

A. I. Nº - 269138.0043/21-4
AUTUADO - POSTO KALILÂNDIA LTDA.
AUTUANTE - JEFFERSON MARTINS CARVALHO
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 10/11/2022

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0197-01/22-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE TERCEIROS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Existência de ação judicial em curso, impetrada pelo autuado durante o trâmite do atual Processo Administrativo Fiscal contra o Estado da Bahia, abarcando a mesma matéria específica do lançamento de ofício, importa a renúncia ao poder de se defender na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto, restando prejudicada a análise das razões defensivas, à luz da clara e precisa dicção dos artigos 126 do COTEB e 117 do RPAF/99. 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 lide, lavrado em 16/03/2021, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$ 135.618,75, mais multa de 100%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 004.007.002: Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor do PMF, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada 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, ocorrido em dezembro de 2016, dezembro de 2017, dezembro de 2018, dezembro de 2019 e dezembro de 2020.

Enquadramento legal: art. 4º, § 4º, inciso IV, art. 6º, inciso IV, art. 23, § 6º, inciso II, “b”, da Lei 7.014/96; e art. 10, parágrafo único da Portaria 445/98. Multa prevista na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte ingressou com defesa administrativa em 20/05/2021, peça processual que se encontra anexada às fls. 18 a 28 (frente e verso). A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seu advogado, conforme Instrumento de Procuração à fl. 75.

O Impugnante inicia sua peça defensiva transcrevendo a infração ora imputada, e solicita que, doravante, todas as intimações e notificações sejam encaminhadas para o endereço do profissional que subscreve a defesa, tudo conforme poderes especificados na procuração que anexou aos autos.

Inicialmente argui preliminar de 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.

Entende que a exigência não pode ser sustentada pelo art. 10, § único, da Portaria 445/98 (dispositivo que foi incluído pela Portaria 159/19), pois se encontra interligada com ocorrência da qual depende e necessita de apuração, comprovação e decisão homologatória transitada em julgado. Alega que por não existir a infração “mãe” (responsabilidade solidária), não se pode falar em responsabilidade própria, sendo nulo o lançamento.

Pontua que o lançamento de ofício tem amparo na “presunção de ocorrência de operações sem o pagamento do imposto” (art. 4º, § 4º, IV da Lei 7.014/96), e que de acordo com o demonstrativo sintético fornecido, a base de cálculo do A.I. foi mensurada em consonância com o art. 23-A, II, da Lei 7.014/96, o que, por si só, já se constitui em uma irregularidade.

Reproduz o enquadramento legal apresentado no Auto de Infração e afirma que são inafastáveis as seguintes conclusões:

1. A Lei 7.014/96 só autoriza a cobrança do ICMS, por ausência de registro de entradas de mercadorias ou bens, ou seja, mediante presunção.
2. A fundamentação do lançamento é a presunção, seja quanto à própria essência do pedido, seja quanto à forma adotada para a apuração da base de cálculo.
3. O disposto no art. 6º, inciso IV, apesar de somente ser aplicável nos casos de flagrante da posse de mercadorias ou bens, não retira a presunção, que no caso seria, embora absurda de se imaginar, de que essa “posse” presumidamente existiu, de 2016 a 2020.
4. Se afastada tal constatação, assim consignada no lançamento de ofício, da “presunção” o lançamento estará contaminado, diante da alteração da causa do pedido.

Informa que apresenta decisões da 2ª CJF do CONSEF, em situações exatamente iguais, em que se firmou o entendimento de que a cobrança feita com base apenas nos dados lançados no LMC, é presunção e a Portaria 159/19 não retira esse condão. Pelo contrário, o enquadramento legal lançado no AI deixa clara essa constatação. Menciona o Acórdão JJF 0052-01/20VD.

Também alega que sendo a autuação embasada na presunção prevista no art. 4º, § 4º, inciso IV e art. 6º, inciso IV, da Lei 7.014/96, com base de cálculo dimensionada no art. 23-A, inciso II, da mesma Lei, necessário que se observe estritamente o quanto disposto na Instrução Normativa 56/07.

Entende que deve ser cobrado o imposto sobre a proporção dos valores relativos às operações sujeitas ao regime normal de tributação, afastada a imposição sobre importâncias pertinentes a operações sujeitas à isenção, não-incidência e substituição tributária. Para que tal regra não seja seguida, a IN exige que as circunstâncias determinantes da exceção sejam devidamente registradas no termo de encerramento da ação fiscal, sob pena de não registro do auto de infração.

Indaga, se um dos combustíveis fosse sujeito ao regime normal, não se aplicaria a cobrança por presunção, apenas sobre os valores a ele correspondentes. Diz que a resposta é óbvia, e se encontra respondida nos muitos julgados do CONSEF. Entende que a inobservância da IN 56/07 implica nulidade do lançamento.

Reproduz o art. 8º, inciso IV, alíneas “a” e “b” da Lei 7.014/96 e afirma que a mencionada lei seguiu a competência que lhe foi concedida pelo art. 128 do Código Tributário Nacional. Diz que o art. 10, I, “a” e “b” da Portaria 445/98, que versa sobre a responsabilidade solidária é flagrantemente ilegal, eis que a atribuição de responsabilidade se encontra sujeita ao princípio da reserva legal.

Acrescenta que “a Lei 7.014/96, no art. 8º não atribui, sequer a distribuidor, a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição que dirá ao varejista”, e a concepção que norteou o lançamento é inteiramente dissociada da disposição legal vigente, em detrimento do Autuado.

Transcreve o art. 6º, inciso IV da Lei 7.014/96 e diz que o dispositivo transcrito não trata de responsabilidade solidária por substituição tributária e em qualquer caso de presunção, e 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. Entende que não se pode admitir que o Autuado, entre 2016 e 2020, fato constatado em 2021, se enquadre nessa situação. 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 art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96, inclusive a proporcionalidade zero. Diz que o lançamento é nulo de pleno direito.

Alega que não existe na Portaria 445/98 outra forma de se fazer levantamento quantitativo, senão por exercício fechado (encerrado) ou aberto (não encerrado), conforme arts. 1º, 2º e 3º. Transcreve os arts. 6º e 7º, I e II da mencionada Portaria e diz que até esse ponto, se encontra em consonância com a Lei 7.014/96, ou seja, acolhe os conceitos únicos e legais da presunção e da apuração por exercício, não contemplando a apuração do fato gerador diário.

Afirma que a ilegal Portaria 159/19 no art. 3º, incisos I a XII, trouxe algum benefício aos contribuintes, na medida em que estabeleceu índices de tolerância para a caracterização de “omissão de entradas”. A exceção feita foi 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, fato gerador do imposto.

Informa que em 2018 um dos estabelecimentos do Autuado (CNPJ 015.151.046/0024-75) foi alvo de quatro autuações fundamentadas no mesmo método ora combatido, tendo o CONSEF rejeitado, como se pode aferir das ementas que transcreveu (Acórdão CJF N° 0309-12/20-VD e Acórdão CJF N° 0097-12/20-VD).

Diz que as apurações rejeitadas pelo CONSEF foram feitas através do mesmo método ora atacado sem o exame de qualquer outro documento ou informação fiscal ou contábil. A única diferença foi a edição, em 2019, da Portaria 159, que transformou as informações do LMC, já existentes, em fato gerador do ICMS. Entende que tais informações poderiam ser usadas, a teor do art. 144, § 1º do CTN, como um dos componentes de uma regular apuração, porém nunca e tão somente, como fato gerador da obrigação. Pode servir como indício da existência de alguma irregularidade, que deve ser investigada e comprovada pelos meios legais e convencionais.

Comenta sobre apuração diária, alegando que apenas nas hipóteses de “regime especial de fiscalização”, atendidos os requisitos legais para a imposição, inclusive autorização da autoridade competente, se pode admitir a apuração do fato gerador diário. Entende que o simples deslocamento da data de ocorrência para o último dia de cada exercício, não é suficiente para suplantar a necessidade do regular regime especial instaurado.

Ressalta 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. As medições não foram efetivamente utilizadas na apuração. Sequer os LMCs utilizados na ação fiscal foram apresentados pelo Autuante, colocando em dúvida os ganhos eleitos e erigidos à condição de fato gerador. Diz 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.

Alega que a teor do art. 46 do RPAF, todos os elementos deveriam compor o processo e o autuado teria direito a receber os com a intimação para a defesa. A juntada das medições e demais dados inerentes à ação fiscal demonstraria, inclusive, a existência de divergência ora discutida, em especial no que tange aos saldos finais escriturados e medições diárias. Comprovaria também que quando as medições não eram lançadas, o saldo se tornava negativo e, no dia seguinte, a abertura era registrada como positiva, dentre outras situações e deduções equivocadas.

Afirma que outros pontos que constam nos demonstrativos sintéticos, únicos ofertados ao Autuado para o exercício do direito de defesa, merecem destaque, em especial uma enormidade de datas nas quais os ganhos superam e muito as disponibilidades ou delas se aproximam, evidenciando a inconsistência dos dados carreados ao PAF.

Registra que se deve atentar, também, para o fato de que a planilha sintética lista datas não sequenciais, sempre valorando apenas os supostos e irreais ganhos. A existência de erros de lançamentos provoca efeito cascata nos dias subsequentes, nos quais o sistema, também por falha, faz ajustes automáticos, visando as compensações. Por isso, aparecem dias com “sobras expressivas” e outros com “ganhos expressivos”. Entretanto, uma apuração baseada nos estoques e nas totalizações das vendas, todas registradas e declaradas, comprovará que não existiram compras sem documentação fiscal. Entende que essa apuração pode ser feita em quantidades e valores, nas escritas fiscal e contábil. Diz que no momento, tudo indica que apenas informações de supostos ganhos foram usadas, sem que fossem observadas perdas, estoques, escritural e medições, entradas e saídas. A origem das quantidades indicadas no AI também não foi comprovada.

Pede a posterior juntada de demonstrativos e documentos, listando erros cometidos nos levantamentos, o que poderá ser levado a efeito quando da necessária reabertura do prazo de defesa. Ressalta as dificuldades momentâneas para a análise de cada fato apontado, em decorrência das restrições causadas pela “crise sanitária”, inclusive falta de atendimento presencial nas repartições públicas, diminuição do quadro funcional e no horário de trabalho, dentre outros fatos que interferem nas atividades fins e administrativas dos contribuintes.

Em relação à Portaria 159/2019, alega que se essa Portaria tivesse feito apenas a “instituição de limites de tolerância” seria benéfica aos Contribuintes, pois se aplicaria ao segmento de varejo de combustíveis 1,38% contra 0,6%, previsto por normas da ANP. Diz que o dispositivo (inciso XII) excetua justamente o comércio varejista de combustíveis, criando o parágrafo único do art. 10.

Alega que se constata, através da redação da Portaria 159/19, que foi criada nova hipótese de incidência, através de registros fiscais acessórios, sem qualquer relação com as autorizações disciplinadas pelo art. 4º, § 4º, inciso IV da Lei 7.014/96, ou mesmo com o art. 6º, inciso IV da mesma Lei.

Comenta que os registros no LMC/1300, no máximo, poderiam servir de indício de alguma irregularidade, quando apresentassem quantidades “excessivas”. Entende que tais indícios poderiam servir de base para uma investigação aprofundada, notadamente com base nas escritas fiscal e contábil do Contribuinte, como determina a IN 56/07.

Registra que tratando de matéria jurídica idêntica, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia já firmou o entendimento no sentido de impossibilidade da utilização de norma infralegal, em desrespeito ao art. 97, IV do CTN, aplicando-se igual interpretação ao inciso III, do mesmo artigo.

Também em relação à Portaria 159/19, publicada em 25/10/2019, alega que, em atenção ao disposto no art. 167, III do RPAF, no máximo se poderia aplicar o parágrafo único do art. 10, a partir desta data. Cita os arts. 100, 103, I e 144 e seu § 1º, do CTN. Diz que a exceção prevista no § 1º do art. 144 não se aplica ao caso presente. Interpretação fazendo alcançar a norma infralegal implica ofensa ao quanto estatuído pelo caput do artigo.

Segundo, porque a Portaria caracteriza o próprio fato gerador e, por consequência, não se poderia olvidar em sua aplicação, posteriormente à ocorrência do fato gerador. Terceiro, porque a Portaria não veio tão somente instituir novos critérios de apuração ou processos de fiscalização com simples ampliação dos poderes de investigação das autoridades administrativas. Quarto, porque se a pretensão é conceder ao crédito tributário maiores garantias ou privilégios, o próprio dispositivo afasta a exceção em relação a atribuição de responsabilidade tributária a terceiros.

Apresenta o entendimento de que, ainda que as quantidades apresentadas nos demonstrativos que acompanham o AI tivessem sido levantadas por meio legal e representassem ganhos decorrentes

de variações volumétricas, não poderiam ser tais dados simplesmente conduzidos ao “status” de fato gerador do ICMS, conforme decidido pelo STJ, que inadmitiu a variação volumétrica.

Diz que solicitara autorização para retificação do seu SPED, com base nas notas fiscais, medições e demais elementos pertinentes, com o que não restará sequer indício de dúvida quanto ao equívoco da autuação.

Cita exemplo, e diz que, se o desejo do julgador é realmente alcançar a verdade material, como externado em sessões de julgamento de casos análogos, deve ao menos, antes de prolatar a decisão final, investir de forma isenta na instrução do PAF, determinando diligência com o desiderato de apurar se os dados apresentados pelo Autuante são suficientes para o exercício do direito de defesa e se as quantidades tidas como omitidas possuem respaldo nos estoques iniciais de 2016, nas compras e vendas e na Contabilidade. Sobre o tema “verdade material” cita decisão do CONSEF, acórdão CJF Nº 0268-11/16.

Renova o pedido de posterior juntada dos documentos que enumerou à fl. 26 (verso) e reafirma que não existem no PAF demonstrativos que comprovem as efetivas diferenças; diz ser inafastável a conclusão de que o Autuado não comprou produtos sem documentação fiscal e, consequentemente, sem a retenção do ICMS. Roga pela busca da verdade material, colocando todos os elementos que o Autuante e o CONSEF entenderem necessários.

Por cautela, na hipótese de manutenção da autuação fiscal, pede a dispensa da multa por infração e dos acréscimos moratórios, com sustentação no art. 100, incisos I e III, c/c o parágrafo único do CTN.

Comenta sobre o LMC, ressaltando que as informações de perdas e ganhos nunca foram consideradas para fins de cobrança do imposto como feito a partir da edição da Portaria 159/19. Diz que observada essa prática reiterada, o parágrafo único do art. 100 é impositivo determinando a exclusão de penalidades e dos acréscimos legais, em consonância com precedentes do CONSEF (Acórdão CJF Nº 0256-11/18 e Acórdão CJF Nº 0260-11/18).

Solicitando tratamento isonômico, 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, “f” da Lei 7.014/96, por entender que o inciso III, “d” do mesmo diploma legal, somente se aplica para as hipóteses alinhadas ao levantamento quantitativo/presunção.

Por fim, renova o pedido de busca da verdade material, requerendo a revisão do lançamento e, ao final, uma vez devidamente instruído o PAF, que seja declarada a nulidade ou improcedência da autuação. 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, pela ouvida da PGE sobre toda a matéria de direito tratada na defesa.

O autuante presta informação fiscal às fls. 49 a 72 (frente e verso) dos autos. Diz que apresenta esclarecimentos redarguindo de forma específica e fundamentada cada questionamento do defensor, tudo nos termos do art. 127 do RPAF-BA/99.

Sobre a alegação de que o lançamento é vago ou impreciso, diz que ao contrário do argumento defensivo, com uma rápida leitura do auto de infração, fica patente que todos os argumentos apresentados na defesa estão incorretos.

Afirma que a infração e a multa aplicada têm seus enquadramentos legais indicados; que consta a descrição dos fatos que fundamentaram a cobrança; que todos os valores estão de acordo com os demonstrativos anexados aos autos; e que os demonstrativos das omissões encontradas são um excerto do registro 1300 da EFD.

Em relação ao pedido de retificação da EFD, diz que é possível enquanto o contribuinte não está sob ação fiscal. Após esse momento, depende da liberação do preposto fiscal responsável, caso contrário, os arquivos retificadores são recebidos e arquivados e rotulados como “sem valor legal”.

Ressalta que as alterações efetuadas devem ser fundamentadas em documentos que devem ser apresentados à fiscalização. Em nenhum momento isso ocorreu, nenhuma prova de erro nos registros da EFD foi apresentada neste ou em outro processo.

Diz que deve merecer especial repúdio a sugestão de que impedimento à retificação do SPED com o “simples objetivo de manter autuações”. A retificação do SPED não foi aceita porque não foi apresentado nem ao menos um documento que provasse erro na EFD.

Informa que o documento que apresentou 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 em 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.

Acrescenta que, mesmo assim, naquela ocasião, forneceu ao impugnante, cópia da pasta de Excel com os dados que foram utilizados e foi concedido mais prazo para que o Autuado analisasse o material recebido. Essa busca pela verdade material fazendo aquilo que o próprio Defendente deveria fazer, não parece coadunar com o simples desejo de manter autuações. Assegura que jamais um contribuinte seria prejudicado para manter autuações e a ação fiscal é pautada pela legalidade e pela busca constante da verdade material.

Quanto ao argumento de que ocorreu a decadência do direito de lançar, menciona lições de Ricardo Alexandre e diz que mesmo se tratando de lançamento por homologação, aplica-se a regra do art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional (CTN), começando-se a contar o prazo de decadência a partir do primeiro dia do exercício seguinte à data de ocorrência dos fatos.

Comenta sobre os princípios da legalidade e da verdade material, citando a doutrina e afirmindo que a EFD faz prova contra o impugnante (art. 226 do CC c/c art. 417 do CPC) e o LMC físico e 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 de sua escrita para fazer prova contra outra parte da mesma.

Entende que isso não significa que o Impugnante não possa demonstrar que seus registros na EFD estejam equivocados. Neste caso, cabe ao Contribuinte 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”. Conclui que compete ao Defendente o ônus de comprovar que a sua escrita está errada.

Sobre a aplicação retroativa do parágrafo único do art. 10 da Portaria 445/98, informa que 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.

Ressalta que 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.

Com o parágrafo único ao art. 10 da Portaria 445/98, alterou-se o procedimento a ser realizado pela fiscalização nos levantamentos de estoque dos postos revendedores, pois, no caso específico desse, são realizados inventários de cada combustível no início a ao final de cada dia de operação. Com a nova redação da Portaria 445/98, esses inventários diários 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.

Transcreve o § 1º do art. 144 do CTN e afirma que não tem razão o impugnante quando afirma que

“não existe na Portaria 445/98 outra forma de se fazer levantamento quantitativo, senão por exercício fechado (encerrado) ou aberto (não encerrado) ” e que o art. 10, parágrafo único da Portaria 445/98 “não apenas um roteiro de fiscalização, mas sim a própria caracterização da omissão, ou seja, do fato gerador”.

Sobre a inexistência de “presunção de omissão de entradas” no levantamento de fiscalização, comenta sobre o percentual de 1,8387% citado no parágrafo único do art. 10 da Portaria 445/98; diz que esse percentual é mais do que três vezes os 0,6% indicados na Portaria DNC 26/92, com isso, criou-se uma margem de segurança que afasta qualquer possibilidade de o ganho registrado se tratar de “fenômeno natural de dilatação dos corpos submetidos a variações de temperatura”.

Dessa forma, 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. Todo valor além desse limite forçosamente não corresponde ao volume de combustível que havia inicialmente disponível para comercialização naquele dia.

Conclui que a nova norma não cria hipótese de incidência baseada na ocorrência provável de que um fato tenha ocorrido, ela não cria presunção alguma, mas, seguindo as leis da física, orienta a fiscalização na cobrança daquilo que se garante se certo no mundo fenomênico.

Comenta sobre o controle dos estoques nas Ciências Contábeis, ressaltando que um dos conceitos elaborados é o inventário. Cita ensinamentos de José Carlos Marion, reproduz o que dispõe o caput do art. 1º da Portaria 445/98 e afirma que um levantamento de estoques é feito comparando-se o inventário inicial (EI) somado às entradas (E) e subtraído das saídas (S) com o inventário final (EF). Fórmula matemática: EF = EI + E - S.

Também comenta sobre a frequência de realização dos inventários e do controle do estoque de combustíveis feito pelos postos revendedores, inclusive o registro efetuado no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) e a Escrituração Fiscal Digital (EFD). Diz que no LMC existe um campo específico para o registro de pequenas diferenças que podem ocorrer entre o estoque escritural e o estoque de fechamento do dia, considerando que os combustíveis são recebidos e vendidos a granel, ficam sujeitos a imprecisões volumétricas.

Ressalta que, 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 Portaria DNP 26/92). Portanto, 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%.

Informa que na EFD, esses mesmos controles são relacionados em três registros: 1300, 1310, e 1320. O registro 1300 trata da movimentação diária de combustíveis. O registro 1310 trata da movimentação diária de combustíveis por tanque. O registro 1320 trata do volume de vendas no dia. Cita os campos de cada registro.

Destaca que 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 no registro 1300 e consolidadas no registro 1300. Dessa forma, o controle dos estoques de combustíveis dos postos revendedores émeticulamente anotado a cada dia, bico por bico de abastecimento e também por tanque antes de ser consolidado no registro 1300.

Diz que o trabalho da fiscalização fica simplificado, na medida em que os levantamentos de estoque já estão feitos e registrados diariamente pelo contribuinte nos campos 1300. A prova da infração é a própria anotação feita na EFD, não sendo necessário exigir dia por dia todas as informações da EFD, uma vez que o Contribuinte já a possui. Entende não ser correta a afirmação do Defendente de que há “ausência de demonstração da base de cálculo” ou “ausência de fato gerador do ICMS” ou que “apenas um dos elementos que compõe a auditoria de estoques foi

utilizado”. Também apresenta o entendimento de que a modificação da Portaria 445/98 pela Portaria 159/19 apenas aperfeiçoou com novas orientações procedimentais para a fiscalização, orientando como os prepostos fiscais devem utilizar as informações dos ganhos registrados na EFD.

Apresenta o fundamento fático do percentual limite de 1,8387%, estabelecido pela SEFAZ-BA para os ganhos registrados na EFD. Explica como foi efetuado o cálculo, inclusive a Tabela de Conversão de Densidade para 20 Graus Celsius. Diz que o mencionado percentual trazido no parágrafo único do art. 10 da Portaria 445/98 foi deduzido através da aplicação dessas tabelas de correção de densidade e volume, constantes na legislação que trata dos combustíveis.

Conclui que a nova norma não cria hipótese de incidência baseada em indícios de que tenha ocorrido um fato, ela não cria presunção alguma, mas, pelas leis da física, orienta a fiscalização na cobrança daquilo que garante que é certo no mundo fenomênico. Além do limite que define, houve a adição de um volume sem documentação aos estoques do posto revendedor de combustíveis.

Por todo o exposto, afirma que é apropriado que o parágrafo único do art. 10 se encontre na Seção III da Portaria 445/98, que cuida especificamente das omissões de entradas de mercadorias em levantamento quantitativo de estoque, pois é exatamente disso que trata esse parágrafo.

Diz ser importante ressaltar que a lógica dos argumentos defensivos para justificar os erros que alega não pode ser contraditória em si mesma, antes, deve proporcionar os mesmos resultados a cada vez que esses erros aconteçam. Se assim não for, o argumento estará obviamente errado, não podendo prevalecer.

Em relação ao cancelamento dos ganhos com as perdas, diz que o defendente alegou que os ganhos indicados no lançamento são cancelados em perdas antecedentes ou consequentes, anotados no registro 1300 da EFD. Afirma que essa alegação não deve prosperar, considerando que o controle dos estoques de combustíveis dos postos revendedores é feito todos os dias, isso resulta na independência dos valores levantados, isto é, eles não possuem qualquer conexão ou vínculo com aqueles dias anteriores e posteriores. Por isso é errado afirmar que quando há “um ganho gerado por um suposto erro, deveria haver também uma perda idêntica no dia seguinte e vice-versa”.

Quanto aos erros de medição, ressalta que existem limites de precisão para os instrumentos de medição, mas, no caso dos postos, mesmo utilizando os instrumentos menos sofisticados, ainda que sendo mal utilizados, os erros de medição seriam no máximo de alguns litros. Dessa forma, na prática cotidiana dos postos revendedores, os erros de medição não geram ganhos ou perdas acima do limite de 0,6%.

Para sustentar minimamente a alegação de que houve erros de medição, entende que o posto revendedor deve apresentar a tabela volumétrica do tanque e a descrição da régua medidora ou informar a precisão do medidor automático do tanque para que a fiscalização possa avaliar a plausibilidade dos erros alegados estabelecendo limites para eles. Cita exemplo.

Diz que um possível erro no registro das movimentações de combustíveis nos postos revendedores é o despejo de combustíveis nos tanques do posto sem que haja a respectiva anotação nos registros 1300 e 1310 ou sendo anotada em data diferente. Como consequência da independência dos controles diários de estoques anotados no registro 1300 da EFD, nesse caso, haverá um falso ganho decorrente desse erro no dia da entrada efetiva. Já no dia do registro da nota sem a entrada física do combustível, haverá uma perda. Afirma que em ambos os casos, o ganho ou a perda terão o mesmo valor da nota fiscal originária.

Registra que a prova da ocorrência desse erro deve ser feita “com base em documentos de origem de origem externa ou interna ou, na sua falta, em elementos que comprovem ou evidenciem fatos e a prática de atos administrativos”. – item 2.1.2 da norma NBC T 21.

Informa que conferiu as datas de cada entrada de combustíveis no registro 1300 com as datas das entradas das respectivas notas fiscais no registro C 100 sem que tenha encontrado qualquer erro.

Ressalta que não é incomum a movimentação de combustíveis entre postos, apesar de ser proibida pela ANP. Normalmente, essa é feita entre postos da mesma empresa, mas nada impede que ocorra entre empresas distintas. Isso deveria ser feito com utilização de nota fiscal, mas pode ocorrer que ela não tenha sido emitida, fazendo com que o volume de entrada pareça um ganho volumétrico. Na devolução da mercadoria recebida sem nota fiscal, sendo feita também sem nota, aparecerá uma perda. Nesse caso, não haveria imposto a pagar, apenas infração de obrigação acessória, mas isso deve ser devidamente demonstrado pela defesa.

Também destaca que não é incomum que os postos aproveitem para comprar combustível antes de um aumento anunciado e o deixem estocado nos seus caminhões tanque. Um único caminhão tanque pode armazenar até 50.000 litros de combustível. Quando esse volume é levado em consideração na movimentação dos estoques do posto revendedor, surge um falso registro irregular de volumes por serem esses maiores do que a tancagem do posto.

Diz que outro fato irregular, mas comumente presente nas operações dos postos é o fato de alguns operarem como verdadeiras TRRs, vendendo combustível diretamente às transportadoras, produtores rurais etc., sem que esses combustíveis passem pelos seus tanques e saiam pelos seus bicos de abastecimento. Nesses casos, a análise do registro 1300 não é suficiente para detectar irregularidades fiscais, pois, operando de forma irregular, o posto não anota todas as suas entradas e saídas nesse registro.

Frisa que ocorrendo vendas nos bicos após o encerramento das atividades e antes da abertura do dia seguinte o FECH_FISICO será maior que o ESTQ_ABERT. Anotando-se o valor da leitura dos contadores dos bicos no início do dia, somente as saídas do dia serão levadas em consideração nesse dia.

Ocorrendo entradas nos tanques após o encerramento das atividades e antes da abertura do dia seguinte, o FECH_FISICO será menor do que o ESTQ_ABERT. Novamente, não haverá repercussão do erro do dia anterior nesse controle de estoque.

Afirma que essas situações devem ser analisadas caso a caso e normalmente, na prática da fiscalização, indicam a ausência da informação da movimentação de combustíveis de um dia ou mais no registro 1300. Entende que em ambos os casos, as entradas ou saídas feitas entre o fechamento de um dia e a abertura de outro não repercutem no cálculo das perdas ou ganhos.

Esclarece que na realização do trabalho, foi conferida a consistência das informações de cada campo dos registros 1300, 1310 e 1320 da EFD, e os erros de escrituração devem ser demonstrados conforme as normas contábeis indicam.

Comenta sobre a utilização da EFD nos trabalhos de fiscalização, reproduzindo o art. 247 do RICMS-BA/2012; destaca o conceito de inconsistência e afirma que no caso da fiscalização efetuada, examinando os arquivos mensais de EFD apresentados, constatou que não houve qualquer inconsistência nos mesmos. Muito pelo contrário, o registro da movimentação de combustíveis do posto revendedor se encaixa perfeitamente com as informações dos documentos fiscais de entradas e as saídas são exatamente as indicadas nos registros 1310 (movimentação diária de combustíveis por tanque) e 1320 (volume de vendas).

Comenta que a Instrução Normativa nº 55, publicada no Diário Oficial do Estado da Bahia de 23/10/2014, veio orientar “a fiscalização quanto aos procedimentos na aplicação das multas referentes às infrações relacionadas com arquivos eletrônicos, previstas na Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996”.

Diz que, à primeira vista, pode parecer que essa norma atinge todas as fiscalizações com arquivos eletrônicos, mas a sua leitura revela que ele se dirige exclusivamente à utilização de arquivos no formato do Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e

Serviços (SINTEGRA), sem tratar em momento algum dos arquivos EFD.

Ressalta, ainda, que é obrigação do empresário manter seus livros sem erros ou inconsistências, pois, seus livros fazem prova contra ele mesmo. A fim de assegurar a verdade material, o CPC permite que se demonstre que os registros lançados não correspondem à verdade dos fatos. O ônus dessa prova cabe ao empresário, e a alegação genérica de que ocorreram erros ou a sua confissão de que escriturou os livros sem cumprir o que determina a legislação não deve ser considerada em seu favor, pois, como consequência, tornaria sem valor os registros nos livros das empresas.

Afirma restar demonstrado que o ICMS devido como responsável tributário tem seu fundamento no art. 6º, IV, da Lei 7.014/96 e não no art. 4º, § 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. Entende ser errado pretender aplicar a proporcionalidade da IN 56/07, aniquilando os valores lançados como devidos, sem levar em consideração que os combustíveis adquiridos sem documentação fiscal seguem a mesma proporção nas saídas de combustíveis.

Quanto ao pedido do Defendente para dispensar a multa com a aplicação do art. 100 do CTN, diz que a Administração nunca deixou de aplicar a Portaria 445/98. Sempre fiscalizou os estoques dos postos, mas a metodologia sem aproveitar as peculiaridades do controle de estoques dos postos revendedores. Isso não significa dizer que os postos estavam autorizados a omitir entradas e que somente seriam punidos se fossem pegos num levantamento de estoques anual. A prática administrativa sempre foi a cobrança, apenas, agora, alterou-se o procedimento para tornar essa cobrança eficaz.

Conclui que não há que se falar na aplicação do parágrafo único do art. 100 do CTN e pede a procedência do presente lançamento.

Esta Junta de Julgamento Fiscal, após análise e discussão em Pauta Suplementar de Julgamento realizada em 31/01/2022, deliberou, por unanimidade, pela conversão do feito em diligência à SAT/COPEC (fl. 77), a fim de que o AUTUANTE fizesse juntada ao PAF de todos os registros fiscais cujas informações tenham sido extraídas para fins de elaboração dos demonstrativos acostados aos autos, assim como a juntada de cópia do arquivo magnético enviado pelo Contribuinte e utilizado pelo autuante no trabalho fiscal.

Em seguida, foi requerido que o órgão competente da repartição fazendária intimasse o autuado, entregando no ato cópia dos elementos elaborados, reabrindo o prazo de defesa por 60 (sessenta) dias, a contar da ciência do recebimento da intimação, para que, querendo, se manifestasse.

Após cumprido o acima determinado (fls. 81/86), o autuado apresentou nova impugnação às fls. 88 a 98, inicialmente reiterando o pedido de 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.

Diz que apesar da Autuada ter ingressado com medida judicial, especificamente, sobre a matéria tratada e nomeando o presente AI, mas por entender ter identificado flagrantes vícios e ilegalidades no lançamento de ofício, vislumbra, ante a renúncia ao processo administrativo fiscal, a possibilidade de que a presente manifestação já seja conhecida, com base no art. 113, parágrafos, 1º, 2º, 3º, 5º e 6º, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Dec. N° 7.629/99, como PEDIDO DE CONTROLE DE LEGALIDADE, sendo encaminhado à PGE para análise.

Considera 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 Douta Procuradoria Geral do Estado – 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.

Assim, independentemente da provocação do Contribuinte, aduz que o “controle da legalidade” é ato obrigatório, objetivando, inclusive, a proteção do Erário.

No caso em tela, afirma que será demonstrado que o lançamento se encontra envolto de vícios e flagrantes ilegalidades e que o Poder Judiciário da Bahia já reconheceu a ilegalidade da autuação.

Pontua que o lançamento de ofício baseado, exclusivamente, na EFD, não possui cunho legal, e que o CONSEF, sobre autuações da mesma natureza, baseadas exclusivamente na EFD/LMC, já decidiu nesse sentido, pelo que transcreve as ementas dos Acórdãos 0309-12/20-VD e 0097-12/20-VD.

Argui a ilegalidade/inconstitucionalidade de lançamento 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. Assinala que sobre a matéria a 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador proferiu sentença nesse sentido, frente aos “princípios da reserva legal e da irretroatividade de ato infralegal”, citando o Processo nº 8057416-34.2021.8.05.0001.

Acrescenta que em decisão unânime, a Segunda Câmara Cível homologou o julgado da 4ª Vara da Fazenda Pública, e que nessa mesma linha se encontra consolidada a posição do STF.

No mérito, considera que a EFD, sozinha, não contempla a verdade material, decorrente dos estoques, compras e vendas, com os devidos registros fiscais, como inclusive retratam os “Registros 1300, 1310 e 1320”, e lançamentos contábeis, e como já retratado nas decisões acima citadas.

Sobre o tema “VERDADE MATERIAL”, menciona a decisão, proferida de forma unânime pela 1ª Câmara do CONSEF, no ACORDÃO CJF Nº 0268-11/16.

Assevera que a Autuada não adquiriu mercadorias sem documentação fiscal, e argui que não foi feito qualquer levantamento; que nenhum documento foi examinado; que só importou o “Campo 10, do Registro 1300”.

Reclama que não se atentou para os demais dados existentes na EFD, notadamente nos “REGISTROS 1310 e 1320”.

Diz que os “Registros 1310 e 1320”, convenientemente, não foram apresentados pelo Sr. Autuante, mas se encontram na EFD da Autuada/Requerente e, consequente, na posse do Fisco, e que apenas o “Campo 10, do Registro 1300”, que contém os supostos “ganhos” constam do AI, pois as mesmas “informações” compõem, sozinhas, a essência do lançamento.

Deduz 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”, que aduz estar incompatível com os demais dados e documentos disponíveis, em quantidades e valores.

Menciona que analisando as planilhas constantes do PAF, pode-se verificar que não existem demonstrações que comprovem as efetivas diferenças, diárias, entre os estoques “escriturais” e “das medições”.

Assinala 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. Afirma que 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.

Assevera 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.

Relata que os próprios arquivos usados na fiscalização comprovam os totais vendidos e comprados e atestam que não existem divergências que possam caracterizar entradas não contabilizadas.

Apresenta demonstrativo às fls. 96/97, alegando serem os verdadeiros totais por exercício, de acordo com as movimentações declaradas pela Autuada em sua EFD, e cujos dados argumenta que foram desprezados na ação fiscal.

Destaca que os lançamentos ora reportados encontram suporte, em valores, na contabilidade e DMAs transmitidas ao Fisco, e que uma revisão, abrangendo os aspectos fiscais e contábeis, pode ser instaurada, como medida de extrema cautela.

Ao final, requer que o AI seja julgado NULO ou IMPROCEDENTE, ou que, ante o disposto no art. 117, do RPAF, seja a presente manifestação processada 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.

Solicita, ainda, caso a PGE entenda necessária, a instauração de diligência, com base na totalidade dos dados constantes EFD/LMC, e nos demais elementos fiscais e contábeis, objetivando a apuração da verdade material; e se mantida a exigência fiscal assinala que a multa deve ser alterada para 60%, ainda que “de ofício”.

O autuante, cientificado da Manifestação do autuado, se pronunciou (fls. 103/104 - frente e verso).

Diz ser sabido que a simples variação volumétrica dos volumes de combustíveis armazenados nos tanques dos postos revendedores não constitui fato gerador de ICMS, mas que as propriedades físico-químicas dos combustíveis limitam o escopo dessas variações.

Afirma que o que ocorre é que essa expansão necessariamente tem que se dar dentro dos limites físico-químicos dos combustíveis e esses são precisamente determinados: ABNT NBR 5992, ABNT NBR 7148 e Resolução CNP nº 6, de 25 de junho de 1970. Cita como exemplo, que é possível saber que se a densidade medida a uma temperatura de 20°C for de 0,7224 (conforme tabela abaixo retirada da Resolução CNP 6/70), a densidade desse combustível a 35°C seria de 0,710.

Observa que desse modo, com o aumento da temperatura de 20°C para 35°C um volume de 1000 litros passaria a ser de 1.017,46 litros – uma variação de 17,46 litros (ou 1,746%) para uma variação de 15°C na temperatura do combustível.

Reporta sobre o fundamento fático do percentual limite de 1,8387% estabelecido pela Sefaz Bahia para os ganhos registrados na EFD, dizendo que é fisicamente impossível que volumes registrados acima desse valor sejam derivados da mera dilatação térmica de volumes armazenados.

Diz que dessa forma, “o fisco está dizendo unicamente que houve entrada de combustíveis sem ser oferecida a tributação correspondente, e que, como na saída do produto, o consumidor sofrerá a carga tributária”, sendo “forçoso concluir que a comercialização destes excessos seria feita sem a antecipação tributária do ICMS”, e, se não houvesse essa cobrança, estaria “compactuando com uma forma de enriquecimento sem causa” (STJ, REsp Nº 1.833.748).

Esclarece que todos os dias, antes de iniciar as suas operações, os postos devem medir os volumes dos combustíveis em cada tanque e anotar os contadores de cada bico de abastecimento. Diz que durante o dia, todas as entradas devem ser registradas por tanque, bem como todas as aferições, por bico, e que ao final do dia, depois de encerrada as vendas de combustíveis, novamente é feita a medição em cada tanque dos volumes armazenados e anotado o número do contador de cada bico.

Explica que da diferença entre os valores dos contadores dos bicos no final e no início do dia subtraído dos valores das aferições, tem-se o valor das saídas em cada bico – tudo anotado no

Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) e no registro 1320 da Escrituração Fiscal Digital (EFD) do posto. Aduz que essas saídas são consolidadas por tanque, bico por bico, bomba por bomba, e anotadas no LMC e no registro 1310 da EFD.

Assinala que é verificado, então, se houve alguma diferença volumétrica encontrada entre o estoque medido ao final do dia e o estoque escritural, obtido pelo estoque inicial medido somado às entradas e subtraídos das saídas – na EFD, e que tudo isso é anotado no registro 1310.

Ressalta que ainda, faz-se, por tipo de combustível, a consolidação de todas essas informações – anotado no registro 1300 da EFD, e que se houver perdas ou ganhos de algum combustível que tenham sido superiores a apenas 0,6% dos estoques disponíveis para comercialização desse combustível no dia em análise, é necessário investigar o porquê disso e registrar uma justificativa no LMC.

Destaca que mesmo com esse controle meticuloso, preciso e exato, como no processo administrativo fiscal persegue-se a todo tempo a verdade material, e que a qualquer tempo a impugnante poderia ter trazido ao processo as provas que seus livros continham informações equivocadas suscitando ganhos equivocados acima do limite de 1,8387%, que é três vezes o limite imposto pela ANP para que ela justificasse o ocorrido.

Afirma que isso nunca foi feito, e que se tivesse acontecido, todos os fatos trazidos no processo seriam examinados novamente à luz das incorreções demonstradas. Ratifica que a impugnante jamais apresentou qualquer prova que demonstre que os dados utilizados pela fiscalização estavam incorretos.

Esclarece, ainda, que o controle da movimentação dos combustíveis nos postos revendedores deve ser feito diariamente conforme a 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.*

Ao final, diz que a análise feita aglutinando os controles diários existentes está equivocada e só serve para demonstrar que essa aglutinação oculta os valores efetivamente registrados pelo próprio contribuinte, que, até prova em contrário, devem ser reputados como corretos.

Na sessão de julgamento, por videoconferência, foi realizada sustentação oral pelo advogado, Dr. Fernando Marques Villa Flor, OAB-BA nº 11.026.

VOTO

O Auto de Infração em exame refere-se a falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor do PMF, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada 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

Preliminarmente, verifico que a empresa autuada impetrhou 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.

Embora o impugnante, por entender que há vícios e ilegalidades no lançamento de ofício, vislumbre a possibilidade de que a presente manifestação já seja conhecida, citando o art. 113, parágrafos, 1º, 2º, 3º, 5º e 6º, do RPAF/99, como Pedido de Controle de Legalidade, e encaminhamento à PGE para análise, inclusive solicitando, “de ofício”, a alteração da multa para 60%, 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.

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, fica PREJUDICADA a análise do mérito da 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, declarar **PREJUDICADA** a defesa interposta, relativa ao Auto de Infração nº **269138.0043/21-4**, lavrado contra **POSTO KALILÂNDIA LTDA.**, devendo ser intimado o Autuado a efetuar o recolhimento do imposto no valor de **R\$ 135.618,75**, mais multa de 100%, prevista no art. 42, inciso III, alínea “d” da Lei 7.014/96, além dos acréscimos legais.

Deverá o autuado ser cientificado desta Decisão, com posterior remessa dos autos à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de outubro de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR