

PROCESSO - A. I. N° 269138.0097/19-5
RECORRENTE - G A MENDES COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0171-03/20-VD
ORIGEM - SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET 11/05/2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACORDÃO CJF N° 0103-11/23-VD**

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. Exigido o imposto do sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal. Reconhecida a desistência tácita do recurso, à luz da dicção dos artigos 126 do COTEB e 117 do RPAF/99. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 3ª JJF N° 0171-03/20-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração em tela, lavrado em 30/12/2019, para exigir ICMS no valor histórico de R\$216.059,95, em razão de uma única infração, descrita a seguir.

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

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 08/09/2020 (fls. 67 a 80) e decidiu pela Procedência, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

Preliminarmente, cabe registrar, que em sessão de julgamento realizada no dia 03/09/2020, em sustentação oral, o patrono da autuada, Dr. Fernando Marques Villa Flor, OAB-BA nº 11.026, arguiu três questões de ordem, requerendo: (i) reabertura do prazo de defesa, sob entendimento de que a informação fiscal trouxe fatos novos sobre os quais deveria se manifestar; (ii) diligência a PGE/PROFIS a fim de que fosse emitido Parecer sobre as questões jurídicas suscitadas em sua defesa; (iii) que o PAF ficasse sobrestado até que o julgamento no CONSEF voltasse a ser realizado de forma presencial, sob o entendimento que a sessão de forma virtual como está ocorrendo, cerceia seu direito de defesa.

Essas preliminares foram devidamente apreciadas pela 3ª JJF, que decidiu por unanimidade, pelo indeferimento dos pedidos da defesa com os seguintes fundamentos: (i) não houve qualquer fato ou elemento novo trazido na informação fiscal, considerando que foi prestada em absoluta consonância com o art.127, § 6º do RPAF/99. O entendimento desta 3ª JJF é de que citações doutrinárias, jurisprudenciais ou até mesmo, de irregularidades afetas ao ramo de atividade do autuado, trata-se apenas de reforço de argumentação utilizado pelo Auditor Fiscal, visto que o julgamento administrativo não é o fórum adequado ou competente para apreciar tais questões; (ii) não havendo necessidade manifestada pelos Julgadores, não há previsão legal de oitiva pela PGE, nesta fase processual; (iii) o julgamento das sessões de forma virtual está previsto na legislação baiana, podendo o defendente se manifestar livremente, como o faz no presente caso, não havendo que se falar em cerceamento de defesa.

O defendente suscitou a nulidade do lançamento, alegando que foi levado a efeito através da Ordem de Serviço nº 505744/19, expedida para contribuinte diverso, qual seja, a empresa Posto Kalilândia Ltda., CNPJ 15.151.046/0001-89. Estando a autuação baseada na referida OS, entende que a ação fiscal, que deu margem ao lançamento ora contestado é irregular, atingindo a própria autuação.

Sobre esta alegação, observo que a ordem de serviço é um documento interno da administração fazendária,

cuja emissão não interfere na constituição do crédito tributário. Como documento interno, a SEFAZ pode determinar a fiscalização de uma ou várias empresas, numa mesma Ordem de Serviço, sem óbice da legislação de que tal procedimento afete a formalidade necessária a autuação. Ademais, este fato não trouxe prejuízo ao Autuado, que exerceu seu direito de defesa sem qualquer cerceio. Rejeito, portanto, esta alegação.

O defendente apresentou entendimento, de que ocorre insegurança na determinação da infração e apuração das quantidades consideradas como omitidas, com o consequente cerceamento do seu direito de defesa. Disse que não existe nexo de causa e efeito, entre a acusação fiscal e a demonstração realizada. A acusação é de que teria adquirido combustíveis de terceiros sem documentação fiscal e, consequentemente, sem a escrituração das entradas, mas a apuração foi realizada com base em dados da EFD/LCM.

Da análise dos elementos que compõem o presente PAF, verifico que não possui suporte fático ou jurídico tal alegação. Considerando a especificidade da atividade econômica exercida pelo Autuado, necessário se faz traçar o contexto da autuação ora discutida. Trata-se de posto revendedor de combustíveis, e como tal, seus estoques devem ser inventariados diariamente, duas vezes, uma no início e outra no final do dia, após encerradas as vendas. Assim, os postos revendedores devem escriturar todos os inventários dos tipos de combustíveis, no livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), incluído na Escrituração Fiscal Digital (EFD), no registro 1300. No LMC, existe campo específico para o registro de pequenas diferenças que podem ocorrer entre o estoque escritural e o estoque de fechamento do dia, visto que os combustíveis ficam sujeitos a variações volumétricas. 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). Na EFD, essas diferenças são anotadas nos campos 9 e 10 do registro 1300, como ganhos ou perdas, sendo essas aceitáveis até o limite de 0,6%, onde as omissões de entradas são registradas como ganhos e as omissões de saídas como perdas. É importante registrar, que no presente caso, foi considerado pelo Autuante no levantamento fiscal, como perda normal, o percentual de 1,8387%, que é muito conservador e mais que três vezes os 0,6% citados, conforme disposto na Portaria 445/98.

No caso em discussão, o defendente vem apresentando em seu registro 1300 da EFD, variações volumétricas acima do legalmente considerado pela ANP, sistematicamente, desde o ano de 2015 e somente ao ser autuado, no ano de 2019, negou o cometimento da infração, sob a alegação de erro em sua escrituração, inclusive solicitando autorização para alteração de sua EFD.

Nesse cenário, ao contrário da tese defensiva, não se verifica qualquer abstração na acusação fiscal. Conforme descrito na folha 01 do Auto de infração, o lançamento exige o ICMS em razão da 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 de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, repita-se, apurado com base em variação volumétrica declarada pelo próprio autuado em sua escrituração fiscal digital – EFD.

Sobre o enquadramento legal, também questionado pelo defendente, observo que não implica nulidade do lançamento, caso exista erro de indicação de dispositivo da legislação tributária, tendo em vista que pela descrição dos fatos, ficou evidente a autuação fiscal.

Sendo assim, analisando todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a lei nº 7014/96 e o RICMS/2012. As irregularidades apuradas estão devidamente demonstradas no levantamento fiscal, planilha fls. 03 a 08 (frente e verso), que serve de base ao Auto de Infração, tendo sido dada ciência ao contribuinte, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa. A apuração do imposto se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração.

Dessa forma, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

Sobre o pedido de revisão a ser realizado por fiscal estranho ao feito, fica indeferido de plano. Com fulcro no art. 147, I, “a” e “b”, do RPAF/99, entendo ser desnecessária a requerida diligência, tendo em vista outras provas produzidas constantes do PAF, considerando que os elementos contidos nos autos são suficientes para a análise do mérito e conclusões acerca da lide. A informação fiscal foi prestada em conformidade com o art. 127 do RPAF/99, sendo utilizados argumentos respaldados na doutrina e na jurisprudência. Portanto, não se verifica elementos novos acostados aos autos pelo Autuante que justifique reabertura do prazo de defesa como pretende o defendente.

Quanto ao mérito, está sendo cobrado ICMS, sendo atribuída ao autuado, a responsabilidade por solidariedade, relativamente ao imposto, por ter adquirido mercadorias de terceiros sem documentação fiscal, apurada mediante verificação de variação volumétrica, em índice acima do admitido pela ANP registrada no

LMC/Registro 1300 da EFD, nos meses de dezembro de 2015, 2016, 2017 e 2018. (Infração 04.07.01).

A defesa sustenta respeitáveis considerações sobre os fatos e o direito, inclusive quanto às penalidades aplicadas. Não obstante, não traz à luz deste processo, elementos robustos com o condão de elidir ou modificar a acusação fiscal, visto que não apresentou provas concretas que justificassem o alegado erro em sua escrituração fiscal digital.

O contribuinte, na condição de adquirente de combustível, mercadoria enquadrada por lei, no regime de substituição tributária, é considerado substituído pela legislação, haja vista que no caso de combustíveis, a Lei 7.014/96, no art. 8º, atribui ao ICMS distribuidor e ao industrial ou extrator, a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do imposto, na condição de sujeito passivo por substituição, com a obrigatoriedade de fazer a retenção do imposto na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes.

O defendente apresentou entendimento, no sentido de que a constatação de “omissão de saídas” pura e simples/ventas sem emissão de documentação fiscal”, é hipótese que não gera nova incidência do imposto. Entretanto, conforme estabelece o art. 128 do CTN, a lei pode atribuir a responsabilidade solidária a terceira pessoa vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação tributária, atribuindo ao contribuinte, em caráter supletivo, a responsabilidade pelo cumprimento total ou parcial da obrigação tributária.

O defendente também alegou, que os seus registros foram efetuados de forma equivocada, o que se poderia deduzir pela simples constatação das quantidades. Disse ser impossível a efetiva ocorrência de “ganhos diários” de milhares de litros de combustíveis, todos os dias. Seriam incontáveis também, as situações em que os “ganhos” são próximos, iguais e, muitas vezes, superiores às quantidades disponíveis; e superam a capacidade dos tanques. Afirmou que a autuação recaiu sobre escrituração inconsistente, e que não teve a oportunidade de se explicar ou corrigir as inconsistências; as quantidades adotadas no AI foram exatamente aquelas, equivocadamente lançadas nos LMCs. Disse que o Autuante registrou “ganhos” como lançamentos a título de omissão e não teria registrado as “perdas”, que foram desprezadas. Informou, ainda, que providenciará a total retificação de sua EFD, incluindo seu LMC.

Sobre estas alegações, saliento que a Escrituração Fiscal Digital – EFD, se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das Unidades Federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como, no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte, e substitui livros fiscais.

Observe que o levantamento fiscal é efetuado com base em dados fornecidos pelo autuado por meio dos arquivos eletrônicos relativos à EFD, a correção de tais arquivos é de responsabilidade do contribuinte e tais registros devem refletir os elementos constantes nos documentos fiscais relativos às entradas e saídas de mercadorias. Portanto, no caso de inconsistências, compete ao contribuinte informar e corrigir os erros, antes da ação fiscal, e não cabe nesta fase do presente processo, conceder prazo para a pretendida retificação da EFD.

Cumpra observar, que a fiscalização nesse tipo de levantamento leva em consideração as aferições registradas no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC). Nesse caso, o Autuante, corretamente destacou, que a prova de eventuais erros no registro 1300 do posto revendedor deve ser robusta, pois teria constatado em ação fiscal as irregularidades apontadas nos estoques da empresa, durante anos a fio, sem que fossem tomadas as devidas providências para resolver as supostas “irregularidades” que alegou.

Dessa forma, não basta, a alegação de que ocorreram “erros de sistema” ou “erros de medição” sem a apresentação de laudos de intervenção técnica que a respalde. Também, não basta argumentar que “esses erros ficam claros quando se observa que os ganhos e as perdas de dias seguintes se cancelam”, pois, o registro das informações no LMC e no registro 1300 deve ser diário, e, além disso, quando os ganhos ou perdas forem superiores a 0,6%, o posto revendedor deve justificar o fato no seu LMC, o que não ocorreu em nenhum momento.

Importante registrar, que a Portaria nº 159, de 24 de outubro de 2019 (publicada no Diário Oficial de 25/10/2019), alterou a Portaria nº 445, de 10 de agosto de 1998, que dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias, tendo sido acrescentado o Parágrafo Único ao art. 10, in verbis:

A omissão do registro de entrada de combustível, derivado ou não de petróleo, em postos ou revendedores varejistas de combustíveis automotivos será caracterizada quando se verificar que, a título de variação volumétrica em decorrência de dilatação térmica, a quantidade de litros escriturados diariamente como ganho no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC)/Registro 1300 da EFD excedeu 1,8387% da relação entre ganho e volume disponível (estoque no início do dia + volume recebido no dia), percentual calculado com base em índices técnicos de ganhos e perdas admitidos como normal pela Agência Nacional de Petróleo (ANP).

Observe que esse artigo encontra-se na Seção III da Port. 445/98, que trata especificamente das omissões de entradas de mercadorias, pois, os ganhos, em termos escriturais, equivalem à uma omissão de entrada. Entendo que esta regra, de natureza interpretativa, não inova na ordem jurídica, e me coaduno com as conclusões do

Autuante, no sentido de que a modificação da Portaria 445/98, pela Portaria 159/19, apenas a aperfeiçoou com novas orientações procedimentais para a fiscalização, orientando como os prepostos fiscais devem utilizar as informações dos ganhos registrados na EFD. Isto é, estabeleceu-se novos critérios de apuração ou processos de fiscalização.

Neste caso, observo que apesar de a Portaria 159/19 ter vigência a partir de 25/10/2019, data em que foi publicada, a sua orientação corrobora o acerto da autuação fiscal, considerando como omissão de entradas ganhos registrados no LMC acima do percentual permitido pela legislação.

O autuado apresentou o entendimento de que admitir a aplicação do parágrafo único, do art. 10 da Portaria 159, é criar hipótese de presunção não prevista na Lei 7.014/96, ou seja, seria uma nova e ilegal hipótese de presunção. Entretanto, não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Em relação à multa, que foi objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento do imposto referente à antecipação tributária, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração. Neste caso, concordo com o posicionamento do autuado, de que o percentual da multa é de 60%, conforme estabelece o art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96, devendo ser retificado o mencionado percentual.

Nessa esteira, considerando que nenhuma das alegações defensivas, de que seus “registros foram efetuados de forma equivocada”, que houve “erros escriturais”, ou “erros de sistema” ou “erros de medição”, foi efetivamente comprovada, a autuação subsiste integralmente.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 89 a 151, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Preliminarmente, suscita a nulidade da Decisão recorrida, por “supressão de instância” e flagrante cerceamento do direito de defesa, já que foram abandonados os conceitos básicos previstos no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal Brasileira, assim como, e por via conexa, o art. 2º do RPAF/BA, aplicando-se ao caso o disposto no art. 18, incisos II e III do mesmo RPAF/BA. Explica que, no caso em tela, a decisão foi “construída” com evidente ofensa aos preceitos constitucionais e legais. Sustenta ser NULA a decisão porque a JJF “abdicou” da competência atribuída ao Julgador de primeira instância administrativa e porque não foram apreciados vários argumentos apresentados pela defesa, inseridos nos itens 03 a 43, da peça inicial.

Ainda em sede preliminar, caso não acolhido o seu pedido de nulificação da decisão de piso, requer a declaração de nulidade do presente Auto de Infração, por cerceamento do seu direito de defesa, em face do fato de que o Sujeito Passivo não teria tido acesso ao PAF, impedido que foi pela ausência de atendimento presencial. Argumenta que a anexação, por parte da autoridade fiscal, de demonstrativos de débito, bem como de dados da ordem de serviço deveria ensejar a reabertura do prazo de defesa, de forma a permitir o mais amplo exercício do seu direito de defesa.

Explica que a JJF deixou de analisar a alegação defensiva relativa à impossibilidade de se fazer uma apuração diária do ICMS, imposto que possui a sua lógica de apuração mensal. Argumenta que não se pode conceber a constatação de fatos geradores diariamente.

Ataca ainda a decisão da 3ª JJF naquilo em que recusou a alegação de inconstitucionalidade, pois assevera que jamais suscitou a inconstitucionalidade da Portaria nº 159/19, mas alegou a sua ilegalidade sob o argumento de que teria criado fato gerador sem que existisse lei para tal, matéria em relação à qual não há vedação a que este Conselho de Fazenda venha a apreciar.

Pede, por fim, que a Decisão recorrida seja declarada nula em face das insistentes negativas de regular instrução do processo, negando vistas ao Contribuinte, bem como inadmitindo pedidos de diligência à PGE. Argumenta que se faz necessária a abertura de vistas à parte contrária na medida em que a autuada promoveu a retificação de seus arquivos SPED, tornando-os compatíveis com as informações enviadas através das DMAs.

Alega igualmente nulidade por utilização de OS, relativa a outro contribuinte. Explica que foi utilizada na presente ação fiscal, indevidamente, a OS nº 505744/19, expedida para ação fiscal junto ao POSTO KALILÂNDIA LTDA, CNPJ 15.151.046/0001-89. A Junta entendeu se tratar de “*um documento interno da administração tributária, cuja emissão não interfere na constituição do crédito tributário*”. Entende, contudo que a JJF mais uma vez laborou em equívoco, pois tal afirmativa não se coaduna com o disposto no art. 142, § único e 196 do CTN, nem tampouco com as posições adotadas pelo CONSEF e pela PGE, em casos semelhantes.

Alega que a Ordem de Serviço é um termo indispensável ao regular exercício da atividade de fiscalização, sem o qual, inclusive, a Autoridade Fiscal não se encontra autorizada, nem mesmo, a acessar as informações dos contribuintes, disponíveis no sistema da SEFAZ. A ação fiscal somente pode ser exercida mediante “ordem” da Autoridade Superior, que é uma autorização expressa e necessária, pois não compete aos Auditores Fiscais a deliberação acerca da escolha dos Contribuintes alvos das ações do Fisco e nem o acesso indiscriminado às informações. Um Contribuinte, alvo de indiscriminada ação fiscal, é considerado sujeito passivo ilegítimo, como decidiu o CONSEF. Transcreve julgados em apoio ao seu ponto de vista.

Argui, igualmente, nulidade por erro no enquadramento legal da conduta autuada. Aponta a contradição entre o art. 23, citado no lançamento, e a apuração feita com base na presunção prevista no art. 4º, § 4º, inciso IV da Lei nº 7.014/96, questionando se seriam hipóteses de presunção distintas. Após transcrever as normas citadas, conclui que a pretensão fiscal foi no sentido de afirmar que a autuada, anteriormente aos períodos indicados no AI, teria vendido mercadorias sem a emissão de documentos fiscais e que, conseqüentemente, o fruto financeiro dessas vendas não foi tributado pelo ICMS, caracterizando assim, omissão de receita. Argumenta, todavia, que para essa constatação, haveria, a fiscalização, de se utilizar do roteiro de auditoria de estoques previsto na Portaria nº 445/98. Afirma, contudo, que as operações anteriores mencionadas no art. 7º, incisos I e II da Portaria não se encaixam no preceito legal de falta de contabilização de entradas. Argumenta que a base de cálculo da operação deveria ser calculada de acordo com o art. 23-A, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, cujo texto transcreve.

Observa que o art. 6º, inciso VI da Lei nº 7.014/96 (também mencionado no Auto de Infração) encontra-se totalmente divorciado da hipótese de presunção previstas no artigo 4º, o qual não se reporta à responsabilização por solidariedade decorrente de ST, mas hipótese de responsabilidade pela posse de mercadoria sem documentação fiscal ou com documentação inidônea, no trânsito de mercadorias.

Afirma que a Lei baiana não atribui responsabilidade ao distribuidor, e sim ao industrial, o que significa dizer que a atribuição de responsabilidade solidária mediante portaria estaria em contradição com o disposto no art. 128 do CTN, que exige lei para tal. Transcreve julgados em apoio aos seus argumentos.

Alega, ainda, nulidade do lançamento por impropriedade do método aplicado. Explica que a autuação não seguiu roteiro compatível com o art. 4º, § 4º, inciso IV da Lei nº 7.014/96, pois se limitou a retirar do LMC informações registradas como “ganhos”, separando as quantidades diariamente, por exercício e tipo de combustível. Argumenta que foram selecionados apenas os dias em que houve ganhos, totalizando-se anualmente, para depois deduzir o percentual de 1,8387%, chegando à conclusão de que a diferença representaria “ganhos excessivos” e, portanto, omissão de entradas. Afirma que a Portaria 445/98 não prevê a possibilidade de se fazer essa auditoria de forma diferente daquela como se encontra lá disciplinada.

Conclui, assim, que não existe nexo de causa e efeito entre a acusação fiscal e a demonstração realizada, já que é acusada de ter adquirido combustíveis sem documentação fiscal, enquanto que a apuração, por outro lado, foi feita com base em uma parte dos dados encontrados na EFD/LMC.

Pede a decretação da nulidade ao argumento de que é inaplicável a presunção prevista na Lei nº 7.014/96. Explica que ainda que as operações anteriores (omitidas) fossem comprovadas não ensejariam a falta de recolhimento do imposto justamente porque, no segmento de varejo de

combustíveis, não se paga o ICMS pelas vendas, as quais já acontecem com o tributo recolhido antecipadamente, pelo industrial ou extrator. Defende que para se aplicar a presunção precisaria comprovar a efetiva aquisição sem documentação fiscal, hipótese em que estaria comprovada a ausência de retenção do ICMS, pelo responsável legal. Defende que caberia, no máximo a aplicação do art. 11 da Portaria nº 445/98, conforme já decidiu o Conseq. Acosta jurisprudência em apoio aos seus argumentos.

Alega do vício por irregularidade na condução da ação fiscal. Afirma que o autuante utilizou métodos outros que não aqueles previstos na Portaria 445/98, desconsiderando as perdas do estabelecimento, bem como tratando os fatos geradores como sendo diários, além do que as planilhas entregues não espelham diferenças entre estoques escritural e medido. Acosta julgados e reitera, mais uma vez, a impossibilidade de constatação de fato gerador diário.

Outro vício alegado pelo Sujeito Passivo diz respeito à “constatação diária” dos “ganhos”, e de forma apartada do conjunto da auditoria de estoques. A apuração se reporta a exercícios findos e, assim, FECHADOS. Considerando o quanto já abordado, e a impossibilidade de apuração diária (exceto na hipótese do art. 41, inciso II da Lei nº 7.014/96, observados os requisitos, antecedentes, dos arts. 46 e 47, do mesmo diploma legal), somente se pode interpretar a inovação feita pelo § único do art. 10 da Portaria nº 159/19, como sendo os ganhos diários registrados um dos componentes da auditoria de estoques. Considera-lo de forma isolada, como já abordado, seria criar NOVA e ILEGAL hipótese de presunção.

Argui ilegalidade da Portaria nº 159/19, por ter tratado de matérias reservadas à lei, quais sejam, fato gerador, base de cálculo e alíquota. Explica que a norma complementar referida definiu como fato gerador o montante que ultrapassar a variação volumétrica de 1,8387%. Questiona também a sua aplicabilidade a fatos geradores pretéritos, o que prejudica o Contribuinte.

Alega, ainda, nulidade por utilização de dados irreais. Argumenta que as quantidades pinçadas da EFD da empresa são tão absurdas que não refletem a realidade das suas movimentações realizadas no período. Afirma que erros na EFD não podem caracterizar fato gerador do ICMS. Pede que lhe seja concedido um prazo para retificação das informações inconsistentes. Assevera que o eventual descumprimento se relaciona a normas relativas a obrigações acessórias.

Argui nulidade por ilegitimidade passiva, ao argumento de que a lei atribui responsabilidade tributária pelo recolhimento do ICMS ST ao industrial ou ao extrator, mas jamais ao estabelecimento distribuidor. Entende que não existe lastro legal para se exigir imposto da autuada.

Ainda em preliminares, o Sujeito Passivo alega nulidade do lançamento por ausência de apreciação dos documentos fiscais e contábeis da empresa autuada. Explica que possui, além do LMC, todos os demais documentos fiscais e contábeis necessários a uma real apuração da movimentação econômica da empresa, elementos esses que sequer foram analisados pelo preposto fiscal, contrariando o quanto estatuído pela Instrução Normativa nº 56/07, a qual prevê que o fisco deve abster-se de aplicar os roteiros fiscais, quando verificar que as operações habituais da empresa são isentas, não tributadas ou sujeitas à substituição tributária. Nesse sentido, destaca que nenhuma explicação sobre os ganhos foi solicitada ao Contribuinte. Aponta exemplos daquilo que denomina de “*ganhos diários irreais*”.

Ainda explorando o terreno das nulidades, alega vício do PAF por ausência de efetiva demonstração das supostas omissões, pois os demonstrativos ofertados à Autuada não espelham a comparação entre os estoques escritural e de medição, mas tão somente apontam dados dos supostos ganhos e das disponibilidades. Afirma que faltam dados que comprovem os estoques de fechamento, e, por via conexa, as próprias omissões.

Por fim, ainda em sede de preliminares, argui nulidade da autuação em face da ilegalidade perpetrada pela Portaria nº 445/98, ao atribuir responsabilidade solidária sem amparo na lei.

No mérito, após destacar que o norte da autuação (para justificar a exigência de imposto) é a

entrada de mercadorias sem contabilização, afirma que o método regular a ser adotado, para tal, é o levantamento quantitativo de estoques, em conformidade com os procedimentos previstos na Portaria nº 445/98 e Instrução Normativa nº 310/90. Assim, sustenta ser ineficaz o lançamento baseado em apenas uma passagem da portaria citada, notadamente naquela que somente lhe foi inserida em outubro de 2019, após a ocorrência dos fatos geradores em discussão.

Volta a alegar que a Autuada não pode ser responsabilizada pelo recolhimento do tributo, por não se enquadrar como industrial, já que a Lei nº 7.014/96 apenas permitiu a transferência da responsabilidade ao distribuidor, quando o tributo retido for feito a menos, conforme seu art. 6º, inciso XVI. Fora disso, afirma que a única possibilidade existente não diz respeito à substituição tributária, mas aos casos em que se pode responsabilizar qualquer pessoa, física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega, desacompanhadas da documentação fiscal, ou com documentação inidônea. Tal situação, assevera, somente acoberta o lançamento nas operações de trânsito ou de auditoria de estoques em exercício aberto.

Ressalta que o LMC sempre existiu (criado pela Portaria nº 26/92 da ANP), no qual são registradas as perdas e ganhos, informações que são transmitidas no Registro 1300 do SPED. Destaca que, antes da Portaria nº 159/19, a fiscalização nunca lançou mão desses dados para exigir ICMS, seja por responsabilidade própria, seja por responsabilidade solidária. Ensina que o livro fiscal citado possui objetivos relacionados na respectiva portaria, quais sejam, proteção ao consumidor, detectar vazamentos nos tanques, facilitar a fiscalização e arrecadação do ICMS e IVVC, e coibir aquisições irregulares de combustíveis. Não admite, todavia, que desses registros se possa extrair qualquer revelação relativa a entradas de produtos em volume superior ao percentual estabelecido na legislação, sem documentação fiscal.

Alega que a portaria não poderia retroagir para regular situação jurídica anterior à sua existência, pois se trata de ato normativo complementar que não pode estabelecer o fato gerador nem definir a base de cálculo do imposto. Argumenta que o lançamento deve se reportar à data de ocorrência do fato gerador, regendo-se pela lei então vigente.

Explica que a apuração de estoques por exercício fechado ou aberto requer que sejam computadas todas as variáveis contábeis, quais sejam, estoques, entradas, saídas, perdas, ganhos e aferições, procedimento que, uma vez observado, resultaria em números completamente distintos daqueles apurados pela autoridade fiscal, uma vez que as perdas são sempre muito superiores aos ganhos, o que implicaria em despejar, no meio ambiente, anualmente, centenas de milhares de litros de combustíveis. Outra conclusão, destaca, é no sentido de que não se pode cobrar ICMS sobre vendas sem emissão de documentos fiscais, já que tal fato não gera nova incidência do imposto (já destacado na fonte).

Raciocina que admitir a aplicação isolada do § único, do art. 10 da Portaria nº 159/19 seria criar nova hipótese de fato gerador, consumado ou presumido, sem previsão legal, o que resulta, igualmente, na improcedência da presente exigência fiscal.

Argumenta, por outro lado, que a Portaria nº 445/98 não faz distinção entre mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e aquelas sujeitas ao regime normal do imposto, em face do que pleiteia que seja adotada a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007 para apuração do *quantum debeatur*. Acosta jurisprudência em apoio aos seus argumentos, especialmente o Resp 1.122.126/RS, relatado pelo Ministro Benedito Gonçalves, em 22/06/2020, que conclui não haver fato gerador em decorrência da variação volumétrica de combustíveis líquidos.

Pede, por fim, a oitiva da PGE/PROFIS.

Nestes termos, pede deferimento.

Considerando a necessidade de aquilatar as provas processuais produzidas e a sua coerência com os demais dados extraídos dos registros internos da empresa, esta 1ª CJF deliberou, em busca da verdade material, por converter o presente processo em diligência, à INFAZ DE ORIGEM, com vistas a que o autuante viesse a adotar as providências a seguir descritas:

1. Anexar CD, ao PAF, contendo todos os papéis de trabalho que foram utilizados durante o processo de auditoria;

À folha 178, foi cumprida a diligência, com a anexação de CD.

Às folhas 185/210, o Sujeito Passivo apresenta manifestação, tecendo as considerações a seguir.

Alega nulidade pela concessão de prazo de apenas dez dias para manifestação, o que alega ser insuficiente para análise de todo o material entregue. Reitera a impossibilidade de apontar os erros na EFD entregue pela empresa.

Alega que os registros da EFD comprovam a total compatibilidade de suas informações com aquelas extraídas dos registros 1300, 1310 e 1320. Explica que a autuação tomou por base apenas o Campo 10 do Registro 1300. Contudo, assevera que as medidas de entradas e saídas conferem com aquelas dos tanques e bicos, inexistindo divergências a respaldar a conclusão de omissões de entradas.

Volta a alegar que a Portaria 159/19 passou a prever fato gerador não previsto em lei. Alega também erros nos inventários decorrente de falha humana. No mais, reitera os seus argumentos já deduzidos em sua petição recursal.

Arremata a sua manifestação, pedindo a oitiva da PGE e pleiteando pelo provimento do Recurso Voluntário e, subsidiariamente, a dispensa da multa e acréscimos legais.

À folha 214 (frente e verso), o Autuante presta nova informação fiscal, destacando que não há fato novo em relação ao qual não já tenha se manifestado.

Pautado para julgamento na sessão do dia 29/07/2022, presente o representante do Sujeito Passivo, após reiterar o pedido de concessão de prazo adicional, esta 1ª CJF deliberou, em busca da verdade material, por converter o PAF em nova diligência, à INFAZ DE ORIGEM, com vistas a que o Sujeito Passivo fosse intimado a se manifestar, mais uma vez, agora num prazo de sessenta dias.

Após ratificar todo o conteúdo do Recurso Voluntário e demais pronunciamentos, alega vícios e ilegalidades no lançamento. Explica que o lançamento de ofício baseado, exclusivamente, na EFD, não possui cunho legal, na medida em que não comprova a efetividade das alegadas “*aquisições sem documentação fiscal*”. Destaca que o Conseqf, sobre autuações da mesma natureza, já proferiu as seguintes decisões, cujas ementas reproduz.

Argumenta, ainda, que a autuação correspondente a suposta “*responsabilidade solidária*”, sendo baseada 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. Informa que, sobre a matéria, a 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador proferiu sentença, cuja parte dispositiva, já foi homologada pela 2ª Câmara Cível, em 16/11/2021. No aresto citado, pontua que foram considerados ILEGAIS/INCONSTITUCIONAIS os dispositivos infralegais, bem como as autuações baseadas na Portaria nº 159/19, frente aos “princípios da reserva legal e da irretroatividade de ato infralegal”. Transcreve conteúdo da decisão citada.

Informa, ainda, que, de forma unânime, a Segunda Câmara Cível homologou o julgado da 4ª Vara da Fazenda Pública - Processo nº 8057416-34.2021.8.05.0001, em 14/06/2022. Transcreve, igualmente, a decisão da Segunda Câmara Cível.

Destaca que o Tribunal da Bahia entende que a Portaria nº 159/19, que alterou a Portaria nº 445/98, é ILEGAL e INCONSTITUCIONAL, pois instituiu “fato tributável”, ao estabelecer “limite de variação volumétrica”. Se a própria “variação volumétrica” não pode ser caracterizada como “fato gerador do ICMS”, questiona como admitir que “fora de determinado limite se faça qualquer distinção”. Conclui ser evidente que, se a “variação volumétrica” não é “fato gerador”, não se pode dizer também que “será a partir de determinado limite de tolerância”. Além disso, afirma que a autuação contestada, em verdade, sequer diz respeito a “comprovação de variação volumétrica excedente”, e sim a tributação sobre dados acessórios, a título de “ganhos”, lançados na EFD/LMC,

sem que se fosse feita qualquer análise das demais informações, e documentos, que retratam a inverdade da constatação de “ganhos”. Defende que a autuação, da forma que foi levada a efeito, é totalmente incabível e ilegal, conforme já se encontra consolidado no STF, no RE 632.265, cuja ementa transcreve.

Informa que as decisões judiciais, da 4ª Vara da Fazenda Pública e da 2ª Câmara Cível, firmaram o entendimento no sentido da ILEGALIDADE e INCONSTITUCIONALIDADE da Portaria nº 159/19, declarando a improcedência das autuações realizadas, que tenham como enquadramento legal os arts. 4º, § 4º, inciso IV, 6º, inciso IV, 23-A, inciso II, todos da Lei nº 7.014/96, e do art. 10, parágrafo único da Portaria nº 445/98, e que a Fazenda Pública estadual, ao operar o RECURSO ESPECIAL AO STJ, NÃO SE REPORTOU AO MÉRITO/DIREITO, somente fazendo referência ao ponto correspondente a “ilegitimidade ativa, PARCIAL, dos Autores, RECONHECENDO ASSIM o direito, no que tange às outras questões (ilegalidade e inconstitucionalidade da norma e improcedência das autuações nela baseada), que assim “transitaram em julgado”. Informa, ainda, que, nas “CONTRARRAZÕES” ao aludido Recurso Especial, os Respeitáveis Profissionais que representam os Autores - Drs. Moacyr Montenegro Souto Jr. e André Lopes Sales - assim consignaram:

“Importante registrar, neste passo, que, de acordo com o Recurso Especial ora impugnado, o mérito desta demanda não foi objeto do referido recurso, vez que o Recorrente nada dispôs sobre este, operando-se, assim, o trânsito em julgado do direito reconhecido.”.

Reitera que a autuação esbarra nas questões legais. Além disso, mesmo que admitida a metodologia aplicada, entende que não se pode afastar a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/07, pois a Lei nº 7.014/96, no seu art. 4º, § 4º, inciso IV, prevê o fato gerador ocorre no momento da entrada de mercadorias os bens, não registradas, de forma presumida, sendo a base de cálculo, usada no Auto de Infração, aquela prevista para a hipótese de PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS, conforme 23-A, inciso II da mesma Lei nº 7.014/96.

Argumenta que a Instrução Normativa nº 56/07, item 1, C/C o art. 7º, incisos I e II da Portaria nº 445/98, seguem o quanto determinado pela Lei nº 7.014/96 e não deixam qualquer margem de dúvida ou para interpretação diversa, no sentido de que “a exigência do pagamento do imposto deve ser embasada no preceito legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência de operações tributáveis realizadas anteriormente sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o pagamento do imposto (Lei nº 7.014/96, art. 4º, § 4º, IV)”, tudo em consonância, ainda, com a farta jurisprudência do CONSEF, cujas ementas exemplificativas reproduz.

Alega que, além de NULO, o Auto de Infração é IMPROCEDENTE, e que a inscrição em Dívida Ativa e o seguimento de cobrança judicial só acarretará prejuízos ao Erário, decorrentes da “sucumbência judicial”.

Sobre o tema “VERDADE MATERIAL”, transcreve ementa de decisão proferida pela 1ª Câmara do Conseqf, da relatoria do Conselheiro PAULO DANILO REIS LOPES, no julgamento do Auto de Infração nº 2692741202159, lavrado em face da empresa de Recurso Voluntário, interposto pela empresa SUZANO PAPEL E CELULOSE S.A. (Acórdão CJF Nº 0268-11/16), oportunidade em que consignou o seguinte:

“ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. SAÍDAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. RECOLHIMENTO A MENOR. Não é a forma com que a sociedade empresária preenche os documentos fiscais eletrônicos que erige as ocorrências da vida ao patamar de fatos geradores do ICMS, mas a efetiva subsunção daquelas (ocorrências) nas hipóteses legais de incidência. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PROVIDO. Decisão unânime.”

Enxergando o caso em tela de acordo com o pressuposto legal espelhado na referida decisão, conclui que os dados que haviam sido registrados no LMC/EFD são totalmente inconsistentes, irreais e absurdos. Mesmo não podendo explicar não ter percebido tais registros antes da ação fiscal, alega que a Autuada, até por uma questão de bom senso, e de inexistência de prova concreta que conduza a qualquer conclusão dentro da razoabilidade, somente pode atribuir os registros a falhas técnicas e humanas. Aliás, a Fiscalização dispõe de todos os dados necessários e

indispensáveis para uma efetiva auditoria de estoques e pode, através desses dados, apurar se a Autuada, nos exercícios fiscalizados, vendeu combustíveis em quantidades superiores às adquiridas e estocadas, mas preferiu validar exclusivamente as quantidades dos “ganhos” constantes da EFD/LMC, desprezando as demais informações.

Destaca que um consistente indício de falha nas informações lançadas no LMC, ou na própria apuração, justamente nas datas em que foram apontadas as maiores diferenças, diz respeito ao volume de “14.991,00”, lançado/considerado na auditoria como “fechamento físico”, em dias e espécies diversas dos produtos, tais como 2018/11/07 – Gasolina Comum; 2018/11/07 – Etanol; 2018/11/10 – Gasolina Comum; 2018/11/10 – Etanol; 2018/11/15 – Gasolina Comum; 2018/11/15 – Etanol; 2018/11/19 – Gasolina Comum; 2018/11/19 – Etanol; 2018/11/21 – Gasolina Comum; 2018/11/21 – Etanol; 2018/11/27 – Gasolina Comum; 2018/11/27 – Etanol; 2018/12/01 – Etanol; 2018/12/03 – Etanol; 2018/12/09 – Etanol; 2018/12/10 – Etanol. Afirma que esse fato, por si só, demonstra a necessidade, ao menos, de revisão do lançamento, pois seria muita “coincidência” o mesmo volume para diversos dias e produtos.

Ante o exposto, requerendo a ouvida da Douta PGE/PROFIS, sobre a presente manifestação, e do Sr. Autuante, pede que se reconheça a existência de vícios e ilegalidades no lançamento, e na decisão, evitando a inscrição em Dívida Ativa, para que seja o Recurso Provido, sendo declarada a nulidade ou improcedência do lançamento, ou para que seja determinada diligência, a fim de apurar as quantidades totais, adquiridas, vendidas e estocadas, e/ou para o esclarecimento acerca do volume idêntico, em vários dias e tipos diferentes de combustíveis, acima exemplificados.

Às folhas 251/252, o autuante presta nova informação fiscal, tecendo as considerações que seguem.

Esclarece que houve realmente uma sentença na 4ª Vara de Fazenda Pública que reconheceu a ilegalidade da metodologia de trabalho utilizada para a cobrança efetuada e que houve, também, uma apelação do Estado que foi julgada pela 2ª Câmara Cível (há 5 câmaras cíveis) que negou o provimento ao recurso de apelação. Explica, contudo, que no voto do relator não houve enfrentamento direto do assunto ilegalidade da portaria, tendo apenas, o tribunal, entendido que a variação volumétrica decorrente de variação térmica não é fato gerador de ICMS. Pontua, ainda, que esse acórdão não tem efeito *erga omnes* e tampouco tem efeito vinculante. Em suma, afirma que existe o entendimento de uma juíza, mas não existe o entendimento do Tribunal de Justiça (TJ) sobre o assunto. E, com apenas uma decisão da 2ª Câmara, não há jurisprudência dominante no TJ.

