

PROCESSO - A. I. Nº 269138.0104/19-1
RECORRENTE - POSTO KALILÂNDIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – ACÓRDÃO 3ª JJF nº 0240-03/20-VD
ORIGEM - SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/07/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0170-12/22-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. Existência de ação judicial em curso, impetrada pela recorrente durante o trâmite do atual Processo Administrativo Fiscal contra o Estado da Bahia, abarcando a mesma matéria específica do lançamento de ofício, importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa, a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto, restando prejudicada a análise das razões recursais, à luz da clara e precisa dicção dos artigos 126 do COTEB e 117 do RPAF/99. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a decisão exarada pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF nº 0240-03/20-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\$ 1.034.125,96, 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 conseqüentemente, 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. 18 a 54. Na qual argumentou exaustivamente sobre as razões de mérito, suscitando, de forma veemente, a nulidade do lançamento, por ofensa ao art. 18, I e IV, “a” do RPAF, ou seja, por insegurança na determinação da infração e apuração das quantidades consideradas como omitidas.

A recorrente se manifestou novamente às fls. 59 a 75. Anexou documentos, juntando instrumento particular de mandato e recibo de transmissão de arquivos retificados de sua EFD. Disse ratificar todo o conteúdo de sua peça defensiva, requereu diligência visando a completa revisão do lançamento, com observância das regras da Portaria nº 445/98 e da Instrução Normativa nº 56/2007.

Após discussão sobre a matéria, em Pauta Suplementar, a 3ª JJF, decidiu converter o presente PAF em diligência, à SAT/COPEC, a fim de que o Autuante prestasse a informação fiscal, apreciando de forma fundamentada as alegações defensivas, especialmente sobre as regras da Portaria nº 445/98 e da Instrução Normativa nº 56/2007, conforme disposto no § 6º, do art. 127 do RPAF/99.

O autuante apresentou Informação Fiscal às fls. 80 a 97. Na qual, rebateu de forma fundamentada todos os pontos levantados pela empresa autuada, ratificou integralmente a autuação.

A recorrente encaminhou memorial para ser apreciado na sessão de julgamento. Repetiu os termos da autuação, com o respectivo enquadramento legal e a tipificação da multa aplicada. Além disso, na sessão de julgamento, dia 25/11/2020, por videoconferência, foi realizada sustentação oral pelo advogado, Dr. Fernando Marques Villa Flor, OAB/BA nº 11.026.

Isto posto, o presente Processo Administrativo Fiscal foi encaminhado para a 3ª Junta de Julgamento Fiscal. A referida JJF exarou decisão pela Procedência da autuação no valor de R\$

1.034.125,96, acrescido da multa de 100%, prevista no inciso III, alínea “g”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, a seguir transcrita:

“(.....)

Preliminarmente, cabe apreciar as questões suscitadas em Memorial pelo defendente. Em sessão de julgamento, realizada no dia 25/11/2020, o patrono da autuada, Dr. Fernando Marques Villa Flor, OAB-BA nº 11.026, em sustentação oral, arguiu, reiterando as seguintes questões de ordem e requerendo: (i) que o PAF ficasse sobrestado, até que o julgamento no CONSEF voltasse a ser realizado de forma presencial, sob a alegação de que a sessão virtual, realizada via videoconferência, como está ocorrendo, cerceia seu direito de defesa. Apresentou entendimento, que o referido procedimento somente é cabível, quando o Contribuinte contra ela não se opuser, o que não acontece no presente caso. Pediu a suspensão do julgamento, se a decisão não for pela nulidade ou improcedência da autuação; (ii) diligência a PGE/PROFIS, a fim de que fosse emitido Parecer sobre as questões jurídicas suscitadas em sua defesa; (iii) que considerando a retificação do seu SPED/EFD/LMC, tendo juntado ao PAF os correspondentes recibos e arquivos, deveria, a esse respeito, o Autuante se manifestar.

Essas preliminares foram apreciadas pelo Colegiado desta 3ª JF, que por unanimidade, decidiu pelo indeferimento dos pedidos da defesa, com os seguintes fundamentos: (i) não havendo necessidade manifestada pelos Julgadores, não há previsão legal de oitiva pela PGE, nesta fase processual; (ii) o julgamento das sessões de forma virtual está previsto na legislação baiana, podendo o defendente se manifestar livremente, como o faz no presente caso, não havendo que se falar em cerceamento de defesa. Ademais, a realização dos julgamentos nessas circunstâncias está prevista no art. 64-A do Regimento Interno do Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF, aprovado pelo Decreto nº 7.592/99, não se incluindo na competência dos órgãos julgadores, a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, a teor do que determina o inciso III, do art. 167 do RPAF/99; (iii) no curso da instrução, não se verificou a necessidade de vistas ao Autuado da informação fiscal, pois nenhum elemento ou fato novo foi apensado ao PAF pelo Autuante. Sendo assim, não se verificou a necessidade da referida diligência e em consonância com o art. 137, do RPAF/99, compete ao Relator, tanto na primeira, como na segunda instância, avaliar se o processo se encontra em condições de ser levado a julgamento, a salvo de dúvidas ou incorreções.

Cabe acrescentar, por fim, que o impugnante no Memorial apresentado, invocou decisão recente do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que inadmitiu a própria “variação volumétrica” conforme Acórdão do Recurso Especial Nº 1884431 - PB (2020/0174822-8).

Da leitura do Acórdão referido, depreende-se claramente, que a matéria ali apreciada não se confunde com a presente discussão. Naquele caso, o fato discutido é de que a entrada a maior do combustível, em razão da variação da temperatura ambiente de carregamento e descarregamento, se constitui em um fenômeno físico de dilatação volumétrica. Portanto, a fenomenologia física de dilatação volumétrica do combustível, não se amolda à descrição normativa hipotética que constitui o fato gerador do ICMS.

Neste processo, a discussão é outra. O contribuinte registrou como variação volumétrica em seu LMC, quantidades que não se coadunam com a dilatação do volume de combustível provocado pela temperatura ou qualquer outro fenômeno natural. Portanto, o fisco não o autuou devido a quantidades inerentes a variações volumétricas comuns ao seu setor econômico. A exigência fiscal se deu, porque o autuado não comprovou a origem desses milhares de litros de combustíveis inseridos em seus estoques e que atribuiu a variação volumétrica.

O defendente apresentou entendimento, que ocorre insegurança na determinação da infração e apuração das quantidades consideradas como omitidas, com o consequente cerceamento do seu direito de defesa. Disse que não existe nexo de causa e efeito, entre a acusação fiscal e a demonstração realizada. A acusação é de que teria adquirido combustíveis de terceiros sem documentação fiscal e, consequentemente, sem a escrituração das entradas, mas a apuração foi realizada com base em dados da EFD/LMC.

Da análise dos elementos que compõem o presente PAF, verifico que não possui suporte fático ou jurídico tal alegação. Considerando a especificidade da atividade econômica exercida pelo Autuado, necessário se faz, traçar o contexto da autuação ora discutida. Trata-se 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. Assim, 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. 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. É importante ressaltar, que no presente caso, foi considerado pelo Autuante no levantamento fiscal, como ganho normal, o percentual de 1,8387%, que é muito conservador e mais que três vezes os 0,6% citados, conforme disposto na

Portaria 445/98.

No caso em discussão, o defendente vem apresentando em seu registro 1300 da EFD, variações volumétricas acima do legalmente considerado pela ANP, sistematicamente, nos anos de 2016, 2017 e 2018, e somente ao ser autuado, no ano de 2019, negou o cometimento da infração, sob a alegação de erro em sua escrituração, inclusive realizando alteração de sua EFD.

O defendente destacou ter retificado seu SPED/EFD/LMC, tendo juntado ao PAF os correspondentes recibos e arquivos, sobre os quais, conforme pedido em 30/07/20 (SIPRO 059664/2020-9), deveria o Autuante se manifestar. Sustentou também, que deveria ter tomado ciência da informação fiscal e que não ocorrendo, causou óbice a sua defesa.

Não acolho esta solicitação, considerando que não possui 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. Ademais, o Autuante apreciou todos os pontos arguidos pela defesa, conforme exige o art. 127 do RPAF/99. Portanto, não existe previsão legal para que se dê vistas ao Autuado da informação fiscal, considerando que, como já pontuado neste voto, não se realizou qualquer ajuste e não foi apensado elementos novos ao processo, desnecessário, portanto, este procedimento.

Nesse cenário, ao contrário da tese defensiva, não se verifica qualquer abstração na acusação fiscal. Conforme descrito na folha 01 do Auto de infração, o lançamento exige o ICMS em razão da 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, repita-se, apurado com base em variação volumétrica declarada pelo próprio autuado em sua escrituração fiscal digital – EFD.

Sobre o enquadramento legal, também questionado pelo defendente, observo que não implica 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.

Dessa forma, analisando todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a lei nº 7014/96 e o RICMS/2012. As irregularidades apuradas estão devidamente demonstradas no levantamento fiscal, fls.03 a 13, 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.

Dessa forma, no que tange às questões formais, verifico 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 artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

Sobre o pedido de revisão a ser realizado pelo Autuante ou por fiscal estranho ao feito, fica indeferido de plano. Com fulcro no art. 147, I, “a” e “b”, do RPAF/99, entendo ser desnecessária a requerida diligência, tendo em vista outras provas produzidas constantes do PAF, considerando que os elementos contidos nos autos são suficientes para a análise do mérito e conclusões acerca da lide. A informação fiscal foi prestada em conformidade com o art. 127 do RPAF/99, sendo utilizados argumentos respaldados na doutrina e na jurisprudência. Portanto, não se verifica elementos novos acostados aos autos pelo Autuante, que justifiquem reabertura do prazo de defesa como pretende o defendente.

Quanto ao mérito, 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, nos meses de dezembro de 2016, 2017 e 2018. (Infração 04.07.01).

A defesa sustenta respeitáveis considerações sobre os fatos e o direito, inclusive quanto à penalidade aplicada. Não obstante, não traz à luz deste processo, elementos robustos, com o condão de elidir a acusação fiscal, visto que não apresentou provas concretas que justificassem o alegado erro em sua escrituração fiscal digital.

Observo que o contribuinte, na condição de adquirente de combustível, mercadoria enquadrada por lei, no regime de substituição tributária, é considerado substituído pela legislação, haja vista que no caso de combustíveis, a Lei 7.014/96, no art. 6º, atribui ao distribuidor e ao industrial ou extrator, a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do imposto, na condição de sujeito passivo por substituição, com a obrigatoriedade de fazer a retenção do imposto na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes.

Neste caso, saliento que o autuado não apresentou qualquer dado que comprovasse 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.

Entretanto, observo que, ainda que o contribuinte tenha deixado de exibir esta comprovação, não cabe exigir o 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.

Na constatação de omissão de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, deve-se aplicar a regra prevista no 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. É devido também, 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, o que não foi objeto de cobrança neste Auto de Infração.

O defendente apresentou entendimento, de que a constatação de “omissão de saídas” pura e simples/vendas 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.

O defendente também alegou, 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 AI foram exatamente aquelas, equivocadamente lançadas nos LMCs. Disse que o Autuante registrou “ganhos” como lançamentos a título de omissão e não teria registrado as “perdas”, que foram desprezadas. Informou, ainda, que providenciaria a total retificação de sua EFD, incluindo seu LMC.

Sobre estas alegações, saliento 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.

Observo que o levantamento fiscal é 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, e não cabe nesta fase do presente processo, conceder prazo para a pretendida retificação da EFD.

Cumpra destacar, que a fiscalização nesse tipo de levantamento, leva em consideração, as aferições registradas no livro de Movimentação de Combustíveis (LMC). Nesse caso, o Autuante, corretamente destacou, que a prova de eventuais erros no registro 1300 do posto revendedor deve ser robusta, pois teria constatado em ação fiscal as irregularidades apontadas nos estoques da empresa, durante anos a fio, sem que fossem tomadas as devidas providências para resolver as supostas “irregularidades” que alegou.

Assim, verifico que as alegações concernentes aos ganhos relativos às variações volumétricas, não foram comprovadas quando foi realizado o procedimento fiscal, nem foram trazidas aos autos pelo defendente, o que deveria ser comprovado mediante registro no livro de controle de movimentação do combustível, ou sua retificação antes da ação fiscal. A variação volumétrica em decorrência da variação de temperatura, tanto pode ser positiva como negativa. No caso de perda por evaporação não registrada, provocaria omissão de saída de combustível, por isso não se poderia exigir o ICMS, por se tratar de mercadoria com fase de tributação encerrada.

O defendente alegou, o que seria outra impropriedade da forma como apurado o imposto, o fato de a fiscalização ter realizado o levantamento diário das omissões. Entende não ser possível a apuração diária do ICMS como realizado pelos Autuantes.

Observo que o levantamento fiscal foi realizado diariamente, porque é dessa forma que os postos revendedores de combustíveis, como é o caso do defendente, registram no LMC suas operações. No entanto, o lançamento das ocorrências se deram no último dia do exercício, em consonância com o § 2º, do art. 39 do RPAF/99.

Em relação à variação positiva registrada e não comprovada, entende-se que houve entrada física de produtos em volume superior ao percentual estabelecido na legislação, ocorrendo um incremento no estoque, sem a respectiva documentação fiscal. A entrada do volume acrescido sem a necessária comprovação, consubstancia fato gerador do ICMS, e não tendo a comprovação da origem da mercadoria, o estabelecimento detentor deste combustível é responsável pelo pagamento do tributo.

Dessa forma, não basta a alegação de que ocorreram “erros de sistema” ou “erros de medição” sem a apresentação de laudos de intervenção técnica que a respalde, à época da ocorrência dos fatos. Também, não basta argumentar que “esses erros ficam claros quando se observa que os ganhos e as perdas de dias seguintes se cancelam”, pois, o registro das informações no LMC e no registro 1300 deve ser diário, e, além disso, quando os ganhos ou perdas forem superiores a 0,6%, o posto revendedor deve justificar o fato no seu LMC, o que não ocorreu em nenhum momento.

Importante registrar, que a Portaria nº 159, de 24 de outubro de 2019 (publicada no Diário Oficial de 25/10/2019), alterou a Portaria nº 445, de 10 de agosto de 1998, que dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias, tendo sido acrescentado o Parágrafo Único ao art. 10, in verbis:

A omissão do registro de entrada de combustível, derivado ou não de petróleo, em postos ou revendedores varejistas de combustíveis automotivos será caracterizada quando se verificar que, a título de variação volumétrica em decorrência de dilatação térmica, a quantidade de litros escriturados diariamente como ganho no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC)/Registro 1300 da EFD excedeu 1,8387% da relação entre ganho e volume disponível (estoque no início do dia + volume recebido no dia), percentual calculado com base em índices técnicos de ganhos e perdas admitidos como normal pela Agência Nacional de Petróleo (ANP).

Observe que esse artigo encontra-se na Seção III da Port. 445/98, que trata especificamente das omissões de entradas de mercadorias, pois, os ganhos, em termos escriturais, equivalem à uma omissão de entrada. Entendo que esta regra, de natureza interpretativa, não inova na ordem jurídica, e me coaduna com as conclusões do Autuante, no sentido de que a modificação da Portaria 445/98, pela Portaria 159/19, apenas a aperfeiçoou com novas orientações procedimentais para a fiscalização, orientando como os prepostos fiscais devem utilizar as informações dos ganhos registrados na EFD. Isto é, estabeleceu-se uma metodologia mais efetiva de apuração nos processos de fiscalização.

Assim, saliento 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, considerando como omissão de entradas ganhos registrados no LMC, acima do percentual permitido pela legislação.

O autuado argumentou, 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. Entretanto, não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

O defendente insistiu que o Autuante se olvidou de cumprir a Instrução Normativa 56/2002, na determinação de que, “caso o preposto fiscal verifique que as operações habituais do contribuinte sejam integralmente isentas, não tributáveis e/ou sujeitas à substituição tributária, deverá abster-se de aplicar os roteiros fiscais relativos às presunções referidas no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96 e aplicar outros roteiros de fiscalização”.

Sobre este argumento, me alinho às conclusões do Autuante, visto que, conforme já mencionado, no presente caso, a conduta ilícita atribuída ao autuado trata-se de omissão de recolhimento do imposto, devido na condição de responsável solidário, o seu fundamento não é a “presunção” de omissão estampada no art. 4º, § 4º, IV, da Lei 7.014/96, mas a atribuição da responsabilidade solidária esculpida no art. 6º, IV, da Lei 7.014/96. Neste caso, não há que se falar em aplicação da proporcionalidade de que trata a IN 56/07, haja vista a sua responsabilidade ser decorrente do citado art. 6º, IV, da referida Lei.

Sobre os 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.

Em relação à multa aplicada, que foi objeto de contestação pelo autuado, observo que não há reparo a fazer, considerando que houve falta de recolhimento tempestivo do imposto apurado mediante levantamento fiscal, ao invés de falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, como entendeu o Autuado, existindo absoluta consonância entre a prevista na Lei e a aplicada pela fiscalização, estabelecida no art. 42, inciso III alínea “g”, da Lei nº 7014/96, que reproduz, in verbis:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

III - 100% (cem por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, apurando-se a ocorrência de:

(...)

g) outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque.

O defendente requereu ainda, que sob pena de nulidade, todas as intimações relativas ao feito, sejam encaminhadas ao seu representante legal. Saliento que nada obsta de que seu pleito seja atendido pelo setor competente deste CONSEF, enviando as intimações sobre o presente processo ao endereço indicado.

Nessa esteira, considerando que nenhuma das alegações defensivas, de que seus “registros foram efetuados de forma equivocada”, que houve “erros escriturais”, ou “erros de sistema” ou “erros de medição”, foi efetivamente comprovada, a autuação subsiste integralmente.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Diante da decisão exarada pela 3ª JJF do Conselho de Fazenda Estadual, o sujeito passivo, inconformado com tal decisão de piso, interpôs, tempestivamente, o seguinte Recurso Voluntário através do seu advogado Dr. Fernando Marques Villa Flor OAB/BA nº 11.026, o qual passo a relatar, em síntese.

De início, o sujeito passivo renovou o pedido para que todas as intimações e notificações sejam encaminhadas para o endereço do profissional que subscreve a presente defesa.

Em seguida, iniciou a preliminar de nulidade da decisão da C. JJF. Disse, inicialmente, existir várias motivações para a nulidade da decisão proferida pela C. Junta de Julgamento Fiscal. Nesse sentido, alegou cerceamento do direito de defesa, em face do julgamento de “*processo físico por videoconferência e contra a manifestação da empresa*”.

Asseverou que para não haver prejuízo da renovação de todo o conteúdo defensivo, solicitou o reexame, através de memorial de todo o conteúdo da defesa e memorial, na forma regulamentar, apresentado.

Além disso, afirmou que não foi apreciado pela JJF o disposto do art. 18, incisos II e III do RPAF, bem como a jurisprudência emanada do CONSEF, a qual disse conduzir a nulidade da decisão ora hostilizada.

Nesse espeque, citou os seguintes precedentes: 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 0041-13/1, ACORDÃO CJF Nº 0197-12/16.

Argumentou que o item 33 da defesa não foi abordado, se omitindo a JJF de analisar a alegação defensiva de que foi feita uma apuração diária e que tal 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.

Explicou que, sendo o ICMS de apuração mensal, não poderia ser aplicada a constatação de “fato gerador” diário, o que somente é cabível quando o contribuinte, mediante ato formal da autoridade competente, é colocado em regime especial de fiscalização.

Defendeu que em momento algum suscitou a “inconstitucionalidade” do art. 10, § único da Portaria nº 159/19, com fundamento no art. 167, I do RPAF, e por isso, não caberia razão ao voto da Sra. Relatora, presente à fl. 23, dessa forma, justificou a necessidade de nulidade da decisão *a quo*.

Explicou, que o pedido formulado foi de reconhecimento da ilegalidade da Portaria nº 159/19, no que se reporta ao § único do art. 10, no que tange a criação de novo fato gerador (somente possível por lei) e, notadamente, a aplicação a fatos pretéritos. Assim, disse que esse fundamento não foi apreciado pela JJF e que o vício não pode ser suprido pela CJF, exceto se acolhida a arguição do contribuinte, com a decretação da ilegalidade levantada, o que foi requerido pelo sujeito passivo, em seguida.

Também foi fundamentada a ilegalidade com base no art. 168, incisos I a V do RPAF. Além disso, alegou que a JJF, desalinhou a situação fática dos dispositivos legais enquadrados no Auto de Infração, sem sequer determinar a reabertura do prazo de defesa. E afirmou que a fls. 23 do acórdão, a JJF alterou a substância do lançamento, ao manobrar a desqualificação da “presunção”.

Afirmou que a JJF foi confusa e alterou a essência do lançamento e da discussão, pois o art. 6º da Lei nº 7.014, não se reporta a responsabilidade por solidariedade e nada atribui ao “distribuidor”,

industrial ou extrator.

Explicou que o sujeito passivo não é distribuidor, pois atua como “varejista de combustíveis” e, nessa condição, parafraseando o que a própria Junta disse, “é substituído”. Nessa senda, informou que o art. 6º, por sua vez, não trata de responsabilidade por solidariedade e sim, no inciso IV, das hipótese responsabilização de “qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea”, hipóteses diversas daquelas apontadas no AI, pois não se pode especular que a Autuada, em dezembro de 2019, se encontrava na posse das mercadorias que, de 2016 a 2018, teria “adquirido sem documentação fiscal”.

Trouxe precedentes do CONSEF nesse sentido, quais sejam: ACÓRDÃO CJF Nº 0017-12/19 e ACORDÃO CJF Nº 0142-11/17.

Outro ponto alegado de nulidade da decisão, por cerceamento do direito de defesa, foi às insistentes negativas da JJF na instrução regular do PAF, pois foi negando vistas e até acesso do processo, pedidos de diligência e de ouvida da PGE, ou seja, mais de 3 meses antes do julgamento hostilezado, quando o deve a recorrente se manifestar, conforme determina o art. 137, § único do RPAF.

Registrou que a retificação do SPED/EFD/LMC, foi feito com base na sua documentação fiscal, notadamente notas fiscais de entradas e saídas, e que os resultados, em valores, se encontram compatíveis com as informações que constam no sistema da SEFAZ, enviadas através das DMAs, assim como com os seus registros contábeis

Ainda em sede de preliminar, mas agora tratando da nulidade do Auto de Infração, alegou que não teve acesso ao PAF, impedida que foi pela “ausência de atendimento presencial” e pelas negativas da JJF quanto à regular instrução do processo.

Sustentou também a falta de apreciação dos documentos fiscais e contábeis, lembrando o que dispõe a Instrução Normativa nº 56/07. Também disse que *a única forma, ilegal, de ação, foi erigir informações acessórias, criadas pela ANP (PORTARIA DNC 26/92), à condição de fato impossível.*

Justificou nulidade em relação aos demonstrativos ofertados, pois não espelham a comparação entre os “estoques escritural e de medição”, mas tão somente apontam os dados dos supostos ganhos e das disponibilidades. Bem como nulidade no tange ao enquadramento legal do lançamento, conforme consta do corpo do Auto de Infração, foi no art. 4º, § 4º, inciso IV; art. 6º inciso IV; art. 23-A, inciso II da Lei nº 7.014/96; e art. 10, § único da Portaria nº 445/98.

Explicou que o conteúdo da Portaria nº 445/98 atrela-se a Lei nº 7.014/96, especificamente ao seu art. 4º, parágrafo 4º. E nesse sentido foi feito o enquadramento legal, no Auto de Infração. Argumentou que o enquadramento, contudo, no caso do segmento de varejo de combustíveis, conforme Lei, não pode ser dissociado da presunção preconizada no dispositivo da Lei, que expressamente prevê se tratar de ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, na vertente de entradas não lançadas/contabilizadas.

Disse ser o caso da “omissão de entradas”, que presume anterior “omissão de receita”, tudo conforme extraído dos demais dispositivos indicados como infringidos pela recorrente, assim como preceituado no art. 7º, incisos I e II da Portaria nº 445/98, com a redação dada pela Portaria nº 159/19.

Citou o Acórdão JJF 0052-01/02VD, reconhecendo que a apuração, igual ao presente caso, trata da presunção prevista no art. 4º, § 4º, inciso IV da Lei nº 7.014/96, atestando, por um lado, que a Portaria criou hipótese de presunção não prevista na citada lei, e por outro a aplicabilidade da Instrução Normativa nº 56/07, conforme abordado na defesa.

Defendeu que o enquadramento legal do Auto de Infração, assim, não condiz com o meio adotado para se concluir a hipótese de *“ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto”*, pois aquelas operações, anteriores, mencionadas no art. 7º, incisos I e II

da Portaria nº 445/98, não se encaixam no preceito legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência de operações tributáveis realizadas anteriormente sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o pagamento do imposto (Lei nº 7.014/96, art. 4º, § 4º, inciso IV), eis que se encontram com a fase de tributação encerrada, pela substituição tributária.

Nessa senda, trouxe os seguintes precedentes: ACÓRDÃO CJF Nº 0247-12/18, ACORDÃO CJF Nº 0225-12/12, ACORDÃO CJF Nº 0004-12/15, ACORDÃO CJF Nº 0332-12/14, ACORDÃO CJF Nº 0017-12/19.

Ademais, defendeu nulidade por improbidade do método aplicado, inaplicabilidade da presunção legalmente permitida, fundamentando com base nas seguintes decisões do CONSEF: ACORDÃO CJF Nº 0159-12/07, ACORDÃO CJF Nº 0337-11/09 e na Instrução Normativa nº 56/2002. Outrossim, trouxe outras decisões do CONSEF e pela PGE/PROFIS que demonstram aplicação da determinação da “proporcionalidade”, aniquilando os valores lançados como devidos, sendo eles: ACORDÃO CJF Nº 0114-12/09, ACORDÃO CJF Nº 0343-11/12, ACORDÃO CJF Nº 0350-11/11, ACORDÃO CJF Nº 0387-12/12, ACORDÃO JJF Nº 0240-02/11, ACORDÃO CJF Nº 0205-11/18, ACÓRDÃO CJF Nº 0337-11/18, ACÓRDÃO JJF Nº 0192-02/19, ACÓRDÃO JJF Nº 0121-03/19, ACÓRDÃO CJF Nº 0087-11/18 e ACORDÃO CJF Nº 0036-12/18.

Também arguiu nulidade por irregularidades na condução da ação fiscal alegando não existir base legal para o meio de apuração adotado, como também os dispositivos indicados como infringidos não contemplam a própria aplicação da presunção pretendida, como finalmente não condizem com o efeito pretendido. Trouxe os seguintes precedentes que entende se tratar de caso semelhante ao presente PAF, quais sejam: ACÓRDÃO JJF Nº 0186-02/19, ACÓRDÃO JJF Nº 0159-02/19, ACÓRDÃO JJF Nº 0160-02/19 e ACÓRDÃO JJF Nº 0167-02/19.

Afirmou que o parágrafo único do artigo 10 do Portaria nº 159/19, não pode ser visto de forma isolada e dissociada do conjunto da norma, pois cria uma nova hipótese de “*presunção de ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto*”, não contemplada no § 4º, do art. 4º da Lei nº 7.014/96, portanto claramente ilegal.

Defendeu também nulidade em razão da impossibilidade de constatação de fato gerador diário, pois considerando 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 pode 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, alegou que seria criar nova e ilegal hipótese de presunção.

Alegou nulidade em razão da ilegalidade da Portaria nº 159/19 e inaplicabilidade a fatos pretéritos e por utilização de dados irreais, suscitando o seguinte precedente: ACORDÃO CJF Nº 0268-11/16 e transcreveu o voto, preferido pelo Digno Relator da JJF, no Acórdão nº 0186-02/19. E também mencionou os Acórdãos JJF nº 0160-02/19 e 0167-02/19.

Suscitou também nulidade por ilegitimidade passiva, tendo em vista que a previsão legal existente, inaplicável ao caso concreto, que permite a transferência de responsabilidade para “o posto revendedor”, é a preconizada pelo art. 6º, inciso XVI da Lei nº 7.014/96.

Também arguiu ilegalidade pela ilegalidade da Portaria nº 445/98 – art. 10, i, “a” e “b”.

No mérito, pleiteou a aplicação do disposto no art. 155, § único do RPAF, o que, sendo levado à efeito, e por medida de economia processual, ensejará a superação das questões prejudiciais trazidas de início. Em seguida, explicou os argumentos trazidos pela Junta, ao tempo em que negava razão a eles.

Alegou que o art. 97, incisos III e IV do Código Tributário Nacional – CTN, preconiza que somente a Lei pode estabelecer “a definição do fato gerador da obrigação tributária principal” e “a fixação da alíquota do tributo e da sua base de cálculo”.

Com relação à Portaria nº 159/19, defendeu que não se pode admitir que a Portaria nº 159/19 entre em vigor a partir de 2019 e posso surtir efeitos sobre fatos pretéritos. Disse que o Registro 1300

sempre existiu e nunca tinha sido adotado, sozinho, para caracterizar “omissão de entradas”. Se tal caracterização ocorre em razão da Portaria nº 159, é evidente que a norma auxiliar criou um novo fato suscetível a incidência do ICMS. Trazendo nesse sentido, o ACORDÃO CJF Nº 0268-11/16.

Afirmou que não há que se falar na exceção feita pelo § 1º, do art. 144 do CTN, que permite a aplicação, ao lançamento, “da legislação” (*e aqui leia-se lei*), 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*”, pois no caso sob demanda não existia o fato gerador e, sobre ele, não se fez ampliação de poderes investigativos.

Asseverou que a Portaria nº 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.

Explicou que a Portaria nº 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-se 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.

Nessa linha de inteligência, defendeu 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.

Disse que os 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. 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. 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.

Arguiu que ainda que as quantidades apresentadas no demonstrativo que acompanha o AI 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 no Recurso Especial nº 1884431.

Asseverou que 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. Nesse sentido, explicou que o fato, descrito na Portaria é a variação volumétrica em decorrência de dilatação térmica, já recusado pelo STJ como suscetível e gerar a obrigação de pagar o ICMS.

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, já com a defesa em demasia prejudicada, 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, no improvável caso de manutenção da absurda autuação, afirmou não se tratar 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%, com base no precedente da 3ª JJF: ACÓRDÃO JJF Nº 0199-03/20-VD.

Por fim, 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 com o desiderato de realizar de forma efetiva uma auditoria de estoques, apurando a real movimentação nos exercícios fiscalizados, e para a aplicação na Instrução Normativa nº 56/07, pediu 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.

Outrossim, em caso de nulidade da decisão, requereu que se determine à JJF que adote os procedimentos do art. 168 do RPAF.

O sujeito passivo, cientificado da reabertura do prazo de defesa, promovida na sessão realizada dia 12/05/21 pela E. 2ª CJF, apresentou Manifestação em acréscimo ao Recurso Voluntário, às fls. 255 a 291.

De início ressaltou que não foi apresentado os SPED usados na ação fiscal pelo autuante.

Tratou da nulidade da decisão recorrida em virtude do cerceamento do direito de defesa. Também arguiu nulidade em relação as alegações defensivas não apreciadas, impossibilidade de alteração do fulcro do lançamento e invalidade do termo de fiscalização.

Explicou sobre a validade das retificações feitas na EFD, autorizadas pela SEFAZ.

Ainda defendeu a aplicabilidade da Instrução Normativa nº 56/07.

Tratou da ilegalidade da Portaria nº 159/19, bem como da irretroatividade da aplicação da mesma.

Informou a 4ª Vara da Fazenda Pública, nos autos do Processo nº 8057416-34.2021.8.05.0001, proferiu 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.”*

Por fim, renovou a solicitação da busca da verdade material e, com lastro em toda a documentação fiscal e contábil da Autuada, 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 nova informação fiscal às fls. 455 a 478.

Combateu exaustivamente os pontos tratados pelo contribuinte. Inicialmente combateu as preliminares referente ao contraditório e da ampla defesa, violação aos princípios da legalidade, verdade material e reserva legal.

No mérito, explicou a correção técnica do levantamento quantitativo de estoque feito na auditoria fiscal, a legalidade do procedimento de fiscalização, entrando no caráter da Portaria nº 445/98.

Informou sobre a apuração diária da ocorrência dos fatos geradores e da inexistência de presunção de omissão de entradas no procedimento de fiscalização.

Explicou também sobre os erros de registros da movimentação de combustíveis na EFD, a prova dos alegados equívocos do posto revendedor e o cálculo do ICMS devido pelo posto revendedor nas suas omissões de entrada.

Por fim, sustentou a total procedência do lançamento.

O sujeito passivo voltou a se manifestar às fls. 482 a 522, trazendo os últimos fatos e argumentos da sua última manifestação.

Foram informadas duas decisões judiciais em curso, uma sob o n. 8009255-56.2022.8.05.0001 que se encontra na 3ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, tendo como Requerido o Estado da Bahia e uma na 4ª Vara de Fazenda Pública de Salvador sob o n. 8057416-34.2021.8.05.0001, na qual também contende com o Estado da Bahia.

Em seguida, o Autuante apresentou nova informação Fiscal, na qual disse que o contribuinte não trouxe ao processo qualquer novo argumento que já não tenha sido rechaçado anteriormente. Informou que o sujeito passivo trouxe notícias de duas decisões judiciais recentes. *“A da 3.ª Vara de Fazenda Pública de Salvador foi concedida sem que o Estado da Bahia fosse sequer ouvido. E a da 4ª Vara de Fazenda Pública de Salvador trata de variações volumétricas decorrentes de aumento de temperatura, o que não é o caso aqui”*.

Após análise dos argumentos, fatos, documentos e da legislação, passo a exarar o seguinte voto.

Presente na sessão de julgamento, via videoconferência, o Advogado do recorrente, Dr. Fernando Marques Villa Flor – OAB/BA nº 11.026 e o Auditor Fiscal autuante da empresa autuada, Sr. Jefferson Martins Carvalho, os quais exerceram o seu direito de sustentação oral.

VOTO

Da análise dos autos, verifico que o presente Auto de Infração consiste em uma única infração, que tem como fulcro o não recolhimento do ICMS na condição de responsável solidário, em face da aquisição de combustíveis de terceiros desacompanhados de documentação fiscal, e consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. A apuração foi feita através da verificação de variação volumétrica em índice acima do admitido pela ANP, registrada no LMC/Registro 1300 da EFD, inerente a fatos geradores ocorridos nos meses de dezembro de 2016, 2017 e 2018.

O cerne da infração contra a empresa recorrente em tela, já foi objeto de recentes votos deste C. Colegiado, inclusive em processo do qual fui Relator. Mais recentemente ainda, o i. Conselheiro José Raimundo Oliveira Pinho exarou votos sobre a referida matéria contra a mesma empresa.

Neste sentido, trago à baila a posição da PGE/PROFIS, através do preclaro Procurador Dr. Raimundo Luiz Andrade, na sessão de julgamento ocorrida em 18/04/2022, em processo do qual fui o Relator, oportunidade em que ele registrou a existência de ação judicial em curso impetrada pela empresa recorrente durante o trâmite do atual Processo Administrativo Fiscal contra o Estado da Bahia, albergando a mesma matéria de que trata a infração em lide. Em assim sendo, a nobre PGE/PROFIS entende que o Recurso Voluntário interposto pela referida empresa deve ser julgado prejudicado, com fulcro no que estabelece, de forma clara, o artigo 126 do COTEB, combinado com o art. 117 do RPAF/99, os quais transcrevo *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 provocação 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.

Nesta esteira, me aliando ao entendimento da nobre PGE/PROFIS, a propositura de medida judicial promovida pelo sujeito passivo implica legalmente na plena renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa, a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.

Por conseguinte, com base no quanto exposto à luz dos fatos, documentos e legislação aplicável, o Recurso Voluntário restou PREJUDICADO, devendo o presente Processo Administrativo Fiscal ser remetido a PGE/PROFIS para 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 **269138.0104/19-1**, lavrado contra **POSTO KALILANDIA LTDA.**, no valor de **R\$ 1.034.125,96**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III, “d” do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no montante de **R\$ 804,96**, previstas no inciso IX da mesma Lei e Artigo já citados, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto na Lei nº 9.837/05, devendo ser remetido o presente Processo Administrativo Fiscal à PGE/PROFIS para Controle da Legalidade e adoção das medidas cabíveis.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de junho de 2022.

MAURÍCIO DE SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS