

PROCESSO - A. I. Nº 269138.0036/21-8
RECORRENTE - POSTO KALILÂNDIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0109-03/21-VD
ORGIEM - SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET 25/11/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0321-11/22-VD

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS SEM DOCUMENTO FISCAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. Diante da expressa previsão legal de esgotamento da instância administrativa, não remanesce interesse recursal sequer quanto às questões preliminares e/ou prejudiciais de mérito atinentes à matéria aqui discutida, já que se esvai a competência de julgamento deste CONSEF, de modo que o recurso deve ser considerado prejudicado, com a consequente remessa ao controle da legalidade, conforme art. 126 do COTEB, em razão da escolha da via judicial e, por consequência, esgotada a via administrativa, mantendo-se a decisão de Primeira Instância. Mantida a Decisão recorrida. Considerar **PREJUDICADO** a análise do Recurso Voluntário. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo do Recurso Voluntário impetrado pela autuada, em vista da decisão proferida pela 3ª JJF julgando Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22.02.21, **ciente em 29.03.21** sem informação da ciência, no valor original de R\$1.720.239,71, pela acusação de 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, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante verificação volumétrica em índice acima do admitido pela ANP registrada no LMC/Registro 1300 da EFD.

Analisando o Auto de Infração acima referenciado, a Defesa apresentada pela autuada, protocolada em 20.05.21, fls. 22 a 33, a Informação Fiscal presta pelo autuante, protocolada em 21.05.21, fls. 54 a 76, por meio do Acórdão JJF nº 0109-03/21VD, da sessão de 08.07.21, fls. 85 a 102, assim decidiu a 3ª JJF:

Inicialmente cabe enfrentar os questionamentos formais do lançamento e as preliminares de nulidade suscitadas pela Defesa.

Em sustentação oral, reiterou todas as preliminares de nulidades suscitadas em sua Impugnação acrescentando ainda 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.

Consigno que 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-BA/99. Nos termos expendidos fica indeferido o pedido.

O Impugnante observou que a Ordem de Serviço nº 506345/20, constante no corpo do Auto de Infração, foi utilizada para suportar ações fiscais em vários estabelecimentos, apresentou o entendimento de que a mesma deve ser juntada ao PAF, objetivando esclarecer se ampara a fiscalização contra o estabelecimento autuado. Registrou que sem que lhe fosse direcionada “ordem de serviço específica”, não poderia ficar à mercê do “livre arbítrio” do Autuante, sendo ilegítimo para figurar no polo passivo da relação e, consequentemente, se aplica o inciso I, do art. 18, do RPAF-BA/99, sendo o Agente Fiscal incapaz e incompetente para praticar ato, sem a devida autorização. Ratificou a necessidade de apresentação da Ordem de Serviço 506345/20, objetivando apurar se outras irregularidades formais foram cometidas. Uma vez apresentada, solicita a reabertura do prazo de defesa.

Não vislumbro qualquer óbice ao exercício da ampla defesa do Autuado diante do questionamento levantado, haja vista se tratar de um documento de controle interno do órgão fiscalizador, inexistindo impedimento algum, independente de emissão de OS, a designação de um agente fiscal competente para exercer a sua competência vinculada no âmbito da sua jurisdição. Por isso, além de não ser, tal fato, elencado na legislação de regência como sendo motivo de nulidade, a ausência da cópia da OS no Auto de Infração ou o não fornecimento ao Contribuinte, não inquina de nulidade a autuação.

Consigno também que o precedente de julgamento desse CONSEF indicado pelo Impugnante em sede defesa, não se presta como paradigma, haja vista que no citado acórdão a questão central trata de ilegitimidade passiva pelo fato que a exigência fiscal objeto daquele Auto de Infração foi apurada por meio de dados fiscais de outro estabelecimento distinto do autuado, conduzindo ao julgamento pela nulidade da autuação. Fato esse, que no presente caso, não se tem qualquer indício nesse sentido, apenas ilação desprovida de suporte fático.

Em suma, rejeito o pedido do Autuado para decretar nulidade da Auto de Infração, tendo em vista que Ordem de Serviço é um instrumento de controle interno e administrativo da SEFAZ, inexistindo qualquer ofensa à legalidade, nem motivo de nulidade da autuação. A alegada falta de fornecimento da cópia da Ordem de Serviço não prejudicou o Impugnante em relação ao contraditório e ao entendimento dos fatos arrolados na autuação fiscal.

O Defendente citou o art. 45, do RPAF-BA/99, para alegar que o Auto de Infração foi registrado fora do prazo regulamentar. Disse ainda que o prazo para o registro e validade do Auto de Infração foi ultrapassado e, conforme consta no sistema da SEFAZ, o AI foi lavrado em 22/02/2021, mas só foi cadastrado em 17/03/2021, ou seja, quase um mês depois, afetando as exigidas formalidades e a própria segurança jurídica da relação Fisco/Contribuinte.

Em relação ao prazo para registro do Auto de Infração comungo com o Autuante, ao afirmar que pode haver a apuração da responsabilidade administrativa do preposto incumbido desse registro, mas não há consequência processual, porque o descumprimento do prazo, não implica qualquer óbice a ampla defesa do Autuado, não acarreta nulidade ou sanção processual, apenas administrativa.

Iniciado o procedimento fiscal e realizados os levantamentos de acordo com os roteiros de fiscalização, sendo apurado imposto a recolher, é lavrado o Auto de Infração. Constatada a ocorrência de fato gerador da obrigação correspondente, o Auditor Fiscal apura o valor do tributo devido e identifica o sujeito passivo, sendo essa autoridade administrativa competente para constituir o crédito tributário pelo lançamento, conforme previsto no art. 142, do CTN.

Lavrado o Auto de Infração, seu registro é efetuado no sistema eletrônico de processamento de dados pela repartição encarregada do preparo do processo, no prazo de cinco dias contado da data da emissão ou do saneamento prévio, quando previsto no art. 45, do RPAF-BA/99.

O presente Auto de Infração foi lavrado em 22/02/2021 e, em 17/03/2021, foi dado visto saneador e da Autoridade Fazendária, constituindo tais atos instrumentos de controle interno, não se constatando qualquer irregularidade. Ademais, o visto saneador e da Autoridade Fazendária, bem como o registro do Auto de Infração são formalidades exigidas pela legislação que não afetam o direito de defesa e o contraditório, nem a compreensão do contribuinte em relação aos fatos apurados na ação fiscal. Dessa forma, fica rejeitado o pedido apresentado pelo Defendente.

No que concerne ao enquadramento legal constante no Auto de Infração, o Defendente apresentou contestações diante do referido enquadramento legal “que compõe o fulcro do AI/causa de pedir”, entretanto, deve ser esclarecido 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 autuação fiscal.

A Defesa apresentou o entendimento de que há insegurança na determinação da infração e apuração das quantidades consideradas como omitidas e o consequente cerceamento do direito de defesa, bem como, de inexistir nexo de causa e efeito, entre a acusação fiscal, o enquadramento legal e a demonstração realizada e de que para se chegar à conclusão reportada no AI, só dois caminhos poderiam ser adotados: efetiva auditoria de estoques ou flagrante de recebimento de mercadorias sem NF e sem a retenção do imposto.

Sendo o Autuado comerciante varejista de combustíveis para veículos automotores, mercadorias sujeitas ao pagamento de antecipação tributária, são estabelecidos na legislação tributária, os responsáveis pela retenção do imposto nas saídas que efetuem para fins de antecipação do recolhimento do tributo relativo à operação

ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado.

Com restou patente nos autos, o Autuado não exibiu 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, conseqüentemente, comprovação de recolhimento do imposto. Neste caso, não há necessidade de apuração por meio de auditoria de estoques ou flagrante recebimento da mercadoria sem Nota Fiscal, considerando que a irregularidade foi apurada por meio da escrituração efetuada pelo Autuado.

Quanto a alegação defensiva de que o Autuante utilizou de apenas um dos dados registrados no LMC (GANHO), criando quantidades absurdas de omissões de entradas sobre o LMC/EFD, levando a efeito autuação inteiramente desprovida da base legal e sem comprovação, deve ser destacado que durante o procedimento fiscal a atividade principal é a verificação do cumprimento de obrigações tributárias e, sendo constatadas irregularidades é que se lavra o Auto de Infração. Ou seja, o procedimento fiscal visa apurar a correta aplicação da legislação, podendo resultar ou não em constituição de crédito tributário.

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

O Impugnante alegou que o inciso IV, do art. 6º, da Lei 7.014/96 não trata de responsabilidade solidária por substituição tributária e nem qualquer caso de presunção, mas sim da responsabilidade “comum” atribuída a qualquer pessoa física ou jurídica, que for flagrada na posse de mercadorias, para revenda, sem documentação fiscal ou com documentação inidônea. No máximo se poderia presumir que no passado essa hipótese teve lugar, caracterizando como sendo presunção de entradas não registradas, aplicando-se todas as consequências advindas do § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96.

O Autuante afirmou restar demonstrado que o ICMS devido como responsável tributário tem seu fundamento no inciso do IV, art. 6º, da Lei 7.014/96, e não, no § 4º, do art. 4º, da mesma Lei. Quando se leva em consideração as saídas de combustível adquirido sem nota fiscal misturado aos combustíveis adquiridos com nota fiscal, percebe-se que as suas receitas atendem à proporcionalidade a que se refere a IN 56/07.

A alegação defensiva deve ser rechaçada, haja vista que, não obstante a falta de comprovação das entradas das mercadorias, 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.

Considerando que o autuado tem como atividade o comércio de combustíveis, mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, sujeitas ao pagamento do imposto por antecipação, não há que se falar em presunção de omissão de saídas anteriores, haja vista que, ocorrido o pagamento do imposto por antecipação, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias. Seria, portanto, inadequada uma acusação fiscal de presunção de omissão de saídas, merecendo ser decretada a nulidade da autuação fiscal se fosse realizada neste sentido.

Entretanto, em se constatando 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. Sendo também devido, o tributo apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, relativamente às mercadorias sujeitas a antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada.

O Impugnante sustentou que, mesmo com a redação dada pela Portaria 159/19, a Portaria 445/98 não contempla, e nem poderia contemplar, qualquer espécie de “levantamento diário” e que não existe 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.

Reafirmo que a exigência do imposto não foi efetuada por presunção de omissão de saídas. Como bem destacou o Autuante o controle dos estoques de combustíveis feito pelos postos revendedores deve ser realizado duas vezes por dia, uma antes de qualquer venda no início do dia e outra no final do dia após encerradas as vendas. É sabido que todos os inventários de combustíveis constam em livro específico, o livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), adotado como livro fiscal pelo Ajuste do SINIEF nº 01, de 15 de dezembro de 1992, e incluído na Escrituração Fiscal Digital – EFD, no registro 1300 pelo Ato COTEPE/ICMS nº 9, de 18 de abril de 2008. Fica patente, portanto, que a soma das diferenças diárias deve ser apurada mensalmente para fins de cálculo do ICMS devido.

O parágrafo único ao art. 10, da Portaria 445/98, alterou o procedimento a ser realizado pela fiscalização nos levantamentos de estoque dos postos revendedores, pois, no caso específico desses, são realizados inventários de cada combustível no início a ao final de cada dia de operação. Esses inventários diários, depois da nova redação da Portaria 445/98, podem ser levados em consideração, uma vez que, no caso dos postos

revendedores, não há mais a restrição de que os levantamentos de estoques apenas levam em consideração os valores anualmente anotados no Registro de Inventário.

Resta nitidamente evidenciada na acusação fiscal que, no presente caso, não houve necessidade de levantamento quantitativo como alegado nas razões de defesa, por se referir à falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário, por ter adquirido combustíveis de terceiros desacompanhados de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante verificação de variação volumétrica em índice acima do admitido pela ANP registrada no LMC/Registro 1300 da EFD, nos meses de dezembro de 2016, dezembro de 2017, dezembro de 2018, dezembro de 2019 e dezembro de 2020.

Alegou também o Impugnante que não existem no PAF demonstrativos que comprovem as efetivas diferenças diárias entre os estoques escriturais e das medições, pois nas planilhas apresentadas constam apenas os dados das disponibilidades e dos supostos ganhos. Afirmou que as medições não foram efetivamente utilizadas na apuração e que, sequer os LMCs utilizados na ação fiscal foram apresentados pelo Autuante, colocando em dúvida os ganhos eleitos e erigidos à condição de fato gerador. Disse ainda que o Autuante vem se manifestando oralmente nas sessões do CONSEF, afirmando que fez as apurações, mas, por entender que não seriam necessárias, não juntou nada ao PAF.

Consigno que o demonstrativo elaborado pelo Autuante indica o volume disponível, os ganhos registrados pelo Contribuinte, o limite estabelecido pela SEFAZ ($1,8387\% \times \text{Volume Disponível}$) e a omissão de entrada, que corresponde à quantidade que ultrapassou o referido limite.

Verifico também que no cálculo do imposto é indicado o total das omissões apurado no demonstrativo do item anterior, sendo indicados, custo médio, alíquota, base de cálculo, imposto devido, e o Impugnante não apresentou qualquer divergência em relação aos dados numéricos constantes nos mencionados demonstrativos, que não afetam a compreensão do autuado sobre a acusação fiscal que lhe foi imputada, conforme se depreende do teor das razões defensivas. Logo, afronta alguma ocorrera à ampla defesa, como alegou o Impugnante.

Na informação fiscal, o Autuante esclareceu que o documento apresentado na sessão de julgamento foi apenas uma planilha contendo o registro 1300 com os nomes dos combustíveis para que não precisasse ficar olhando o registro 0200 e om observações que faz para a construção do raciocínio. Como essa planilha era apenas um espelho de informações da EFD, entende que não faz sentido fornecer cópia ao Autuado que já as tem.

O Impugnante apresentou pedido de posterior juntada dos documentos que enumerou e disse que não existem no PAF demonstrativos que comprovem as efetivas diferenças. Entretanto, conforme estabelece o art. 123, do RPAF-BA/99, a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada das provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações. Neste caso, não cabe a este órgão julgador promover a busca de elementos, ou mandar fornecer ao contribuinte documentos de sua emissão e que estão na sua posse.

Fica rejeitada a preliminar de nulidade, uma vez que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O Autuado suscitou a decadência do direito de constituição do crédito tributário em relação aos “supostos ganhos”, registrados nos demonstrativos apresentados ao Autuado, até 28/03/2016, na medida em que foi intimado do lançamento, embora de maneira viciada, em 29/03/2021.

Não acato o pedido de decadência considerando que prevalece, nesse CONSEF o entendimento de que “o lançamento por homologação seria aquele em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sendo aplicável a regra do art. 150, § 4º, do CTN, ou seja, o referido dispositivo aplica-se aos casos em que haja algum pagamento a ser homologado, de acordo com a apuração feita pelo contribuinte.

Por outro lado, de acordo com o inciso I, do art. 173, do CTN, “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

No presente caso levantamento fiscal apurou imposto não declarado e não pago, o que implica dizer inexistência de pagamento a ser homologado, neste caso, se aplica a regra estabelecida no art. 173, inciso I do CTN.

No caso dos fatos geradores ocorridos no exercício de 2016, o prazo para constituição do crédito tributário é até 31/12/2021. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 22/02/2021, e o defendente foi intimado do lançamento, em 29/03/2021, resta evidente que não se operou a decadência.

Indefiro o pedido de diligência, com base no art. 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada diligência, em vista das provas produzidas nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas ao Autuado, mediante recibo, não se verificou

dívida quanto aos demonstrativos elaborados pelos autuantes, por isso, indefiro o pedido de revisão fiscal formulado pelo Autuado.

*Em relação aos demonstrativos elaborados Autuante que dão suporte a autuação, o **Impugnante destacou a existência de uma enormidade de datas em quais os ganhos superam, e muito, as disponibilidades ou delas se aproximam, evidenciando a inconsistência dos dados carregados ao PAF. afirmou que a planilha sintética lista datas não sequenciais, sempre valorando apenas os supostos e irreais ganhos, aparecem dias com “sobras expressivas” e outros com “ganhos expressivos”.***

Observou que os registros no LMC/1300, no máximo, poderiam servir de indicio de alguma irregularidade, quando apresentassem quantidades “excessivas”. Apresentou o entendimento de que tais indícios poderiam servir de base para uma investigação aprofundada, notadamente com base em suas escritas fiscal e contábil, como determina a IN 56/07.

Exame das peças que compõem a acusação fiscal revela que foi exigido o pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, posto revendedor varejista, em relação ao combustível, mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, de acordo com as quantidades apuradas mediante verificação de variação volumétrica em índice acima do admitido na legislação, registrada no LMC/Registro 1300 da EFD.

Saliento 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, o art. 8º, da Lei 7.014/96, atribui ao distribuidor e ao industrial ou extrator a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, 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.

Ao teor do que estatui 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.

A ação fiscal foi realizada com base na Escrituração Fiscal Digital - EFD 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 referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte, e substitui livros fiscais.

Sendo o levantamento fiscal efetuado com base em dados fornecidos pelo Autuado por meio dos arquivos eletrônicos relativos à EFD, a correção de tais arquivos é de responsabilidade do contribuinte e tais registros devem refletir os elementos constantes nos documentos fiscais relativos às entradas e saídas de mercadorias. 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 retificação da EFD.

O Autuante afirmou que examinando os arquivos mensais de EFD apresentados, constatou que não houve qualquer inconsistência nos mesmos. Asseverou que 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).

O art. 5º, da Portaria ANP Nº 26/92, dispõe sobre a aplicação do percentual de 0,6% para os postos revendedores, de forma que, somente quando for constatada perda de estoque físico superior ao mencionado percentual, cabe ao posto revendedor proceder à apuração das causas. Neste caso, por se tratar de uma regra destinada aos postos revendedores, é razoável utilizar o citado percentual como referência.

Nas operações de saídas dos produtos das distribuidoras, seja para venda ou transferência de combustível, é utilizado litro como unidade de medida, na temperatura ambiente e, além da variação volumétrica em função da temperatura, podem ocorrer perdas por manuseio e evaporação, por isso, foi indicado o percentual admissível de perda de até 0,6%, percentual comentado pelo autuante na informação fiscal.

No que diz respeito aos ganhos relativos às variações volumétricas não foram comprovados 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.

Convém salientar que 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.

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

Exercendo o Impugnante a atividade comercial de combustíveis, mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, sujeitas ao pagamento do imposto por antecipação, por isso, é indubitado que na constatação de omissão de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, deve ser exigido o imposto do sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal (art. 6º, inciso IV, da Lei 7.014/96), sendo devido também, o tributo apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no RICMS/BA, relativamente às mercadorias sujeitas a antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada, deduzida a parcela do tributo calculada na forma do item anterior, a título de crédito fiscal, o que não foi objeto de cobrança neste Auto de Infração.

O Impugnante também apresentou a alegação de que, em relação à Portaria 159/19, em atenção ao disposto no inciso III, do art. 167, do RPAF-BA/99, no máximo se poderia aplicar o parágrafo único do art. 10, a partir desta data.

Vale destacar o registro do Autuante de que, sobre a aplicação retroativa do parágrafo único do art. 10 da Portaria 445/98, no caso específico dos postos revendedores de combustíveis, os levantamentos de estoque são feitos e registrados diariamente pelo contribuinte nos campos do registro 1300 da EFD. Dada essa peculiaridade no controle de estoques de combustíveis pelos postos revendedores, foi acrescentado o parágrafo único ao art. 10, da Portaria 445/98. Até a publicação da Portaria 159, de 24 de outubro de 2019, a SEFAZ restringia os procedimentos de levantamentos quantitativos de estoque realizados pela fiscalização àqueles que chama de levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado ou em exercício aberto, sempre utilizando os inventários registrados no livro Registro de Inventário.

Observe que Portaria nº 159/2019 alterou a Portaria nº 445/98, dispondo sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias, tendo sido acrescentado o Parágrafo Único ao art. 10 da mencionada Portaria.

O Autuante sustentou 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, estabelecendo, tão-somente, novos critérios de apuração ou processos de fiscalização.

Comungo com o entendimento alinhado pelo Autuante por entender 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, e não se trata de inovação de método de apuração, como entendeu o Autuado.

No que concerne aos procedimentos realizados pela fiscalização, quando se constata saídas de combustíveis sem documentação fiscal, e os contribuintes registram essas saídas como “perdas”, tal registro tem sido aceito pela fiscalização, não exigindo o pagamento do imposto até o limite estabelecido pelo DNP. Ou seja, o percentual de “perdas” ou de “ganhos” até o referido limite, é considerado como de variação de volume normal, decorrente do volume em relação à temperatura. O Autuante, no presente caso, apurou, com base na escrituração realizada pelo próprio Autuado, quantidades de “ganhos”, acima do limite estabelecido pela legislação deste Estado, e exigiu o imposto sobre esses “ganhos” considerados excedentes. Deve ser consignado que, no levantamento fiscal, foi considerado como ganho normal, o percentual de 1,8387% (previsto na Portaria 445/98), que é mais que três vezes 0,6% estabelecido pela ANP.

Não acato o argumento defensivo de que se deveria aplicar a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa 56/2007, sobre as “receitas omitidas”, haja vista, que a exigência fiscal, ora em lide, leva em consideração, apenas as entradas não comprovadas de combustíveis. Por isso, não deve ser aplicada, às respectivas receitas, a proporcionalidade a que se refere a IN 56/07.

O Autuante em sua informação fiscal, registrou que os combustíveis estão sujeitos à substituição tributária, e conforme art. 10, da Portaria 445/98, deve ser exigido o pagamento do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal. Sustentou que no caso do imposto devido na condição de responsável solidário o seu fundamento não é a “presunção da ocorrência de operações tributáveis realizadas anteriormente sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem pagamento do imposto”, mas a transferência da responsabilidade tributária feita pela Lei 7.014/96, art. 6º, inciso IV. Arrematou destacando que não há que se falar em aplicação da proporcionalidade de que trata a IN 56/07 quanto a essa infração, haja vista a sua responsabilidade não ser fruto da presunção do inciso IV, do § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96, mas do art. 6º, IV, da Lei 7.014/96.

Pugnou o Autuado, na hipótese de manutenção da autuação fiscal, que fosse dispensada a multa por infração e dos acréscimos moratórios, com sustentação no art. 100, incisos I e III, c/c o parágrafo único do CTN. E, caso seja mantido o lançamento, se mantida a sanção, pede seu reenquadramento para a alínea “f”, do inciso II, do art. 42, da Lei 7.014/96, por entender que a alínea “d”, do inciso III, do mesmo diploma legal, somente se aplica para as hipóteses alinhadas ao levantamento quantitativo/presunção.

Quanto à multa de 100% sugerida pelo Autuante que foi objeto de contestação pelo Impugnante, saliento que a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do

presente Auto de Infração, e decorre de sanção expressamente determinada na alínea “d”, do inciso III, do art. 42, da Lei 7.014/96.

Ressalto, que essa 3ª JJF não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, e não cabe a este órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do inciso I, do art. 167, do RPAF-BA/99.

Em relação às decisões deste CONSEF, citadas pelo defendente, às fls. 25v e 26, não se reportam à mesma acusação fiscal de falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário, por ter adquirido combustíveis de terceiros desacompanhados de documentação fiscal do presente caso, por isso, não se aplicam ao presente julgamento.

Em consonância com tudo o quanto expandido, concluo que a acusação fiscal, no caso em exame, nos moldes como foi apurada e descrita a infração, afigura-se correta e consentânea com a exigência do imposto por responsabilidade solidária, restando caracterizado que o lançamento fora efetuado em total convergência com a legislação de regência aplicável.

Indefiro a solicitação para seja ouvida a PGE/PROFIS em relação às questões jurídicas envolvidas, por não vislumbrar que, nesta fase de julgamento, e no caso em exame, se encontram as situações elencadas no art. 118, do RPAF-BA/99 que preconizam o concurso da Procuradoria.

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

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Tendo ciência da decisão acima transcrita, inconformada e tempestivamente, a Recorrente, devidamente assistida juridicamente pelo Dr. Fernando Marques Villa Flor, protocolou em 08.09.21, Recurso Voluntário, fls. 115 a 135 do processo, pugnando pela sua reforma, ora objeto de análise.

Renovando a solicitação para que toda comunicação a respeito do presente processo seja encaminhada ao seu representante, identificado nos autos, transcreve o teor da infração que lhe foi imputada, afirma estar a decisão proferida pela Junta Julgadora “contaminada por vícios insanáveis” que levaram ao cerceamento da sua defesa, motivo para que a autuação seja reformada.

Diz a Recorrente que “**RATIFICA todo o conteúdo de sua defesa (questões prejudiciais e de mérito), pedindo que sejam apreciadas em segunda instância, sem embargo dos pontos abaixo abordados**”.

Apresenta, inicialmente, contestação sobre o entendimento contido na decisão de piso a respeito da decadência pleiteada sobre os fatos geradores compreendidos no período de janeiro a março de 2016, com base no que dispõe o CTN no artigo 150, inciso IV, sustentando, em contraponto ao afirmado pelo autuante e mantido pela Junta Julgadora, que ocorreu sim a informação ao Estado dos tributos e seus pagamentos ao apresentar o LMC em sua EFD.

Em sequência a Recorrente trata da **NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA**, quando reafirma a impossibilidade de aceitação da realização do julgamento por vídeo conferência, apresentada em sua defesa inicial, por ser tal forma cerceadora do exercício da plena defesa e do contraditório e, “**Apenas, por cautela, pede que o julgamento do presente recurso seja realizado de forma presencial**”.

Complementa o argumento de cerceamento à sua defesa afirmando que a decisão de piso foi baseada em demonstrativos sintéticos apresentados pelo autuante, de onde não teve como extrair dados para a sustentação das suas razões defensivas, o que esbarra no que estabelece o artigo 196, do CTN, além de haver a referida decisão alterado a fundamentação legal do auto de infração sem que lhe fosse reaberto prazo para nova defesa.

Também, a Recorrente, contesta a forma como lhe foi apresentada a possível apuração de tributo

onde constam dados de “alguns dias”, aqueles em que supostamente ocorreram possíveis entradas de combustíveis sem a comprovação documental, o que já foi objeto de apreciação por parte deste Conselho, não acatando tal procedimento, o que deveria ter sido efetuado pela Junta Julgadora, pelo que requer a nulidade da decisão, da qual recorre, devendo o processo retornar à instância anterior, para novo julgamento.

Também, referente a pretensão de nulidade, a Recorrente trata da **NULIDADE DA DECISÃO. ALEGAÇÕES DEFENSIVAS NÃO APRECIADAS**, quando diz não haver a Junta Julgadora apreciado as suas razões de defesa, como apresentadas, ***“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 recusa pela JJF em apreciar a alegação de ILEGALIDADE da Portaria 159/19; e diante da ausência de deliberação acerca da ilegalidade da Portaria 445, na parte que tange a instituição da responsabilidade solidária”***.

Destaca a Recorrente o fato de haver o autuante “apurado” supostas infrações “diariamente” e, no entanto, apresentado o pretendido imposto como se os fatos geradores houvessem ocorrido no último dia de cada mês e, que tal sistemática somente seria possível na hipótese apresentada pela Lei nº 7.014/96, artigo 41, inciso II, mesmo assim, se atendidos aos requisitos ditados pelos artigos 46 e 47, além do fato de não haver a Junta Julgadora apreciado a alegação de ILEGALIDADE da Portaria nº 159/19 e da Portaria nº 445/98, no que tange à instituição da responsabilidade solidária.

Também, diz, sobre a posição da Junta Julgadora, relativo à sua afirmativa em se considerar, no caso, estar ocorrendo ilegitimidade passiva ***“De mais a mais, a Autuada suscitou sua ILEGITIMIDADE PASSIVA, na medida em que a Portaria 445/98, a teor do art. 128, do CTN, é ILEGAL, o que não foi enfrentado pela JJF. Sobre essa questão não existe na decisão qualquer menção. A Junta, contrário senso, disse que a Lei 7.014/96 atribui responsabilidade ao “distribuidor”, o que, além de ser uma inverdade, não se aplica ao “varejista”. A Decisão recorrida, como visto, é NULA DE PLENO DIREITO, pois levada a efeito com cerceamento do direito de defesa e supressão de instância”***.

Ainda relativo a nulidade da autuação e da decisão de piso, a Recorrente, trata do **ENQUADRAMENTO LEGAL APRESENTADO NO AUTO DE INFRAÇÃO – LEI Nº 7.014/96. PRESUNÇÃO “DECORRENTE”. ALTERAÇÃO DO FULCRO DA AUTUAÇÃO. NULIDADE DA DECISÃO E DO AUTO DE INFRAÇÃO**, onde apresenta o enquadramento legal apontado pelo autuante, artigos 4º, § 4º, inciso IV e 6º, inciso IV da Lei nº 7.014/96, c/c o art. 23-A, inciso II, da Lei nº 7.014/96, que transcreve, comentando que, diante do que consta no Auto de Infração, ocorre a cobrança do tributo por presunção, o que é negado pela Junta Julgadora, no voto do seu relator, muito embora não tenha sido apontada nenhuma comprovação de aquisição de mercadorias de terceiros sem documentação fiscal.

Afirma que ao mudar o enquadramento da autuação, desconsiderando a presunção tipificada no enquadramento e não lhe concedendo novo prazo para apresentar novas razões de defesa, a Junta Julgadora cerceou, mais uma vez, o seu direito à plena defesa e ao contraditório, o que inquina o julgamento de total nulidade.

Afirma haver a 2ª CJF, em julgado de processo semelhante, reconhecido como “presunção” a tributação sobre entradas como as que são objeto do presente Auto de Infração em lide, assim como a 1ª JJF no julgado através o Acórdão JJF nº 0052-0122VD, voltando a afirmar que a alteração de enquadramento feito pela Junta Julgadora inquina o processo de nulidade.

Diz a Recorrente que, sendo embasada a autuação na presunção estabelecida na Lei nº 7.014/96, artigo 4º, § 4º, inciso IV e art. 6º, inciso IV, deve ser observado o que está contido na Instrução Normativa nº 56/07, itens 1 a 4, que transcreve, que trata da proporcionalidade entre as saídas, (tributadas X isentas X não tributadas), para determinação da base de cálculo, complementando que para que assim não seja praticado, a exclusão das parcelas não sujeitas à tributação, deveria ser cumprida a exigência de ***“que as circunstâncias determinantes da exceção sejam devidamente registradas no termo de encerramento da ação fiscal, sob pena, inclusive, de “não registro do auto de infração”***.

Dando sequência a sua peça recursiva, a Recorrente, trata do item: **LEI Nº 7.014/96 – RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTUADA. NULIDADE DA DECISÃO E DO LANÇAMENTO**, quando, inicialmente destaca e transcreve, o que está determinado na Lei nº 7.014/96, artigo 8º, que diz atender ao prescrito na competência que possui, em face o estabelecido no CTN, artigo 128, que também transcreve, à vista do que, considera “**flagrantemente ILEGAL**”, o disposto no artigo 10, I, “a” e “b” da Portaria nº 445/98, base utilizada na presente autuação.

Tece comentários e observações sobre o que está contido na Portaria nº 445/98 e afirma não haver no mesmo qualquer dispositivo que determine o levantamento de estoque físico da forma como procedido pelo autuante, ao contrário, identifica categoricamente nos artigos 6º e 7º, o procedimento que deve nortear o trabalho do preposto fiscalizador.

Comenta, em seguida, a Recorrente, o que foi estabelecido pela Portaria nº 159/19, no art. 3º, incisos I a XII, que afirma trazer benefícios ao contribuinte ao reconhecer percentuais de perdas, conforme a atividade exercida, considerando estranha o que ficou determinado, justamente para o segmento varejista de combustíveis “**em relação ao qual a aludida Portaria, no art. 10, criou o parágrafo único, instituindo não apenas um novo roteiro de fiscalização, mas sim a própria caracterização da omissão, ou seja, do fato gerador**”.

Apresenta julgados da 2ª CJF, **ACÓRDÃOS CJF Nº 0309-12/20-VD, e CJF Nº 0097-12/20-VD** onde autuações com a mesma fundamentação do presente processo foram rejeitadas, sendo tais processos referente a autuações de outros estabelecimentos da mesma empresa da Recorrente.

Abordando o que dispõe a Portaria nº 159/19, a Recorrente, afirma que, muito embora o julgador de piso afirme ser benéfica ao contribuinte, isto é, em realidade “**GRANDE ENGANO E ERRO ABSURDO DE INTERPRETAÇÃO**”, pois ao instituir o percentual de 1,38%, ao invés do percentual de 0,6%, estabelecido pela ANP, no seu inciso XI, “**exetua justamente o “comércio varejista de combustíveis**”, e, ao criar o artigo 10, ofende ao que dispõe o artigo 97, III, c/c 103, I, do CTN.

Afirma que de tal forma, baseado em informações acessórias determinadas pela ANP o Estado criou uma nova sistemática de tributação, sem qualquer respaldo na Lei nº 7.014/96, além de não haver o autuante analisado à luz do que está informado no LCM, efetuando o confronto com os registros constantes da sua Escrituração Fiscal e Contábil.

Diz a Recorrente que a “equação” utilizada pelo autuante para apurar a “apuração de entradas” sem documentação fiscal, é totalmente ilegal por não se suportar em qualquer documentação legal, sendo tal procedimento rejeitado pelo TJ-BA em julgamentos que transcreve, cujo entendimento inquina de nulidade total a autuação em lide.

Trata, em seguida, DA IRRETROATIVIDADE DA PORTARIA Nº 159/19, afirmando que em sua própria redação define que “**a omissão SERÁ**”, não podendo ser aplicada a fatos pretéritos, sustentando seu entendimento com base no que dispõe o CTN, artigos 100, 103 e 144, ainda mais ao se tratar de criação de fato gerador, entendimento já manifestado por este Conselho, como no Acórdão JJF nº 0118-06/21, cuja Ementa transcreve.

Tratando do fato utilizado pelo autuante para justificar a imputação de infração que lhe é dirigida, **FENÔMENO FÍSICO DE VARIAÇÃO DE VOLUME**, indica julgamento e entendimento do STJ, no **RECURSO ESPECIAL Nº 1884431 - PB (2020/0174822-8)**, cuja ementa transcreve, onde se conclui que o fato fenomênico da variação volumétrica não pode servir de base para fato gerador do tributo ora cobrado.

Sequenciando, a Recorrente, aborda a respeito da VERDADE MATERIAL, quando afirma que deveria o autuante comparar as suas vendas, quando assim confirmaria a inexistência das aquisições sem documentação fiscal que afirma, e cita julgamento proferido por este Conselho, **ACORDÃO CJF Nº 0268-11/16**, complementando: *Qualquer outra posição vem de encontro à pretendida VERDADE e deixa ainda mais clara a nulidade do lançamento, pois se estaria atribuindo às informações viciadas, já que foi alterada a fundamentação com a “supressão da presunção”, o condão de FATO GERADOR CONSUMADO, criado por norma infralegal – PORTARIA*”.

Ainda relativo à “busca da verdade material”, a Recorrente, analisando o trabalho efetuado pelo autuante, afirma: ***“não existem no PAF demonstrativos que comprovem as efetivas diferenças, diárias, entre os estoques “escriturais” e “das medições”, pois nas planilhas apresentadas constam apenas os dados das “disponibilidades” e dos supostos “ganhos”.***

Destaca que as planilhas apresentadas pelo autuante, sintéticas, simplesmente, listam datas, sem sequência, informando possíveis diferenças nos estoques, sendo que, de tal forma, impossibilita uma análise profunda, não tendo, ainda, o autuante observado o EFEITO CASCATA que fatalmente decorre quando ocorrem erros ou alterações em determinadas datas, o que poderia ser observado nas datas posteriores.

Informa que os dados por ela informados, através as DMA's, espelho das suas vendas, confirma que ***“ é inafastável a conclusão de que a Autuada não comprou produtos sem documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a retenção do ICMS. Qualquer informação situada à margem dessas quantidades evidentemente foi viciada, por falha técnica e/ou humana”.***

Pugna a Recorrente DISPENSA DA MULTA POR INFRAÇÃO E ACRÉSCIMOS LEGAIS, com base no que estabelece o CTN, no artigo 100, parágrafo único, que entende impositivo, e, ainda de acordo com julgamento deste Conselho, ***ACÓRDÃO CJF Nº 0256-11/18***, e, ***ACÓRDÃO CJF Nº 0260-11/18***,

Diante do que acima apresenta requer o “tratamento isonômico”, excluindo da autuação a multa e os juros, ou, caso assim não se proceda, ***“que a multa seja reenquadrada para o art. 42, inciso II, “f”, da Lei 7.014/96, na medida em que as penas descritas no inciso III, do mesmo artigo, se encontram adstritas as hipóteses do art. 4º, § 4º, da Lei 7.014/96, ou seja, à presunção de omissão da ocorrência de operações tributáveis sem o pagamento do imposto”.***

Encerrando seu Recurso Voluntário, a Recorrente apresenta:

“Ante o exposto, renovando a solicitação da busca da verdade material (tolhida de forma gritante pela JJF) e, com lastro em toda a documentação fiscal e contábil da Autuada, revisão do lançamento, pedindo a ouvida da PGE sobre toda a matéria de direito acima tratada, requer o Provimento do presente Recurso Voluntário, a fim de que seja declarada a nulidade da decisão recorrida ou a nulidade ou improcedência do Auto de Infração, ou a dispensa ou reenquadramento da multa aplicada”.

Pautado para julgamento em sessão dia 29.11.21, por solicitação deste relator, fl. 163, foi o processo encaminhando em diligência à INFAZ de origem, nos termos a seguir transcritos:

Considerando que nestes processos não foram acostados pelos autuantes os demonstrativos analíticos das diferenças apontadas;

Considerando a constância dos pedidos efetuados pelo patrono da Recorrente neste sentido, acatados em processo similares;

Considerando a ser imperioso o exercício pela Recorrente da mais ampla defesa na apreciação do quanto lhe é reclamado;

Decide esta Câmara de Julgamento Fiscal, por unanimidade dos seus membros, encaminhar o presente processo em diligência à Infaz de origem no sentido de:

01 - Determinar aos prepostos autuantes que anexem ao mesmo os Demonstrativos Analíticos apurados, fornecendo-os à Recorrente para análise;

02 – De posse dos Demonstrativos Analíticos a Recorrente deverá sobre os mesmos se manifestar, no prazo de 60 (sessenta) dias.

03 – Ocorrendo a existência de fatos ainda não do conhecimento do processo, retorne-se o mesmo aos autuantes para que se manifestem.

Cumprido o quanto aqui determinado deverá o processo retornar a esta Câmara para apreciação e julgamento.

A diligência encaminhada foi motivo de Manifestação do autuante, protocolada em 21.09.22, fl. 138, inclusive com a apensação de CD Mídia, constando as novas planilhas, que foi objeto de Manifestação da Recorrente, protocolada em 21.09.22, fls. 179 a 189, e, nova Manifestação do autuante, protocolada em 27.09.22, fls. 195 a 196.

Tomou-se conhecimento, por informação de representante da PGE, de ação judicial intentada pela Recorrente abrangendo todos os processos semelhantes, promovidos pelo fisco contra a

Requerente e outros estabelecimentos da mesma empresa, fato confirmado, a exemplo Acórdãos JJF nº 0097-02/22-VD, 0098-02/22-VD e 0102-02/22-VD, fato também confirmado por representante da Recorrente.

VOTO

Considerando que em sessão do dia 29.06.21, esta 1ª CJF apreciou processo semelhante, relatado pelo ilustre Conselheiro Anderson Ítalo Pereira, referente ao Auto de Infração ora discutido, comungando totalmente com o que foi apreciado e decidido, permito-me reproduzir o voto do ilustre Conselheiro, que representa o meu pensamento e a minha decisão.

Conforme relatado, a recorrente escolheu a via judicial para discussão da matéria controvertida no presente PAF, o que prejudica a sua defesa ou recurso, considerando-se esgotada a instância administrativa, nos termos da legislação vigente, conforme dispositivos abaixo transcritos:

Lei nº 3.956/1981 – Código Tributário do Estado da Bahia (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.

Decreto nº 7.269/1999 – Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF)

Art. 27. Encerra-se o procedimento administrativo fiscal, contencioso ou não, com:

...
IV - a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência da escolha da via judicial.

...
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.

Observe-se que, diante da expressa previsão legal de esgotamento da instância administrativa, não remanesce interesse recursal sequer quanto às questões preliminares e/ou prejudiciais de mérito atinentes à matéria aqui discutida, já que se esvai a competência de julgamento deste CONSEF, de modo que o recurso deve ser considerado prejudicado, com a consequente remessa ao controle da legalidade, conforme art. 126 do COTEB.

Diante do exposto, considero PREJUDICADO o Recurso Voluntário, em razão da escolha da via judicial e, por consequência, esgotada a via administrativa, mantendo-se a decisão de Primeira Instância.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269138.0036/21-8, lavrado contra **POSTO KALILÂNDIA LTDA.**, no valor de **R\$1.720.239,71**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser encaminhado à PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de outubro de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS