

PROCESSO - A. I. Nº 269138.0082/19-8
RECORRENTE - POSTO KALILANDIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0102-02/22-VD
ORIGEM - SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 10/11/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0293-12/22-VD

EMENTA: ICMS. OMISSÃO DE ENTRADAS. OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. CONSTATAÇÃO DE ESTOQUE NÃO JUSTIFICÁVEL PELA VARIAÇÃO VOLUMÉTRICA. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA A DISCUSSÃO NA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. À apreciação restou prejudicado, na medida em que se constata nos autos que o contribuinte promoveu ação em esfera judicial, tratando sobre a matéria também agitada na presente ação fiscal administrativa, conforme a inteligência e eficácia do art. 126 do COTEB e do art. 117 do RPAF/1999, tendo à considerar propositura da medida judicial, enseja a renúncia peremptória da análise administrativa da presente autuação, declarando a perda de objeto do recurso voluntário interposto pelo contribuinte, mantendo-se a decisão proferida pela instância superior, pelos seus próprios fundamentos. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte em razão da Decisão recorrida referente ao presente Auto de Infração ora apreciado, lavrado em 10/12/2019, no sentido de cobrar ICMS no valor de R\$ 1.825.093,65 além de multa de 100% pelo cometimento da seguinte infração:

***Infração 01. 04.07.01.** Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido combustíveis de terceiros desacompanhados de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante verificação de variação volumétrica em índice acima do admitido pela ANP registrada no LMC/Registro 1300 da EFD, nos meses de dezembro de 2015, dezembro de 2016, dezembro de 2017 e dezembro de 2018.*

O autuado, por seu advogado, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 23 a 60. Informação fiscal prestada pelo autuante à fl. 63, primeiramente, informa ter sido a petição de defesa anexada ao processo sem o instrumento de procuração que autorizasse o signatário da peça a postular em nome da autuada, estando, pois, a mesma viciada de ilegitimidade da parte, conforme artigo 10º, § 1º, inciso II do RPAF/99. E, posteriormente, Informação fiscal foi prestada por um dos autuantes às fls. 86 a 107.

Em 22/09/2021 a JJF determinou a realização de nova diligência, com o fim de que o autuante elaborasse demonstrativo analítico das infrações, devendo o mesmo ser entregue em cópia a autuada, com reabertura de prazo de sessenta dias (fl. 110).

Na sessão desta Junta de Julgamento Fiscal realizada em 12/05/2022, registrada a presença do Dr. Fernando Marques Villa Flor, OAB/BA nº 11.026, sendo que em questão de ordem requerida antes do início do julgamento, o patrono comunicou a decisão da empresa em discutir judicialmente a matéria, onde constatou que foi prolatada sentença pela MM. Juíza da 4ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador, nos autos do Processo nº 8024453-36.2022.8.05.0001.

Após as deliberações da JJF dirimiu a lide com base no voto condutor julgando Procedente o

presente Auto de Infração no sentido de considerar Prejudicada a defesa administrativo, conforme abaixo:

VOTO

O lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte do autuado.

Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal através da lavratura e transmissão pelo Domicílio Tributário Eletrônico, de Certificação de Início de Ação Fiscal, cuja ciência e leitura pelo contribuinte se deu em 07/11/2019 (fl. 03-v).

A memória de cálculo da autuação, com os demonstrativos analíticos e sintéticos se encontra às fls. 04 a 18, impressa, e na mídia de fl. 112.

A Certificação de Lavratura de Auto de Infração/Notificação Fiscal se deu, através de transmissão pelo Domicílio Tributário Eletrônico, lido pelo contribuinte em 13/12/2019 (fl. 20).

Os autuantes, quando do lançamento, descreveram com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte e tida como contrária à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicarem o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN, 129 do COTEB e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade do lançamento.

Por outro lado, o contribuinte compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos das infrações que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam as mesmas, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, sob a forma de objetiva peça de impugnação, bem como longa manifestação, quando da realização da última diligência determinada por esta Junta de Julgamento Fiscal.

O contribuinte autuado se encontra inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, exercendo a atividade principal de “Comércio varejista de combustíveis para veículos automotores”, CNAE 47.31-8-00, estabelecido no município de Salvador.

As questões preliminares aventadas dizem respeito ao lançamento, e em função das observações a seguir, deixarão de ser apreciadas.

E justifico: Diante da notícia de existência de medida judicial interposta pelo contribuinte autuado, trazida pelo seu advogado, ainda que apenas com sentença de primeiro grau, e sem trânsito em julgado, frente a possibilidade de apelo recursal ao Tribunal de Justiça, exatamente sobre a matéria em discussão no presente Auto de Infração, qual seja a aplicação do parágrafo único do artigo 10 da Portaria 445/98, sua legalidade e constitucionalidade.

A respeito de tais fatos acima relatados, a legislação estadual, especialmente o artigo 125, inciso II, do COTEB (Lei 3.956/81) assim determina:

“Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

(...)

II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida”.

No mesmo rumo, o artigo 117 do RPAF/99, determina:

“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”.

Em complemento, o artigo 122, inciso IV, do mesmo Regulamento prevê a extinção do PAF, com a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo, relativamente à matéria objeto da lide, antes de proferida ou de tornada irrecorrível a decisão administrativa.

Diante de tal fato, caberá ao Poder Judiciário decidir sobre a questão, ficando, desta maneira, suspensa a exigibilidade do crédito tributário até que a lide seja definitivamente resolvida, observando que a lavratura do Auto de Infração tem o condão de evitar os efeitos da decadência, devendo os autos, após as medidas de praxe, serem encaminhados para a Procuradoria Geral do Estado, a fim de que se adotem as devidas e necessárias providências.

No mesmo sentido do posicionamento ora adotado, posso mencionar decisão da Câmara Superior do CONSEF, no Acórdão CS 0001-21/06, de 30/03/2006.

*Frente aos expostos motivos, tenho o Auto de Infração como subsistente, tendo em vista estar a **defesa apresentada prejudicada**.*

O advogado patrono da recorrente (Dr. Fernando Marques Villa Flor – OAB/BA nº 11.026), interpôs

Recurso Voluntário nas fls. 250/266, onde teceu os seguintes argumentos:

- Pediu que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais da Autuada na ação administrativa, tudo conforme poderes especificados na procuração anexa ao PAF;
- Disse que, considerando que a recorrente ingressou com medida judicial, especificamente, sobre a matéria tratada e nomeando o presente Auto de Infração, e tendo identificado flagrantes vícios e ilegalidades no lançamento de ofício, requer, ante a renúncia ao Processo Administrativo Fiscal, a presente seja conhecida, com base no art. 113, parágrafos, 1º, 2º, 3º, 5º e 6º do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como PEDIDO DE CONTROLE DE LEGALIDADE;
- Discorreu sobre a **renúncia e do cabimento do PCL**. Reportou que na desistência da defesa ou recurso acaso interposto, na forma consignada no art. 117, C/C o art. 122 do RPAF, sendo apreciado a ação intentada, a 4ª Vara da Fazenda Pública. Reproduziu a referida ação. Disse, entretanto, que o Pedido de Controle de Legalidade não se afigura como um “recurso”, sendo tão somente um direito que assiste aos Contribuintes, em razão do disposto no art. 113, parágrafos 1º a 6º do RPAF, que determina que a PGE, antes da inscrição em dívida ativa, a cargo da DARC, deve “proceder ao controle da legalidade”, no prazo de 30 dias, contados do saneamento pela Diretoria de Arrecadação, Crédito Tributário e Controle – DARC;
- Refuta quanto aos **vícios e ilegalidades no lançamento**:

a) Alega nulidade do lançamento referente ao art. 196 do CTN. Destaca que o RPAF/BA, no art. 28, incisos I e II, recepcionou a determinação do CTN, prevendo que a ação fiscal deve ser precedida iniciada mediante “termo de início” ou “termo de intimação”, com validade, segundo o mesmo art. 28, § 1º, de 90 dias, sendo que as hipóteses em que os “termos” estão dispensados, não aplicáveis ao caso presente (pois estamos tratando de fiscalização de estabelecimento para a exigência decorrente da obrigação principal), se encontram descritas no art. 29 do mesmo RPAF/BA.

Disse que o “termo de fiscalização”, para produzir os efeitos legais, deve conter requisitos básicos, como a correta identificação do Contribuinte, data de expedição, período a ser fiscalizado e dados da Autoridade Fiscal. Pontuou que 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, que dirá “autuados”.

Afirma que a Autoridade Fiscal só poderia exercer sua competência em relação ao exercício informado no “Termo de Fiscalização”, como também o Contribuinte não poderia ser surpreendido com autuações fora desse período, sobre o qual o “termo expedido” não pode produzir efeitos legais. Consequentemente, em relação aos exercícios de 2016 a 2018, o Auto de Infração é nulo de pleno direito, na medida em que a ação fiscal não se encontrava acobertada pelo termo exigido. Acosta jurisprudência do CONSEF (A-0049-01/15; A-0153-12/11; A-0025-04/17; A-0121-06/19) referente a essa linha de entendimento.

Acrescenta que o “Termo de Fiscalização” utilizado é inválido e não pode produzir qualquer efeito legal, no que concerne aos exercícios de 2016 a 2018, o que enseja a nulidade do lançamento, eivado que se encontra por vício insanável, e a validade dos atos praticados pela Autuada em relação aos mesmos períodos, notadamente as retificações, autorizadas, realizadas na EFD/LMC/Reg. 1300. Transcreve decisão emanada do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais (Acórdão: 21.831/18/2ª Rito: Sumário PTA/AI: 15.000039933-01) e decisão do CONSEF (A-0310-01/13; A-0239-01/14; A-0223-01/14; A-0153-02/15; A-0242-11/03).

b) Em relação a validade das retificações feitas na EFD com autorização pela SEFAZ, tendo espontaneidade caracterizada. Pontuou 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. Afirma que

promoveu retificações na sua EFD/LMC, devidamente AUTORIZADAS pela SEFAZ, feitas dentro da sistemática do art. 251, § 1º do RICMS (comprovantes anexos). Se a Requerente, formalmente, não se encontrava sob ação fiscal (pois o Termo de Fiscalização somente informou que a empresa seria fiscalizada em relação ao exercício de 2015), não se pode admitir que a interpretação do mesmo art. 251, § 2º, seja fora do contexto geral das normas e sempre em detrimento do Contribuinte.

Sustenta que atendeu ao disposto no parágrafo primeiro e teve autorização expedida. Como os exercícios de 2016 a 2018, formalmente, e no que tange à segurança jurídica da relação entre Fisco e Contribuinte, não se encontrava sob ação fiscal, é válida a retificação da EFD, notadamente porque feita com base na verdade material, ou seja, na documentação fiscal pertinente, que por sua vez se reflete nos lançamentos contábeis.

Asseverou que os referidos exercícios, não poderia sequer se encontrar sob ação fiscal, é lógico que não se aplica a exceção concernente a “*existência de débito tributário em discussão administrativa ou judicial*”. Essa vedação exige que o lançamento de ofício, discutido na esfera administrativa ou no âmbito judicial, tenha sido levado a efeito de forma regular, ou seja, que o Contribuinte tivesse sido informado que se encontrava sob a ação fiscal. Outra interpretação impõe afronta ao art. 196 do CTN e distorce completamente o sentido e hierarquia normativa. Em decorrência disso, se não admitida a nulidade da autuação, em relação aos exercícios de 2016 a 2018, deve ser reconhecida a validade e eficácia das retificações feitas na EFD, podendo, inclusive, em nome da absoluta verdade material, ser determinada revisão do lançamento, com base nos novos arquivos apresentados e, principalmente, na documentação que lhe sustenta (notas fiscais de entradas, vendas, inventários, medições, DMA’S, lançamentos contábeis etc.), documentos estes que, vale mencionar, não foram examinados na ação fiscal.

Pede que sejam reconhecidas as ilegalidades praticadas na condução da ação fiscal e, por via conexa, no lançamento de ofício, a fim de que seja de plano reconhecida a nulidade, aplicável aos exercícios de 2016 a 2018, ou que seja instalada revisão fiscal, para que sejam examinada a EFD/LMC retificada, onde não existem os “ganhos” erigidos à condição de fato gerador do ICMS, podendo se levar a efeito, por absoluta segurança e apreço à verdade material, ao cotejamento de todas as vendas e compras e estoques, com documentação fiscal, e até mesmo na escrita contábil, tudo, além dos arquivos já existentes no sistema da SEFAZ, ficando à disposição da fiscalização e da PGE.

- c) Quanto à **flagrante ilegalidade do lançamento, reconhecida pelo CONSEF e pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia**. Junta decisão do CONSEF (A-0309-12/20-VD; A-0097-12/20-VD) baseado no lançamento de ofício, exclusivamente, na EFD, não possui cunho legal. O CONSEF, sobre autuações da mesma natureza, baseadas exclusivamente na EFD/LMC, reiterou que o lançamento foi baseado no art. 4º, § 4º, inciso IV, art. 6º, inciso IV, art. 23-A, inciso II, todos da Lei nº 7.014/96, C/C o art. 10º, § único da Portaria nº 445/98, alterada pela Portaria nº 159/19. Acostou matéria a 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador proferiu a cuja parte dispositiva, homologada pela 2ª Câmara Cível, onde se percebe, com total clareza, que foram consideradas ilegais/inconstitucionais as autuações baseadas na Portaria nº 159/19, frente aos “princípios da reserva legal e da irretroatividade de ato infralegal”. Como também reproduziu decisão da Segunda Câmara Cível onde homologou o julgado da 4ª Vara da Fazenda Pública - Processo nº 8057416-34.2021.8.05.0001.

Assinalou que o Tribunal da Bahia entende que a Portaria nº 159/19, que alterou a Portaria nº 445/98, é ilegal e inconstitucional, pois instituiu “fato tributável”, ao estabelecer “limite de variação volumétrica”. Se a própria “variação volumétrica” não pode ser caracterizada como “fato gerador do ICMS”, como admitir que “fora de determinado limite se faz qualquer distinção”? É evidente que se a “variação volumétrica” não é “fato gerador”, não se pode dizer também que “será a partir de determinado limite de tolerância”. A autuação, da forma que foi levada a efeito, é totalmente incabível e ilegal. Junta jurisprudência do STF (RE 632.265, rel. min. Marco Aurélio, j. 18-6-2015, P, DJE de 5-10-2015, Tema 830) de mesma linha

consolidada.

- d)** Salientou quanto à **verdade material**. Disse que “Termo de Início de Fiscalização” só se reportou ao exercício de 2015, no mínimo as retificações relativas aos exercícios de 2016, em diante, não podem ser desconsideradas, pois autorizadas e contemplam a verdade material, decorrente dos estoques, compras e vendas, com os devidos registros fiscais, como inclusive retratam os “Registros 1300, 1310 e 1320”, e contábeis. Volta a reproduzir decisão do CONSEF (A-0268-11/16) e informa que mesmo que as retificações não sejam consideradas, é possível se constatar, através da EFD, que a Autuada não adquiriu mercadorias sem documentação fiscal. Deve ser lembrado que não foi feito qualquer levantamento; que nenhum documento foi examinado; que só importou o “Campo 10, do Registro 1300”. Não se atentou, sequer, para os demais dados existentes na EFD, notadamente nos “REGISTROS 1310 e 1320”.

Apontou que, como reconhecido pelo Sr. Autuante, na Informação Fiscal, as saídas são lançadas, “diariamente”, no “Registro 1300”, desdobradas “por tanque”, no “Registro 1310” e “por bico”, no “Registro 1320”. Se tudo que a Autuada/Requerente vendeu se encontra nos “Registros 1300, 1310 e 1320”, uma ação fiscal isenta deve levantar esses totais, a fim de que sejam equacionados com os estoques e as compras. Os “Registros 1300, 1310 e 1320”, convenientemente, não foram apresentados pelo Sr. Autuante, mas se encontram na EFD da Autuada/Requerente e, conseqüente, na posse do Fisco. Apenas o “Campo 10, do Registro 1300”, que contém os supostos “ganhos” constam do Auto de Infração, pois as mesmas “informações” compõem, sozinhas, a essência do lançamento.

Ressalta novamente que os “Registros 1300 (completo – só o Campo 10 foi entregue), 1310 e 1320”, e que não se cogita no Auto de Infração de divergências nas entradas informadas, não foram juntados ao PAF, é fácil concluir que se os totais das saídas não possuem inconsistências, os erros técnicos e humanos existiram e se encontram, justamente, no “Campo 10 do Registro 1300”. Como admitir inexistência de diferenças nos totais e encontrar as diferenças nas “parcelas desses totais”?

Consignou que, apesar de dispor de todos os dados necessários para uma regular auditoria, para conferir se a Autuada/Requerente vendeu mais do que comprou, a autuação se apega a uma só informação (Campo 10, do Registro 1300), incompatível com os demais dados e documentos disponíveis, em quantidades e valores (o que pode ser auferido através da escrita contábil e até mesmos das DMAs), para tentar cobrar imposto sem base legal e sem comprovação material.

Acrescenta que, conforme anexa 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*”.

Assevera que a declaração anexa, com firma reconhecida, datada de 12/05/2021, e o original se encontra em poder da Autuada/Requerente, à disposição da PGE e de qualquer Autoridade Fiscal. Resta comprovada a motivação para a retificação feita na EFD/LMC, autorizada e sobre períodos que sequer a mesma Requerente se encontrava sob ação fiscal, na medida em que o Termo de Fiscalização somente se reportou ao exercício de 2015.

Frisa 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. Exemplificando, a ausência de lançamento do “estoque físico/medição” em determinado dia faz com que o “estoque escritural” seja tido como uma “perda”, repercutindo nos dias subsequentes. O lançamento do “estoque físico” com quantidade errada, ensejará o mesmo efeito. Não se pode atribuir validade às quantidades apresentadas no Auto de Infração como “ganhos”, diante das suscitadas inconsistências e da perfeita coincidência entre as quantidades vendidas, compradas e estoques. Uma apuração baseada na documentação fiscal irá

confirmar a procedência das alegações defensivas.

Disse que analisando as planilhas constantes do PAF, é fácil se concluir que não existem demonstrações que comprovem as efetivas diferenças, diárias, entre os estoques “escriturais” e “das medições”. Pelo contrário, considerando os totais das VENDAS do estabelecimento, comprovadamente registradas declaradas, é inafastável a conclusão de que a Autuada não comprou produtos sem documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a retenção do ICMS.

Reporta que as quantidades vendidas pela Autuada, registradas nos seus equipamentos, por tipo de combustível, períodos e “bicos” (Registros 1300, 1310 e 1320), encontram suporte nas suas compras, registradas e estoques. Os “registros” comprovam a total compatibilidade entre as SAÍDAS e ENTRADAS, de onde se conclui que a Autuada não comprou combustíveis sem documentação fiscal e que as quantidades inicialmente lançadas no LMC (corrigidas regularmente), usadas na ação fiscal, são irreais, decorrentes de erros técnicos e humanos, conforme declaração já apresentada. Resumindo:

- No Registro 1300 = LMC, temos as ENTRADAS e SAÍDAS, dos combustíveis
- No Registro 1310 = TANQUES, também temos iguais quantidades ao arquivo 1300, de ENTRADAS e SAÍDAS
- No Registro 1320 = BICOS (NÃO APRESENTADO), temos as SAÍDAS iguais ao Registro 1300.

Sustenta que, como a autuação se deu somente pelo “Campo 10 do Registro 1300”, e as medidas conferem com as entradas e saídas dos tanques e bicos, não apresentando divergências, tudo que foi vendido, pelos bicos, tem comprovação das entradas. Qualquer outra informação, à margem desses totais, se encontra viciada. Os próprios arquivos usados na fiscalização comprovam os totais vendidos e comprados e atestam que não existem divergências que possam caracterizar entradas não contabilizadas. Usando o percentual de tolerância, admitido pela ANP em decorrência de variação volumétrica (0,6%), chegamos à conclusão de que a autuação não procede.

Ressalta também, que os lançamentos aqui reportados encontram suporte, em valores, na contabilidade e DMAs transmitidas ao Fisco. Se a ação fiscal tivesse seguido o quanto determinado pela Portaria nº 445/98, 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. A Autuada/Requerente disponibiliza toda e qualquer informação, inclusive bancária, se o CONSEF assim desejar conduzir o PAF.

Resumiu a discussão sobre a verdade material: os arquivos da EFD demonstram com clareza os totais vendidos 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. Afirma que o lançamento de ofício é totalmente improcedente, em decorrência dos vícios e ilegalidades que o contaminam.

- Finaliza requerendo que o Recurso Voluntário, ante o disposto no art. 117 do RPAF, seja considerado como Pedido de Controle de Legalidade e encaminhado ao órgão competente para deliberação, e que a Douta PGE/PROFIS, ao final, reconheça a existência de vícios e ilegalidades no lançamento, evitando a inscrição em dívida ativa, e determinando que seja feita Representação ao CONSEF, para que seja determinada a nulidade ou improcedência do lançamento. Se entender necessário, a PGE, que determine a instauração de diligência, com base na EFD/LMC retificada, objetivando a apuração da verdade material, ou seja, se a Autuada/Requerente realmente vendeu produtos em quantidade superior às suas aquisições com notas fiscais, com o que, se comprovado, restaria configurada as alegadas omissões de entradas.

Declarou-se impedido o Conselheiro José Adelson Mattos Ramos, por ter participado do julgamento na Primeira Instância desse Conselho.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF contra a decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente, em decisão unanime o Auto de Infração em lide, lavrado em 10/12/2019, para exigir o crédito tributário no valor de R\$ 1.825.093,65, pela falta de recolhimento do ICMS na condição de responsável solidário, por ter adquirido combustíveis de terceiros desacompanhados de documentação fiscal e consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada mediante verificação de variação volumétrica, em índice acima do admitido pela ANP, registrada no LMC/Registro 1300 da EFD, nos meses de dezembro de 2015, 2016, 2017 e 2018.

Compulsando os autos do processo, verifico que, o julgamento do recurso voluntário posto à apreciação deste Colegiado restou prejudicado, na medida em que se constata que o contribuinte promoveu Ação nº 8024453-36.2022.8.05.0001 em esfera judicial, tratando sobre a mesma matéria em análise na presente ação fiscal administrativa.

Assim, é o caso de invocar a inteligência e eficácia do art. 126 do COTEB, c/c com o art. 117 do RPAF/1999, que reproduzo:

REGULAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL (RPAF) DECRETO Nº 7.629 DE 09 DE JULHO DE 1999

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.

Isto Posto, considerando a propositura da medida judicial, que enseja a renúncia objetiva da análise administrativa da presente autuação, declaro a perda de objeto do recurso voluntário interposto pelo contribuinte, mantendo-se a decisão proferida pela instância superior, pelos seus próprios fundamentos.

Por tal razão, voto PREJUDICADO à análise do Recurso Voluntário apresentado, devendo ser encaminhado os autos à PGE/PROFIS para as medidas cabíveis.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** a análise do Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269138.0082/19-8**, lavrado contra o **POSTO KALILÂNDIA LTDA.**, no valor de **R\$ 1.825.093,65**, acrescido da multa de 100%, prevista no artigo 42, inciso III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo o feito ser encaminhado para a Procuradoria Geral do Estado, através de sua Procuradoria Fiscal, para adoção das medidas cabíveis.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de setembro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS