

PROCESSO - A. I. Nº 269138.0012/21-1
RECORRENTE - POSTO KALILÂNDIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0265-04/22-VD
ORIGEM - SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET 11/05/2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0105-11/23-VD**

EMENTA: ICMS. 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. A opção do contribuinte em levar a discussão para a esfera judicial implica em desistência da defesa ou recurso interposto, esgotando a instância administrativa, em relação à matéria discutida nesta esfera. Consequentemente, considera-se prejudicado o recurso, com a consequente remessa ao controle da legalidade, conforme art. 126 do COTEB. Não cabe redução da multa referente ao imposto exigido por responsabilidade solidária. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão nº 0265-04/22-VD proferido pela 4ª JJF deste CONSEF, julgando Procedente o Auto de Infração lavrado em 22/02/2021 no valor histórico de R\$278.764,68, abordando a seguinte infração:

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.

...

Após instrução processual foi proferida a seguinte decisão:

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.

O(a) contribuinte interpôs Recurso Voluntário pelas razões a seguir sintetizadas.

Inicialmente, destacando que ingressou com medida judicial abordando a matéria tratada nos presentes autos, requer que seja recebido seu recurso como pedido de controle de legalidade, uma vez que identificou flagrantes vícios e ilegalidades no lançamento de ofício.

Discorre sobre o cabimento do pedido de controle da legalidade, pontuando que não se trata de um recurso, mas um direito subjetivo dos contribuintes, com base no disposto no art. 11, §§ 1º ao 6º do RPAF/BA, que determina à PGE que promova o controle da legalidade antes da inscrição em dívida pela DARC, sendo, portanto, ato obrigatório que independe de provocação.

Sustenta que o lançamento padece de flagrante ilegalidade, já reconhecida pelo CONSEF, pelo TJ/BA

e pela PJE, transcrevendo a ementa dos Acórdãos CJF nº 0309-12/20-VD e nº 0097-12/20-VD. Destaca também a decisão da 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador no processo 8057416-34.2021.8.05.0001, considerando ilegais/inconstitucionais as autuações baseadas na Portaria nº 159/19. Também destaca decisão unânime da Segunda Câmara Cível, pela manutenção da sentença referida em sede de apelação.

Questiona a utilização da variação volumétrica como parâmetro, pois se essa variável não pode ser considerada fato gerador do ICMS, também não se poderia dizer que serviria de limite de tolerância para sua caracterização, destacando acórdão do STF no RE 632.265, no qual se apontou a ilegalidade de instituição de nova maneira de recolhimento de tributo, partindo-se de estimativa considerando o mês anterior, por meio de norma infralegal.

Observa que as decisões da 4ª Vara da Fazenda Pública e da Segunda Câmara Cível confirmaram a ilegalidade e inconstitucionalidade da Portaria nº 159/19, reconhecendo a improcedência das autuações, todavia, a PGE, ao interpor recurso especial ao STJ não abordou o mérito, somente atacando a ilegitimidade ativa, parcial, dos autores, reconhecendo deste modo o direito em relação às outras questões como a ilegalidade, a inconstitucionalidade e, portanto, a improcedência das autuações, o que teria transitado em julgado, o que foi apontado nas contrarrazões apresentadas pela recorrente.

Invoca o Acórdão CJF nº 0268-11/16 para sustentar, em nome da verdade material, que a EFD permite constatar que não adquiriu mercadorias sem documento fiscal, apontando que não foi realizado qualquer levantamento e nem examinados documentos, só tendo o autuante importado o campo 10 do registro 1300, sem atentar sequer para os registros 1310 e 1320.

Registra que, como reconheceu o autuante, as saídas diárias são lançadas no registro 1300, desdobradas por tanque no registro 1310 e por bico no registro 1320 de maneira que, se todas as suas vendas passam por tais registros, a ação fiscal deveria levantar os totais para equacionar com os estoques e compras, mas os registros 1300, 1310 e 1320 não teriam sido apresentados pelo autuante, embora se encontrem na EFD e na posse do fisco.

Ressalta que os registros 1300, 1310 e 1320 completos não foram juntados (somente o campo 10 do registro 1300) e que não se cogita na autuação de divergências nas entradas informadas de maneira que seria fácil concluir que se os totais das saídas não possuem inconsistências há erros técnicos e humanos que se encontram exatamente no campo 10 do registro 1300.

Sustenta que, embora disponha de todos os dados para uma auditoria regular, a autuação somente se apegou a uma informação (campo 10, do registro 1300) que é incompatível com os demais dados e documentos disponíveis, em quantidades e valores, o que pode ser verificado na escrita contábil e até mesmo nas DMAS, visando cobrança de imposto sem base legal e comprovação material.

Insiste que não existem demonstrações que comprovem as efetivas diferenças diárias, entre os estoques escriturais e das medições e, por outro lado, as quantidades vendidas pela recorrente que foram registradas em seus equipamentos encontram suporte nas suas compras, registradas e estoques, de modo que os registros comprovam a total compatibilidade entre saídas e entradas, não se podendo afirmar que comprou combustíveis sem documentação fiscal, sem o recolhimento do tributo.

Aponta que os próprios arquivos usados na fiscalização comprovam que os totais vendidos e comprados atestam a inexistência de divergências que possam caracterizar entradas não contabilizadas, notadamente quando utilizado o percentual de tolerância admitido pela ANP em decorrência de variação volumétrica.

Afirma ainda ser ilegal a aplicação da multa de 100%, referente à infração 1, com base no art. 42, III, “d” da Lei nº 7.014/96, considerando que o art. 10, I, “b” da Portaria nº 445/98 orienta a aplicação do art. 42, II, “d” para a hipótese de falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Aponta que o CONSEF reconhece o cabimento da multa de 60%, conforme Acórdãos CJF nº 0180-12/22-VD e nº 0155-12/22.

Conclui requerendo que o Recurso Voluntário seja recebido como pedido de controle de legalidade e encaminhado à PGE/PROFIS para deliberação, reconhecendo a existência de vícios e ilegalidades no lançamento, evitando a inscrição em dívida e determinando a representação ao CONSEF para determinar a nulidade ou improcedência do lançamento, podendo ainda solicitar a realização de diligência com base na EFD/LMC retificada para apurar a verdade material.

Finalmente, caso nenhum dos pedidos anteriores sejam atendidos, pede que seja remetida representação ao CONSEF para reduzir o percentual da multa aplicada.

Em seguida, os autos foram distribuídos a este relator para apreciação.

Posteriormente, o processo foi pautado para a sessão de julgamento do dia 17/04/2023. Compareceu(ram) o(as) autuante(s) e o(as) representante(s) legal(is) da recorrente, Dr. Fernando Marques Villa Flor, OAB/BA 11.026.

VOTO

Inicialmente, rejeito o pedido de encaminhamento do requerimento diretamente à PGE/PROFIS, por falta de previsão legal.

Conforme dispõe o § 1º, do art. 113 do RPAF/BA compete à DARC o encaminhamento do processo à PGE para que exerça o procedimento de controle da legalidade, contando, ambos os órgãos, com a prerrogativa de solicitar diligências para sanar irregularidades na constituição do crédito, conforme § 3º, do art. 113 do RPAF/BA. Ainda de acordo com o RPAF/BA, o envio direto do processo à DARC só é previsto na hipótese de intempestividade da defesa ou do recurso (art. 161).

Destarte, não há pretensão resistida neste sentido, sendo o encaminhamento dos autos àqueles órgãos uma consequência natural do processo administrativo fiscal.

Quanto ao mérito, observo que a recorrente reconhece expressamente o esgotamento da instância administrativa, nos termos do art. 126 do COTEB e dos arts. 27, inciso IV e 117 do RPAF/BA, de maneira que não é possível avançar sobre as matérias trazidas no recurso, especialmente no que diz respeito à ilegalidade e/ou inconstitucionalidade das normas que fundamentaram o lançamento, ainda que o Poder Judiciário já tenha decidido na linha dos seus argumentos.

Como órgão que integra a estrutura da administração direta estadual, este Conselho deve respeito ao *princípio da hierarquia*, não podendo recusar aplicação aos atos emanados por autoridade superior, e ao *princípio da legalidade*, que se desdobra na presunção de legalidade e legitimidade das normas editadas pelo poder competente, sobre as quais não possui *competência jurisdicional* para declarar a inconstitucionalidade.

Conforme a jurisprudência do STF, é prerrogativa exclusiva da Chefia dos Poderes Executivo e Legislativo “[...] *determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais* [...]” (ADI 221 MC, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 22/10/1993), não sendo este o caso dos autos.

Destarte, em relação à multa, também entendo que o Recurso Voluntário não merece prosperar.

Colhe-se da Portaria nº 445/98:

Art. 10. No caso de omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária:

I - se a mercadoria ainda estiver fisicamente no estoque ou se tiver saído sem tributação, deve ser exigido o pagamento:

a) do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, observando o seguinte (Lei nº 7.014/96, art. 6º, IV):

1 - a base de cálculo é a prevista no inciso II do art. 23-A da Lei nº 7.014/96;

2 - a multa aplicável é a prevista para a falta de recolhimento tempestivo em razão da falta de registro de documentos nos livros fiscais próprios, apurada mediante levantamento quantitativo (Lei nº 7.014/96, art. 42, III,

“g”).

b) do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado previstos no Anexo 1 do RICMS/12, deduzida a parcela do tributo calculada na forma da alínea “a” do inciso I deste artigo, a título de crédito fiscal, com multa de 60% (art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96);

Como se pode verificar nos dispositivos acima transcritos, a multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96 é a penalidade que recai sobre o imposto devido por antecipação tributária. No caso dos autos, que se refere ao imposto devido na condição de responsável solidário, aplica-se o disposto no art. 42, III, “g” da Lei nº 7.014/96. Consequentemente, a autuação está correta, não havendo o que modificar.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

Em tempo, retifico, de ofício, o erro material incorrido pela JJF, na Resolução do Acórdão Recorrido, pois deixou de fazer referência à multa por descumprimento de obrigação acessória, objeto da Infração 02, no montante de R\$17,21.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário interposto e manter Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269138.0012/21-1**, lavrado contra **POSTO KALILÂNDIA LTDA.**, devendo ser intimado, o Sujeito Passivo, para efetuar o pagamento do imposto, no valor de **R\$278.747,47**, acrescido da multa de 100%, prevista na alínea “d”, do inciso III, bem como da multa por descumprimento de obrigação acessória, no montante de **R\$17,21**, prevista no inciso IX, ambas do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Devendo ser 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 abril de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS