

A. I. Nº - 269138.0039/19-5
AUTUADO - AEROCLUBE COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTES - JEFFERSON MARTINS CARVALHO e ANDRES MIGUEL ESTEVEZ MOREIRA
ORIGEM - SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 25/02/2021

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0010-01/21-VD

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS, BENS OU SERVIÇOS SUJEITOS À TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS, BENS OU SERVIÇOS NÃO SUJEITOS À TRIBUTAÇÃO. **c)** ENTRADA NO ESTABELECIMENTO DE MERCADORIAS, BENS OU SERVIÇOS SEM O DEVIDO REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações 1, 2 e 3 subsistentes. Não acolhida a nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 10/12/2019, formaliza a exigência de crédito tributário no valor total histórico de R\$51.817,87, em razão do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2016, janeiro a outubro de 2017, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$887,06, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias;

Consta como Enquadramento Legal: artigos 217 e 247 do RICMS, Decreto nº. 13.780/2012.

Consta como Multa aplicada: artigo 42, inciso IX da Lei nº. 7.014/96;

2. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2016, janeiro a junho e setembro de 2017, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$50.263,85, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias;

Consta como Enquadramento Legal: artigos 217 e 247 do RICMS, Decreto nº. 13.780/2012.

Consta como Multa aplicada: artigo 42, inciso IX da Lei nº. 7.014/96;

3. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de dezembro de 2017, janeiro, agosto a novembro de 2018, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$666,96, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias;

Consta como Enquadramento Legal: artigos 217 e 247 do RICMS, Decreto nº. 13.780/2012.

Consta como Multa aplicada: artigo 42, inciso IX da Lei nº. 7.014/96.

O autuado, por intermédio de advogado legalmente constituído (instrumento particular de mandato acostado às fls. 25/30 dos autos), apresentou Defesa (fls. 19/20), na qual, inicialmente, pede que todas as intimações e notificações sejam encaminhadas para o endereço do profissional que subscreve a peça defensiva.

Em caráter preliminar, argui a nulidade do lançamento sob o fundamento de que foi levado a efeito

através da Ordem de Serviço nº. 505744/19, expedida para Contribuinte diverso, no caso a empresa Posto Kalilandia Ltda., CNPJ Nº. 15.151.046/0001-89. Alega que estando o lançamento baseado na referida Ordem de Serviço, a ação fiscal que lhe deu margem, é irregular, atingindo a própria autuação. Afirma que a própria autuação carece de Ordem de Serviço pertinente.

Consigna que se superada a nulidade pretendida, protesta pela posterior juntada de documentos, objetivando comprovar o lançamento das notas fiscais no LRE/EFD. Acrescenta que na hipótese confirmada de ausência, total ou parcial, de registro de notas de produtos ou serviços na escrita fiscal, solicita que as multas das infrações 1 a 3 sejam canceladas ou reduzidas em 90%, haja vista que a empresa atua no segmento de varejo de combustíveis, estando suas operações de compras sujeitas ao regime de substituição tributária, com o imposto retido pelo distribuidor.

Alega que desse modo, se são notas fiscais com retenção do ICMS e, as demais, de produtos não tributáveis ou serviços, as multas, que totalizam R\$51.817,87, assumem o condão arrecadatório, o que não é aceito pelos órgãos administrativos de julgamento, inclusive pelo CONSEF, como também pelo Poder Judiciário.

Acrescenta que em relação às notas fiscais de compra de combustíveis, que estas são lançadas no LMC, significando dizer que as operações foram informadas ao Fisco. Diz que caso não sejam apresentadas durante a instrução do PAF, provas dos lançamentos, pede a dispensa ou redução no percentual de 90%, das sanções aplicadas, se comprometendo, no caso da redução, a quitar os valores fixados pelo Julgador.

Na Informação Fiscal (fl. 23 dos autos) o autuante se pronunciou dizendo que a petição de defesa do autuado foi anexada ao processo sem o instrumento de procura que autorize o signatário da peça defensiva a postular em nome da empresa.

Afirma que assim sendo, a petição está viciada de ilegitimidade de parte, conforme estabelece o artigo 10, § 1º, II do RPAF/99/BA.

Finaliza retornando o PAF ao órgão preparador para desentranhar a defesa, arquivá-la, dar ciência ao autuado dessa decisão e abrir prazo de 10 dias determinado pelo artigo 10, § 2º do RPAF/99/BA para impugnação.

VOTO

Inicialmente, cabe consignar que se encontra acostado aos autos o instrumento particular de mandato às fls. 25/30, descabendo, desse modo, falar-se em ilegitimidade de parte, na forma estabelecida pelo artigo 10, § 1º, II do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Restando comprovada a legitimidade do impugnante para postular em nome do autuado, cabe apreciar, de início, a nulidade arguida sob o fundamento de que, o trabalho fiscal foi levado a efeito através da Ordem de Serviço nº. 505744/19, expedida para Contribuinte diverso, no caso a empresa Posto Kalilandia Ltda., CNPJ Nº. 15.151.046/0001-89.

Sustenta o impugnante, que estando o lançamento baseado na referida Ordem de Serviço, a ação fiscal que lhe deu margem, é irregular, atingindo a própria autuação. Afirma que a própria autuação carece de Ordem de Serviço pertinente.

Não há como prosperar a pretensão defensiva. O entendimento predominante neste CONSEF, aponta no sentido de que a Ordem de Serviço se trata de um documento interno da Administração Fazendária, não interferindo na constituição do crédito tributário, bem como a sua ausência não cerceia o direito à ampla defesa e ao contraditório do contribuinte, inexistindo no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99 qualquer exigência expressa para apresentação da Ordem de Serviço ao Contribuinte, não se constituindo como motivo de nulidade.

Neste sentido, cabe invocar e reproduzir abaixo excertos do voto proferido no recente Acórdão CJF

Nº 0011-11/19, no qual o ilustre Conselheiro/Relator consignou o seguinte:

[...]

Referente a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo aduzindo que a incerteza quanto ao cumprimento do prazo para conclusão da ação fiscal pela não apresentação da Ordem de Serviço – O.S. e do Termo de Início de Fiscalização, a JJF já analisou e verifico que o que diz respeito a não apresentação da OS, observo também que inexiste qualquer exigência expressa para apresentação da O.S. ao Autuado, bem como o RPAF-BA/99, não contempla esse requisito como motivo de nulidade.

[...]

Assim, verifico que o autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, a previsão legal da multa, os prazos para interposição de defesa ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF/99, razão pela qual as razões defensivas relativas as nulidades não podem ser acolhidas.

Isso diante do fato de terem sido obedecidos os princípios e determinações legais, por parte do autuante, o qual, ao formalizar o lançamento, indicou o sujeito passivo de forma correta, indicou o fato gerador, a base de cálculo, a alíquota aplicável à operação, sem que pairasse qualquer dúvida a respeito da matéria objeto do Auto de Infração.

No presente caso, verifica-se que as infrações imputadas ao autuado estão claramente descritas, sendo possível identificar-se as infrações, o sujeito passivo, a base de cálculo, o montante do débito, portanto, inexistindo qualquer possibilidade de cerceamento do direito à ampla defesa e ao contraditório que foi exercido na sua plenitude pelo autuado.

Assim sendo, não acolho a nulidade arguida.

O impugnante consigna, que se superada a nulidade pretendida, protesta pela posterior juntada de documentos, objetivando comprovar o lançamento das notas fiscais no LRE/EFD. Requer que na hipótese confirmada de ausência, total ou parcial, de registro de notas de produtos ou serviços na escrita fiscal, que as multas das infrações 1 e 3 sejam canceladas ou reduzidas em 90%, haja vista que a empresa atua no segmento de varejo de combustíveis, estando suas operações de compras sujeitas ao regime de substituição tributária, com o imposto retido pelo distribuidor.

Nos termos do artigo 123 do RPAF/BA/99, é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação, sendo que a matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez, inclusive com a prova documental que deverá ser apresentada na impugnação.

Apesar de no processo administrativo fiscal prevalecer o princípio da busca da verdade material, por certo que há um marco temporal para que a pretendida juntada posterior de documentos possa ser considerada para solução da lide.

Obviamente que essa juntada posterior não pode ficar ao talante do sujeito passivo, sendo necessário e indispensável que no transcurso do processo - inclusive na sessão de julgamento no momento da sustentação oral - sejam apresentados elementos capazes de elidir a autuação, o que, no presente caso, não foi feito.

O impugnante alega, em relação às notas fiscais de compra de combustíveis, que estas são lançadas no LMC, significando dizer que as operações foram informadas ao Fisco. Diz que, caso não sejam apresentadas durante a instrução do PAF, provas dos lançamentos, pede a dispensa ou redução no percentual de 90%, das sanções aplicadas, se comprometendo, no caso da redução, a quitar os valores fixados pelo Julgador.

O impugnante alega, ainda, que atua no segmento de varejo de combustíveis, estando suas operações de compras sujeitas ao regime de substituição tributária, com o imposto retido pelo distribuidor, sendo, desse modo, notas fiscais com retenção do ICMS e, as demais, de produtos não tributáveis ou serviços.

No tocante às notas fiscais de aquisição de combustíveis, cabe observar que, independentemente de constar o imposto retido, existe sim a obrigação acessória de registro da entrada no estabelecimento, não sendo uma justificativa plausível a falta de registro sob esse fundamento.

O mesmo pode ser dito no tocante às demais notas fiscais arroladas na autuação, ou seja, é irrelevante se dizem respeito a mercadorias ou serviços não tributáveis.

O impugnante requer que na hipótese confirmada de ausência, total ou parcial, de registro de notas de produtos ou serviços na escrita fiscal, que as multas das infrações 1 a 3 sejam canceladas ou reduzidas em 90%, haja vista que a empresa atua no segmento de varejo de combustíveis, estando suas operações de compras sujeitas ao regime de substituição tributária, com o imposto retido pelo distribuidor.

Não há como esta Junta de Julgamento Fiscal atender à solicitação do impugnante para cancelamento ou redução da multa, haja vista que o dispositivo legal que tratava desta matéria, no caso o § 7º do art. 42, foi revogado pela Lei nº 14.183, de 12/12/19, DOE de 13/12/19, inexistindo, portanto, base legal para que a solicitação seja apreciada por este órgão julgador administrativo.

Por certo que não pode este órgão julgador administrativo apreciar o pedido de cancelamento ou redução de multas, se não constar autorização específica expressa em lei. Esta autorização existia, contudo, conforme consignado acima, foi revogada.

A meu sentir, descabe falar-se em aplicação retroativa da referida norma aos casos pendentes de julgamento ou mesmo ao presente caso, haja vista que não se trata de matéria contemplada nas disposições do art. 106 e seus incisos do CTN.

Na realidade, a referida norma tratava de uma autorização para que o órgão julgador pudesse apreciar o pedido de cancelamento ou redução da multa, que poderia ser acolhido ou não. Ou seja, não se tratava de uma norma impositiva que gerasse um direito líquido e certo ao sujeito passivo.

Diante do exposto, as infrações 1, 2 e 3 são subsistentes.

Por derradeiro, quanto ao pedido do impugnante no sentido de que as correspondências sejam enviadas para o seu endereço profissional, consigno que inexiste óbice para que o pedido seja atendido pelo órgão competente da repartição fazendária, contudo, saliento que o não atendimento não implica em nulidade do ato, haja vista que as formas de intimação ao contribuinte se encontram previstas no art. 108 do RPAF/BA/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269138.0039/19-5**, lavrado contra **AEROCLUBE COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$51.817,87**, prevista no 42, IX da Lei n. 7.014/96, com os acréscimos moratórios previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de janeiro de 2021

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE / RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÉA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR