

PROCESSO - A. I. Nº 269138.0142/19-0
RECORRENTE - POSTO KALILÂNDIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0107-02/23-VD
ORIGEM - SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/07/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0188-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. NULIDADE. JULGAMENTOS RELATIVOS AO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRETERIÇÃO AO DIREITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. Decisão proferida sem apreciação das razões apresentadas na impugnação que não se confundem com a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo que importou a desistência da impugnação. Retorno PAF à Primeira Instância para novo julgamento e posterior retomada do rito processual. Anulada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado (art. 169, I, “b” do RPAF/99), no qual a JJF julgou Procedente o presente Auto de Infração foi lavrado em 15/12/2019, para exigir do ICMS no valor histórico de R\$ 249.053,48, acrescido da multa de 100% tipificada no art. 42, inc. III, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, pela constatação da infração a seguir descrita.

***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 das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante verificação de variação volumétrica em índices do admitido pela ANP registrada no LMC/Registro 1300 da EFD, correspondente ao período de dezembro de 2015, 2016, 2017 e 2018.*

***Enquadramento legal:** art. 4º, § 4º, inc. IV; art. 6º, inc. IV; art. 23-A, inc. II da Lei nº 7.014/96 e art. 10, parágrafo único da Portaria nº 445/98.*

A autuada através de seus advogados **impugnou o lançamento**, fls. 16 a 54. Os membros da 2ª JJF, decidiram converter o processo em **diligência** para a Inspeção de origem, a fim de identificar o autuante para prestar a informação. Em cumprimento à diligência, o autuante prestou a **informação fiscal** às fls. 81 a 101-v. Em 26/02/2021, a 2ª JJF decidiu converter o processo em **diligência** a Procuradoria Fiscal da PGE para emissão de Parecer Jurídico abordando, em especial, os seguintes pontos: “**(I)** Se o parágrafo único do art. 10 da Portaria nº 445/98, com a redação posta, extrapola ou não os limites da Lei nº 7.014/96, na medida que segundo o argumento da defesa estaria criando uma nova hipótese de “presunção de ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto”, não contemplada no § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96?; e **(II)** Se a Portaria nº 159/19, tem aplicabilidade retroativa ou a partir da data de sua publicação”. Em cumprimento à diligência, a **Procuradoria Fiscal da PGE**, emitiu o solicitado parecer jurídico, de lavra do Dr. José Augusto Martins Júnior, fls. 109 a 116. Em 24/09/2021, os membros da 2ª JJF, converteram novamente o processo em **diligência à COPEC** para que o autuante anexasse disco de armazenamento de dados, contendo o arquivo, em formato tabela, cópia exata do demonstrativo analítico do levantamento fiscal, sendo cumprida através anexação do CD, fl.125 contendo o demonstrativo analítico em formato de tabela, sendo o contribuinte notificado para recebê-lo, através dos Correios, fls. 127 a 129. A autuada se **manifestou**, fls. 131 a 147. O autuante **prestou a informação** às fls. 160 e 161, onde após reproduzir o art. 126 do COTEB e 117, §§ 1º ao 5º do RPAF/99, explicou que dada a existência de ação judicial em curso, impetrada contra o Estado da Bahia pela autuada durante o trâmite do presente PAF abrangendo a mesma matéria do lançamento, fica prejudicada a defesa do sujeito passivo à luz da clara e precisa dicção dos dispositivos transcritos.

A JJF decidiu com o seguinte voto condutor:

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo a acusação de não ter recolhido o ICMS na condição de responsável solidário, por ter adquirido combustíveis de terceiros sem documentação fiscal e sem o registro na sua escrita fiscal, mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

A autuada, desenvolve a atividade econômica principal de CNAE-Fiscal 4731-8/00 - Comércio varejista de combustíveis para veículos automotores, é contribuinte do ICMS, inscrito no Cadastro Estadual na condição Normal.

Do início da ação fiscal o contribuinte foi cientificado através do Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, conforme mensagem postada, cuja leitura ocorreu em 13/12/2019, sendo intimado a quitar o débito ou apresentar defesa administrativa, também via DT-e, fl. 14, cuja ciência ocorreu com a leitura da mensagem em 02/01/2020.

Os demonstrativos constam apensados aos autos às fls. 03 a 11-v, na forma impressa e em arquivo eletrônico – planilhas gravadas na mídia eletrônica – CD, anexado à fl. 125. Estes demonstrativos foram elaborados de forma clara, precisa e objetiva, contendo todas as informações e dados necessários ao perfeito entendimento da infração, assim como a metodologia de cálculo dos valores apurados.

Preliminarmente, constato que o lançamento se conforma com o art. 142 do CTN, vez que o crédito tributário exigido foi constituído por autoridade administrativa competente para tal, que aplicando o roteiro de auditoria fiscal exigidos para a correta apuração dos ilícitos apontados, conclui pela ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo e propôs a aplicação da penalidade prevista na Lei nº 7.014/96.

A defesa arguiu nulidade do lançamento sob o amparo de dois argumentos: (I) ofensa ao art. 18, incisos I e IV, alínea “a”, do RPAF, ou seja, por insegurança na determinação da infração e apuração das quantidades consideradas como omitidas e consequente cerceamento do direito de defesa; (II) inexistência de nexo de causa e efeito, entre a acusação e a demonstração realizada, vez que a acusação de ter o contribuinte adquirido combustíveis de terceiros sem documentação fiscal, a apuração foi realizada com base em dados encontrados na EFD/LMC, o que entende descaracterizar qualquer ação dolosa por parte do contribuinte; e (III) o art. 4º, § 4º, inc. IV, da Lei nº 7.014/96, em se tratando de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, a presunção de omissão de receitas anteriores, não justificaria a cobrança do ICMS porque ainda que as operações anteriores tivessem sido realizadas sem a emissão de notas fiscais, o fato não ensejaria a falta de recolhimento do imposto, uma vez que no segmento de varejo de combustíveis, não se paga o ICMS pelas vendas.

São questões preliminares. Contudo, deixo de apreciá-las em razão da informação prestada pelo representante do contribuinte na sua última manifestação, fls. 131 a 147, dando conta da existência de medida judicial interposta pelo sujeito passivo, ou seja, houve a desistência da defesa pela autuada, em decorrência da escolha da via judicial através do Processo nº 8024453-36.2022.8.05.0001, inclusive, já com sentença expedida pela 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador.

Registro que, não obstante se tratar de sentença de primeiro grau, sem trânsito em julgado, frente a possibilidade de apelo recursal ao Tribunal de Justiça, exatamente sobre a matéria em discussão na infração 01, julgada procedente a ação 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 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 nº 445/98”.

Em se tratando de demanda sob análise do Poder Judiciário, lembro que o art. 167, inc. III do RPAF/99, prevê que não se incluem na competência dos órgãos julgadores, analisar questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida, dispositivo que se amolda ao que determina o Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, Lei nº 3.956/81, no seu art. 125, inc. II in verbis.

Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores: (...)

II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

Considerando o que informou o autuante, fato de amplo conhecimento deste CONSEF, que já apreciou matéria identifica, de outros estabelecimentos da autuada, importante também destacar o que prevê o art. 117 do 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.

O citado RPAF/99, ainda trata das consequências para o andamento do contencioso administrativo frente a interposição de medida no âmbito do Poder Judiciário no seu art. 122, inc. IV, que assim, dispõe:

Art. 122. Extingue-se o processo administrativo fiscal: (...)

IV - com a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide antes de proferida ou de tornada irrecorrível a decisão administrativa;

Portanto, o dispositivo claramente prevê a extinção do processo administrativo fiscal, ou seja, a extinção apenas do contencioso na esfera administrativa, como consequência da desistência da discussão na defesa administrativa pelo ingresso do sujeito passivo em juízo, relativamente à matéria objeto da lide, antes de proferida ou de tornada irrecorrível a decisão administrativa.

Instalada a lide referente ao presente lançamento no Poder Judiciário, caberá daqui por diante a este, decidir a questão, ficando, desta maneira, suspensa a exigibilidade do crédito tributário até que a lide seja definitivamente resolvida.

Em sua última manifestação, a autuada, através do seu Patrono, reconhece expressamente a desistência da discussão da lide na esfera administrativa.

Não obstante, a autuada requer que a Procuradoria Geral do Estado determine a realização de revisão do lançamento, por Fiscal estranho ao feito, com o fito que se considere os arquivos da EFD retificados e esclareça a arguida regularidade, da efetiva movimentação das mercadorias e existência, ou não, de vendas em quantidades superiores às adquiridas e estocadas, lembro que o controle de legalidade não se afigura como recurso, sendo um direito dos contribuintes, em razão do disposto no art. 113, §§ 1º a 6º do RPAF/99, a ser determinado pela PGE, antes da inscrição em Dívida Ativa, a cargo da Diretoria de Arrecadação, Crédito Tributário e Controle – DARC.

Nesse aspecto, é fato que o RPAF/99, no seu art. 117, § 1º determina que após a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo “O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113”.

Também é oportuno ressaltar o previsto no § 3º do art. 113:

Art. 113. Compete à Procuradoria Geral do Estado - PGE proceder ao controle da legalidade e à Secretaria da Fazenda, através da Diretoria de Arrecadação, Crédito Tributário e Controle – DARC, a inscrição dos créditos tributários na Dívida Ativa.

§ 3º No limite de suas competências, a DARC e a PGE, antes da inscrição do débito revel, poderão solicitar diligências no sentido de sanar irregularidades na constituição do crédito, sendo que a PGE poderá, ainda, determinar a reabertura de prazo de defesa.

Da dicção dos dispositivos transcritos, resta claro que tais providências caberão à Procuradoria Geral do Estado e a Diretoria de Arrecadação, Crédito Tributário e Controle – DARC, adotar ou não quando dos procedimentos no controle da legalidade.

Diante de todo o exposto, tenho o Auto de Infração com a defesa prejudicada.

O patrono do recorrente apresenta Recurso Voluntário às fls. 194/206.

Fala sobre a renúncia à discussão administrativa e do cabimento do PCL, na forma consignada no art. 117, C/C o art. 122, do RPAF. Transcreve a decisão da 4ª Vara da Fazenda Pública (Processo nº 8024453-36.2022.8.05.0001). Diz que o lançamento é passível de “nulidade e improcedência”, devendo o CONSEF reconhecer, “de ofício”, o descabimento da autuação.

Alega flagrante ilegalidade do lançamento, devido as posições do CONSEF e TJ-BA, além do reconhecimento tácito da PGE em relação à autuação. Esclarece 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”. Reproduz posições do CONSEF (A-0309-12/20-VD e A-0097-12/20-VD). Destaca que a autuação é correspondente a suposta “responsabilidade solidária”, sendo baseado nos art. 4º, § 4º, inciso IV; 6º, inciso IV; 23-A, inciso II, todos da Lei nº 7.014/96, c/c o art. 10º, parágrafo único da Portaria nº 445/98, alterada pela Portaria nº 159/19, sendo que a sentença citada foi homologada pela 2ª Câmara Cível, em decisão unânime, onde se percebe, ao contrário do opinativo da PGE, com total clareza, que foram consideradas

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”.

Assinala que o TJ-BA entendeu 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”, como admitir que “fora de determinado limite se faz qualquer distinção”? É 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, a autuação contestada, em verdade, sequer diz respeito a “comprovação de variação volumétrica excedente”, a sim a tributação sobre dados acessórios, a título de “ganhos”, lançados na EFD/LMC mediante claras falhas técnicas e humanas, sem que se fosse feita qualquer análise das demais informações, e documentos, que retratam a inverdade da constatação de “ganhos”. A autuação, da forma que foi levada a efeito, é totalmente incabível e ilegal. Transcreve entendimento consolidado da STF (*RE 632.265, rel. min. Marco Aurélio, j. 18-6-2015, P, DJE de 5-10-2015*).

Ressalta 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 (ANEXO), 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 por isso mesmo “transitaram em julgado”*”.

Pondera que o Ministério Público do Estado da Bahia, manifestando-se nos autos do PROCEDIMENTO COMUM Nº 8009255-56.2022.8.05.0001. Além disso, o Recurso Especial operado pelo Estado da Bahia, teve seguimento “denegado” pelo Tribunal de Justiça da Bahia. Interposto “Agravo” ao STJ - Superior Tribunal de Justiça.

Reforça sustentação que a autuação esbarra em questões legais, não sendo possível sequer uma avaliação de “mérito”. Além disso, mesmo que admitida a metodologia aplicada, 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.

Esclarece 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)”*. Reproduz farta jurisprudência do CONSEF (A-0337-11/09 e A-0270-11/12).

Requer a Nulidade ou Improcedência do Auto de Infração

Em complemento, roga pela verdade material. Reproduz julgado do CONSEF (A-0268-11/18) e lembrou que não foi feito qualquer levantamento; que nenhum documento foi examinado; que só importou o “Campo 10, do Registro 1300”. Não se atentou, sequer, para os demais dados existentes na EFD, notadamente nos “REGISTROS 1310 e 1320”.

Aponta que foi reconhecido pelo Sr. Autuante, na Informação Fiscal, as saídas são lançadas, “diariamente”, no “Registro 1300”, desdobradas “por tanque”, no “Registro 1310” e “por bico”, no “Registro 1320”. Se tudo que a Autuada/Requerente vendeu se encontra nos “Registros 1300, 1310 e

1320”, uma ação fiscal isenta deve levantar esses totais, a fim de que sejam equacionados com os estoques e as compras. Os “Registros 1300, 1310 e 1320”, convenientemente, não foram apresentados pelo Sr. Autuante, mas se encontram na EFD da Autuada/Requerente e, conseqüente, na pose do Fisco. Apenas o “Campo 10, do Registro 1300”, que contém os supostos “ganhos” constam do Auto de Infração, pois as mesmas “informações” compõem, sozinhas, a essência do lançamento.

Ressalta novamente que os “Registros 1300 (completo – só o Campo 10 foi entregue), 1310 e 1320”, e que não se cogita no Auto de Infração de divergências nas entradas informadas, não foram juntados ao PAF, é fácil concluir que se os totais das saídas não possuem inconsistências, os erros técnicos e humanos existiram e se encontram, justamente, no “Campo 10 do Registro 1300”. Como admitir inexistência de diferenças nos totais e encontrar as diferenças nas “parcelas desses totais”?

Explica que, apesar de dispor de todos os dados necessários para uma regular auditoria, para conferir se a Autuada/Requerente vendeu mais do que comprou, a autuação se apegou a uma só informação (Campo 10, do Registro 1300), incompatível com os demais dados e documentos disponíveis, em quantidades e valores (o que pode ser auferido através da escrita contábil e até mesmos das DMAs), para tentar cobrar imposto sem base legal e sem comprovação material.

Consigna que, ao analisar as planilhas constantes do PAF, é fácil se concluir que não existem demonstrações que comprovem as efetivas diferenças, diárias, entre os estoques “escriturais” e “das medições”. Pelo contrário, considerando os totais das VENDAS do estabelecimento, comprovadamente registradas declaradas, é inafastável a conclusão de que a Autuada não comprou produtos sem documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a retenção do ICMS.

Assinala que as quantidades vendidas pela Autuada, registradas nos seus equipamentos, por tipo de combustível, períodos e “bicos” (Registros 1300, 1310 e 1320), encontram suporte nas suas compras, registradas e estoques. Os “registros” comprovam a total compatibilidade entre as saídas e entradas, de onde se conclui que a Autuada não comprou combustíveis sem documentação fiscal e que as quantidades inicialmente lançadas no LMC (corrigidas regularmente), usadas na ação fiscal, são irreais, decorrentes de erros técnicos e humanos, conforme declaração já apresentada.

Apresenta memória de cálculos registradas nos seus equipamentos, por tipo de combustível, períodos e “bicos” (Registros 1300, 1310 e 1320), encontram suporte nas suas compras registradas e estoques, conforme fls. 204/205. E, aponta que, ao analisar tais exemplos, chega à conclusão que as vendas realizadas pela autuada estão suportadas pelas suas compras (e estoques). Assim, dizer que a recorrente vendeu mais do que comprou e, assim, especular que compras foram feitas sem documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a retenção do ICMS, é impossível.

Sustenta que, como a autuação se deu somente pelo “Campo 10 do Registro 1300”, e as medidas conferem com as entradas e saídas dos tanques e bicos, não apresentando divergências, tudo que foi vendido, pelos bicos, tem comprovação das entradas. Qualquer outra informação, à margem desses totais, se encontra viciada. Pontua que os próprios arquivos usados na fiscalização comprovam os totais vendidos e comprados e atestam que não existem divergências que possam caracterizar entradas não contabilizadas. Usando o percentual de tolerância, admitido pela ANP em decorrência de variação volumétrica (0,6%), chegamos à conclusão de que a autuação não procede.

Ressalta também que os lançamentos aqui reportados encontram suporte, em valores, na contabilidade e DMAs transmitidas ao Fisco. Se a ação fiscal tivesse seguido o quanto determinado pela Portaria nº 445/98, essa conclusão já teria sido tomada e o Auto de Infração não teria sido lavrado. Mas uma revisão, abrangendo os aspectos fiscais e contábeis, pode ser instaurada, como medida de extrema cautela. A Autuada/Requerente disponibiliza toda e qualquer informação, inclusive bancária, se o CONSEF assim desejar conduzir o PAF.

Resume que os arquivos da EFD demonstram com clareza os totais vendidos em cada exercício, que não existiram vendas não registradas e que as saídas encontram respaldo nos estoques (iniciais e finais) e nas entradas/compras realizadas com notas fiscais e retenção do ICMS. O lançamento de ofício é totalmente improcedente, em decorrência dos vícios e ilegalidades que o contaminam.

Impugna em relação à aplicação da multa, pois sustenta ser ilegal, onde solicita exclusão, conforme determinação do CTN. Esclarece que o percentual de 100% sobre o imposto e acréscimos legais, pois conforme o art. 100, incisos III, c/c o § único do CTN, na medida em que o fornecimento de informações do LMC, Via EFD, sem utilização dos dados como fato gerador do ICMS (ou para determinar o momento do pagamento e/ou base de cálculo), caracteriza-se como prática reiteradamente observada pela autoridade administrativa.

Requer, que, “de ofício”, declare a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

Registrada a presença do Sr. Fernando Marques Villa Flor, na sessão de videoconferência, que exerceu o seu direito regimental de sustentação oral em defesa do contribuinte.

É o relatório.

VOTO

O pedido recursal apresentado é bastante específico em suas razões contra a Decisão recorrida que julgou Procedente devido a lavratura da infração de *“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 das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante verificação de variação volumétrica em índices do admitido pela ANP registrada no LMC/Registro 1300 da EFD, correspondente ao período de dezembro de 2015, 2016, 2017 e 2018”*.

A JJF proferiu julgamento no sentido que ficou Prejudicada a análise da defesa apresentada devido à renúncia da discussão via administrativa devido da recorrente apresentar petição via judicial.

No entanto, o patrono apresenta suas razões recursais que são: **a)** apresenta renúncia da discussão via administrativa; **b)** flagrante ilegalidade do lançamento, pois afirma que na EFD, não possui cunho legal, na medida em que não comprova a efetividade das alegadas “aquisições sem documentação fiscal”, sendo que existem decisões sobre autuações da mesma natureza, levadas a efeito pelo mesmo método utilizado no Auto de Infração em questão, ou seja, “somente sobre supostos ganhos registrados na EFD/LMC”; **c)** roga para o princípio da verdade material, apontando que o pressuposto legal espalhado em decisão pacificada, é possível concluir que os dados que haviam sido registrados no LMC/EFD são totalmente inconsistentes, irreais e absurdos, onde pede por diligência para se apurar tal fato e por parecer opinativo da PGE/PROFIS sobre o fato da autuação; **d)** impugna em relação à aplicação da multa, pois sustenta ser ilegal, onde solicita exclusão, conforme o art. 100, inciso III, c/c o parágrafo único do CTN, na medida em que o fornecimento de informações do LMC, Via EFD, sem utilização dos dados como fato gerador do ICMS (ou para determinar o momento do pagamento e/ou base de cálculo), caracteriza-se como prática reiteradamente observada pela autoridade administrativa.

Informo que poderia até deixar de analisar as alegações postas nas razões recursais por entender que existem questões literalmente interligada ao assunto que fora judicializado pelo contribuinte, portanto, as alegações de ofício/subsidiárias, ficam também prejudicadas.

No entanto, o patrono do recorrente trouxe outros fatos a serem abordados que foge das alegações que implicou na desistência de sua opção no âmbito administrativo, por haver identidade de objeto nas referidas esferas administrativa e judicial através Ação nº 8015594-94.2023.8.05.0001 em esfera judicial, tratando sobre a mesma matéria em análise na presente ação fiscal administrativa, conforme a aplicação do art. 126 do COTEB (Lei nº 3956/81), c/c com o art.

117 do RPAF/1999.

No entanto, existem questões proferidas pelo patrono que tem ser analisada, sendo constatada que na defesa apresentada e manifestações posteriores o sujeito passivo:

- 1) Alegou que ingressou com medida judicial contra o lançamento na 4ª Vara da Fazenda Pública Estadual (8024453-36.2022.8.05.0001) cuja sentença declarou a *“improcedência de todas as autuações realizadas pelo Réu... que tenha como enquadramento legal os arts. 4º, § 4º, inciso IV, 6º inciso IV, 23-A, II todos da Lei nº 7.014/96, e do art. 10, parágrafo único da Portaria nº 445/98”* que visa a cobrança do ICMS sobre a variação volumétrica;
- 2) Suscitou nulidade do lançamento do lançamento por inadequação da metodologia aplicada cuja exigência por presunção prevista no art. 4º, § 4º, IV da Lei nº 7.014/1996 conduz em decorrência de apuração de omissão de entrada a presunção de ocorrência de operações tributáveis realizadas anteriormente sem documentação fiscal, o que implica aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007 (fl. 125);
- 3) No mérito, na EFD não foi apurado entrada de mercadorias sem documentação fiscal, apenas verificação do Registro 1300, sem atentar os Registros 1310 e 1320, conforme quadro demonstrativo de entradas, saídas e estoques por produtos (fls. 204 a 206);
- 4) Considerar os arquivos da EFD retificados (fls. 142 a 144);
- 5) Pediu a exclusão da multa e dos acréscimos legais (fl. 206).

Considerando que na decisão proferida pela 2ª JJF, não foi apreciado a preliminar de nulidade (fl. 183), nem as razões de mérito e de exclusão da multa por considerar que a propositura da medida judicial implicou em desistência de defesa (artigos 117 e 122, IV do RPAF/BA), esta 2ª CJF decidiu pela nulidade dos Acórdão JJF nº 00107-02/23-VD, devendo ser cientificado ao recorrido e, posteriormente, o PAF retornar à Primeira Instância para novo julgamento com apreciação das questões preliminares e de mérito apresentadas e que não foram objeto da propositura judicial.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declara **NULA** a Decisão relativas ao Auto de Infração nº 269138.0142/19-0, lavrado contra o **POSTO KALILÂNDIA LTDA.**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para realização de novo julgamento.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

IGOR LUCAS GOUVEIA BAPTISTA - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS