

A. I. N° - 269138.0028/21-5
AUTUADO - POSTO KALILANDIA LTDA.
AUTUANTE - JEFFERSON MARTINS CARVALHO
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 29/08/2022

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0137-01/22-VD

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Existência de ação judicial em curso, impetrada pelo autuado durante o trâmite do presente 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 ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto, restando prejudicada a análise das razões defensivas, consoante estabelecem os artigos 126 do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei n. 3.956/81), e 117 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto n°. 7.629/99, com encaminhamento do Processo à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis. **DEFESA PREJUDICADA.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/02/2021, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$ 780.991,66, acrescido da multa de 100%, em decorrência da seguinte infração a legislação do ICMS imputada ao autuado: *Infração 01 - 04.07.01 – Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido combustíveis de terceiros desacompanhados de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas 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.*

Período de ocorrência: 31/12/2016, 31/12/2017, 31/12/2018, 31/12/2019 e 31/12/2020.

O autuado, por intermédio de advogado legalmente constituído, apresentou Defesa (fls. 20 a 31 – frente e verso). Inicialmente, pede que, doravante, todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas ao endereço do profissional que subscreve a defesa, legítimo representante legal do Autuado na ação administrativa que ora se instaura, tudo conforme poderes especificados na procuração anexa.

Argui a decadência da exigência até 28/03/2016 sob o fundamento de que, considerando que a apuração, embora irregular, foi realizada “diariamente”, somente foi intimado do lançamento, embora de maneira viciada, em 29/03/2021.

Argui a nulidade em face à Ordem de Serviço não contemplar o estabelecimento autuado, caso não exista OS direcionada ao referido estabelecimento.

Argui a nulidade por ter sido o Auto de Infração registrado fora do prazo regulamentar, previsto no art. 45 do RPAF.

Alega que já se firmou o entendimento de que a cobrança feita com base apenas nos dados

lançados no LMC, é “presunção”, e que a Portaria n. 159/2019 não retira esse condão, muito pelo contrário, o enquadramento legal lançado no Auto de Infração deixa clara essa constatação.

Alega ilegitimidade passiva. Afirma que o art. 6º, IV, da Lei n. 7.014/96, mencionado no Auto de Infração como “enquadramento legal” não trata de responsabilidade solidária por substituição tributária em 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.

Sustenta que o lançamento é nulo.

Argui a nulidade do lançamento por ofensa ao procedimento regular. Portaria n. 445/98. Alega que as apurações já rejeitadas pelo CONSEF foram feitas exclusivamente pelo mesmo método ora atacado, ou seja, sobre lançamentos na EFD/LMC/Registro 1300, sem o exame de qualquer outro documento ou informação fiscal ou contábil.

Assevera que o lançamento é nulo por absoluta ausência de previsão legal para o meio de apuração utilizado.

Argui a nulidade por ausência de demonstração analítica. Alega que não existem no PAF demonstrativos que comprovem as efetivas diferenças, diárias, entre os estoques “escriturais” e das “medidas”, pois nas planilhas apresentadas constam apenas os dados das disponibilidades e dos supostos “ganhos”.

Argui a nulidade e insubsistência da autuação, em face à ilegalidade da Portaria n. 159/19.

Alega a irretroatividade da Portaria n. 159/2019. Afirma que a referida Portaria foi publicada no dia 25/10/2019 e, em atenção ao disposto no art. 167, II, do RPAF, no máximo a aplicabilidade do parágrafo único do art. 10, seria a partir desta data.

Reporta-se sobre a retificação do SPED.

Salienta que solicitara a autorização para retificações do seu SPED, com base nas notas fiscais, medidas e demais elementos pertinentes (na verdade material), com o que não restará sequer indício de dúvida quanto ao equívoco da autuação.

Afirma que o impedimento à retificação do SPED não pode ser baseado no simples objetivo de manter autuações, mas sim na busca da verdade material.

Reporta-se sobre a verdade material.

Tece considerações sobre a busca da verdade material, invocando decisões do CONSEF e, conclusivamente, roga pela busca da verdade material, colocando todos os elementos que o autuante e o CONSEF entendam como necessários, fiscais e contábeis, à disposição.

Observa que o Julgador deve se preocupar com a proteção do Erário, o que fará no presente caso, evitando o ônus de futura sucumbência judicial.

Reporta-se sobre a multa por infração e acréscimos legais.

Consigna que por cautela, na improvável hipótese de manutenção da autuação, pede a dispensa da multa por infração e dos acréscimos moratórios, com fundamento no art. 100, I e III c/c o parágrafo único, do CTN, cujo teor reproduz.

Solicita “tratamento isonômico” e requer a dispensa da multa por infração e dos acréscimos legais, caso seja mantido o lançamento. Se mantida a sanção pede o reenquadramento para o art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei n. 7.014/96, pois o inciso III, “d”, do mesmo diploma legal, somente se aplica às hipóteses alinhadas ao levantamento quantitativo/presunção.

Finaliza a peça defensiva requerendo a nulidade ou improcedência do Auto de Infração ou, no máximo, depois de revisados os fatos, se mantidos aqueles ocorridos a partir de novembro de 2019, pela “procedência parcial”, com a dispensa da multa e dos acréscimos legais. Protesta,

ainda, a ouvida da PGE sobre toda a matéria de direito acima tratada.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls.52 a 74 – frente e verso).

Tece amplas considerações sobre as supostas nulidades existentes no procedimento de fiscalização.

Contesta a alegação defensiva atinente ao prazo administrativo para registro do Auto de Infração, dizendo pode haver apuração de responsabilidade administrativa do preposto incumbido desse registro, porém não há consequência processual.

Quanto a alegação defensiva atinente à Ordem de Serviço, afirma que não procede, haja vista que não procede, pois sem uma Ordem de Serviço, não se pode lavrar um Auto de Infração no sistema SLCT.

No tocante ao lançamento ser vago ou impreciso, afirma que ao contrário do que alega o impugnante, com uma rápida leitura do Auto de Infração, resta patente que todos os argumentos apresentados na defesa estão incorretos, pois todos os elementos constam do lançamento.

No que tange à retificação da EFD, diz que as alterações efetuadas devem ser fundamentadas em documentos que devem ser apresentados à Fiscalização, sendo que, em nenhum momento isso ocorreu, nenhuma prova de erro nos registros da EFD foi apresentada.

Relativamente à decadência arguida pelo impugnante, sustenta que mesmo se tratando de lançamento por homologação, aplica-se a regra geral do art. 173, I, do CTN, começando-se a contar o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte à data de ocorrência dos fatos.

Quanto aos princípios da legalidade e da verdade material.

Diz que de acordo com o magistério de José dos Santos Carvalho Filho, em seu “Manual de direito administrativo”, 27ª ed., “toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei”, isso em obediência ao princípio da legalidade insculpido no *caput* do art. 37 da Constituição Federal. Acrescenta que na Administração Tributária, esse princípio tem como consequência o dever de o fisco provar a ocorrência do fato gerador, sob pena de nulidade do lançamento.

Quanto ao princípio da verdade material, invoca lição de Celso Antônio Bandeira De Mello, em seu “Curso de direito administrativo”, 28ª ed., e de James Marins, em “Direito processual tributário brasileiro”, 13ª ed.

Observa que no procedimento de fiscalização, a busca pela verdade material termina quando o preposto fiscal julga ter descoberto as provas necessárias para fundamentar o lançamento do imposto.

Ressalta que essa avaliação é sempre dentro de um sistema de referência, pois “a determinação do que seja verdadeiro dá-se mediante o emprego das regras impostas pelo sistema dentro do qual se insere a proposição cuja veracidade se examina”, conforme ensina Fernanda Del Padre Tomé (“A prova no direito tributário”, 3ª ed.). Diz que por isso, ao utilizar os registros da EFD como prova, leva em consideração os seguintes dispositivos legais: art. 226 do Código Civil; art. 417 do Código de Processo Civil (CPC); art. 373, II, e 419 do CPC; e Item 2.1.2 da NBC T 2.

Assevera que diante do exposto, não têm fundamento a censura do impugnante, pois, a EFD faz prova contra o contribuinte, (art. 226 do CC e art. 417 do CPC) e o LMC físico e os seus registros contábeis não fazem prova contra a EFD, já que, pela indivisibilidade da contabilidade (art. 419 do CPC), não se pode utilizar uma parte da sua escrita para fazer prova contra outra parte da mesma.

Ressalta que é claro que isso não significa que o impugnante não possa demonstrar que seus registros na EFD estejam equivocados (art. 417, *in fine*, do CPC). Mas, nesse caso, cabe ao impugnante demonstrar “com base em documentos de origem externa ou interna ou, na sua falta, em elementos que comprovem ou evidenciem fatos e a prática de atos administrativos” (Normas

Brasileiras de Contabilidade T-2.1) a incorreção dos lançamentos feitos na EFD (art. 373, II, do CPC); isto é, compete à impugnante o ônus da prova de que a sua escrita está errada.

Diz que com efeito, em resumo, descortinou que: (i) Os princípios da legalidade e da verdade material foram rigorosamente seguidos; (ii) A prova dos fatos foi feita com a própria escrita fiscal digital; (iii) O ônus da demonstração que a sua EFD está errada é da impugnante; (iv) Pela indivisibilidade da escrituração contábil, o LMC não faz prova contra a EFD; (v) A prova dos alegados erros na EFD, de acordo com as regras contábeis, deve ser feita com base na documentação existente (notas fiscais, recibos, cópias de cheques etc.), o que jamais ocorreu.

Reporta-se sobre a aplicação retroativa do parágrafo único do art. 10 da Portaria n. 445/98.

Afirma que a inserção do parágrafo único ao art. 10 da Port. 445/98, não cria fatos geradores, mas apenas os revela pelo aperfeiçoamento dos procedimentos da fiscalização, restando patente que se deve observar o art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional (CTN), aplicando-se retroativamente as novas normas procedimentais.

Reporta-se sobre a inexistência de “presunção” de omissão de entradas” no procedimento de fiscalização.

Salienta que se pode determinar o desenlace do fenômeno da natureza analisado conhecendo-se as condições iniciais e as leis da natureza que regem esse evento.

Explica que o percentual de 1,8387% citado no parágrafo único ao art. 10 da Port. 445/98 foi deduzido a partir das propriedades físicas dos combustíveis (ABNT NBR 5992, ABNT NBR 7148 e Resolução CNP nº 6, de 25 de junho de 1970) e “calculado com base em índices técnicos de ganhos e perdas admitidos como normal pela Agência Nacional de Petróleo (ANP)” de forma conservadora, sendo mais que três vezes os 0,6% indicados na Port. DNC 26/92. Acrescenta que com isso, criou-se uma margem de segurança que afasta qualquer possibilidade de o ganho registrado se tratar do “fenômeno natural de dilatação dos corpos submetidos a variações de temperatura” (TJSE, AC 201900803746, Rel. Des, Ricardo Múcio Santana de A. Lima); “de uma mercadoria volátil por natureza” (TJPB, AI 2000454-98.2013.815.0000), o que não configuraria fato gerador do ICMS (TJPB, Ag N.º 2007509-66.2014.815.0000, Quarta Câmara Especializada Cível, Rel. Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira).

Assevera que ao se aplicar a norma em questão, o valor determinado como omissão de entrada não deriva de uma presunção, mas de uma ilação baseada na causalidade física.

Sustenta que a nova norma não cria hipótese de incidência baseada em presunção alguma, mas sim, segundo as leis da física, orienta a fiscalização na cobrança do que entende ser certo no mundo fenomênico: além do limite que define, houve a adição de um volume sem documentação aos estoques do posto revendedor de combustíveis.

Reporta-se sobre a correção técnica do levantamento quantitativo de estoques feito na auditoria fiscal que resultou no lançamento de ofício.

O controle dos estoques nas Ciências Contábeis.

Aduz que essencialmente estudados pelas Ciências Contábeis, os estoques referem-se às mercadorias, produtos (finais ou inacabados) ou outros elementos na posse de um agente econômico. Observa que hoje, diferentemente da Era Mercantilista, quando “bastava o levantamento dos estoques em termos físicos”, a análise e classificação dos estoques são muito mais complexas (MARTINS, Eliseu. “Contabilidade de custos”. 10ª Ed.).

Diz que diante dessa complexidade, a Portaria nº 445, de 10 de agosto de 1998, não veio criar conceitos novos de contabilidade, mas, como exposto nos seus considerandos, ela foi publicada para “orientar os trabalhos de auditoria fiscal de estoques em estabelecimentos comerciais e industriais” dada as dificuldades encontradas pelos fiscais “face à diversidade de espécies, denominações e unidades de medidas de mercadorias envolvidas e de procedimentos aplicáveis”

nas diversas situações”. Sustenta que isso posto, não se pode interpretar essa norma sem que se conheça os conceitos de contabilidade em que ela se fundamenta.

Refere-se ao inventário dos estoques.

Diz que um desses conceitos elaborados pelas Ciências Contábeis é o inventário. Assinala que conforme ensina José Carlos Marion, “inventário, no sentido restrito, refere-se ao processo de verificação das existências dos estoques; portanto, faz parte do Controle de Estoque. Diz que dessa forma, a verificação e a contagem física do bem, *in loco*, caracterizam o inventário” (MARION, José Carlos. “Contabilidade empresarial”. 18^a Ed.).

Ressalta que o inventário trata da contagem física e *in loco* das mercadorias. Afirma que quando a Port. 445/98, no *caput* do seu art. 1º, dispõe que o levantamento quantitativo de estoques se trata de “*conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período*”, se sabe que o levantamento toma por base duas contagens físicas do bem e *in loco*, uma no início e outra no final do período analisado.

Salienta que desse modo, tecnicamente, um levantamento de estoques é feito comparando-se o inventário inicial (estoque inicial, EI) somado às entradas (E) e subtraído das saídas (S) com o inventário final (estoque final, EF). Diz que matematicamente, EF deve ser igual a soma do EI com as E subtraídas das S ($EF = EI + E - S$), mas, se EF for maior ($EF > EI + E - S$), houve omissão de entradas, e se EF for menor ($EF < EI + E - S$), houve omissão de saídas.

Observa que o período do levantamento dos estoques depende da frequência com que se deva realizar os inventários e, apesar de ser comumente anual, há casos em que a legislação determina um intervalo mais curto entre os inventários.

Reporta-se sobre a frequência de realização dos inventários.

Diz que na legislação que regula as atividades das empresas, esses inventários dos estoques podem ser feitos com frequências diferentes, a exemplo das empresas mercantis, por obrigação legal, os estoques são inventariados quando do levantamento do balanço da empresa (art. 225, *caput*, do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, Decreto nº 13.780, de 16 de março de 2012 – RICMS/12), levantado ao fim de cada período de apuração (art. 276, *caput*, do Regulamento do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, aprovado pelo Decreto Federal nº 9.580, de 22 de novembro de 2018), o que, no caso das pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real, deve ser feito trimestralmente ou anualmente, e, no caso da pessoa jurídica habilitada à opção pelo regime de tributação com base no lucro presumido, no término do ano-calendário.

Reporta-se sobre controle dos estoques de combustíveis feito pelos postos revendedores. Menciona o controle fiscal: Livro de Movimentação de Combustíveis e a Escrituração Fiscal Digital.

Frisa que no caso particular dos postos revendedores de combustíveis, o controle dos estoques é mais rigoroso: os estoques devem ser inventariados duas vezes por dia, uma antes de qualquer venda no início do dia e outra no final do dia após encerradas as vendas.

Acrescenta que além disso, os postos revendedores devem escriturar todos os inventários de combustíveis em um livro específico seu, no caso o Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), criado pela Portaria do Departamento Nacional de Combustíveis (DNC) nº 26, de 13 de novembro de 1992, 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 e suas atualizações, para atender aos seus propósitos: (i) Proteção do consumidor contra a adulteração dos combustíveis; (ii) Controles mais eficazes para detectar vazamentos de produtos derivados de petróleo, de álcool etílico carburante e mistura óleo diesel/biodiesel especificada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) comercializados pelos Postos Revendedores, que possam ocasionar dano ao meio ambiente

e/ou à integridade física ou patrimonial da população; (iii) Facilitar a atividade de fiscalização da arrecadação do ICMS pelas Fazendas Estaduais; (iv) Coibir operações irregulares de aquisição e revenda de combustíveis.

Salienta que nesse diapasão, existe no LMC um campo específico para o registro de pequenas diferenças que podem ocorrer entre o estoque escritural (soma do estoque de abertura, medido no início do dia, com as entradas subtraídas das saídas) e o estoque de fechamento do dia (medido no final do dia), pois, como os combustíveis são recebidos e vendidos a granel, ficam sujeitos a imprecisões volumétricas.

Acrescenta que além disso, 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).

Conclusivamente, diz que no caso dos postos revendedores de combustíveis, todos os dias o empresário deve fazer o levantamento quantitativo dos seus estoques e registrar as diferenças (OE e OS) em campo específico do LMC, sendo essas aceitáveis até o limite de 0,6%.

Observa que na EFD, esses mesmos controles são relacionados em três registros: 1300, 1310 e 1320, sendo que o registro 1300 trata da movimentação diária de combustíveis e têm os campos que relaciona.

Quanto ao registro 1310 informa que trata da movimentação diária de combustíveis por tanque, e relaciona os seus campos.

Em relação ao registro 1320 explica que trata do volume das vendas no dia e cita os campos.

Diz que conforme se verifica, as perdas e ganhos são primeiramente registrados por tanque no registro 1310 e, depois, consolidadas por combustível no registro 1300. Também, as saídas são registradas por cada bico de cada bomba no registro 1320 e, em seguida, lançadas nos registros 1310 e consolidadas no registro 1300. Dessa forma, o controle dos estoques de combustíveis dos postos revendedores émeticamente anotado a cada dia bico por bico de abastecimento e tanque por tanque antes de ser consolidado no registro 1300.

Repisa que o controle dos estoques de combustíveis nos postos revendedores é repetido todos os dias, e a cada dia é feito de forma independente, com medições e anotações próprias e sem qualquer conexão ou vínculo com os levantamentos dos dias anteriores ou posteriores.

Reporta-se sobre os erros no registro de movimentação de combustíveis na EFD. Retificações dos arquivos apresentados.

Afirma que a alegação de retificação dos arquivos não autoriza presumir que eles tenham atendido as condições impostas pela legislação para que fossem juridicamente válidos para utilização no procedimento de fiscalização.

Reporta-se sobre a checagem de possíveis erros no controle de estoques registrados na EFD.

Afirma que não encontrou qualquer divergência.

Reporta-se sobre os supostos erros na fiscalização apontados pelo autuado. O cancelamento dos ganhos com as perdas sucessivas.

Afirma que não há propagação de erros de um dia para o outro, conforme tabela que apresenta.

Reporta-se sobre os erros de medição.

Assevera que para sustentar minimamente a alegação de existência de erros de medição, o posto revendedor deve apresentar tabela volumétrica do tanque e a descrição da régua medidora ou informar a precisão do medidor automático de tanque (ATG) para que a fiscalização possa avaliar.

Reporta-se sobre os erros na digitação do FECH_FISICO.

Afirma que há limites para os “erros de digitação”, pois estes não ocorrem aleatoriamente. Apresenta exemplos de possíveis erros.

Ressalta que a prova desse erro pode ser feita facilmente com a apresentação do documento digitado.

Reporta-se sobre os erros nas anotações das datas de entradas do combustível nos tanques do posto revendedor.

Afirma que a prova desses erros deve ser feita “com base em documentos de origem externa ou interna ou, na sua ausência, em elementos que comprovem ou evidenciem fatos e prática de atos administrativos” – item 2.1.2 da norma NBC T 2.1. Menciona como exemplo que se pode solicitar ao fornecedor uma cópia do recibo de entrega do combustível.

Ressalta que conferiu as datas de cada entrada de combustíveis no registro 1300 com as datas das entradas das respectivas notas fiscais no registro C100 sem que tenha encontrado qualquer erro.

Reporta-se sobre as demais alegações defensivas, rechaçando todos os argumentos apresentados.

Reporta-se sobre o ICMS devido como responsável solidário.

Consigna que os combustíveis estão sujeitos à substituição tributária conforme a figura abaixo (Ricardo Alexandre, “Direito tributário esquematizado”. 8. Ed.).

Diz que isso posto, segundo o art. 10 da Port. 445/98, quando se trata de mercadorias sujeitas à substituição tributária, 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” (art. 10, I, “a”, da Port.445/98) e “do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido” (art. 10, I, “b”, da Port. 445/98). Acrescenta que por conseguinte, 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. Neste sentido, reproduz abaixo o art. 6º, IV, do referido diploma legal.

Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

(...)

IV - 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.

Assevera que assim sendo, só se pode concluir 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 art. 4º, § 4º, IV, da Lei 7.014/96, mas do art. 6º, IV, da Lei 7.014/96.

Reporta-se sobre a dispensa da multa pela aplicação do art. 100 do CTN.

Afirma que a administração nunca deixou de aplicar a Portaria n. 445/98, sendo a prática administrativa sempre de cobrança, apenas o procedimento foi alterado para tornar esta cobrança mais eficaz, descabendo, portanto, se falar na aplicação do parágrafo único do art. 100 do CTN.

Finaliza a peça informativa mantendo na íntegra a autuação.

A 1ª JJF converteu o feito em diligência (fl. 80), a fim de que o autuante fizesse juntada aos autos de todos os registros fiscais e, também, que fossem entregues ao autuado os referidos registros com a reabertura do prazo de defesa de 60 dias.

O impugnante, cientificado do resultado da diligência, via postal (AR), apresentou o que denominou de “Manifestação” (fls. 92 a 103), na qual, apesar de haver mencionado o presente Auto de Infração n. 269138.0028/21-5, verifica-se que o seu teor e conclusão dizem respeito a um “Recurso Voluntário”, matéria que não guarda qualquer relação com o presente PAF.

O autuante se pronunciou (fl.109 – frente e verso), consignando que o autuado não trouxe qualquer fato novo, razão pela qual não repetirá qualquer contra-argumentos já apresentados.

Ressalta que além disso, houve a desistência da defesa pelo autuado em decorrência da via judicial, Processo n. 8057416 – 34.2021.8.05.0001, inclusive há havendo sentença expedida pela 4ª Vara de Fazenda Pública de Salvador, ficando, desse modo, prejudicada a defesa, consoante o art. 27, IV e *caput* do art. 117 do RPAF/BA.

VOTO

Conforme consignado pelo ilustre patrono do autuado, advogado Fernando Marques Villa Flor, OAB/BA nº. 11.026, na sessão de julgamento do Auto de Infração nº. 269138.0105/19-8, no qual figurou no polo passivo este mesmo contribuinte, Posto Kalilândia Ltda., a empresa impetrou ação judicial contra o Estado da Bahia, abarcando a matéria específica deste lançamento de ofício, conforme Processo nº 8009255-56.2022.8.05.0001, com sentença em primeiro grau já deferida em favor do contribuinte.

O mesmo registro foi feito pelo ilustre Auditor Fiscal autuante em sua última manifestação, na qual consignou que houve a desistência da defesa pelo autuado em decorrência da escolha pela via judicial, Processo n. 8057416 – 34.2021.8.05.0001, inclusive já havendo sentença expedida pela 4ª Vara de Fazenda Pública de Salvador.

O *caput* do art. 117 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estabelece que “*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*”.

Já os artigos 126 e 127-C, IV, do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB estabelecem que:

“*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.*

...

Art. 127-C. Encerra-se o processo administrativo fiscal, contencioso ou não, com:

...

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

Conforme se verifica da leitura dos dispositivos legais acima reproduzidos, a escolha pelo Contribuinte pela via judicial importa em desistência da defesa pela via administrativa, situação na qual o processo deve ser encaminhado à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, inclusive, acompanhamento do processo no âmbito do judiciário.

Diante disso, considerando que a existência de ação judicial em curso, impetrada pelo autuado contra o Estado da Bahia, envolvendo a mesma matéria específica do lançamento de ofício em exame, importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto, resta prejudicada a análise das razões defensivas.

Ressalto, ainda, que conforme disposto no art. 167, I a III, do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de invalidade em tese de lei ou outro ato normativo vigente no ordenamento jurídico, a negativa de aplicação de ato normativo emanado dos poderes Legislativo e Executivo e as decisões transitadas em julgado proferidas por membros do Poder Judiciário.

Diante do exposto, resta PREJUDICADA a análise Defesa interposta, devendo o processo ser encaminhado à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar PREJUDICADA a defesa interposta e declarar PROCEDENTE o Auto de

Infração nº **269138.0028/21-5**, lavrado contra **POSTO KALILANDIA LTDA.**, no valor de **R\$ 780.991,66**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso III “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais com posterior remessa dos autos à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis.

sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR