

A. I. N° - 207185.0013/19-4
AUTUADO - PRU COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES LTDA.
AUTUANTE - PAULO ROBERTO MENDES LIMA
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 25/04/2023

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0060-03/23-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OMISSÃO DE SAÍDAS. ENTRADAS DE MERCADORIAS NÃO REGISTRADAS. Em sede de informação fiscal, foram excluídas do levantamento fiscal as notas fiscais de aquisições de bens para o ativo imobilizado já incluídas em Notificação Fiscal lavrada anteriormente e notas fiscais registradas na EFD. A exigência remanescente decorrente das demais notas fiscais não registradas foi convertida em multa por falta de escrituração prevista no inciso IX, do art. 42, Lei 7.014/99, reduzindo o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Afastada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 05/08/2019, exige crédito tributário no valor de R\$ 364.528,14, acrescido da multa de 100%, em razão do cometimento Infração 01 - 05.05.01. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, nos meses de dezembro de 2015 e dezembro de 2016. Demonstrativo às fls. 07 a 18 e CD à fl. 19.

O Autuado impugna o lançamento fls. 38 a 63. Depois de observar a tempestividade da Impugnação e reproduzir o teor da infração imputada, alinha as seguintes razões de defesa.

Pugna pela nulidade do Auto de Infração por ausência de fundamentação legal, aduzindo que de acordo com o inciso V, do § 1º, do art. 129, do Código Tributário do estado da Bahia, o Auto de Infração deve conter “*a indicação dos dispositivos da legislação tributária infringidos, além do dispositivo regulamentar ou legal referente à multa aplicada*”. Observa que o RPAF-BA/99 contém exigência similar no inciso V, do seu art. 39.

Assinala que a autuação lavrada contra seu estabelecimento não preenche tais requisitos, pois, a única infração apontada é fundamentada pelo inciso IV, § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96 e a multa correspondente pelo inciso III, do art. 42, da mesma norma. Aduzindo, depois de reproduzir o teor desses dispositivos legais, que tais dispositivos não correspondem à “*omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas*”.

Observa que a legislação tributária estadual apenas menciona a presunção da omissão de entrada e não a omissão de saída, tanto que a autuação não indica especificamente a alínea na qual a impugnante foi enquadrada, considerando que a descrição da infração é “*omissão de saída*” e não “*omissão de entrada*”.

Afirma se tratar, assim, de vício insanável que demanda a declaração de nulidade do lançamento uma vez que este equívoco não permite identificar com segurança a natureza da infração que lhe

é imputada. Observa ainda que, sequer, foi indicado dispositivo regulamentar, como autoriza o art. 19, RPAF-BA/99.

Arremata pugnando pelo reconhecimento e a consequente declaração de nulidade do Auto de Infração, lhe exonerando da exação.

Esclarece que, como se pode verificar na documentação que acompanha o Auto de Infração e nos documentos que seguem em anexo, o lançamento se fundamenta na suposta omissão de saídas tributáveis anteriores presumidas pela também suposta omissão de entradas de mercadorias para revenda nos exercícios 2015 e 2016.

Destaca que, no tocante ao exercício de 2015, foram consideradas 6 notas fiscais de entrada (nº. 223, 337, 10032, 57473, 3346 e 57760), uma emitida em abril e as demais no mês de dezembro, conforme identifica à fl. 105.

Explica que o Autuante desconsiderou que, naquela época, sequer se encontrava em operação, ignorando que sua inclusão no sistema desta SEFAZ somente ocorreu em 09/12/2014 e que, durante aquele período, ainda realizava obras no estabelecimento.

Revela ainda que também foi desconsiderado que o material referente às notas fiscais do exercício de 2015 era destinado ao seu ativo imobilizado, principalmente, o que poderia ser percebido com facilidade, bastando para tanto observar o CFOP dos referidos documentos fiscais ou a atividade econômica da contribuinte que é o comércio varejista de combustíveis (trata-se de um posto revendedor de combustíveis) e as mercadorias adquiridas correspondiam a bombas de gasolina, tanques de combustíveis e material de instalação elétrica, dentre outros, conforme comprovam os documentos e fotografias em anexo.

Arremata destacando não haver que se falar em omissão de saída, uma vez que tais produtos não foram comercializados, tampouco em imposto devido, haja vista que não incide ICMS sobre mercadoria não destinada à circulação.

Menciona ser necessário ainda apontar que no mesmo ato em que lavrou o Auto de Infração em discussão, também foi lavrada a Notificação Fiscal nº. 207185.0012/19-8, conforme documento em anexo, por meio do qual se exige diferencial de alíquotas referente a três das notas fiscais acima indicadas (nº. 223, 337 e 3346) resultando em evidente *bis in idem*.

Arremata asseverando que, conseqüentemente, o Auto de Infração é insubsistente quanto aos valores lançados referentes ao exercício de 2015.

Pondera que, em relação às notas fiscais correspondentes ao exercício de 2016, ao contrário do que aponta a autuação, são referentes à compra de combustíveis e/ou lubrificantes para comercialização e foram devidamente lançadas em sua escrita fiscal, como pode ser conferido na sua EFD, transmitida oportunamente.

Sustenta que não ocorrera omissão de entrada e, muito menos de saída, uma vez que foram também lançadas as respectivas notas fiscais de venda, de maneira que o imposto devido foi inequivocamente oferecido à tributação, o que não justifica a cobrança pretendida.

Ressalta que se trata de mercadoria sujeita à substituição tributária com encerramento de fase, na forma do Convênio ICMS 110/07 c/c § 6º, do art. 289, do RICMS-BA/12, ou seja, o ICMS devido é pago pelo remetente da mercadoria com encerramento da fase de tributação e não pela impugnante.

Por isso, afirma, não haver como falar em imposto devido, além de não haver qualquer prejuízo para o Estado da Bahia.

Registra que, não obstante os equívocos da ação fiscal acima apontados representem praticamente a totalidade da autuação, em razão de sua boa-fé, cabe apontar que foram identificadas notas fiscais eletrônicas de entrada que, por equívoco operacional, não foram devidamente registradas. São as notas de nº. 15.761.496, 15.761.513, 15.762.984, 12.831, 56.049, 10.867, 105.709, 42.770, 76.049, 1.246, 6.734, 1.270, 1.353, 1.387, 95.943 e 77.094 todas com CFOPs 1.551, 1.556, 2.551 e/ou 2.556.

Assevera que, conforme se pode constatar nos documentos em anexo, trata-se também de material destinado ao ativo imobilizado ou para uso e consumo, e não para comercialização, de modo que não cabe a exigência do ICMS sobretudo porque em sua maioria foram tributadas com a alíquota interna, sendo que, aquelas em que havia algum diferencial a recolher foram objeto da Notificação Fiscal nº. 2071850012/19-8.

Informa que, de um total de R\$ 2.443.600,59 de saídas no exercício de 2016, apenas R\$ 2.240.333,18 acabaram constando na sua escrituração, pois, em que pese tenha lançado corretamente a diferença correspondente a R\$ 203.267,41 em seu SPED (Registro C100), este valor acabou sendo registrado como R\$ 0 em sua escrita devido ao um erro desconhecido no sistema, motivo pelo qual requer desde já autorização para retificação.

Menciona restar claro, que somente descumpriu obrigações acessórias, sem dolo ou má fé e, inclusive, sem causar qualquer prejuízo ao Estado da Bahia. Consequentemente, afigura-se inadequada a aplicação da multa prevista no inciso III, do art. 42, da Lei nº. 7.014/96 que tem como objeto hipóteses onde não ocorreu o recolhimento tempestivo do tributo, o que não é o caso.

Logo, afirma se tratar de situação que se enquadra na hipótese da alínea “c”, do inciso XVIII, do art. 42, da Lei nº. 7.014/96, para a qual a multa prevista corresponde a R\$ 140,00.

Assinala que, em atenção aos princípios da segurança jurídica, do devido processo legal, da individualização da pena e da vedação ao confisco, requer a reclassificação da multa aplicada para que seja imposta a sanção por descumprimento de obrigação acessória contida na alínea “c”, do inciso XVIII, do art. 42, da Lei nº. 7.014/96.

Pugna, preliminarmente, que seja acolhida a preliminar para declarar a nulidade do Auto de Infração em razão do erro na sua fundamentação legal.

Requer, subsidiariamente, seja julgada procedente a presente impugnação, reconhecendo-se a insubsistência da autuação, uma vez que não houve circulação que justifique a cobrança de ICMS sobre o material destinado ao ativo fixo, uso e consumo do estabelecimento, bem como porque as mercadorias efetivamente comercializadas pela impugnante estão sujeitas à substituição tributária com encerramento de fase.

Conclui requerendo ainda seja julgada procedente em parte a presente impugnação, a fim de reconhecer a insubsistência da autuação sobre material do ativo fixo, uso e consumo do estabelecimento, bem como das mercadorias devidamente lançadas na escrituração fiscal da impugnante, limitando a infração apenas às notas fiscais que, por equívoco, não foram devidamente escrituradas e ainda promovendo a reclassificação da multa para aplicar a sanção mais adequada, reduzindo por consequente o montante devido.

O Auditor Fiscal designado presta informação fiscal, fls. 113 a 119, nos termos que se seguem resumidos.

Inicialmente, esclarece que o presente ao Auto de Infração em tela, cuja lavratura se deu em 05/08/2019, exige da impugnante o ICMS no valor histórico de R\$ 364.528,14 em função da constatação da seguinte irregularidade: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas.

Observa que em suas razões de defesa, protocolada junto à SEFAZ em 07/05/2021 conforme Processo nº 024092/2021-6, o Impugnante, insurge-se contra a exigência objeto do presente Auto de Infração, alegando, em sua Defesa, que parte das exigências constantes do presente Auto de Infração, já tinha sido objeto de exigência através da Notificação Fiscal nº 207.185.0012/19-8, lavrada pelo mesmo preposto fiscal em 05/08/2019, conforme se depreende pela análise dos documentos de folhas 127 e 128 do presente PAF.

Explica que a alegação do Autuado decorre do fato de que algumas as Notas Fiscais que lastrearam a exigência do ICMS por omissão de saídas de mercadorias tributáveis não registradas, via Auto de Infração, também constam e se prestaram a fundamentar a anterior lavratura da Notificação Fiscal acima citada, só que, desta feita, para a exigência do ICMS decorrente da falta de recolhimento da diferença de alíquota/DIFAL, resultando, destarte, em evidente “*bis in idem*”.

Informa que procedeu o comparativo das Notas Fiscais utilizadas no Auto de Infração e na Notificação Fiscal acima, de forma a evitar a cobrança em duplicidade, restando, ao final desta análise, a efetiva falta de escrituração de 03 notas fiscais de entradas no exercício de 2015, com multa formal a ser imputada à impugnante no valor de R\$ 40,38, bem como a falta de escrituração de 11 notas fiscais de entradas no exercício de 2016, com multa formal a ser imputada à impugnante no valor de R\$ 87,99. Tudo conforme detalhado no demonstrativo acostado à fl. 169, presente Informação Fiscal.

Conclui sugerindo a esse CONSEF que declare a procedência parcial do presente PAF, para a exigência da penalidade fixa no valor total de R\$ 128,38, confirmando, assim, uma tônica que tem marcado as suas reiteradas decisões, qual seja a de promover de forma constante e contínua a correta

Conclui pugnando pela procedência parcial do Auto de Infração.

O Advogado Dr. Cristóvão Falcão de Carvalho Neto, OAB-BA nº 20.475, assistiu o julgamento.

VOTO

O sujeito passivo suscitou preliminar de nulidade da autuação aduzindo que os dispositivos legais que enquadram a irregularidade imputada não correspondem à “omissão de saídas tributáveis apuradas através de entradas não registradas”, o que, segundo seu entendimento, se constitui vício insanável, por não lhe permitir identificar com segurança a natureza da infração.

Ao compulsar as peças que integram os presentes autos, sejam as que deram origem ao PAF, sejam as que emergiram do contraditório, constato que não assiste razão ao Defendente, haja vista que, além de inexistir, sob o aspecto formal do lançamento originário qualquer insegurança quanto a natureza da infração, não ocorrerá ofensa alguma ao devido processo legal e à ampla defesa.

Como se depreende do dispositivo legal supra reproduzido resta indubitosa a consentaneidade do enquadramento legal com a irregularidade apurada.

Observo ainda, que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18, do RPAF-BA/99, que pudesse inquirir de nulidade o presente lançamento.

Assim, pelo expendido, não acolho a preliminar de nulidade.

No mérito, o Auto de Infração exige crédito tributário em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, consoante Demonstrativo às fls. 07 a 18 e CD à fl. 19.

Em suas razões de defesa, o Autuado pugnou pela procedência parcial da autuação, sob o argumento de que foram incluídas no levantamento fiscal notas fiscais de bens adquiridos para o seu ativo imobilizado que já haviam sido objeto de exação na Notificação Fiscal de nº 207185.0012/19-8, onde foi exigido o diferencial de alíquota. Em relação ao exercício de 2016, cujas notas fiscais arroladas no levantamento fiscal informa que são referentes a compra de combustíveis para comercialização as quais foram devidamente lançadas em sua EFD.

Alegou também o Autuado que, não obstante os equívocos da autuação já apontados representem praticamente a totalidade da autuação identificou notas fiscais eletrônicas de entradas, destinadas ao ativo imobilizado ou para uso e consumo e elencadas à fl. 107, que, por equívoco operacional não foram registradas, sendo que, as que era devido o diferencial de alíquota foram objeto da já Notificação fiscal.

O Auditor designado, em sua informação fiscal, registrou que a alegação do Autuado decorre do fato de que algumas as Notas Fiscais que lastrearam a exigência do ICMS por omissão de saídas de mercadorias tributáveis não registradas, via Auto de Infração, também constam e se prestaram a fundamentar a anterior lavratura da Notificação Fiscal acima citada, só que, desta feita, para a exigência do ICMS decorrente da falta de recolhimento da diferença de alíquota/DIFAL, resultando, destarte, em evidente “*bis in idem*”.

Informou que procedeu ao comparativo das Notas Fiscais utilizadas no Auto de Infração e na Notificação Fiscal acima, de forma a evitar a cobrança em duplicidade, restando, ao final desta análise, a efetiva falta de escrituração de 03 notas fiscais de entradas no exercício de 2015, com multa formal a ser imputada à impugnante no valor de R\$ 40,39, bem como a falta de escrituração de 11 notas fiscais de entradas no exercício de 2016, com multa formal a ser imputada à impugnante no valor de R\$ 88,00, conforme detalhado no demonstrativo acostado à fl. 169. Pugnou pela procedência parcial do presente PAF, para a exigência da multa de 1%, no valor total de R\$ 128,39, confirmando, assim, uma tônica que tem marcado as suas reiteradas decisões do CONSEF, qual seja a de promover de forma constante e contínua a correta justiça fiscal.

Depois de examinar as peças que instruem os presentes constato que, de fato, com base nos elementos de prova carreados aos autos pelo Impugnante, constato que somente remanesce sem escrituração na EFD do Autuado as notas fiscais discriminadas no demonstrativo elaborado na informação fiscal, eis que, as demais notas fiscais, ou foram arroladas na Notificação Fiscal de nº 207185.0012/19-8, ou foi constatada a devida escrituração.

Convém salientar que o Autuado em sua Defesa registrou que a irregularidade se limitou a infração apenas das notas fiscais que, por equívoco, não foram devidamente escrituradas e sugerindo a reclassificação da multa para aplicar a sanção mais adequada, reduzindo por consequente o montante devido.

Assim, consigno que, consoante conclusão do Auditor designado, que examinou os elementos que acompanharam as alegações do Autuado e acatou a tese defensiva, as conclusões alinhadas na informação fiscal se afiguram de acordo com legislação de regência e comungo com a aplicação da multa prevista no inciso IX, do art. 42, da Lei 7.014/96, sobre o valor das notas fiscais não registradas.

Nos termos expendidos, resta parcialmente caracterizada a autuação, no valor de R\$ 128,39, pelo que, acolho o novo demonstrativo elaborado pelo Auditor designado, com a exigência da multa de 1%, sobre o valor das mercadorias atinentes às notas fiscais não registradas na EFD do Autuado, nos termos do demonstrativo acostado à fl. 169.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207185.0013/19-4**, lavrado contra **PRU COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$ 128.39**, prevista, no inciso IX, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do item 1, da alínea “a” do inciso I, do art.169, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, alterado pelo Dec. nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 05 de abril de 2023.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA

