

A.I. Nº - 269138.0155/20-9
AUTUADO - JAILTON SANTANA LISBOA
AUTUANTE - JEFFERSON MARTINS CARVALHO
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 30/11/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0238-04/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. OPERAÇÕES DE AQUISIÇÕES DE COMBUSTÍVEIS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS COMPROBATÓRIOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO; b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO. OPERAÇÕES DE AQUISIÇÕES DE COMBUSTÍVEIS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS COMPROBATÓRIOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Propositura pelo autuado de medida judicial para discussão das questões elencadas nas infrações 01 e 02. Desistência da impugnação, ante a renúncia de discussão na esfera administrativa, *ex-vi* Art. 117, do RPAF /BA. Acusações mantidas, **com extinção do processo administrativo fiscal em relação a estas infrações**. Suspensa a exigibilidade do crédito tributário, até a decisão final da lide pelo Poder Judiciário. **3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTAS. Infrações 03, 04 e 05 mantidas. Não acolhida a arguição de nulidade da infração 04. Processo Administrativo Fiscal EXTINTO em relação às infrações 01 e 02, com adequação do percentual da multa aplicada em relação à infração 02, e PROCEDENTE em relação às demais imputações. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos da exigência de crédito tributário no montante de R\$ 51.971,00, mais multas, em decorrência de cinco imputações, assim indicadas:

- **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 índice acima do admitido pela ANP, registrada no LMC/Registro 1300 da EFD”.* Valor lançado R\$ 43.451,48. Multa aplicada no percentual de 100% com previsão no Art. 42, inciso III, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

- **Infração 02 – 04.07.02:** *“Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor do PMPF, deduzida parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão de entrada de 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”.* Valor lançado R\$ 4.531,07, com multa de 100%, prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96. O enquadramento legal se deu com base nos Arts. 4º, § 4º, inciso IV, 6º inciso IV e 23 § 6º, II, alínea “b”, todos da Lei nº 7.014/96 e Art. 10, Parágrafo único da Portaria nº 445/98.

- **Infração 03 – 16.01.01:** “Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s), bem (ns) ou serviço (s) sujeito (s) a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal”. Multa aplicada no valor de R\$ 2.250,20 com previsão no art. 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96.

- **Infração 04 – 16.01.02:** “Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal”. Multa aplicada no valor de R\$ 638,81 com previsão no art. 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96.

- **Infração 05 – 16.01.06:** “Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal”. Multa aplicada no valor de R\$ 1.099,44 com previsão no art. 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96.

O autuado, através do seu Representante Legal, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 18 a 34v, onde, preliminarmente, requereu que todas as intimações e notificações relacionadas ao presente feito seja encaminhada aos profissionais que subscreveram a presente peça defensiva, sob pena de nulidade.

Posteriormente, através de memorial apresentado à SEFAZ, informou que ingressou com medida judicial acerca da matéria tratada no presente AI (Infrações 01 e 02) e obteve a liminar anexada a petição, perante a 3ª Vara da Fazenda Pública de Salvador – Processo nº 8015594-94.2023.8.05.0001, declarando que tendo optado pela discussão judicial, aplica-se ao caso os arts. 117 e 122, do RPAF, com consequente renúncia ao processo administrativo fiscal, no que concerne aos temas tratados na ação.

Quanto às infrações 03, 04, 05, disse que buscará os registros fiscais realizados, não obstante, no Auto de Infração, o enquadramento para a multa aplicada foi o art. 42, inciso IX, da Lei 7.014/96, e, na hipótese de homologação e encaminhamento do PAF para “constituição de título executivo”, o lastro legal deve se encontrar em consonância com o fato, sob pena de ineficácia absoluta do ato administrativo e mácula insanável no correspondente título. Esse vício se apresenta no AI em lide, no que se reporta aos fatos ocorridos até 21/12/2017, em relação aos quais, da forma apresentada na autuação, considera que a imposição é absolutamente ilegal.

Citou que de acordo com o quanto registrado no próprio Auto de Infração, em relação às ocorrências mencionadas, a multa estaria sendo imposta em decorrência da ausência de registro fiscal de mercadorias não tributáveis, e a Lei 7.014/96, no seu art. 42, inciso IX, dispositivo que consta no AI como enquadramento legal da sanção aplicada, na redação atual, apontada no AI como respaldo para a sanção, assim prevê:

Art. 42

IX – 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos à tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal.

Ponderou que essa redação foi dada pela Lei nº 13.816/17, com vigência a partir de 22/12/17, anteriormente, e até esta data, prevalecia a redação da Lei 13.461/15, a saber:

Art. 42 (...)

IX - 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal (Destacamos)

Acrescentou que isso significa que, até 21/12/17, pelo dispositivo legal aplicado ao caso concreto, somente existia base para a aplicação da multa sobre mercadorias sujeitas à tributação, o que não é o caso presente, consoante redação da “infração imputada”: “Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável(s) sem o devido registro na escrita fiscal”. Portanto, o lançamento é nulo de pleno direito, como já decidido pelo CONSEF em casos que citou.

Em conclusão mencionou que, conforme amplamente demonstrado, é nulo o lançamento por erro de enquadramento legal, o que, ao seu entender, não pode ser alterado pelo julgador, cuja alteração implicaria até mesmo em irregular alteração do fulcro do pedido, razão pela qual pediu

que seja declarada a nulidade do Auto de Infração, notadamente a infração 04.

O autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 51 a 65, efetuando, inicialmente, um sumário da mesma, e, em seguida, passou a contestar os argumentos defensivos.

Assim é que, a respeito das infrações não abarcadas pela liminar, ou sejam, falta de registro de notas fiscais objeto do lançamento, onde foi alegado pelo autuado que até 21/12/2017, pelo dispositivo legal aplicado ao caso concreto, somente existia base para aplicação da multa sobre mercadorias sujeitas a tributação, o que não é o caso presente, onde o autuado, por essa razão, pugnou pela nulidade do lançamento, considera equivocada esta argumentação do autuado, disse que ocorreu apenas o aperfeiçoamento da redação da lei, com alteração do seu texto, mas não o seu sentido e nem a norma jurídica.

Desta forma explicou que antes da alteração, o inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96 tratava da multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias entradas sem registro na escrita fiscal e o inciso XI cuidava da mesma penalidade sobre as mercadorias sem tributação ou com fase de tributação encerrada, com isso, se percebeu que as multas eram idênticas e esta distinção não tinha efeito prático útil, se decidiu por agrupar as duas multas, revogando-se o inciso XI, sendo equivocado concluir que se deixou de aplicar a retroatividade benigna prevista pelo art. 106, II, “a” e “c” do CTN, pois permaneceu como infração, mesmo após a alteração da redação.

Concluiu pleiteando a total procedência do Auto de Infração.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Fernando Marques Villa Flor, OAB/BA nº 11.026, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

O Auto de Infração sob análise foi expedido para exigir crédito tributário no total de R\$ 51.971,00, mais multas, abarcando cinco imputações, sendo duas por descumprimento de obrigação principal e três por descumprimento de obrigações acessórias e estão assim consignadas:

- **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 índice acima do admitido pela ANP, registrada no LMC/Registro 1300 da EFD”*. Valor lançado R\$ 43.451,48. Multa aplicada no percentual de 100% com previsão no Art. 42, inciso III, alínea “d” da Lei nº 7.014/96. O enquadramento legal se deu com base nos Arts. 4º, § 4º, inciso IV, 6º inciso IV e 23-A, inciso II, todos da Lei nº 7.014/96 e Art. 10, Parágrafo único da Portaria nº 445/98.

- **Infração 02 – 04.07.02:** *“Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor do PMPF, deduzida parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão de entrada de 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”*. Valor lançado R\$ 4.531,07, com multa de 100%, prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96. O enquadramento legal se deu com base nos Arts. 4º, § 4º, inciso IV, 6º inciso IV e 23 § 6º, II, alínea “b”, todos da Lei nº 7.014/96 e Art. 10, Parágrafo único da Portaria nº 445/98.

- **Infração 03 – 16.01.01:** *“Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s), bem (ns) ou serviço (s) sujeito (s) a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal”*. Multa aplicada no valor de R\$ 2.250,20 com previsão no art. 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96.

- **Infração 04 – 16.01.02:** *“Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal”*. Multa aplicada no valor de R\$ 638,81 com previsão no art. 42,

inciso IX, da Lei nº 7.014/96.

- **Infração 05 – 16.01.06:** “Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal”. Multa aplicada no valor de R\$ 1.099,44 com previsão no art. 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96.

Em relação as infrações 01 e 02, acima postas, o autuado, através de seu Representante Legal, informou que ingressou com medida judicial acerca da matéria nelas tratadas e obteve a liminar que anexou aos autos, perante a 3ª Vara da Fazenda Pública de Salvador – Processo nº 8015594-94.2023.8.05.0001, sendo que, tendo optado pela discussão judicial, pleiteou a aplicação do quanto previsto nos arts. 117 e 122, do RPAF/BA, com consequente renúncia ao processo administrativo fiscal, no que concerne aos temas tratados na ação.

Vejo que, neste sentido, o RPAF/BA, assim 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 interposta.

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

(...)

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

Isto posto, e tendo em vista a liminar concedida pela 3ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, nos autos do processo acima indicado, na forma abaixo:

“Do exposto, com arrimo no art. 300 do Código de Processo Civil, CONCEDO A TUTELA DE URGÊNCIA para determinar que o réu se abstenha de inscrever em Dívida Ativa os créditos tributários oriundos dos Autos de Infração de nº (...) 269138.0155/20-9, (...), bem como de realizar outros atos de cobrança, judicial ou extrajudicial, em face da empresa autora e/ou de seus sócios em relação aos créditos sub judice, sob pena de multa a ser fixada. Determino, ainda, a suspensão da exigibilidade do débito fiscal em comento, assim como o fornecimento em prol da parte autora, quando solicitado, de certidão negativa de débitos fiscais em relação ao débito questionado”,

fica extinto o presente processo administrativo fiscal em relação às infrações 01 e 02, restando, entretanto, mantidas as acusações, porém suspensa a exigibilidade do crédito tributário nos termos previstos pelo § 3º do art. 117 do RPAF/BA, até decisão final da lide pelo Poder Judiciário, devendo a PGE/Profis ser cientificada desta decisão para os fins de sua competência.

Por outro ângulo, registro que, para efeito do lançamento do julgamento, que o Sistema de Gerenciamento de Crédito (SGC) desta SEFAZ, indica que a partir de abril de 2012, a multa a ser aplicada para a infração 02, com o Código 04.07.02 (“Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor do PMPF, deduzida parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão de entrada de 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. Valor lançado R\$ 4.531,07, com multa de 100%, prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96”), é no percentual de 60% tipificada no Art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei 7.014/96, o que motiva a necessidade da adequação do percentual de 100% aplicado na autuação para esta infração para o aludido percentual de 60%.

Desta forma, para efeito de adequação ao Sistema e possibilitar o lançamento do julgamento, e, também, seguindo orientação interna deste CONSEF, o percentual da multa referente a infração 02, Código 04.07.02, deve ser adequado do percentual 100% para o percentual de 60% nos termos no Art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei 7.014/96, como assim está posto no Sistema de Gerenciamento de Crédito (SGC), recepcionado, na sua literalidade, pelo Sistema SIGAT, que é o Sistema desta SEFAZ apto a processar os lançamentos e julgamentos dos créditos tributários.

Naquilo que se relaciona às infrações 03, 04 e 05, não alcançadas pela discussão judicial, que se

referem a penalidades por descumprimento de obrigação de natureza acessória por falta de escrituração de notas fiscais de entradas em seus livros fiscais, o argumento defensivo se limitou a suscitar a nulidade da infração 04, por erro no seu enquadramento legal em razão de que a acusação se refere a entrada de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal.

Foi alegado que a redação dada pela Lei nº 13.816/17 teve vigência a partir de 22/12/17, sendo que, anteriormente, até 21/12/2017 somente existia base para aplicação de multa sobre mercadoria sujeitas a tributação, o que afirma não ser o caso, já que se trata de mercadoria não tributável.

Não vejo como acolher o argumento defensivo pois a Lei nº 7.014/96 sempre previu, em seu artigo 42, incisos IX e XI, penalidade de 1% a ser aplicada sobre o valor comercial das mercadorias entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, quer mercadorias tributadas (inciso IX) quer não tributadas (inciso XI). O que ocorreu com a edição da Lei nº 13.816/17 foi apenas a junção das penalidades em um único inciso (IX), mantendo, entretanto, ambas as penalidades.

No caso presente, como os fatos geradores ocorreram entre janeiro/16 e setembro/17, antes da vigência da Lei nº 13.816/17, o autuante enquadrou a ocorrência no inciso XI, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, portanto não vislumbro qualquer ilegalidade, já que não ocorreu revogação da norma, apenas aperfeiçoamento na redação da lei já que a penalidade permaneceu, pelo que afasto o argumento defensivo.

Em conclusão voto pela *EXTINÇÃO* do presente processo administrativo fiscal em relação às infrações 01 e 02, na forma acima indicada, com adequação do percentual da penalidade aplicada em relação a infração 02 para 60%, devendo ser encaminhado os autos, no tocante a estas duas infrações, à Procuradoria Geral do Estado – Procuradoria Fiscal – PGE/PROFIS, para adoção das providências da sua alçada, mantidas, porém, as penalidades relativas às infrações 03, 04 e 05.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal referente ao Auto de Infração nº 269138.0155/20-9, lavrado contra **JAILTON SANTANA LISBOA**, no valor correspondente a **R\$ 47.982,55**, (infrações 01 e 02) acrescido das multas de 100% sobre R\$ 43.451,48 e de 60% sobre R\$ 4.531,07 com previsão no Art. 42, incisos III, alínea “d” e II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96 e demais acréscimos legais, devendo o autuado ser intimado para efetuar o pagamento das penalidades por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$ 3.988,45** previstas no inciso IX do citado dispositivo legal, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo o presente PAF, em relação as parcelas objeto da medida judicial, com extinção de discussão no âmbito administrativo, ser encaminhado à PGE/PROFIS para adoção das providências da sua alçada, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário em relação às infrações 01 e 02 até decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de novembro de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR