

PROCESSO - A. I. Nº 269138.0005/21-5
RECORRENTE - POSTO KALILANDIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF nº 0196-06/22-VD
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/08/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0232-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. OMISSÃO DE ENTRADAS. OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. CONSTATAÇÃO DE ESTOQUE NÃO JUSTIFICÁVEL PELA VARIAÇÃO VOLUMÉTRICA. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA A DISCUSSÃO NA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTADAS. **b)** MERCADORIA OU SERVIÇO TOMADO. Ajuizamento da discussão pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto, no processo administrativo fiscal, estando a impugnação quanto a ela prejudicada. Os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB. Redução da multa de 100% para 60%, conforme o art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96. Considerar **PREJUDICADO** o Recurso em relação ao mérito e **PROVER EM PARTE** em relação a multa aplicada. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra decisão da 6ª Junta de Julgamento Fiscal, exarada através de Acórdão JJF nº 0196-06/22-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/02/2021, composto por três infrações, sendo objeto do recurso tão somente a seguinte infração:

Infração 01 – 04.07.02 - Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade própria, calculado em função do PMPF, deduzida parcela a título de crédito, por ter efetuado aquisições sem documentos fiscais, decorrentes da omissão do registro de entradas sujeitas ao regime da substituição tributária, apurado mediante verificação da variação volumétrica em índice acima do admitido pela ANP (12/2016, 12/2017, 12/2018, 12/2019 e 12/2020). R\$ 288.526,16 e multa de 100%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96.

Consta, ainda, na **descrição** das três infrações o seguinte:

“Os Demonstrativos que fundamentam esta infração encontram-se detalhado no Anexo I, referente ao período de 01/01 31/12/2019, ressaltando que todos os demonstrativos encontram-se gravados em mídia CD-R, anexo a este Auto de Infração e enviados para o contribuinte através de seu Domicílio Tributário Eletrônico – DTE, valendo também ressaltar que o levantamento quantitativo de estoque foi realizado de acordo com a metodologia consignada nos artigos 13 e 14 da Portaria nº 445/98 e de acordo com a Instrução Normativa nº 56/07”.

Em sede de defesa, a empresa autuada apresentou peça impugnatória às fls. 25 a 35. Informação fiscal às fls. 56 a 75, na qual conclui pela manutenção integral do Auto de Infração.

A referida JJF exarou decisão pela Procedência da autuação, às fls. 83 a 90, a seguir transcrita:

VOTO

O lançamento constitui-se de três infrações arroladas pela Fiscalização, tendo sido objeto de impugnação por parte do autuado apenas a de número 01.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando as condutas praticadas pelo contribuinte tidas como contrárias às normas legais, os artigos infringidos, a previsão das multas sugeridas, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de ter indicado o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN, 129 do COTEB e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade do lançamento.

Por outro lado, o contribuinte compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito à ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos das infrações que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam as mesmas, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, sob a forma de objetiva peça de impugnação, com longa manifestação.

As questões preliminares aventadas dizem respeito apenas à infração 01 e em função das observações a seguir deixarão de ser apreciadas.

Foi noticiada a este Colegiado, conforme se expôs no Relatório supra, na assentada de julgamento de 27/07/2022, a existência de ação judicial ajuizada pelo contribuinte autuado.

A respeito dos fatos, a legislação estadual, especialmente o artigo 125, inciso II do COTEB (Lei 3.956/81), assim dispõe:

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

(...)

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

No mesmo rumo, o artigo 117 do RPAF/99 determina:

“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”.

Em complemento, o artigo 122, inciso IV do mesmo Regulamento prevê a extinção do PAF, 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.

Diante de tal situação, caberá ao Poder Judiciário decidir sobre a questão, ficando, desta maneira, suspensa a exigibilidade do crédito tributário, até que a lide seja definitivamente resolvida, observando que a lavratura do Auto de Infração tem o condão de evitar os efeitos da decadência, devendo os autos, após as medidas de praxe, inclusive quanto às demais infrações, serem encaminhados para a Procuradoria Geral do Estado, a fim de que se adotem as devidas e necessárias providências.

Para as demais infrações (02 e 03), o contribuinte não traz qualquer argumento em sentido contrário, no sentido de elidir ou de se contrapor às mesmas.

Entretanto, entendendo pertinentes algumas observações a respeito.

O registro dos documentos fiscais na escrituração da empresa se apresenta como obrigação acessória, sendo o seu cumprimento de extrema importância, ao consignar em sua escrituração todas as entradas de mercadorias, bens ou serviços ocorridas no seu estabelecimento.

Por pertinência, esclareço que não se está a exigir imposto, mas apenas e tão somente multa por descumprimento de obrigação acessória, pouco importando a situação tributária da operação ou da mercadoria contida em cada Nota Fiscal.

Tal falta dos registros das notas fiscais de entradas no livro respectivo, regulado no artigo 217 do RICMS/12, ou no registro C100 da EFD, conforme previsto no artigo 247 do RICMS/12, autoriza, como já explicitado, a aplicação da penalidade por descumprimento de obrigação acessória estatuída no artigo 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, como ocorrido no presente caso, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias adquiridas ou serviços prestados, que entraram no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, como descrito na autuação.

A Lei não excepciona qualquer operação ou prestação, pois a falta da escrituração regular dos documentos fiscais dificulta a fiscalização e a aplicação de diversos roteiros de auditoria, dentre outras implicações, sendo omissão inaceitável para contribuintes, e irrelevante para a sua caracterização o fato de as entradas correlatas de mercadorias serem ou não submetidas à incidência do ICMS, ou serem materiais de uso e consumo, ou para incorporação no ativo imobilizado.

Por este motivo, existe prejuízo para o Fisco, o que autoriza a imposição da sanção tributária.

Para a caracterização da infração, não há que ser considerada a natureza da operação ou qualquer outro elemento, e sim o fato de Notas Fiscais não terem sido escrituradas na EFD do contribuinte, não tendo vindo aos autos prova de tal escrituração.

Diante da não apresentação de elementos consistentes capazes de alterar o lançamento efetuado, tenho tais infrações como caracterizadas, sendo, pois, todas, por possuírem a mesma natureza, tidas como procedentes.

Os autos deverão ser encaminhados à PGE/PROFIS, para a adoção das medidas pertinentes.

Frente aos expostos motivos, julgo o Auto de Infração PROCEDENTE, em razão da subsistência das infrações 02 e 03 e de a defesa, juntamente com a apreciação da matéria em debate na infração 01, estarem prejudicadas.

Inconformado com a decisão acima proferida, o sujeito passivo protocolou o Recurso Voluntário às fls. 100 a 112.

Inicia solicitando que todas as intimações e notificações sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos através de procuração anexa.

Traz as razões recursais, que faremos análise a seguir:

1. Da renúncia à discussão administrativa e do cabimento do PCL

Considerando que houve o ingresso com medida judicial sobre a matéria tratada no auto de infração, é sabido que restou concretizada a “renúncia à defesa ou recurso”. Assim, solicita que seja acatado como Pedido de Controle de Legalidade, sendo encaminhado ao Ilustre Procurador Chefe da PGE/PROFIS.

Alega que o percentual da multa de 100% sobre a infração 01 deve ser retificado de Ofício, aplicando o art. 42, inciso II, “d” (ou “f”) da Lei nº 7.014/96 concomitante com o art. 10, inciso I, “b” da Portaria nº 445/98.

Retoma sobre o ingresso de medida judicial feita pelo contribuinte e enfatiza sobre a desistência da defesa ou recurso, na forma do art. 117, c/c o art. 122 do RPAF. Transcreve trecho da sentença da 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador:

2. Vícios e ilegalidades no lançamento

Aduz que o lançamento de ofício baseado exclusivamente na EFD não possui cunho legal. Traz julgados do CONSEF a fim de demonstrar tais entendimentos, como os Acórdãos da 2ª CJF nºs 0309/12/20-VD e 0097-12/20-VD.

Adiciona que o lançamento foi baseado no art. 4º, § 4º, inciso IV, art. 6º, inciso IV, art. 23-A, inciso II, todos da Lei nº 7.014/96, concomitante com o art. 10º, § único da Portaria nº 445/98, alterada pela Portaria nº 159/19, onde traz matéria da 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador que proferiu a cuja parte dispositiva, homologada pela 2ª Câmara Civil, na qual se percebe que foram consideradas ilegais/inconstitucionais as autuações baseadas na Portaria nº 159/19.

3. Verdade material

Cita o voto proferido pelo Relator Paulo Danilo Reis Lopes no acórdão CJF nº 0268-11/16 onde destacada “*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*”.

Diz o sujeito passivo ser possível se constatar, através da EFD, que não existiu mercadorias adquiridas sem documentação fiscal. Alega que não foi feito nenhum levantamento em outros registros da EFD se não no “campo 10, do registro 1300”. Afirma que existem os registros 1310 e 1320 que se quer foram analisados e que comprovariam que não houve aquisição de mercadorias sem documentação fiscal.

Traz uma tabela de “controle de estoque de combustível líquidos” onde demonstra Estoque Inicial, Entradas, Saídas e Estoque Final, nos anos de 2016 a 2020. Conclui 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”.

4. Ilegalidade do percentual da multa aplicada

Alega o Autuado que o Autuante e a JJF aplicou, com relação a infração 01, a multa de 100%, prevista no art. 42, inciso III, “d” da Lei nº 7.014/96. Entretanto, para a infração apontada, a multa se enquadra no art. 42, inciso II, “d” da Lei nº 7.014/96, conforme diversas decisões proferidas, a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0180-12/22-VD e 0155/12-22. Ante o exposto, requer que a multa seja retificada para 60%.

5. Conclusões e Pedidos

Requer que seja a presente recebida como Pedido de Controle da Legalidade e, por sua vez, reconhecer a existência de vícios e ilegalidades no lançamento e na decisão, evitando inscrição em dívida ativa e determinado que seja feita a Representação ao CONSEF, para que seja determinada a nulidade ou improcedência do lançamento.

Se entender necessário, a PGE deve determinar a instauração de diligência, com base na EFD/LMC, para trazer a apuração da verdade material.

Registra-se a presença na sessão de videoconferência, Dr. Fernando Marques Villa Flor – OAB/BA nº 11.026, no qual exerceu o direito de fala.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, proferida pela 6ª JJF - Acórdão JJF nº 0196-06/22-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, em valor histórico de R\$ 288.890,16.

O presente Recurso Voluntário tem como objeto de impugnação apenas a infração 01. As demais infrações 02 e 03, tratam da não escrituração de notas fiscais e aplicação da multa de 1%. Para essas duas infrações que somam um total de R\$ 363,99 não serão analisadas justamente pela falta de argumentos em sentido contrário, não buscando elidir a cobrança das mesmas. Entende-se que o sujeito passivo concorda com a cobrança imposta.

Já se debruçando na infração 01, no valor histórico de R\$ 288.526,16, é possível observar que este PAF de nº 269138.0005/21-5 encontra-se na relação dos Autos de Infração em discussão no Processo Judicial nº 8024453-36.2022.8.05.0001. Tornando prejudicado o seu julgamento conforme o art. 125, inciso II do COTEB e o art. 117 do RPAF/99.

Diante deste cenário, fica esta Câmara de Julgamento Fiscal impedida de apreciar os argumentos trazidos no Recurso Voluntário na questão do **mérito** objeto da infração 1 que diz respeito ao ICMS da antecipação, cabendo ao Poder Judiciário decidir sobre a questão.

Entretanto, no que se refere a multa aplicada na infração 01, de 100%, não é objeto de discussão no Poder Judiciário. Seguindo o entendimento desta CJF, através de diversos acórdãos, a exemplo dos julgados CJF nºs 0180-12/22-VD e 0155/12-22 a aplicação da multa será readequada para o enquadramento no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, cuja hipótese legal se coaduna ao caso concreto de falta de recolhimento da antecipação tributária.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração quanto à redução da multa que reduziu de 100% para 60%, conforme o art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, consequentemente, considero PREJUDICADO a análise da peça recursal na questão do mérito.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269138.0005/21-5**, lavrado contra **POSTO KALILÂNDIA LTDA.**, no valor de **R\$ 288.526,16**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da penalidade por descumprimento de obrigação acessória no importe de **R\$ 363,99**, prevista no inciso IX do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05. Os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

GABRIEL HENRIQUE LINO MOTA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS