

PROCESSO	- A. I. N° 269138.0108/19-7
RECORRENTE	- POSTO KALILÂNDIA LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1 <sup>a</sup> JJF n° 0202-01/22-VD
ORIGEM	- SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 15/05/2023

## 1<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0113-11/23-VD

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. CONCOMITÂNCIA DE AÇÃO JUDICIAL. DESISTÊNCIA TÁCITA. 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 1<sup>a</sup> JJF N° 0202-01/22-VD, que considerou Prejudicada a impugnação apresentada pelo Contribuinte e julgou Procedente o Auto de Infração em tela, lavrado em 10/12/2019, para exigir ICMS no valor histórico de R\$679.734,09, em razão de uma única infração, descrita da forma 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 consequentemente, 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, 2016, 2017 e 2018.*

A 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 21/10/2022 (fls. 330 a 349) e deu por Prejudicada a análise da petição impugnatória, oportunidade em que julgou o Auto de Infração Procedente, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

### “VOTO

*Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de infração imputada ao autuado decorrente de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido combustíveis de terceiro desacompanhados de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante verificação de variação volumétrica em índice acima do admitido pela ANP, registrada no LMC/Registro 1300 da EFD.*

*Inicialmente, observo que o autuado impetrou ação judicial contra o Estado da Bahia, abarcando a matéria específica do presente lançamento de ofício, conforme Processo n° 8009255-56.2022.8.05.0001, com sentença já deferida em favor do Contribuinte.*

*O caput do art. 117 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n° 7.629/99, estabelece que a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.*

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

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

...

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

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

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

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

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

*No tocante a pretensão do impugnante no sentido de que a sua última manifestação seja processada como Pedido de Controle de Legalidade, por entender que há vícios e ilegalidades no lançamento de ofício, e que seja encaminhada à Procuradoria Geral do Estado – PGE, certamente que no âmbito desta Junta de Julgamento Fiscal não há como acolher tal pedido, haja vista que a competência para tanto é da PGE, quando no exercício do controle da legalidade.*

*Ademais, independentemente disso, o art. 126 do COTEB, já acima referido, determina que escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou recurso, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.*

*Portanto, seguindo o seu curso normal o presente PAF será encaminhado à PGE/PROFIS para controle da legalidade e, desse modo, a pretensão do impugnante de controle legalidade será exercida pelo órgão competente, haja vista que conforme inclusive consignado pelo próprio impugnante na sua manifestação, “independentemente da provocação do Contribuinte, o “controle da legalidade” é ato obrigatório”.*

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

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. 358/379, mediante o qual aduz o seguinte.

Comunica que ingressou com medida judicial contra o lançamento, reconhecendo que, por força do disposto nos artigos 117 e 122 do RPAF, importa em renúncia da discussão na esfera administrativa. Pede que o presente processo seja remetido à PGE, para controle da legalidade, tendo em vista vícios e ilegalidades que passa a apontar.

Alega vício na condução da ação fiscal, decorrente da irregularidade do Termo de Início de Fiscalização, pois não abrangeu parte do período fiscalizado, mais especificamente, o período de 2016/2018.

Como decorrência da falta de abrangência do Termo de Início de Fiscalização, aludida, requer que seja reconhecida a espontaneidade das retificações das EFDs realizadas e, em consequência, que sejam utilizadas para revisão do presente lançamento.

Pede que seja decretada a ilegalidade do lançamento calcado exclusivamente na EFD, sem exame da escrita fiscal e demais documentos da empresa, bem como fundamentado na Portaria nº 159/19, ferindo o princípio da irretroatividade das leis, conforme já reconhecido pela 4ª Vara da Fazenda Pública do Estado da Bahia.

Pede a observância do princípio da Verdade Material, argumentando que as EFDs relativas aos exercícios de 2016/2018 não podem ser desconsideradas uma vez que inexistia Termo de Início hábil a obstar a espontaneidade desse período.

Transcreve dados da sua LMC retificada para defender a ideia de que todas as suas vendas estão suportadas pelas aquisições feitas no período.

Ante o exposto, requer que o presente Recurso Voluntário seja considerado como Pedido de Controle da 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 a representação ao CONSEF, com vistas à decretação da nulidade ou improcedência do lançamento.

Termos em que pede deferimento.

**VOTO**

Trata-se de conduta infracional única descrita como *“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, 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”*. Tal ilícito foi enquadrado no art. 4º, § 4º, inciso IV; art. 6º, inciso IV; art. 23-A, inciso II da Lei nº 7.014/96; e art. 10, parágrafo único da Portaria nº 445/98.

O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, tendo suscitado questões preliminares variadas e numerosas, que abordam desde a nulidade do lançamento (Auto de Infração) até a nulidade da decisão de piso.

Antes, todavia, do exame de tais questões, é importante registrar que, na sessão de julgamento do dia 11 de abril de 2022, em que a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal julgava o Auto de Infração nº 269138.0068/19-5, lavrado em face desse mesmo Sujeito Passivo, o representante da PGE/PROFIS presente à sessão, Procurador Dr. Raimundo Andrade, fez constar a existência de Ação Declaratória com Pedido de Tutela de Urgência, em curso na 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador (sob o nº 8024453-36.2022.8.05.0001), proposta pela empresa recorrente, em face do Estado da Bahia, cujo objeto guarda identidade com aquele em exame, no presente processo.

Nesse sentido, o exame dos fólios processuais citados revela tratar-se de *“Ação Declaratória com Pedido de Tutela de Urgência Inaudita Altera Pars contra o ESTADO DA BAHIA, todos identificados e devidamente representados, objetivando que seja declarada a improcedência de todas as autuações realizadas pelo Réu contra os Postos de Combustíveis da parte Autora, 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 (grifo acrescido) 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 da ilegalidade/inconstitucionalidade do art. 10, parágrafo único, da Portaria 445/98”*.

O nobre representante da Procuradoria Geral do Estado da Bahia deu notícias, ainda, da existência de sentença (não transitada em julgado), datada de 04/05/2022, acolhendo o pedido deduzido pela empresa requerente (Posto Kalilândia Ltda.) para *“declarar a improcedência de todas as autuações realizadas pelo Réu, objetos desta ação, contra os Postos de Combustíveis Autores descritos no contrato social juntado aos autos, 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 (grifo acrescido) 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 da 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.

Como se vê, em que pese tenha impugnado o presente lançamento administrativo, o Sujeito Passivo

manejou, em concomitância, medida judicial cujo objeto coincide, na 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 nº 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.

Esse foi o entendimento adotado pela 2ª CJF, no Acórdão A-0109-12/22-VD, cuja ementa transcrevo abaixo.

**“2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL  
ACÓRDÃO CJF Nº 0109-12/22-VD**

**EMENTA: ICMS. OMISSÃO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO. EXTINÇÃO DO CONTENCIOSO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.** Existência de ação judicial em curso e impetrada pela empresa recorrente durante o trâmite do atual Processo Administrativo Fiscal contra o Estado da Bahia, abarcando matéria específica aos julgados administrativos deste C. Conselho de Fazenda do Estado, inclusive o Acórdão recorrido pela 1ª Instância, inerente ao presente Processo Administrativo Fiscal ora guerreado. Restou prejudicada a análise das razões à luz da clara e precisa dicção dos artigos 126 do COTEB e 117 do RPAF/99. Considerada PREJUDICADA a análise do Recurso Voluntário. Decisão unânime (grifo acrescido).”

Esta 1ª CJF assim igualmente se manifestou no Acórdão nº 0198-11/22-VD, conforme ementa abaixo.

**“EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. CONCOMITÂNCIA DE AÇÃO JUDICIAL. DESISTÊNCIA TÁCITA.** 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. RECURSO NÃO CONHECIDO. Decisão unânime”.

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 269138.0108/19-7, lavrado contra POSTO KALILÂNDIA LTDA., no valor de R\$679.734,09, acrescido da multa de 100%, prevista no inciso III, alínea “d”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Devendo o presente processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, em conformidade com o disposto no art. 126 do Código Tributário do Estado da Bahia, aprovado pela Lei nº 3.956/81.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de abril de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA. – REPR. DA PGE/PROFIS