Enfatiza que o lançamento de ofício efetuado não está relacionado com presunções de receitas ocorridas anteriormente, pois isso só caberia se tratássemos de omissões de entradas de mercadorias cuja tributação se dá pela saída para que, apurada omissão de entradas de mercadorias, aplicássemos a presunção de que essa omissão de entradas se deu para ocultar receitas anteriormente obtidas a partir de operações de saídas tributadas e omitidas, isto é, sem pagamento do imposto. No caso, explica tratar-se de omissão de receitas apurada por levantamento quantitativo de estoques e não foram trazidos, ao processo, documentos fiscais acobertando tais entradas. Portanto, prova não há de que o ICMS substituição tributária foi devidamente recolhido aos cofres públicos. Destarte, o volume acrescido (ganho) além do limite de 1,8387% que afasta a possibilidade de que decorra de dilatação térmica é entrada sem a necessária comprovação, consubstanciando um fato gerador do ICMS e, não existindo a comprovação da origem da mercadoria, o estabelecimento detentor deste combustível é responsável pelo pagamento do tributo, pois, conforme o art. 128 do CTN, a lei pode atribuir a responsabilidade solidária a terceira pessoa vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação tributária, no caso o posto revendedor - esse, em caráter supletivo, assume a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação tributária.

À vista disso, conclui não caber a aplicação do cálculo de proporcionalidade disposto na Instrução Normativa nº 56/07, pois o objeto do lançamento não trata de presunção de omissão de

saídas, mas de omissão de entradas de mercadorias tributadas nesse momento.

Explica que, como a autuada bem observa, no período de 07/11/2018 até 21/11/2018, há quatro estoques de fechamento de gasolina comum, no valor de 14.991,00 litros e, no período de 07/11/2018 até 10/12/2018, há sete estoques de fechamento, no mesmo valor. A autuada diz ser “muita coincidência” haver tantos estoques de fechamento com o mesmo valor num período tão curto. Mais ainda, nota que, nos dias seguintes, os estoques iniciais têm o mesmo valor de 14.991 litros.

Lembra, todavia, que os estoques iniciais e finais são medidos e a prova da incorreção do lançamento deve ser feita com os comprovantes de medição que devem ficar guardados durante cinco anos. Informa que essas medições ficam registradas nos sistemas de medição por três anos. Contudo, nem um único comprovante de medição do estoque de abertura, ou de fechamento, foi apresentado.

Mantém o lançamento fiscal.

Pautado para julgamento na sessão do dia 14/04/2023, presente o advogado do Sujeito Passivo, Dr. Fernando Marques, OAB/BA nº 11.026, veio a informação de que a empresa G A Mendes teria ingressado com ação judicial cujo objeto coincidiria com a presente exigência fiscal.

À vista de tal informação, este Relator pediu o adiamento do julgamento, com vistas a apurar a informação e, consequentemente, alteração do voto.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela empresa recorrente em 12 de dezembro de 2020, contendo uma série de arguições de nulidade e improcedência da autuação.

Conforme registrado no relatório, na sessão do dia 14/04/2023, chegou ao conhecimento deste relator que o Sujeito Passivo manejou ação judicial concomitante ao PAF, por meio da qual discute a presente exigência fiscal.

O acesso aos autos do Processo nº 8015594-94.2023.8.05.0001 revela que a empresa G A Mendes, em sua petição inicial, requereu que “*seja JULGADA TOTALMENTE PROCEDENTE a ação, declarando a improcedência das autuações de nº 2691380088/19-6, 2691380089/19-2, 2691380033/22-7, 2691380097/19-5, 2691380044/19-9, 269138.0155/20-9, 269138.0098/19-1, 269138.0099/19-8, 2691380042/22-6, 298576.0011/19-0, 298576.0010/19-3, 206958.0001/20-0, 206958.0002/20-7, 281231.0003/20-8, 281231.0004/20-4, 269138.0156/20-5, 269138.0170/20-8, 269138.0169/20-0, 269138.0119/19-9, 269138.0118/19-2, 269138.0114/19-7, 269138.0113/19-0, 269138.0089/20-6, 269138.0088/20-0, 2691380095/19-2 e 2691380096/19-9 realizadas pelo Réu contra as Autoras, que tenham como enquadramento legal os arts. 4º, § 4º, inciso IV, 6º, inciso IV, 23-A, inciso II, todos da Lei 7.014/96, e do art. 10, parágrafo único, da Portaria 445/98 e que visam a cobrança de ICMS sobre volume de combustíveis oriundo de variação volumétrica acarretada pelo aumento da temperatura, em razão da ausência de fato gerador de ICMS, do recolhimento total do referido imposto de forma antecipada pelo regime da substituição tributária progressiva, e declarando a ilegalidade/inconstitucionalidade do art. 10, parágrafo único, da Portaria 445/98*”.

Frise-se que o presente Auto de Infração se encontra listado pela recorrente, na ação fiscal citada, conforme grifo acima.

Como se depreende do pedido deduzido pelo Sujeito Passivo, acima reproduzido, a ação judicial em curso, interposta pela empresa recorrente, abarca matéria cujo objeto coincide com aquele deduzido no presente processo administrativo.

Como se vê, em que pese tenha impugnado o presente lançamento administrativo, o Sujeito Passivo manejou, em concomitância, medida judicial cujo objeto coincide, em sua inteireza, com a presente exigência fiscal, o que atrai a incidência do quanto disposto no art. 126 do Código Tributário do Estado da Bahia, aprovado pela Lei 3.956/81, abaixo reproduzido.

*“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** (grifo acrescido), considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.”*

Assim, é forçoso reconhecer que a escolha da via judicial importa na desistência do presente recurso, cujo exame fica prejudicado, devendo os autos serem remetidos para inscrição em Dívida Ativa.

Diante do exposto, dou por PREJUDICADO o exame do Recurso Voluntário, dada a sua desistência tácita.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário apresentado, referente ao Auto de Infração nº 269138.0097/19-5, lavrado contra **G A MENDES COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado, o recorrente, a efetuar o recolhimento do imposto no valor de **R\$216.059,95**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea “d”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais. Devendo o PAF deve ser remetido à DARC para adoção das providências previstas no art. 117, § 1º do RPAF/99.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de abril de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS