

A. I. N°. - 146468.0003/18-2
AUTUADO - SOCOMBUSTÍVEIS COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - HENRIQUE IJALMAR LOPES GRANGEON
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 17/08/2018

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0120-03/18

EMENTA: ICMS. MANIFESTAÇÃO DO DESTINATÁRIO. CONFIRMAÇÃO DA OPERAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 01/02/2018, exige crédito tributário no valor de R\$34.112,25, referente a multa por descumprimento de obrigação acessória, em decorrência da falta de "manifestação destinatário" - Confirmação da Operação - referente a operação ou prestação descrita em documento fiscal eletrônico, nos prazos previstos pela legislação tributária. Consta que essa irregularidade ocorreu no exercício de 2015, gerando multa fixa de 1% sobre cada operação não confirmada.

O sujeito passivo apresenta impugnação, fls.54/59. Reproduz a infração que lhe foi imputada. Afirma que apresenta Impugnação em face do Auto de Infração lavrado, pelas razões de fato e direito a seguir delineadas.

Historia que o presente procedimento fiscal resultou no cerceamento do direito de defesa e devido processo legal, tendo em vista que a fiscalização não obedeceu às previsões dos artigos 26 e 28 do RPAF/BA, ao deixar de intimar previamente o contribuinte sobre o início do procedimento fiscal.

Aduz tratar-se de uma formalidade imprescindível para dar início a ação fiscal, bem assim, para o encerramento da fiscalização e consequente lavratura do lançamento de ofício. Ressalta que o termo de início de ação fiscal visa permitir ao fiscalizado assegurar-se da legalidade do procedimento instaurado contra si, sendo, naquele momento, advertido acerca do tributo que será objeto de investigação, períodos abrangidos pela ação administrativa, termo início e fim para realização do procedimento fiscal e identificação do preposto responsável pela fiscalização.

Diz que em alguns procedimentos, as autoridades fiscais não observam as determinações da legislação e ampliam, por conta própria, a investigação concernente aos tributos e períodos não originalmente abarcados no termo início de fiscalização, de modo que, tem causado nos contribuintes sensação de insegurança jurídica. Sobre o tema, reproduz o art. 18 do RPAF/BA que dispõe sobre a nulidade dos atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa. Roga que este Conselho de Fazenda Estadual declare nulo o lançamento de ofício em razão da inobservância das formalidades legais.

Sobre o mérito da infração informa que somente comercializa produtos submetidos ao regime da substituição tributária (álcool, gasolina e diesel), ou seja, todos os produtos comercializados com a fase de tributação encerrada.

Questiona qual o prejuízo que sofreu o erário baiano pela ausência de confirmação das operações pelo destinatário, haja vista que todas as mercadorias sofreram retenção do ICMS na etapa anterior. Explica ter havido um equívoco cometido por colaboradores da empresa em virtude de desconhecimento da obrigação acessória exigida. Entretanto, tal procedimento não tem aptidão de gerar qualquer prejuízo fiscal ao Estado da Bahia, sobretudo, porque as mercadorias estão sujeitas ao regime de substituição tributária.

Ressalta que registrou no livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) as entradas e saídas de todos os produtos combustíveis comercializados durante o período fiscalizado. Além disso, também enviou através da EFD todas as informações de interesse do fisco estadual, conforme documentos ora anexados.

Entende que esta situação não configurou um ilícito, já que o tributo não deixou de ser recolhido (tributação encerrada), bem como, não houve uma ação, de sua parte, com finalidade de fraudar ou simular operações.

Comenta que a intenção do legislador, ao determinar a incidência da referida penalidade em face do descumprimento de obrigação acessória, se pauta no designo de assegurar o cumprimento das mesmas, evitando-se a ocorrência de sonegação, fraude, dentre outros fatos que causam prejuízo ao erário estatal, além de colaborarem para a fiscalização das empresas.

Repisa que a omissão não ocorreu com intuito de burlar a legislação estadual, conquanto não resultou em falta de recolhimento do imposto, tão pouco, fraude ou simulação.

Conclui que a cobrança desta multa, também não coaduna com a sua finalidade, já que decorrem do descumprimento dos deveres administrativos afetos aos contribuintes, em outras palavras, da inobservância de condutas administrativas legalmente previstas.

Alega que a penalidade torna-se descabida por não atingir a intenção do Legislador, já que este descumprimento ocorreu por força do referido engano que fora cometido.

Roga ao Conselho de Fazenda Estadual pelo cancelamento da penalidade, ou ainda, pela redução da multa aplicada de 1% sobre o valor da operação de cada nota fiscal emitida, à luz do disposto no art. 158 do RPAF/99.

Apresenta entendimento, que a ausência de confirmação da operação de mercadorias com fase de tributação encerrada, não trouxe prejuízos fiscais ao Estado da Bahia, como também, não está enquadrada nos pressupostos legais de dolo, fraude ou simulação.

Requer: (i) seja preliminarmente anulado Auto de Infração pelo cerceamento do direito de defesa, pela falta de intimação antes da lavratura do auto de infração, formalidade imprescindível para o citado ato; (ii) seja cancelada ou reduzida a multa de 1% sobre o valor das operações, por inexistência de prejuízos aos cofres públicos, tendo em vista que as mercadorias comercializadas, já se encontravam com fase de tributação encerrada (álcool, gasolina e óleo diesel); (iii) por fim, seja cancelada ou reduzida a multa de 1% sobre o valor das operações, por inexistência de dolo, fraude ou simulação, nos termos do artigo 158 do RPAF-BA.

O autuante presta informação fiscal fl.197. Transcreve os fatos que teria apurado na autuação. Sintetiza os termos da defesa. Salienta que essa irregularidade ocorreu no exercício de 2015, gerando multa fixa no valor total de R\$34.112,27, tudo conforme detalhado no Anexo 1, acostado ao presente Processo e cuja cópia reprográfica foi encaminhada ao contribuinte. Dessa forma, foi aplicada a penalidade fixa prevista na Legislação Tributária Estadual para esta infração.

Informa que, tendo em vista as alegações da impugnante, aliado ao fato de que em 26/01/2018, houve a interposição do Agravo de Instrumento *AGI 0007256-86.2017.805.0000*, junto à Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, onde será sendo analisada a citada matéria (“Manifestação do Destinatário”) em Grau de *Recurso ao Mandado de Segurança N° 0550277-86.2016.8.05.0001*, entende que a presente Infração deve ser declarada Improcedente.

Conclui solicitando à essa egrégia Corte que declare a Improcedência da presente exigência fiscal, tudo com base nos elementos que fundamentam a mesma, em especial o conjunto probatório documental que acosta ao presente Processo Fiscal.

Aduz que agindo desta forma, este colendo Órgão Julgador, estará confirmando uma tônica que tem marcado as suas reiteradas decisões, qual seja, a de promover de forma constante e contínua a correta decisão.

Ao tomar ciência da informação fiscal, o Autuado se manifesta fls. 215/216. Diz que diante do reconhecimento da insustentabilidade da autuação exteriorizada pelo fiscal, reitera o pedido de improcedência do lançamento fiscal.

O auditor volta ao processo fl. 219. Reproduz os termos da autuação. Repete tudo que foi dito em sua informação fiscal inicial. Diz ratificar sua posição já manifestada por ocasião da informação fiscal. Conclui mais uma vez pela improcedência da autuação.

VOTO

Verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no Art.39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, inclusive a comprovação de entrega de todos os documentos ao Autuado. Os termos de Intimação se encontram apensados às fls.04 a 14 do presente PAF e o Termo de Encerramento faz parte do próprio corpo do Auto de Infração fl.02.

Dessa forma, ao contrário do suscitado pelo Autuado, constato que foram atendidos todos os requisitos previstos no artigo 18 além de serem preenchidas as condições determinadas no art. 39 do RPAF/99. Percebo que a imputação foi clara, a base de cálculo foi determinada conforme o valor previsto em lei e foram fornecidos os demonstrativos de débito referentes à autuação em discussão, sendo respeitados todos os direitos e garantias do contribuinte, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal administrativo, dentro deste específico PAF.

O Auto de Infração em lide é composto de uma única infração, na qual se imputa ao Autuado a exigência de crédito tributário no valor de R\$34.112,25, referente a multa por descumprimento de obrigação acessória, em decorrência da falta de "manifestação destinatário" - Confirmação da Operação - referente a operação ou prestação descrita em documento fiscal eletrônico, nos prazos previstos pela legislação tributária. Consta que essa irregularidade ocorreu no exercício de 2015, gerando multa fixa de 1% sobre cada operação não confirmada, prevista no inciso X-A, do art. 42 da Lei 7014/96, *in verbis*:

X-A - 1% (um por cento) do valor da operação ao contribuinte que, obrigado a informar os eventos da NF-e denominados “confirmação da operação”, “operação não realizada” ou “desconhecimento da operação”, não o faça no prazo previsto em regulamento;

Consta nos autos, que em momento anterior ao início da ação fiscal, o Sindicato do Comércio de Combustíveis, Energias Alternativas e Lojas de Conveniência do Estado da Bahia, do qual o defendente é filiado fl.199, recorreu à Justiça, impetrando um Mandado de Segurança Coletivo, solicitando a abstenção pelo Estado da Bahia, de lavratura de Auto de Infração sobre a matéria ora em discussão. Verifico ainda, a Interposição do Agravo de Instrumento AGI 0007256-86.2017.805.0000, junto à Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, onde está sendo analisada a citada matéria (“Manifestação do Destinatário”) em Grau de Recurso ao Mandado de Segurança Nº 0550277-86.2016.8.05.0001.

Observe que foi exarada Decisão judicial, em 23 de agosto de 2016, fls. 207/208, nos seguintes termos: “*Defiro a liminar reivindicada, nos termos do art. 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/09, cc. o art. 300, caput do CPC, para determinar em caráter provisório: i) que a autoridade coatora se abstenha de inscrever em dívida ativa as multas aplicadas aos filiados do Sindicato impetrante, bem como, de realizar novas autuações ou cobranças fundadas no art. 89, § 14, I e § 15 do RICMS/BA e nos moldes daqueles constantes destes autos;...*”

Embora haja a Decisão retro mencionada, registro que não há impedimento, ao exercício do direito da Fazenda Pública Estadual, em efetuar o lançamento aqui discutido, nos termos do art. 142 do CTN. Significa dizer, que deve o lançamento ser efetuado no intuito de prevenir que as ocorrências registradas sejam fulminadas pela decadência até a decisão final sobre a matéria.

Ante a impossibilidade de se adentrar ao mérito, ressalto que, conforme disposto no art. 167, I a III, do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de invalidade em tese de lei ou outro ato normativo vigente no ordenamento jurídico, a negativa de aplicação de ato normativo emanado dos poderes Legislativo e Executivo e as decisões transitadas em julgado proferidas por membros do Poder Judiciário.

Nesse sentido, o art. 117 do RPAF/BA assim dispõe, *in verbis*:

“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.

§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113:

I - na fase em que se encontre, tratando-se de ação judicial relativa a Auto de Infração preexistente;

II - imediatamente após a sua lavratura ou quando se tomar conhecimento da existência da ação judicial, quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito especificamente à matéria objeto do procedimento administrativo.

§ 2º A ação judicial proposta pelo sujeito passivo não suspende a execução do crédito tributário, salvo quando:

I - acompanhada do depósito do seu montante integral;

II - concedida medida liminar em mandado de segurança, determinando a suspensão.

§ 3º A suspensão da exigibilidade do crédito nos casos de depósito do valor ou de concessão de medida liminar em mandado de segurança não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela conseqüentes.

§ 4º Quando o contribuinte ou responsável, antecipando-se a procedimento administrativo ou medida de fiscalização, promover contra a fazenda pública estadual qualquer ação judicial em que se discuta matéria tributária, a repartição fiscal competente deverá providenciar e fornecer à Procuradoria Geral do Estado, por provocação desta:

I - Termo de Ocorrência, a ser imediatamente lavrado para apurar a situação tributária do contribuinte, com relação à questão discutida em juízo;

II - os elementos de informação que possam facilitar a defesa judicial da Fazenda Pública e a completa apuração do crédito tributário.

§ 5º Na hipótese do parágrafo anterior, se a matéria discutida envolver procedimentos futuros, serão realizadas verificações periódicas para controle das atividades tributáveis.”

Já os artigos 126 e 127-C, IV, do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB estabelecem que:

Art. 126. Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou recurso, importando tal escolha a desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.

...

Art. 127-C. Encerra-se o processo administrativo fiscal, contencioso ou não, com:

...

IV - a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência da escolha da via judicial.

Conforme se verifica da leitura dos dispositivos legais acima reproduzidos, e da Decisão do Judiciário transcrita anteriormente, a escolha pelo Contribuinte pela via judicial importa em desistência da defesa pela via administrativa, situação na qual o processo deve ser encaminhado à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, inclusive, acompanhamento do processo no âmbito do judiciário.

Diante do exposto, fica PREJUDICADA a análise do mérito da defesa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise do mérito da defesa apresentada, referente ao Auto de Infração nº 146468.0003/18-2, lavrado contra **SOCOMBUSTÍVEIS COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA**, referente a multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de **R\$34.112,25**, prevista no art.42, X-A, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, diante da renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, em razão da propositura de medida judicial, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de julho de 2018

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA - JULGADOR