

A. I. Nº - 146468.0038/17-2
AUTUADO - M 55 COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEL LTDA
AUTUANTE - HENRIQUE IJALMAR LOPES GRANGEON
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 21.11.2018

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0171-04/18

EMENTA: ICMS. 1. DEIXOU DE RECOLHER O ICMS NO PRAZO REGULAMENTAR REFERENTE A OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. **02.** EXTRAVIO DE DOCUMENTOS FISCAIS PELA FALTA DE APRESENTAÇÃO DAS NOTAS FISCAIS DE VENDA A CONSUMIDOR (MODELO. Infrações não contestadas. **03.** MULTA FORMAL – DEIXOU O CONTRIBUINTE DE EFETUAR DE CONFIRMAR A OPERAÇÃO DESCRITA EM DOCUMENTO FISCAL ELETRÔNICO NOS PRAZOS ESTABELECIDOS NA LEGISLAÇÃO. "MANIFESTAÇÃO DO DESTINATÁRIO. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 07/12/2017, refere-se à cobrança de ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor total de **R\$83.512,91**, pela constatação das seguintes irregularidades:

Infração 01- 02.01.01 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS, nos prazos regulamentares, no período de agosto/2015 a dezembro de 2016, no valor de R\$29.983,01, conforme demonstrativos do anexo III;

Em complementação consta a seguinte informação: "Essa irregularidade deveu-se a falta de recolhimento do ICMS-NO no período de agosto/2015 a dezembro de 2016, no valor de R\$29.983,01 (vinte e nove mil, novecentos e oitenta e três reais e um centavo), conforme detalhado no Anexo III, acostado ao presente PAF, e cuja a cópia reprográfica foi entregue ao contribuinte. Registre-se que foi anexado ao presente processo arquivos da EFD do período supra onde demonstra-se no Registro E116 a sistemática de cálculo utilizada para a apuração do ICMS devido pelo contribuinte."

Infração 02- 16.03.02 - Multa fixa de R\$1.500,00 pela falta de apresentação das notas fiscais de venda ao consumidor (modelo 2) do nº 23.501 a 23.800, por encontrarem-se extraviadas, nos termos da declaração expedida em 05/12/2017, tudo conforme Anexo IV acostado ao PAF, cuja cópia reprográfica foi encaminhada ao contribuinte.

Infração 03- Deixou de efetuar a "manifestação do destinatário" - referente a operação ou prestação descrita em documento fiscal eletrônico nos prazos previstos pela legislação, no decorrer do exercício de 2015 e 2016, gerando multa fixa nos valores respectivos de R\$47.177,54 e R\$4.852,36 e com valor total de R\$52.029,90, conforme detalhamento no Anexo I e II, acostado ao PAF.

O autuado apresentou impugnação (fls. 130/132), e após falar sobre a tempestividade da apresentação da defesa, faz um breve relato dos fatos, relativos à infração 03, esclarecendo que a mesma traz como fato gerador a falta de confirmação da operação através da manifestação de destinatário, sendo uma obrigação acessória do contribuinte.

Diz que a empresa há vários anos atua na comercialização de varejo de combustíveis para veículos automotores e sempre procurou cumprir corretamente com suas obrigações fiscais, pagando seus tributos e adequando-se às obrigações acessórias.

Transcreve ensinamento do tributarista Luciano Amaro, sobre as obrigações tributárias acessórias (formais ou ainda, instrumentais), concluindo que o caso sob análise trata-se de um típico descumprimento instrumental. Prossegue afirmando que se pretende coibir com a sanção, não é a falta de , entre outros, recolhimento, mas a falta ou atraso na prestação de informações, logo, o atraso no cumprimento da obrigação acessória, não guarda necessariamente correspondência com o valor do tributo e nesse sentido, o fisco deve se pautar, entre outros, pelo "princípio da instrumentalidade das formas" - que a obrigação acessória não pode ser um fim em si mesma a justificar uma sanção desse porte, e afirma que ela deve ser um meio para que a fazenda pública possa fiscalizar a correta aplicação da lei pelo contribuinte, sendo que sua eventual violação (atraso no envio de informações, por exemplo), deve, por conseguinte, ter relação com o risco ou o prejuízo causado, eis que inúmeras declarações são circulares ou seja, presta a mesma informação em várias declarações para o mesmo ente público.

Prossegue asseverando que dentro da perspectiva de constitucionalidade, a sanção tributária à semelhança das demais sanções impostas pelo Estado, deve respeitar os princípios da "legalidade", "razoabilidade" e "proporcionalidade. Por isso, a multa não deve ser transformada em instrumento de arrecadação, pelo contrário, deve-se graduar a multa em função da gravidade da infração, ou seja, da gravidade do dado ou da ameaça que a infração representa para a arrecadação de tributos, e que no mesmo sentido, a CF prevê em seu texto normativo no art. 150,V, o "princípio do não confisco" como norte da atividade estatal arrecadatória, protegendo os contribuintes de eventuais cobranças abusivas por parte do Estado, limitando o poder de tributar, ainda com base nos critérios de razoabilidade, proporcionalidade e principalmente da capacidade contributiva.

Ante exposto, entende ser necessária a reavaliação do auto, devido à exorbitância da multa aplicada, face à margem da lucratividade da empresa e afronta ao direito de livre exercício da atividade econômica, segundo os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e não confisco, Por fim, pede que seja conhecida a presente defesa e também sejam acatadas as notas fiscais acostadas ao PAF e abatido do auto de infração.

No mérito, constatando-se a incidência de multa fixa para obrigação acessória, pede o expurgo da capitalização e os demais acréscimos ilícitos e que seja notificada de todo andamento do processo administrativo, para regular o exercício da ampla defesa.

O autuante, em sua informação fiscal à fl. 144/145, após transcrever o inteiro teor das infrações esclarece de logo que a impugnante acatou as infrações 01 e 02, insurgindo-se apenas sobre a infração 03, a qual o contribuinte deixou de efetuar a "manifestação do destinatário" - Confirmação da Operação - referente à operação ou prestação descrita em documento fiscal eletrônico, nos prazos previstos pela legislação tributária.

Esclarece que em relação a esta infração, tendo em vista as alegações do impugnante, aliado ao fato de que em 26/01/2018, houve a interposição do Agravo de Instrumento, AGI 0007256-86.2017.805.000, junto a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que estará sendo analisada a citada matéria ("Manifestação do Destinatário"), em Grau de Recurso ao Mandado de Segurança nº 0550277-86.2016.8.05.0001, entende que a presente infração deve ser declarada IMPROCEDENTE.

Conclui pedindo a Procedência das Infrações 01 e 02, com base nos elementos que fundamentam a presente exigência fiscal.

VOTO

O Auto de Infração imputa ao autuado o cometimento de três ilícitos, sendo que as infrações 01 e 02 não foram contestadas pelo contribuinte. Dessa forma, em razão de inexistir lide nesses lançamentos, as infrações subsistem em sua totalidade.

A infração 03 acusa o contribuinte de não ter informado os eventos da NF-e denominados "confirmação da operação", "operação não realizada" ou "desconhecimento da operação", nos

prazos previstos na legislação, conforme determinado no art. 89, § 14, I e § 15 do RICMS/BA, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor da operação, estabelecida no inciso, X-A da Lei 7014/96.

O defendente não nega o cometimento da infração. Pede a reavaliação do valor exigido por entender ser confiscatória a multa aplicada, ferindo os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e não- confisco.

De fato, o art. 158 do Decreto nº 7.629/99 (RPAF), autoriza a redução ou cancelamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias, pelas Juntas de Julgamento Fiscal, conforme texto abaixo reproduzido:

“Art. 158. As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.”

Por força do comando normativo expresso, dois são os requisitos formais que devem ser adimplidos pelo contribuinte: I) que a conduta do contribuinte não implicou em falta de recolhimento do imposto, e (II) as infrações foram praticadas sem dolo, fraude ou simulação.

Verifico que no caso concreto, trata-se de atividades desenvolvidas por Posto Revendedor de combustíveis, cujos produtos, preponderantemente, encontram-se com fase de tributação encerrada por força da substituição tributária, sendo que o imposto foi recolhido pelas distribuidoras ou industriais.

Portanto, presente o requisito de que a sua conduta omissiva não resultaria em falta de pagamento de tributo.

Por outro lado, durante o período de mais de 13 meses, o sujeito passivo, de forma reiterada, deixou de informar os eventos das NFs-e denominados “confirmação da operação”, “operação não realizada” ou “desconhecimento da operação”, conforme determinado pela legislação, demonstrando assim, que não agiu ocasionalmente, mas de forma repetitiva no cometimento da infração, razão pela qual não acato o pedido de redução da multa. Também não a considero confiscatória porque se encontra regularmente tipificada na Lei Estadual do ICMS desse Estado.

Ante o exposto, resta caracterizado o descumprimento da obrigação acessória, com a imposição da multa de 1% sobre o valor das operações acobertadas através das notas fiscais eletrônicas elencadas no demonstrativo de fls. 55 a 60.

Quanto à solicitação da autuada de expurgar dos cálculos a capitalização e os demais acréscimos legais, verifico que os mesmos são decorrentes da autuação, em razão do não cumprimento de obrigação acessória, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, e estão previstos Art. 102 do Código Tributário do Estado da Bahia, Lei 3.956/81, não se incluindo na competência deste órgão julgador a apreciação de tal pedido, nos termos do art. 167, III, do RPAF/99.

No que diz respeito ao opinativo do autuante, sugerindo a improcedência desta infração em razão da existência do Agravo de Instrumento AGI 007256.86.2017.805.0000, junto a Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do estado da Bahia, às fls. 152/155, tal fato não encontra provado.

Foi apensada cópia de decisão da 9ª Vara de Fazenda Pública em caráter liminar, ao apreciar Mandado de Segurança coletivo impetrado pelo SINDICOMBUSTIVEIS, datado de agosto de 2016, o qual pode, neste interim, ter sido julgado em seu mérito, e por se tratar de decisão de 1º grau, sujeito a recurso perante o Tribunal de Justiça.

Da mesma forma, não constam nos autos a eventual vinculação do sujeito passivo junto ao Sindicato, de forma que a medida lhe acobertasse, acreditando ter sido o autuante induzido a erro ao solicitar a improcedência da infração.

Tal decisão, fala ainda em fatos geradores anteriores a 2014, ao passo que os arrolados na autuação ocorreram a partir de 2015.

Além disso, as intimações à empresa autuada foram feitas via pessoal, ao amparo do artigo 108 do RPAF/99, na forma dos documentos de fls. 18, 19 e 46, este último específico para as comprovações das confirmações de recebimento de notas fiscais eletrônicas, assinado pela contadora da empresa.

Logo, por estas razões, não posso levar em consideração tal opinativo, e nos termos do princípio do livre convencimento do julgador, julgo procedente a infração 03.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **146468.0038/17-2**, lavrado contra **M 55 COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$83.512,91**, acrescido da multa de 60% sobre R\$29.983,01, prevista no art. 42, nos incisos II, alínea “f “ da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais e da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$53.529,90**, previstas no art. 42, nos incisos X-A e XIX da Lei nº 7.014/9, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de setembro de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESEIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR