda hipótese, de que essa “posse” se presume ter existido, de 2015 a 218;

D – Ao afastar a aplicação, assim consignada no lançamento de ofício, da “presunção”, a JJF alterou a fundamentação do AI, sem sequer reabrir o prazo de defesa;

E – A autuação foi levada a efeito sem considerar qualquer documento, fiscal ou contábil, e sem que fosse realizado um verdadeiro levantamento. Apenas as informações lançadas, sem compatibilidade com a verdade material e nem com os demais Registros do LMC (notadamente com os Registros 1310 e 1320), como “ganhos” no “Campo 10 do Registro 1300 do LMC”, foram validadas.”

Explicou que embasada a autuação na presunção prevista no art. 4º, § 4º, inciso IV e art. 6º, inciso IV da Lei nº 7.014/96, com a base de cálculo dimensionada conforme o art. 23-A, inciso II da mesma Lei, necessário que se observe estritamente o quanto disposto na Instrução Normativa nº 56/07, assim, nas hipóteses de “fato gerador presumido”, situação aqui inafastável, deve ser cobrado o imposto sobre a proporção dos valores relativos às operações sujeitas o regime normal de tributação, afastada a imposição sobre importâncias pertinentes a operações sujeitas à isenção, não-incidência e substituição tributária.

Tratou da ilegitimidade passiva da recorrente e a ofensa ao procedimento regular em razão da Portaria nº 159/19, trazendo os seguintes precedentes: ACÓRDÃO CJF Nº 0309-12/20-VD, ACÓRDÃO CJF Nº 0097-12/20-VD.

Disse que consoante demonstrativos anexos, as apurações já rejeitadas pelo CONSEF foram feitas exclusivamente através do mesmo método ora atacado (sobre lançamentos na EFD/LMC/Registro 1300), sem o exame de qualquer outro documento ou informação, fiscal ou contábil.

Em seguida, tratou exaustivamente da ilegalidade da Portaria nº 159/19, bem como da irretroatividade da mesma, no máximo se poderia a aplicabilidade do parágrafo único do art. 10, a partir do dia em que foi publicada, 25/10/2019.

Informou que retificou, depois da ação fiscal, seu SPED, com base nas notas fiscais, tendo juntado, 4 meses antes do julgamento atacado, os arquivos e comprovantes de transmissão. Conforme comprovantes anexos ao PAF, relativos aos estabelecimentos da autuada, incluindo o autuado teve autorização para a retificação, sendo concedido prazo, atendido em 09/06/20, até o dia 07/07/20. Os dados retificados, portanto, compõem a escrituração digital do contribuinte e não podem ser desprezados, salvo se comprovadamente não estiverem em consonância com a base documental, fiscal ou contábil.

Disse que se o desejo do Julgador é realmente “alcançar a verdade material”, como externado nas sessões de julgamentos e como tentado mediante a diligência ora comentada, deve ao menos, antes de prolatar decisão final, investir de forma isenta na instrução do PAF, determinando diligência com o desiderato de apurar se os dados apresentados nas retificações possuem respaldo nos estoques iniciais de 2015, nas compras e vendas e na contabilidade (quantidades e valores) e, daí por diante, mês a mês e ano a ano (2015 a 2018).

Sobre verdade material trouxe o seguinte precedente: ACORDÃO CJFNº 0268-11/16.

Afirmou que o autuante admitiu a possibilidade de erros nos arquivos.

Trouxe declaração firmada pela empresa ENFOCK Automação Comercial Ltda., que os dados inicialmente lançados no LMC/EFD/Reg. 1300, se encontravam contaminados. A referida empresa, que presta “serviços de consultoria e gestão como franquia para o Estado da Bahia do desenvolvedor LINX S/A”, atestou que:

“Verificamos em diversas datas dentro do período compreendido de períodos 01/01/2015 a 31/12/2018, que diversos lançamentos manuais de medições de tanques foram lançados de forma incorreta em datas diferentes, e ou não lançadas, ocasionando faltas e sobras de estoque indevidas, tal fato incide diretamente no cálculo de estoques diários dos combustíveis citados.”

Enfatizou que os vícios apontados pela ENFOCK contaminaram sobremaneira os lançamentos relativos a “perdas e ganhos”, que não refletiram a verdade das movimentações dos combustíveis, com efeito cascata em detrimento da verdade material.

Reforçou que mesmo diante da ausência da EFD utilizada no Auto de Infração e dos “Registros 1300, 1310 e 1320”, analisando as planilhas que somente agora teve acesso, a recorrente reforçou sua convicção de que não existem no PAF demonstrativos que comprovem as efetivas diferenças, diárias, entre os estoques “escriturais” e “das medições”.

Disse que nas planilhas anexas, em meios físico e magnético, encontram-se todos os pontos correlatos aos vícios abordados, com inúmeros exemplos concernentes às “perdas e ganhos” e outras inconsistências na apuração. E disse que não levar em conta todas essas circunstâncias e valorar, tão somente, sem admitir a possibilidade de erros materiais, os equivocados registros de “ganhos”, já retificados de maneira legal e regular, é atentar contra a verdade material e admitir que a autuação foi lastreada, apenas, em “informações acessórias que foram erigidas à condição de fato gerador não previsto em lei”.

Ressaltou, também, que os lançamentos aqui reportados encontram suporte, em valores, na contabilidade e DMAs transmitidas ao Fisco. Disse que se a ação fiscal tivesse seguido o quanto determinado pela Portaria nº 445/98 ou pela Instrução Normativa nº 56/07, essa conclusão já teria sido tomada e o Auto de Infração não teria sido lavrado. Mas uma revisão, abrangendo os aspectos fiscais e contábeis, pode ser instaurada, como medida de extrema cautela.

Resumiu suas arguições sobre verdade material dizendo que os arquivos da EFD demonstram com clareza os totais vendidos pela recorrente em cada exercício, que não existiram vendas não registradas e que as saídas encontram respaldo nos estoques (iniciais e finais) e nas entradas/compras realizadas com notas fiscais e retenção do ICMS. Afirmou ser o lançamento de ofício totalmente improcedente.

Informou a existência na 4ª Vara da Fazenda Pública, nos autos do Processo nº 8057416-34.2021.8.05.0001, de liminar assim determinando:

*“Dessa forma, diante dos argumentos expendidos e comprovados, sem adentrar no mérito, mas porque vislumbrei presentes os requisitos autorizadores, CONCEDO A LIMINAR para determinar em caráter antecedente, para determinar ao Réu que se abstenha de inscrever em dívida ativa os créditos tributários objetos dos autos de infrações objetos desta lide, ou, se já o fez, que proceda a suspensão da exigibilidade; além de se abster de realizar novas autuações e cobranças em face dos Autores com fundamento nos arts. 4º, §4º, inciso IV, 6º, inciso IV, 23-A, inciso II, todos da Lei 7.014/96, e do art. 10, parágrafo único, da Portaria 445/98 com alterações posteriores, relativo a cobrança de recolhimento de ICMS sobre variação volumétrica dos combustíveis acarretada pelo aumento da temperatura; ficando o Réu, ainda, impossibilitado de promover qualquer cobrança judicial ou extrajudicial, e incluir o nome dos postos de combustíveis autuados em cadastros de inadimplentes, bem como dos sócios que compõe o quadro societário, expedindo em favor destes, sempre que solicitada, a certidão negativa de débitos fiscais referente aos autos impugnados, sob pena de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), limitado ao valor da causa, sem prejuízo das demais cominações legais em função de eventual descumprimento de ordem judicial.” (Destacamos)*

Por fim, rechaçou a multa aplicada pedido a dispensa da multa por infração e dos acréscimos moratórios, com sustentação no art. 100, incisos I e III, c/c o parágrafo único do CTN.

Renovou a solicitação da busca da verdade material e, com lastro em toda a documentação fiscal e contábil da recorrente, revisão do lançamento, pleiteando a ouvida da PGE sobre toda a matéria de acima tratada, pediu pelo Provimento do Recurso Voluntário, a fim de que seja declarada a nulidade da decisão recorrida, com saneamento do PAF e novo julgamento em Primeira Instância, ou a nulidade ou improcedência do Auto de Infração, ou, se mantido o ilegal e infundado lançamento, a dispensa da multa e acréscimos legais.

O autuante apresentou Informação Fiscal às fls. 377 a 400, na qual sustentou a procedência total do lançamento. Em síntese tratou das preliminares sobre a violação do princípio do contraditório e da ampla defesa, neste âmbito referente as alegações de violações à ampla defesa, devido a falta de apresentação de todas as planilhas elaboradas no procedimento de fiscalização que antecedeu o lançamento. Também tratou das preliminares arguidas pelo recorrente sobre a violação aos princípios da legalidade e da verdade material, bem como a da reserva legal.

No mérito, tratou sobre a correção técnica do levantamento quantitativo de estoques feitos na auditoria fiscal, prestando informações sobre o controle dos estoques nas ciências contábeis, do

inventário dos estoques, da frequência de realizações dos inventários, do controle dos estoques de combustíveis feitos pelos postos revendedores e da legalidade do procedimento de fiscalização, abordando nesta a necessidade de alteração dos procedimentos da Portaria nº 445/98, explicações sobre o caráter procedural da referida portaria, da adequação técnica do novo procedimento de fiscalização para a identificação de fatos geradores ocorridos e da retroatividade da aplicação da nova norma procedural.

Tratou também da apuração diária da ocorrência dos fatos geradores, bem como da inexistência de qualquer presunção de omissão de entradas no procedimento de fiscalização. Está última abordando explicações sobre os limites físicos para a variação volumétrica dos combustíveis no Estado da Bahia, do fundamento fático do percentual limite de 1,8387% estabelecido pela Sefaz Bahia para os ganhos registrados na EFD e da aplicação do parágrafo único do art. 10 da Portaria nº 445/98.

Ainda abordou explicações sobre os erros no registro da movimentação de combustíveis na EFD, tratando sobre as retificações dos arquivos EFD apresentados, da checagem de possíveis erros no controle de estoques registrados na EFD, dos supostos erros na fiscalização apontados pelo corrente, relativos ao cancelamento dos ganhos com as perdas sucessivas, erros de mediação, erros de digitalização do FECH\_FISICO, erros nas anotações das datas de entradas do combustível nos tanques do posto revendedor, das movimentações entre postos feitas sem documentação fiscal, dos volumes armazenados maiores que a tancagem registrada do posto de combustível, do posto operando como TRR, das movimentações entre o FECH\_FISICO e o ESTQ\_ABERT do dia seguinte, bem como sobre o levantamento quantitativo de estoque feito anualmente.

Em seguida, tratou da prova referente aos equívocos, erros e inconsistências na escrituração do posto revendedor. Nesse sentido, disse que a escrituração equivale à confissão extrajudicial do fato que se deseja provar, pois, se os livros do empresário não fizessem prova contra ele, de nada valeria o cumprimento das normas legais que ditam suas formalidades intrínsecas e extrínsecas, de forma que todo o sistema estaria irremediavelmente comprometido.

Referente a validade jurídica da EFD disse que 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.

Explicou que esses documentos são assinados digitalmente com uso de Certificados Digitais, do tipo A1 ou A3, expedidos, em conformidade com as regras do ICP-Brasil, pelos representantes legais ou seus procuradores e têm validade jurídica para todos os fins, nos termos dispostos na MP-2200-2, de 24 de agosto de 2001.

Argumentou que no caso da fiscalização efetuada, examinando os arquivos mensais de EFD apresentados, constatou-se que não houve qualquer inconsistência nos mesmos. Muito pelo contrário, o registro da movimentação de combustíveis do posto revendedor se encaixa perfeitamente com as informações dos documentos fiscais de entradas, e as saídas são exatamente as indicadas nos registros 1310 (movimentação diária de combustíveis por tanque) e 1320 (volume de vendas).

Defendeu ser inaplicável a Instrução Normativa nº 55/14, pois a sua leitura revela que ela se dirige exclusivamente à utilização de arquivos no formato do Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços (SINTEGRA), sem tratar em momento algum dos arquivos EFD.

Disse que a prova de que existem erros no registro 1300 da EFD da impugnante deve ser feita pela mesma, nos termos do art. 373, II do CPC.

Ainda alegou que a prova de eventuais erros no registro 1300 do posto revendedor deve ser robusta, pois, é implausível que qualquer empresário trate com desleixo seus estoques durante anos a fio sem que tomasse as devidas providências para resolver as “irregularidades” que alega.

Afirmou que cabe a impugnante demonstrar “com base em documentos de origem externa ou

*internal ou, na sua falta, em elementos que comprovem ou evidenciem fatos e a prática de atos administrativos*" a incorreção dos lançamentos feitos na EFD, pois o ônus probatório lhe compete, nos termos do artigo 373, II do CPC.

Arguiu que a ausência do registro 1300 não revela necessariamente erro na EFD, haja vista que este só deve ser informado se houver movimentação de combustíveis no posto revendedor. Se ele não for informado, pode-se concluir que não houve movimentação no posto (por exemplo, como no caso de uma reforma nas instalações).

Afirmou que não há que se falar em aplicação da proporcionalidade de que trata a Instrução Normativa nº 56/07 quanto a essa infração, haja vista a sua responsabilidade não ser fruto da presunção do art. 4º, § 4º, IV da Lei nº 7.014/96, mas do art. 6º, IV da Lei nº 7.014/96.

Ressaltou que se a receita obtida com a venda do combustível adquirido sem notas fiscais é proporcional àquela obtida com os combustíveis regularmente adquiridos com notas fiscais, então a receita obtida com os combustíveis adquiridos sem notas fiscais atende exatamente a proporcionalidade a que se refere a Instrução Normativa nº 56/07.

Por fim, alegou ter rebatido todos os pontos da impugnação, sustentando, com isso, a total procedência do lançamento.

Em seguida, o presente processo administrativo legal foi encaminhado para esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, sob minha relatoria, para ser devidamente instruído.

Na sessão de julgamento do dia 11 de abril de 2022, o nobre Procurador da PGE/PROFIS, Dr. Raimundo Andrade informou e enviou documentos acerca de ação judicial impetrada pela empresa recorrente no decorrer do trâmite do atual Processo Administrativo Fiscal.

Trata-se de uma Ação Declaratória com Pedido de Tutela de Urgência Inaudita ajuizada pela empresa, envolvendo a matriz e suas filiais, na 3ª Vara da Fazenda Pública de Salvador tendo como Requerido o Estado da Bahia sob o número 8024453-36.2022.8.05.0001, com última distribuição datada de 24/02/2022 e tendo como referência o Processo Judicial de número 8009255-56.2022.8.05.0001, cujo direito perseguido é idêntico, nos termos postos pelos advogados da requerente no processo judicial.

Após a análise dos argumentos, fatos, documentos e da legislação, passo a exarar o seguinte voto. Registro a presença do advogado do Autuado, Sr. Fernando Marques Villa Flor, OAB/BA nº 11.026, que efetuou a sustentação oral.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela empresa recorrente em 08 de março de 2021, contendo uma série de arguições de nulidade e improcedência da autuação.

Pelo que se depreende do final do relatório acima, conforme bem informado e opinado pela douta PGE/PROFIS, através do preclaro Procurador Dr. Raimundo Andrade, a existência de ação judicial em curso e impetrada pela empresa recorrente durante o trâmite do atual Processo Administrativo Fiscal contra o Estado da Bahia, abarcando matéria específica aos julgados administrativos deste C. Conselho de Fazenda do Estado, inclusive o Acórdão recorrido pela 1ª Instância inerente ao presente Processo Administrativo Fiscal ora guerreado.

Em assim sendo, como bem pontuou o nobre Procurador Raimundo Andrade, de forma oportuna e embasada, o Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo restou prejudicado à luz da clara e precisa dicção dos artigos 126 do COTEB e 117 do RPAF/99, a seguir transcritos *in verbis*:

COTEB:

*Art. 126. Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou recurso, importando tal escolha a desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.*

RPAF/99:

*Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.*

*§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113:*

*I - na fase em que se encontre, tratando-se de ação judicial relativa a Auto de Infração preexistente;*

*II - imediatamente após a sua lavratura ou quando se tomar conhecimento da existência da ação judicial, quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito especificamente à matéria objeto do procedimento administrativo.*

*§ 2º A ação judicial proposta pelo sujeito passivo não suspende a execução do crédito tributário, salvo quando:*

*I - acompanhada do depósito do seu montante integral;*

*II - concedida medida liminar em mandado de segurança, determinando a suspensão.*

*§ 3º A suspensão da exigibilidade do crédito nos casos de depósito do valor ou de concessão de medida liminar em mandado de segurança não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.*

*§ 4º Quando o contribuinte ou responsável, antecipando-se a procedimento administrativo ou medida de fiscalização, promover contra a fazenda pública estadual qualquer ação judicial em que se discuta matéria tributária, a repartição fiscal competente deverá providenciar e fornecer à Procuradoria Geral do Estado, por provação desta:*

*I - Termo de Ocorrência, a ser imediatamente lavrado para apurar a situação tributária do contribuinte, com relação à questão discutida em juízo;*

*II - os elementos de informação que possam facilitar a defesa judicial da Fazenda Pública e a completa apuração do crédito tributário.*

*§ 5º Na hipótese do parágrafo anterior, se a matéria discutida envolver procedimentos futuros, serão realizadas verificações periódicas para controle das atividades tributáveis.*

Por tudo quanto exposto, com base nos fatos, documentos e na legislação aplicável, voto por entender PREJUDICADO o Recurso Voluntário interposto, contudo, o crédito fiscal deve ser inscrito na Dívida Ativa.

Por conseguinte, restou mantida a exigibilidade do crédito tributário, ao tempo em que reitero PREJUDICADA o Recurso Voluntário, nos termos acima já postos, devendo o presente Processo Administrativo Fiscal ser remetido a PGE/PROFIS para Controle da Legalidade e adoção das medidas cabíveis.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar PREJUDICADA a análise do Recurso Voluntário apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 269138.0068/19-5, lavrado contra POSTO KALILÂNDIA LTDA, no valor de R\$ 1.297.106,99, acrescido da multa de 100%, prevista na alínea “d”, do inciso III, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, deve ser remetido o presente Processo Administrativo Fiscal a PGE/PROFIS para Controle da Legalidade e adoção das medidas cabíveis.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de abril de 2022.

MAURÍCIO DE SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS