

A. I. Nº - 269138.0012/21-1
AUTUADO - POSTO KALILÂNDIA LTDA.
AUTUANTE - JEFFERSON MARTINS CARVALHO
ORIGEM - SAT COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 06/12/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0265-04/22-VD**

EMENTA. ICMS: 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO. APURAÇÃO DO IMPOSTO EM FUNÇÃO DO PMPF. OMISSÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VARIAÇÃO VOLUMÉTRICA EM ÍNDICE ACIMA DO ADMITIDO PELA ANP. OMISSÃO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Existência de sentença proferida em ação judicial, contra o Estado da Bahia, impetrada pelo sujeito passivo durante o trâmite do atual Processo Administrativo Fiscal, abarcando matéria idêntica à aqui discutida. Prejudicada a análise das razões defensivas pertinentes à presente infração, à luz do previsto pelos artigos 126 do COTEB e 117 do RPAF/99. **PREJUDICADA** a análise da Impugnação em relação a Infração 01, com a suspensão da exigibilidade do crédito até decisão final da lide a ser proferida pelo Poder Judiciário. **2.** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO DA ESCRITA FISCAL. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Fato não impugnado de forma específica. Acusação subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos da exigência de crédito tributário no montante de R\$ 278.764,68, mais multas, em decorrência do Auto de Infração em tela, lavrado em 22/02/2021, em face das seguintes acusações:

Infração 01 – 04.07.02: “Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor do PMPF, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documento fiscal, decorrente de omissão de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada verificação de variação volumétrica em índice acima do admitido pela ANP, registrada no LMC/Registro 1300 da EFD”. Valor lançado R\$ 278.747,47, com enquadramento legal no Art. 4º, § 4º, Art. 6º, inciso IV, art. 23, § 6º, inciso II, alínea “b” da Lei 7.014/96 e art. 10, Parágrafo único da Port. 445/98, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – 16.01.06: “Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal”. Multa aplicada no valor de R\$ 17,21. Enquadramento legal: Arts. 217 e 247 do RICMS/BA/2012. Previsão penalidade Art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96.

Em 20/05/2021, mediante Processo SIPRO nº 025934/2021-8, o autuado, por intermédio de seu Patrono, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 22 a 33v, onde postulou a nulidade do lançamento e também sua improcedência, em razão dos seguintes argumentos e fundamentos:

I - Auto de Infração registrado fora do prazo regulamentar. Art. 45 do Regulamento do Processo

Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA.

II – Dependência da comprovação relativa às entradas não escrituradas. Art. 4º, § 4º, inciso IV, da Lei nº 7.014/96. Consequências.

III – Enquadramento legal apresentado no Auto de Infração – Lei 7.014/96. Presunção decorrente da autorização legal.

IV – Instrução Normativa 56/07. Aplicabilidade. Nulidade do Auto de Infração.

V – Portaria 445/98. Ofensa ao procedimento regular. Nulidade do lançamento.

VI – Apuração diária. Art. 41, II, c/c arts. 46 e 47 da Lei nº 7.014/96. Nulidade.

VII – Ausência de demonstração analítica. Nulidade.

VIII – Portaria 159/19. Ilegalidade. Nulidade e insubsistência da autuação.

IX – Irretroatividade da Portaria 159/19.

X – Decisão do STJ – Fenômeno Físico não é fato gerador do ICMS.

Após discorrer e fundamentar seus argumentos em relação aos itens acima elencados, passou a se reportar a respeito de: **i)** Retificação do SPED; **ii)** Verdade material; **iii)** Dispensa da multa por infração e acréscimos legais.

Concluiu a peça defensiva citando que, *“renovando a solicitação da busca da verdade material (com o desiderato de realizar de forma efetiva uma auditoria de estoques, apurando a real movimentação da Autuada nos exercícios fiscalizados e/ou para aplicação da IN 56/07) e, assim, com lastro em toda a documentação fiscal e contábil e arquivos magnéticos, que ficam disponibilizados através dos Advogados constituídos, requerendo revisão do lançamento, pede, ao final, uma vez instruído o PAF, que seja declarada a nulidade ou improcedência da autuação, 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 a Informação Fiscal de fls. 57 a 79, onde, após enfrentar todos os pontos apresentados pela peça defensiva, concluiu pela manutenção da autuação em sua integralidade.

Em 31 de agosto de 2021, o presente PAF foi convertido em diligência à SAT / COPEC / Autuante, fl. 81, com o seguinte objetivo:

(...)

No curso da instrução processual para fim de julgamento do PAF, foi verificado que não consta nos autos mídia digital com os levantamentos realizados pelo autuante para chegar à conclusão exposta na autuação.

*Em vista disto, deliberou esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal, em sessão de Pauta Suplementar realizada nesta data, pela conversão do presente PAF em diligência a SAT / D AT / COPEC no sentido de que o autuante junte aos autos **mídia digital**, (disco de armazenamento de dados, em arquivo formato texto ou tabela), que possibilite sua abertura, com a totalidade dos demonstrativos/levantamentos elaborados para efeito da autuação.*

Pede-se, também, que seja juntada mídia com o inteiro teor da Informação Fiscal, em formato word.

*Após esta providência, tal fato deverá ser levado ao conhecimento do autuado, fornecendo-lhe cópia da mídia a ser gerada com a totalidade dos levantamentos efetuados, acima citados, devendo ser concedido o prazo regulamentar de reabertura de defesa, 60 (sessenta) dias, para que o autuado se manifeste, se assim o desejar, com juntada também de mídia digital pertinente a sua manifestação, **em formato word**, inclusive em relação a Impugnação inicial.*

*Ocorrendo manifestação pelo autuado, o autuante deverá prestar nova Informação Fiscal, anexando, também, mídia digital **em formato word**.*

(...)

Tal solicitação foi atendida, tendo o autuado voltado a se pronunciar nos autos, fls. 88 a 122,

tecendo considerações iniciais e, em seguida, passou a arguir nulidade do lançamento por:

- I* – Ausência de todos os elementos essenciais ao exercício do direito de defesa;
- II* – Alteração do fulcro do lançamento. Impossibilidade;
- III* – Enquadramento legal apresentado no Auto de Infração. Lei 7.014/96.
- IV* – Instrução Normativa 56/97 – Aplicabilidade;
- V* – Lei 7.014/96 – Responsabilidade tributária. Ilegitimidade passiva da autuada;
- VI* – Portaria 445/98. Ofensa do procedimento regular;
- VII* – Portaria 158/19 – Ilegalidade;
- VIII* – Irretroatividade da Portaria 159/19;

Em seguida voltou a discorrer acerca de “Verdade Material” e sobre “Dispensa da Multa por infração e acréscimos legais, para concluir renovando os mesmos pedidos já constantes da Impugnação inicial.

O autuante se pronunciou às fls. 181 a 195, enfrentando e rebatendo os argumentos acima apresentados pelo sujeito passivo, concluiu mantendo a autuação na sua integralidade.

Em 28/04/2022, o PAF foi novamente convertido em diligência, fls. 198/199, de onde se extrai:

(...)

Foi juntada à fl. 84, uma Mensagem DT-e emitida em 29/09/2021, a qual consta como não lida pelo autuado e, por igual, não contém data de ciência e data de leitura, significando dizer que, para todos os efeitos, o autuado não tem ou não teve conhecimento dessa mensagem.

Através da manifestação constante à fl. 88 o autuado assim se posicionou:

“De logo vale ressaltar que a Autuada não recebeu o despacho da Douta JJF, que determinou a diligência, ficando com a visão ofuscada sobre o seu integral atendimento. Não obstante, tendo em vista inclusive a instrução de PAFs iguais, lavrados contra outros estabelecimentos da Autuada, restou demonstrado que o contribuinte, quando da lavratura do AI, não recebeu diversos elementos, imprescindíveis à formação do PAF, DEMONSTRAÇÕES e os ARQUIVOS QUE DERAM ORIGEM às “planilhas sintéticas”, ofertadas com a intimação realizada quando da lavratura do Auto de Infração.”

Isto posto, e com objetivo de evitar futura alegação de cerceamento ao direito de defesa, decidiu esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal por nova conversão deste PAF em diligência para que sejam adotadas as seguintes providências:

1 – Que seja entregue ao autuado cópia do pedido de diligência constante à fl. 81, juntamente com todos os demonstrativos, analíticos e sintéticos, que serviram de base para a presente autuação, com a consequente reabertura do prazo para defesa.

2 – Ocorrendo manifestação pelo autuado, o autuante deverá se pronunciar, efetuando, também, juntada aos autos da minha digital correspondente, em formado word.

3 – Deverá, ainda o autuante, juntar aos autos, cópia da informação fiscal de fls. 57 a 79, em formato word, conforme já solicitado na diligência anterior.

Atendidas as solicitações supra, o PAF deverá retornar ao CONSEF para continuidade da sua instrução e posterior julgamento.

Tal solicitação foi atendida, conforme despacho constante a fl. 203, datado de 07 de junho de 2022.

Em 21/09/2022 o autuado retornou aos autos, para se manifestar a respeito da diligência de fls. 198 e 199, citando, por intermédio de seu Patrono, que ingressou com medida judicial, especificamente, sobre a matéria tratada e nomeando o presente Auto de Infração, e tendo identificado flagrantes vícios e ilegalidades no lançamento de ofício, 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 RPAF/BA, como Pedido de Controle de Legalidade, sendo encaminhado à PGE para análise.

Observou que, conforme já é de conhecimento, **ingressou com medida judicial contra o**

lançamento, o que, de fato, importa na desistência da defesa ou recurso acaso interposto, na forma consignada no art. 117, c/c o art. 122, ambos do RPAF/BA, sendo que, apreciando a ação intentada, Processo: Habilitação nº 8024453-36.2022.8.05.0001, a 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador proferiu Sentença julgando procedente a ação, *“para declarar a improcedência de todas as autuações realizadas pelo Réu”*.

Em seguida passou a discorrer sobre o “Pedido de Controle de Legalidade”.

O autuante voltou a se pronunciar, fls. 224 a 225v mantendo a autuação.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Fernando Marques Villa Flor, OAB/BA nº 11.026, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

Consoante se verifica acima, no que tange a Infração 01, o autuado apresentou **“Renúncia à Discussão Administrativa”**, em relação a este item do presente Auto de Infração, na forma consignada no art. 117, c/c o art. 122, ambos do RPAF/BA, posto que, intentou ação consubstanciada pelo Processo: Habilitação nº 8024453-36.2022.8.05.0001, na 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, que proferiu Sentença julgando procedente a ação, *“para declarar a improcedência de todas as autuações realizadas pelo Réu”*, que tenha como enquadramento legal no Art. 4º, § 4º, Art. 6º, inciso IV, art. 23, § 6º, inciso II, alínea “b” da Lei 7.014/96 e art. 10, Parágrafo único da Port. 445/98.

Como consequência, resta **PREJUDICADA** a apreciação na esfera administrativa da defesa interposta pelo autuado em relação à infração 01, e suas posteriores manifestações, na forma prevista pelos artigos 126 do COTEB e 117 do RPAF/99, abaixo transcritos, *in verbis*:

COTEB:

Art. 126. Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou recurso, importando tal escolha a desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.

RPAF/99:

Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.

§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113:

I - na fase em que se encontre, tratando-se de ação judicial relativa a Auto de Infração preexistente;

II - imediatamente após a sua lavratura ou quando se tomar conhecimento da existência da ação judicial, quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito especificamente à matéria objeto do procedimento administrativo.

§ 2º A ação judicial proposta pelo sujeito passivo não suspende a execução do crédito tributário, salvo quando:

I - acompanhada do depósito do seu montante integral;

II - concedida medida liminar em mandado de segurança, determinando a suspensão.

§ 3º A suspensão da exigibilidade do crédito nos casos de depósito do valor ou de concessão de medida liminar em mandado de segurança não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

§ 4º Quando o contribuinte ou responsável, antecipando-se a procedimento administrativo ou medida de fiscalização, promover contra a fazenda pública estadual qualquer ação judicial em que se discuta matéria tributária, a repartição fiscal competente deverá providenciar e fornecer à Procuradoria Geral do Estado, por provocação desta:

I - Termo de Ocorrência, a ser imediatamente lavrado para apurar a situação tributária do contribuinte,

com relação à questão discutida em juízo;

II - os elementos de informação que possam facilitar a defesa judicial da Fazenda Pública e a completa apuração do crédito tributário.

§ 5º Na hipótese do parágrafo anterior, se a matéria discutida envolver procedimentos futuros, serão realizadas verificações periódicas para controle das atividades tributáveis.

Em conclusão, permanece mantida a exigência do crédito tributário em relação à infração 01 no valor de **R\$ 278.747,47**, restando suspensa sua exigibilidade até que seja proferida Decisão definitiva pelo Poder Judiciário, devendo o presente Processo Administrativo Fiscal, no que toca a esta infração, ser remetido a PGE/PROFIS para adoção das medidas da sua alçada.

Já em relação a **Infração 02 – 16.01.06**: “Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal”. Multa aplicada no valor de R\$ 17,21. Enquadramento legal: Arts. 217 e 247 do RICMS/BA/2012. Previsão penalidade Art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, não houve impugnação de forma específica pelo autuado e, pelo fato de não estar relacionada à Decisão Judicial citada, a mesma fica mantida.

Por fim, quanto ao pedido do autuado no sentido de que o PAF seja processado como Pedido de Controle da Legalidade e encaminhado à PGE/PROFIS no sentido de que esse Órgão reconheça a existência de vícios e ilegalidades, evitando a inscrição em dívida ativa, não pode ser atendido tendo em vista que não compete ao CONSEF esse tipo de atribuição, cabendo ao autuado, se for o caso e assim entender, ingressar com o pedido diretamente a PGE/PROFIS, com essa finalidade.

Em conclusão fica PREJUDICADA a análise da infração 01 e SUBSISTENTE a Infração 02. Portanto, o Auto de infração é procedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269138.0012/21-1**, lavrado contra **POSTO KALILÂNDIA LTDA**, no valor de **R\$ 278.747,47**, acrescido da multa de 100%, prevista na alínea “d”, do inciso III, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo o autuado ser intimado para efetuar o respectivo pagamento, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, e remetido o presente Processo Administrativo Fiscal a PGE/PROFIS para Controle da Legalidade e adoção das medidas cabíveis em relação a infração 01.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de novembro de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR