

A. I. N° - 146468.0002/18-6
AUTUADA - POSTO VALE DO CANELA LTDA.
AUTUANTE - HENRIQUE IJALMAR LOPES GRANGEON
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 07.12.2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0179-05/18

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração não elidida. Aplicação de penalidade fixa de R\$460,00. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EMISSÃO DE NOTA FISCAL EM SUBSTITUIÇÃO DO CUPOM ECF DE FORMA IRREGULAR. Não comprovado nos autos que o contribuinte se encontrava impossibilitado de usar os seus equipamentos emissores de cupons fiscais (ECFs). Inexistência de atestado de intervenção técnica nos equipamentos. Multa pecuniária reduzida através da aplicação do art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96 – dosimetria da pena aplicada por descumprimento de obrigação acessória. 3. NOTAS FISCAIS. EXTRAVIO. O contribuinte somente comunicou o extravio das notas fiscais após o início da ação fiscal. Mantida igualmente a penalidade acessória. 4. NOTA FISCAL ELETRÔNICA. MANIFESTAÇÃO DO DESTINATÁRIO – CONFIRMAÇÃO DA OPERAÇÃO. O contribuinte optou em discutir a questão perante o Poder Judiciário, através de Mandado de Segurança Coletivo impetrado pelo sindicato empresarial. Prejudicado o exame de mérito na esfera administrativa. Desistência tácita da impugnação. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário até decisão final da demanda no âmbito judicial, através dos recursos interpostos. Aplicação da penalidade prevista na legislação. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 10/01/2018, para exigir multas pecuniárias no valor principal de R\$ 81.522,88, sendo imputados ao contribuinte os seguintes ilícitos fiscais:

Infração 01 - 04.05.03 - Omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Irregularidade apurada nos exercícios de 2013 a 2017 em relação aos produtos: gasolina comum e gasolina aditivada, conforme anexos VI e VI-A, respectivamente. Valor da penalidade exigida: R\$460,00, prevista no art. 42, inc. XXII, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02.

Infração 02 - 16.03.02 - Extraviou Documentos fiscais. Essa irregularidade deveu-se a falta de apresentação das Notas Fiscais de venda a consumidor (Modelo 2) dos nº 33.101 a 33.550/33.701 a 34.000, alegando, o contribuinte, encontrarem-se as mesmas extraviadas, nos termos da Declaração expedida em 02/01/2018, bem como publicação no Jornal A Tarde dos dias 10 e 11/01/2018, (Documentos Anexos), tudo conforme demonstrado no Anexo V, acostado ao presente PAF, e cuja cópia reprográfica foi encaminhada ao contribuinte. Valor da penalidade exigida: R\$3.750,00, prevista no art. 42, inc. XIX, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02.

Infração 03 - 16.12.16 - O Contribuinte emitiu documento fiscal diverso daquele decorrente do uso regular de equipamento de controle fiscal - ECF - nas situações em que, legalmente, está obrigado. Essa irregularidade ocorreu ao longo dos meses de Fevereiro, Março, Abril e Outubro/2016, gerando multa fixa a recolher no valor total de R\$2.224,50 (dois mil, duzentos e vinte e quatro reais e cinquenta centavos), tudo conforme demonstrado no Anexo IV, acostado ao presente PAF. Multa prevista no art. 42, inc. XIII-A, letra "h", da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 - 16.16.01 - Deixou o contribuinte, de efetuar a "manifestação do destinatário" - Confirmação da Operação - referente a operação ou prestação descrita em documento fiscal eletrônico, nos prazos previstos pela legislação tributária. Salientou o autuante que essa irregularidade ocorreu no decorrer dos Exercícios de 2015, 2016 e 2017, gerando multa fixa a recolher nos valores respectivos de R\$32.739,81 (trinta e dois mil, setecentos e trinta e nove reais e oitenta e um centavos); R\$33.575,85 (trinta e três mil, quinhentos e setenta e cinco reais e oitenta e cinco centavos); e, R\$8.772,72 (oito mil, setecentos e setenta e dois reais e setenta e dois centavos), tudo conforme detalhado nos Anexos I, II e III, acostados ao presente Processo. Multa prevista no art. 42, inc. X-A, letra "h", da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 12.824/02 e nova redação dada pela Lei nº 13.461/15.

O contribuinte foi notificado do lançamento em 16/01/2018, através de intimação pessoal e ingressou com defesa administrativa protocolada em 01/03/2018. A peça impugnatória se encontrada anexada às fls. 114 a 124 do presente PAF.

Inicialmente a defesa ressaltou que os produtos comercializados pela autuada foram adquiridos junto a fornecedores regulares, conforme cópia da escrituração contábil, do Livro de Movimentação de Combustíveis - LMC e pela escrituração digital, cujos dados constam nos arquivos da SEFAZ/BA.

No que se refere à autuação a impugnante disse que a questão não pode ser tratada como o foi, porque diz respeito a operações com combustíveis - diesel, gasolina e álcool cuja obrigatoriedade da substituição tributária existe e que no valor dos produtos pagos pelo adquirente/comerciante já se encontra embutido o ICMS, sendo de responsabilidade da distribuidora o recolhimento do imposto. Que o Posto Revendedor de Combustíveis tem obrigação de enviar para a SEFAZ os arquivos digitais mensalmente, o que retiraria a exigência da manifestação do destinatário que já seria contemplado na entrega dos arquivos eletrônicos.

Quanto à infração 04 pertinente a manifestação do destinatário – relacionada à confirmação da operação, sustenta que a exigência fiscal não tem respaldo legal visto que a questão foi objeto de ação proposta pelo Sindicato que representa a categoria dos postos revendedores de combustíveis - SINDICOMBUSTÍVEIS - BAHIA, veiculada através do Processo nº 0550277-86.2016.8.05.0001, em curso na 9ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, conforme anexo, com concessão de liminar (cópia anexa), cujo teor da parte dispositiva foi transcrita na peça de defesa com o seguinte conteúdo:

"Isto posto, DEFIRO a LIMINAR vindicada, nos termos do art. 7º, inciso III, da Lei 12.016/09, c/c 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 art. 89, §14, I e §15, do RICMS/BA e nos moldes daquelas constantes destes autos; ii) a vedação, ao impetrado, de promover qualquer cobrança judicial ou extrajudicial, bem como incluir os nomes dos postos autuados em cadastro de inadimplentes, expedindo em favor destes, sempre que solicitada, certidão de regularidade fiscal, consoante o art. 206 do CTN.

Notifique-se a autoridade indigitada coatora e dê-se ciência do feito à pessoa jurídica interessada, nos termos do art. 7º, incisos I e II, da Lei 12.016/09.

Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se".

Depois da informação prestada pelo Estado e cumpridas as formalidades legais, foi exarada

sentença terminativa (cópia anexa), com o seguinte conteúdo na parte conclusiva:

V - CONCLUSÃO

Ante o exposto, CONCEDO A SEGURANÇA vindicada, somente para: i) relativamente aos fatos geradores ocorridos antes de 01/10/2014, declarar a nulidade das multas aplicadas; ii) reconhecer a inexistência dos e-mails de fls. 58/99 enquanto atos administrativos fiscais e, portanto, declarar a nulidade da cobrança realizada nos moldes aqui discriminados, pertinentes à multas descritas no art. ; iii) em observância ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, atribuir efeitos preventivos ao presente write determinar, à Fazenda Estadual, que se abstenha, futuramente, de realizar novas cobranças nos moldes aqui rechaçados, relativamente aos postos substituídos pelo impetrante.

Com essas considerações, EXTINGO O PROCESSO, com resolução do mérito, na forma do art. 485, 1, do CPC.

Sem honorários sucumbenciais, na forma do art. 25 da Lei n. 12.016/09. Custas e despesas na forma da lei.

Sentença sujeita ao reexame necessário, por força do art. 14, §1º, da Lei 12.016/09.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se.

ESTA SENTENÇA TEM FORÇA DE MANDADO E OFÍCIO.

Salvador(BA), 12 de julho de 2017.

Mariana Varjão Alves Evangelista Juíza de Direito

Ressaltou a defesa, que a situação jurídica da cobrança que envolve a manifestação do destinatário, com cobrança sobre a soma dos valores das notas fiscais em que não se fez a manifestação, está suspensa em função da liminar e da sentença exaradas em Mandado de Segurança (MS), que ainda irá sofrer nova análise e julgamento por força de recurso, ou seja, a questão permanece *sub-judice* e que a autuação contrariou a liminar e a decisão terminativa do mandado de segurança, que confirmou os efeitos da liminar, devendo ser declarada insubstancial a infração em exame. Sustenta portanto a defesa, que a cobrança da multa lançada no auto de infração é nula de pleno direito e caracteriza desobediência ao comando judicial já acima referido.

Acrescentou que a obrigação acessória pertinente a "manifestação do destinatário - Confirmação da Operação" estaria cumprida de forma transversa, na medida em que todo revendedor é obrigado a registrar suas informações de negócio, compra, venda e transporte de combustíveis, enviando-as ao fisco mensalmente, em atendimento ao Decreto nº 6.022/2007 e Convênio ICMS-CONFAZ nº 143/2006. Pontuou ainda que a instituição da Escrituração Fiscal Digital - EFD, em conformidade com o que dispõe o art. 247 do RICMS-Ba, abrange as operações de registro de entradas, registro de saída, registro de inventário, registro de apuração do ICMS, livro de controle de crédito do ICMS do ativo permanente e livro de registro de controle da produção e do estoque. Argumenta que através do recibo de entrega se tem considerada a escrituração do livro e documentos, não havendo dúvida que a obrigação de "manifestação do destinatário - Confirmação da Operação", já estaria cumprida com a entrega das correspondentes EFDs.

Aduziu também que o revendedor varejista, ora autuado, ainda é obrigado a apresentar informações comerciais à SEFAZ mediante a entrega de Demonstrativo Mensal de Apuração de ICMS - DMA, tudo em cumprimento do art. 255 do RICMS e que a própria distribuidora que fornece os produtos informa as operações à SEFAZ-BA. Entende a defesa que a obrigação de "confirmação da operação" foi cumprida de outras formas, não devendo prevalecer a multa aplicada e que a conduta da autuada não implicou em falta de recolhimento de qualquer tributo (ICMS), não havendo má-fé ou vantagem indevida, ficando afastada a possibilidade de ilicitude, no máximo ocorrendo erro material e que estaria acobertado pela Escrituração Fiscal Digital e pelas emissões das DMA's. Disse que esse entendimento tem respaldo no que dispõe o art. 112 do Código Tributário Nacional e no Regulamento do Processo Administrativo do Estado da Bahia (Decreto nº 7.629/2009), com aplicação do estabelecido no art. 158.

Sustenta também a defesa, que a multa é excessiva e visa cobrar novamente, por via indireta, o

imposto que já se encontra recolhido pelo regime de substituição tributária, através da imposição da penalidade de 1% sobre o valor das notas não manifestadas, quando a manifestação ocorreu já em duas oportunidades; a primeira, quando se encaminhou os arquivos digitais, mensalmente, por forma do atendimento a Escrituração Fiscal Digital - EFD; e, a segunda, quando se encaminhou o Demonstrativo Mensal de Apuração de ICMS - DMA, o que significa dizer, para a defesa, que não é possível a superposição de obrigações acessórias com a mesma finalidade.

No que diz respeito a infração nº 01, a defesa afirmou que a omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis (exercício de 2013 a 2017), não tem amparo legal, pois não foram discriminadas quais foram as omissões, sendo a acusação formatada de forma genérica, em contrariedade à lei. Disse que no caso em exame não houve qualquer mácula à Lei Estadual nº 7.014/96, art. 34, que estabelece no seu inciso VI-A, a seguinte obrigação:

VI - A - emitir documento fiscal no momento da realização da operação ou do início da prestação, quando não previsto na legislação momento diverso para a sua emissão;

Quanto à infração de nº 02, relacionada ao extravio documentos fiscais (notas fiscais nºs 33.101 a 33.550 / 33.701 a 34.000), declarou a deficiente que a exigência em exame não tem fundamento, na medida em que as notas fiscais são eletrônicas e a própria SEFAZ tem acesso direto a estas. Alegou que através do CNPJ a fiscalização teria acesso aos documentos indicados como extraviados.

Pontuou que a regra contida nos arts. 232 e 234 do Decreto Estadual nº 13.780/2012, estabelece que:

Art. 232 - Os livros fiscais e contábeis, bem como todos os documentos relacionados aos lançamentos neles efetuados, deverão ser conservados, no mínimo, pelo prazo decadencial e, quando relativos a operações ou prestações objeto de processo pendente, até sua decisão definitiva, ainda que esta venha a ser proferida após aquele prazo.

Art. 234 - Nos casos de sinistro, furto, roubo, extravio, perda ou desaparecimento de livros ou documentos fiscais, fica o contribuinte obrigado a:

I - comunicar o fato à inspetoria fazendária, dentro de 8 dias;

II - comprovar o montante das operações ou prestações escrituradas ou que deveriam ter sido escrituradas, para efeito de verificação do pagamento do imposto, no mesmo prazo.

Entende a defesa que a norma do RICMS em nenhum momento faz referência a notas fiscais, colocando genericamente livros e documentos fiscais e que as notas fiscais eletrônicas não podem ser consideradas como documentos extraviados, ante a possibilidade de acesso a estas pela fiscalização, através do sistema mantido pela própria SEFAZ-BA.

No que se refere a infração de nº 03, que contempla a acusação de emissão de documento fiscal diverso daquele de uso regular, através de equipamento de controle fiscal - ECF – disse a defesa que a penalidade lançada não tem o menor sentido ou respaldo legal, porque as emissões ocorreram em face de erro verificado no sistema de emissão do ECF. Que o art. 202 do Decreto Estadual nº 13.780/2012 (RICMS-BA), foi interpretado de forma equivocada, visto que as operações de venda devem estar acobertadas por emissão de ECF. Todavia, há casos em que se pode emitir as notas fiscais série D-1 e D-2, fato verificado com a empresa autuada, por problemas com o equipamento fiscal. Na impossibilidade de emissão do ECF, emitiu-se em favor dos contribuintes, notas fiscais série D, conforme prescreve o art. 202 do RICMS, norma transcrita na peça de defesa (fls. 121/123).

Ao finalizar a peça de defesa, o contribuinte requer que lhe sejam deferidos todos os meios de provas admitidas em direito, indicando, de logo, a juntada posterior de documentos, além dos aqui anexados, e outros que se fizerem necessários, tudo para que, afinal, seja o **Auto de Infração**, ora impugnado, julgado IMPROCEDENTE.

Requeru, outrossim, a nulidade dos demonstrativos feitos pelo autuante, em razão de macularem

a legislação que rege a matéria. Pede, por fim, que seja intimada de todos os atos do procedimento administrativo, em especial a impugnação à defesa a ser apresentada pelo autuante, sob pena de nulidade processual.

O autuante prestou informação fiscal em 12/04/2018, peça processual que se encontra anexada às fls. 170 e 172 e respectivos anexos.

Após fazer uma síntese dos fatos que conduzirão à autuação, o autuante declarou, em relação à infração 01, que a penalidade fixa exigida teve por base o LEVANTAMENTO DE ESTOQUES procedido em relação aos Exercícios de 2013 a 2017, consoante ANEXOS VI (Gasolina Comum - Folhas 71 e 72 deste PAF) e VI-A (Gasolina Aditivada - Folhas 73 e 74 deste PAF), sendo APURADA A OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. Sendo as citadas mercadorias enquadradas no REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, foi aplicada a penalidade fixa aqui exigida, em respeito à norma legal, em especial o artigo 42-XXII da Lei 7.014/96. Registrhou ainda o fato de que a impugnante não apresentou uma CONTRAPROVA com supostas irregularidades dos referidos Anexos, razão pela qual entende que a presente Infração deve ser declarada **TOTALMENTE PROCEDENTE**.

Quanto à infração 02 disse que essa irregularidade deveu-se à falta de apresentação das Notas Fiscais de venda a consumidor (Modelo 2) de nº 33.101 a 33.550 / 33.701 a 34.000, alegando, o contribuinte, encontrarem-se as mesmas extraviadas, nos termos da Declaração expedida em 02/01/2018, bem como publicação no Jornal A Tarde dos dias 10 e 11/01/2018, (Documentos Anexos), tudo conforme demonstrado no Anexo V, acostado ao presente PAF, e cuja cópia reprográfica foi encaminhada ao contribuinte.

A penalidade fixa aqui exigida diz respeito ao **EXTRAVIO DE 750 (Setecentos e cinquenta) NOTAS FISCAIS DE VENDA A CONSUMIDOR**, nos termos e condições do que consta do Anexo V (Folhas 63 a 70), fato este que foi admitido pela própria impugnante (Declaração de Folhas 65), posteriormente confirmada por publicação realizada no Jornal A TARDE nos dias 10 e 11.01.2018 (Documento de folha 66).

Acrescentou o autuante que a defesa não conseguiu elidir a presente exigência fiscal, razão pela qual entende que a mesma deve ser declarada **TOTALMENTE PROCEDENTE**.

Quanto à infração 03, o autuante informou que o contribuinte emitiu documento fiscal diverso daquele decorrente do uso regular de equipamento de controle fiscal – ECF – nas situações em que legalmente está obrigado. Que essa irregularidade ocorreu ao longo dos Meses de Fevereiro, Março, Abril e Outubro/2016, gerando multa fixa a recolher no valor total de R\$2.224,50 (Dois mil, duzentos e vinte e quatro reais e cinquenta centavos), tudo conforme demonstrado no Anexo IV, acostado ao presente PAF e cuja cópia reprográfica foi regularmente encaminhada ao contribuinte.

Acrescentou em seguida que a penalidade fixa aqui exigida decorreu do fato de a impugnante haver emitido diversas Notas Fiscais de Venda a Consumidor, nos meses de fevereiro, março, abril e outubro/16, em substituição ao CUPOM FISCAL, situação esta que só é admitida pela Legislação Tributária, em casos excepcionais, o que não restou configurado na situação em tela, como provariam os RELATÓRIOS FISCAIS “ECF DETALHADO” constantes das folhas 11 e 12 deste PAF, onde NÃO EXISTEM REGISTROS DE INTERVENÇÕES TÉCNICAS NOS ECF em relação às datas informadas no Anexo IV.

Registrou em relação a essa matéria que é manso e pacífico o entendimento no âmbito do CONSEF, que a emissão de Notas Fiscais em substituição ao ECF só pode ocorrer em situações especiais, sendo indispensável a APRESENTAÇÃO DO ATESTADO DE INTERVENÇÃO NA DATA CORRESPONDENTE, para comprovar a IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO ECF naquele período, conforme consta do ACORDÃO N° JJF 0190-01/II.

Considerando que, em tais situações, a apresentação dos ATESTADOS DE INTERVENÇÃO não foi procedida pelo contribuinte *EM RELAÇÃO ÀS DATAS OBJETO DA AUTUAÇÃO*, entende o autuante, que a MULTA FIXA aqui aplicada deve ser declarada **TOTALMENTE PROCEDENTE**.

No tocante à infração 04 ficou registrada a ocorrência de falta de Manifestação e Confirmação da Operação

ou Prestação descrita em documento fiscal eletrônico, nos prazos previstos pela legislação tributária. Essa irregularidade ocorreu no decorrer dos Exercícios de 2015, 2016 e 2017, gerando multa fixa a recolher nos valores respectivos de R\$32.739,81 (Trinta e dois mil, setecentos e trinta e nove reais e oitenta e um centavos), R\$33.575,85 (Trinta e três mil, quinhentos e setenta e cinco reais e oitenta e cinco centavos) e R\$8.772,72 (Oito mil, setecentos e setenta e dois reais e setenta e dois centavos), tudo conforme detalhado nos Anexos I, II e III, acostados ao presente Processo e cujas cópias reprográficas foram encaminhadas ao contribuinte. Foi aplicada a penalidade fixa prevista na Legislação Tributária Estadual para esta infração.

Em relação a esta Infração o autuante declarou que considerando as alegações da impugnante, aliado ao fato de que em 26/01/2018, houve a interposição do *AGRADO DE INSTRUMENTO AGI 0007256-86.2017.805.0000*, junto à Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, através do qual estará sendo analisado a citada matéria (“MANIFESTAÇÃO DO DESTINATÁRIO”) em Grau de *RECURSO AO MANDADO DE SEGURANÇA N° 0550277-86.2016.8.05.0001*, entendeu que a presente Infração deve ser declarada *IMPROCEDENTE*.

Registrhou ainda para todas as infrações que envolvem imposição de multas fixas é dado ao CONSEF reduzir ou até mesmo cancelar as penalidades conforme foi também destacado na peça de defesa.

Ao concluir a peça informativa o autuante pede que seja declarada a PROCEDÊNCIA DAS INFRAÇÕES 01, 02 e 03, e a IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 04, tudo com base nos elementos que fundamentaram a presente exigência fiscal.

VOTO

O Auto de Infração em lide contempla a exigência de penalidades fixas pelo descumprimento tão somente de obrigações acessórias. Todas as infrações foram impugnadas pela defesa e serão examinadas uma a uma.

Na Infração 01, a penalidade fixa exigida teve por base o levantamento de estoques procedido em relação aos exercícios de 2013 a 2017, consoante anexo VI (gasolina comum - folhas 71 e 72 deste PAF) e anexo VI-A (gasolina aditivada - folhas 73 e 74 deste PAF), sendo apurada a omissão de saídas de mercadorias. Os citados produtos estão enquadrados no regime da substituição tributária, sendo aplicada a penalidade fixa com base nas disposições do artigo 42, inc. XXII da Lei nº 7.014/96, no valor principal total de R\$ 460,00. Constatou que o autuante aplicou a penalidade inespecífica prevista na lei do ICMS para essa ocorrência, considerando o cometimento de uma única infração no decorrer dos 5 (cinco) exercícios fiscalizados, configurando a denominada infração continuada, ou seja, uma única conduta executada de forma repetida.

Na fase de defesa o contribuinte registrou que essa ocorrência foi descrita de forma genérica e sem a correspondente discriminação das omissões de saídas apuradas.

Verifico, todavia, que o levantamento de estoques dos produtos gasolina comum e gasolina aditivada teve por base a escrituração dos encerrantes do contribuinte (Livro LMC – Movimentação de Combustíveis), dos exercícios de 2013 a 2017, constantes dos Anexos VI e VI-A do A.I. (fls. 71 a 74), conforme já destacado linhas acima, cujas cópias reprográficas foram entregues ao sujeito passivo. Portanto, improcede o argumento defensivo de que a descrição dos fatos foi feita de forma genérica e sem a discriminação documental das omissões apuradas na ação fiscal. Caberia à defesa, a partir dos demonstrativos elaborados na ação fiscal, apresentar as provas que elidissem essa infração.

Tratando-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cujo ICMS é retido na fonte pelo estabelecimento produtor/refinador dos combustíveis, com encerramento da fase de tributação nas etapas subsequentes de circulação, remanesce nessa situação tão somente a penalidade por descumprimento de obrigação acessória, relacionada à conduta do estabelecimento revendedor varejista, de deixar de efetuar a emissão de documento fiscal para acobertar as saídas das mercadorias sem tributação na etapa de venda a consumidor final. Infração 01 mantida, no valor de R\$460,00.

Na infração 02, a irregularidade apurada deveu-se à falta de apresentação das Notas Fiscais de venda a consumidor (Modelo 2) de nº 33.101 a 33.550 e nº 33.701 a 34.000. Os referidos extravios foram atestados pelo contribuinte na declaração juntada à fl. 65 dos autos, datada de 02 de janeiro de 2018 e na publicação veiculada através do Jornal A Tarde, de 11/01/2018 (doc. fl. 66).

Observo que todas essas providências de comunicação dos extravios foram tomadas quando já se encontrava em curso a ação fiscal deflagrada em 01/12/2017, através do Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais (doc. fl. 18). Destaco ainda que as notas fiscais de venda a consumidor extraviadas se referem a documentos impressos em papel (modelo D-1/D2), que são utilizados em substituição aos cupons fiscais impressos pelos ECF. Improcede o argumento defensivo de que se trata de documentos eletrônicos passíveis de controle pelo fisco através dos sistemas informatizados de gestão da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e). Notas Fiscais em papel extraviadas demandariam por parte do contribuinte o imediato comunicado do fato às autoridades fiscais para fins de adoção de providências para torná-las inidôneas.

Em decorrência da inação do contribuinte, cessada somente no decorrer da ação fiscal, mantenho a infração apurada nesse item, com a aplicação da penalidade prevista no art. 42, inc. XIX da Lei nº 7.014/96, correspondente a R\$5,00, por documento extraviado, no importe total de **R\$3.750,00**, considerando que a penalidade fixa aqui exigida, diz respeito ao EXTRAVIO DE 750 (Setecentos e cinquenta) NOTAS FISCAIS DE VENDA A CONSUMIDOR, nos termos e condições do que consta do Anexo V deste PAF (folhas 63 a 70), fato este que foi admitido pela própria impugnante (Declaração de Folhas 65), e posteriormente confirmada por publicação realizada no Jornal A TARDE, nos dias 10 e 11.01.2018 (Documento de folha 66), conforme já consignado linhas acima.

Na infração 03 foi aplicada multa em decorrência do contribuinte ter emitido documento fiscal (nota fiscal de venda a consumidor), diverso daquele decorrente do uso regular de equipamento de controle fiscal – ECF –, nas situações em que legalmente está obrigado. Foi observado pelo autuante, que essa irregularidade ocorreu ao longo dos meses de Fevereiro, Março, Abril e Outubro/2016, gerando multa fixa a recolher no valor total de R\$2.224,50 (dois mil, duzentos e vinte e quatro reais e cinquenta centavos), prevista no art. 42, inc. XIII-A, letra “h”, correspondente a 2% do valor da operação ou prestação, tudo conforme demonstrado no Anexo IV, acostado ao presente PAF, cuja cópia reprográfica foi regularmente entregue ao contribuinte.

A penalidade fixa aqui exigida decorreu do fato de a impugnante ter emitido diversas Notas Fiscais de Venda a Consumidor nos meses de fevereiro, março, abril e outubro/2016, em substituição ao CUPOM FISCAL, situação esta que só é admitida pela Legislação Tributária, em casos excepcionais, a exemplo de quebra ou impossibilidade de uso dos ECFs, o que não restou provado nos autos. O autuante, por sua vez, demonstrou a partir dos “RELATÓRIOS FISCAIS ECF DETALHADO”, constantes das folhas 11 e 12 deste PAF, que não ocorreram registros de intervenções técnicas nos ECF, em relação às datas informadas no Anexo IV. A infração acessória está, portanto, configurada nos termos da legislação vigente acima citada.

Todavia, valendo-me do que dispõe o art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96, que estabelece a possibilidade de dosimetria das penalidades por descumprimento de obrigação acessória, desde que as infrações tenham sido cometidas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem em falta de pagamento de tributo e considerando que a esmagadora maioria dos produtos comercializados pela autuada é objeto de substituição tributária em seus fornecedores, com saídas subsequentes não mais tributadas, acrescido do fato de que a revenda no varejo de combustíveis deve ser efetuada por funcionários sem maiores conhecimentos técnicos na seara tributária, reduzo a penalidade aplicada em 80% do valor lançado no Auto de Infração, de forma que a mesma fica ajustada para a cifra de R\$444,90, correspondente a 20% do valor original.

Infração 03 mantida com a redução da penalidade por descumprimento de obrigação acessória.

Na infração 04, a ocorrência apurada foi a falta de Manifestação e Confirmação da Operação ou Prestação descrita em documento fiscal eletrônico, nos prazos previstos pela legislação tributária. Essa irregularidade se verificou no decorrer dos exercícios de 2015, 2016 e 2017, gerando multa fixa a

recolher nos valores respectivos de: R\$32.739,81; R\$33.575,85; e, R\$8.772,72, tudo conforme detalhado nos Anexos I, II e III, acostados ao presente Processo, cujas cópias reprográficas foram entregues ao contribuinte. Foi aplicada a penalidade fixa prevista na Legislação Tributária Estadual para esta infração, positivada no art. 42, inc. X-A da Lei nº 7.014/96, correspondente a 1% do valor da operação que o contribuinte estava obrigado a informar nos eventos da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e).

Observo, entretanto, que a exigência fiscal em exame foi objeto de ação proposta pelo Sindicato que representa a categoria dos postos revendedores de combustíveis - SINDICOMBUSTÍVEIS - BAHIA, veiculada através do Mandado de Segurança Coletivo, tombado sob o nº 0550277-86.2016.8.05.0001, em curso na 9ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, conforme anexo, com concessão de liminar (cópia anexa – fls. 125 a 140), cujo teor da parte dispositiva foi transcrita na peça de defesa com o seguinte conteúdo:

“Isto posto, DEFIRO a LIMINAR vindicada, nos termos do art. 7º, inciso III, da Lei 12.016/09, c/c 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 art. 89, §14, I e §15, do RICMS/BA e nos moldes daquelas constantes destes autos; ii) a vedação, ao impetrado, de promover qualquer cobrança judicial ou extrajudicial, bem como incluir os nomes dos postos autuados em cadastro de inadimplentes, expedindo em favor destes, sempre que solicitada, certidão de regularidade fiscal, consoante o art. 206 do CTN.

Notifique-se a autoridade indigitada coatora e dê-se ciência do feito à pessoa jurídica interessada, nos termos do art. 7º, incisos I e II, da Lei 12.016/09.

Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se”.

Prestada a informação pelo Estado da Bahia nos autos do processo em curso na justiça e cumpridas as formalidades legais, foi exarada sentença terminativa (cópia anexa – fls. 129 a 140), com o seguinte conteúdo na parte conclusiva:

V - CONCLUSÃO

Ante o exposto, CONCEDO A SEGURANÇA vindicada, somente para: i) relativamente aos fatos geradores ocorridos antes de 01/10/2014, declarar a nulidade das multas aplicadas; ii) reconhecer a inexistência dos e-mails de fls. 58/99 enquanto atos administrativos fiscais e, portanto, declarar a nulidade da cobrança realizada nos moldes aqui discriminados, pertinentes à multas descritas no art. ; iii) em observância ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, atribuir efeitos preventivos ao presente writé determinar, à Fazenda Estadual, que se abstenha, futuramente, de realizar novas cobranças nos moldes aqui rechaçados, relativamente aos postos substituídos pelo impetrante.

Com essas considerações, EXTINGO O PROCESSO, com resolução do mérito, na forma do art. 485, I, do CPC.

Sem honorários sucumbenciais, na forma do art. 25 da Lei n. 12.016/09. Custas e despesas na forma da lei.

Sentença sujeita ao reexame necessário, por força do art. 14, §1º, da Lei 12.016/09. Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se.

ESTA SENTENÇA TEM FORÇA DE MANDADO E OFÍCIO.

Salvador(BA), 12 de julho de 2017.

Mariana Varjão Alves Evangelista Juíza de Direito

Ressaltou a defesa, que a situação jurídica da cobrança que envolve a manifestação do destinatário, compreendendo a soma dos valores das notas fiscais em que não se fez a citada manifestação, está suspensa em função da liminar e da sentença exaradas em Mandado de Segurança (MS). Essa demanda ainda irá sofrer nova análise e julgamento por força de recurso, ou seja, a questão permanece *sub judice*, pois a autuação, segundo o juízo de direito, contrariou a liminar e a decisão terminativa do mandado de segurança, que confirmou os efeitos da liminar, devendo ser declarada insubstancial. Sustenta, portanto, a impugnante, que a cobrança da multa lançada no auto de infração é nula de pleno direito e caracteriza desobediência ao comando judicial já acima referido.

Acrescentou que a obrigação acessória pertinente à "manifestação do destinatário - Confirmação

da Operação” estaria cumprida de forma transversa, na medida em que todo revendedor é obrigado a registrar suas informações de negócio, compra, venda e transporte de combustíveis, enviando-as ao fisco mensalmente, em atendimento ao Decreto nº 6.022/2007 e Convênio ICMS-CONFAZ nº 143/2006. Pontuou ainda que a instituição da Escrituração Fiscal Digital - EFD, em conformidade com o que dispõe o art. 247 do RICMS-BA, abrange as operações de registro de entradas, registro de saída, registro de inventário, registro de apuração do ICMS, livro de controle de crédito do ICMS do ativo permanente e livro de registro de controle da produção e do estoque.

Argumenta que através do recibo de entrega deve ser considerada a escrituração do livro e documentos, não havendo dúvida que a obrigação de “manifestação do destinatário - Confirmação da Operação”, já restaria cumprida com a entrega das correspondentes EFDs.

Ressaltou também que o revendedor varejista ora autuado, ainda é obrigado a apresentar informações comerciais à SEFAZ, mediante a entrega de Demonstrativo Mensal de Apuração de ICMS - DMA, tudo em cumprimento do art. 255 do RICMS-BA, e que a própria distribuidora que fornece os produtos, informa as operações à SEFAZ-BA. Entende a defesa que a obrigação de “confirmação da operação” foi cumprida de outras formas, não devendo prevalecer a multa aplicada, e que a conduta da autuada não implicou em falta de recolhimento de qualquer tributo, especialmente o ICMS, não havendo má-fé ou vantagem indevida, ficando afastada a possibilidade de ilicitude, no máximo ocorrendo erro material, e que estaria acobertado pela Escrituração Fiscal Digital (EFDs) e pelas emissões das DMA's. Disse que esse entendimento tem respaldo no que dispõe o art. 112 do Código Tributário Nacional e no Regulamento do Processo Administrativo do Estado da Bahia (Decreto nº 7.629/2009), com aplicação do estabelecido no art. 158.

Sustenta também a defesa, que a multa é excessiva e visa cobrar novamente, por via indireta, o imposto que já se encontra recolhido pelo regime de substituição tributária, através da imposição da penalidade de 1% sobre o valor das notas não manifestadas, quando a Manifestação ocorreu já em duas oportunidades; a primeira, quando se encaminhou os arquivos digitais, mensalmente, por força do atendimento à Escrituração Fiscal Digital - EFD; e a segunda, quando se encaminhou os Demonstrativos Mensais de Apuração de ICMS - DMA, o que significa dizer, para a defesa, que não é possível a superposição de obrigações acessórias com a mesma finalidade.

Em relação a esta Infração, o autuante pede a sua improcedência, considerando as decisões exaradas pela justiça estadual citadas na peça de defesa.

Trata-se de questão, conforme já ressaltado linhas acima, objeto de medida judicial interposta pelo sindicato empresarial, cuja decisão terminativa em 1º grau, verificada em 12 de julho de 2017, antecede a presente autuação formalizada em 10/01/2018, com ciência ao contribuinte em 16/01/2018, através de intimação pessoal. O Estado da Bahia, por sua vez, recorreu da decisão de 1º grau de jurisdição para o Tribunal de Justiça, conforme restou demonstrado nos extratos de tramitação judicial do processo anexados ao PAF pelo autuante (fls. 174 a 178). Tendo o contribuinte, através de seu sindicato, na condição de substituto processual, ingressado com medida judicial antecedente ao lançamento tributário de ofício, aplica-se a este caso o disposto no art. 117 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, devendo os autos serem remetidos à DARC (Diretoria de Arrecadação, Crédito Tributário e Controle), para fins de inscrição do débito na Dívida Ativa, porém, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário em razão da concessão da medida liminar em mandado de segurança e a subsequente confirmação da segurança em 1º grau de jurisdição. O processo administrativo fiscal envolvendo o crédito tributário contido na infração 04 deverá ficar suspenso, até que sobrevenha a decisão dos recursos interpostos pela Fazenda Pública Estadual.

Julgo, portanto, prejudicada a impugnação da infração 04, visto que a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo através de Mandado de Segurança Preventivo (MSP), ainda que através do seu sindicato na condição de substituto processual, importa na renúncia ao direito de impugnar o crédito tributário na esfera administrativa.

Mantém-se o lançamento, com a multa sugerida pelo autuante, ficando, contudo, suspensa a exigibilidade do crédito tributário até decisão final dos recursos na ação mandamental que tramita perante o Poder Judiciário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **146468.0002/18-6**, lavrado contra **POSTO VALE DO CANELA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor de **R\$79.743,28**, previstas no art. 42, incisos XII, XIX, XXIII-A, letra “h”, e X-A da Lei nº 7.014/96, com as reduções previstas no art. 42, § 7º do mesmo diploma legal, além dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de outubro de 2018.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – JULGADOR