

A. I. Nº - 146468.0010/18-9
AUTUADO - POSTO TRANSIÇÃO LTDA.
AUTUANTE - HERINQUE IJALMAR LOPES GRAGEON
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 05.02.2019

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0202-05/18

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. **a)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Fato demonstrado nos autos. Infração comprovada. **b)** FALTA DE MANIFESTAÇÃO DO DESTINATÁRIO. OPERAÇÃO DESCrita EM DOCUMENTO FISCAL ELETRÔNICO. Infração comprovada. 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. Mantém-se a aplicação da penalidade prevista na legislação, observando a disposição do art. 117 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Os autos devem ser 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 de medida liminar em mandado segurança e a subsequente confirmação da segurança em 1º grau de jurisdição. 2. ARQUIVO ELETRÔNICO MAGNÉTICO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. **a)** QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. APRESENTAÇÃO COM DADOS DIVERGENTES. Descumprimento de obrigação acessória. Multa aplicada limitada a 1% sobre o valor das saídas totais de cada período. Infração comprovada. **b)** NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. Os documentos acostados aos autos comprovam que o sujeito passivo deixou de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD -, ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 01/02/2018, constitui crédito tributário no valor de R\$78.844,21, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 01 – 16.01.02 Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal nos exercícios de 2014 e 2016, conforme demonstrativos

acostados às fls. 48 a 53 dos autos, e CD/Mídia de fl. 77. Lançada multa no valor de R\$3.172,99, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

INFRAÇÃO 02 – 16.12.27 Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requerido mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saídas em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações divergentes no ano de 2013, conforme demonstrativos e documentos acostados às fls. 13 a 48 dos autos, e CD/Mídia de fl. 77. Lançada multa no valor de R\$38.591,33, com enquadramento nos artigos 259 e 261 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

INFRAÇÃO 03 – 16.14.04 Deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação tributária nos exercícios de 2014 e 2015, conforme demonstrativos acostados às fls. 54 a 57 dos autos, e CD/Mídia de fl. 77. Lançada multa no valor de R\$23.460,00, com enquadramento nos artigos 247, 248, 249 e 250 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

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 no exercício de 2015, conforme demonstrativos acostados às fls. 44 a 47 dos autos, e CD/Mídia de fl. 77. Lançada multa no valor de R\$13.619,89, com enquadramento na cláusula décima quinta – “A” e “B”- do ajuste SINIEF 07/05; parágrafo 14 do art. 89 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, com a redação dada pelo Dec. 14.750 de 27.09.2013; e inciso XV do art. 34 da Lei 7.014/96+

O sujeito passivo, às fls. 71/73 dos autos, apresenta defesa administrativa, na qual impugna apenas as infrações 2 e 4 do Auto de Infração em tela, conforme a seguir passo a expor:

• **DOS FATOS**

Diz que, no dia 05/02/2018 às 10:17h na Infaz Varejo foi encerrada a fiscalização da empresa supracitada pelo auditor Henrique Ijalmar Lopes Grangeon, Cad. 131464686, em cumprimento a OS 506079/17 tendo sido apuradas as irregularidades caracterizadas na inicial do presente PAF,

Após descrever os termos da autuação relativa às Infrações 2 e 4, consigna que a notificada é empresa constituída no Estado da Bahia há vários anos na comercialização a varejo de combustíveis para veículos automotores, em que sempre procurou, apesar das várias dificuldades que assomam aos empresários de nosso País, cumprir corretamente com suas obrigações fiscais, pagando seus tributos em dia e adequando-se às inúmeras obrigações acessórias que surgem a cada dia.

Destacando trecho da obra de Luciano Amaro, diz que a conduta da empresa em atrasar a entrega da declaração, ainda que viole a legislação, muitas vezes não causa nenhum prejuízo ao Erário Público.

Neste contexto, diz que se está diante de um típico descumprimento instrumental. Logo, o que se pretende coibir com a sanção não é a falta de recolhimento, mas sim a falta ou o atraso na prestação de informações. Destaca que o ilícito praticado pelo contribuinte - *atraso no cumprimento da obrigação acessória* - não guarda necessariamente correspondência com o valor do tributo. Nesse sentido, entende que o Fisco deve se pautar, entre outros, pelo "princípio da instrumentalidade das formas", ou seja, a obrigação acessória não pode ser um fim em si mesma a justificar uma sanção desse porte.

Diz que a obrigação acessória 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 prejuízo causado, eis que inúmeras declarações são "circulares", ou seja, presta-se a mesma informação em várias declarações para o mesmo ente público.

Além disso, na perspectiva constitucional, diz que a sanção tributária, à semelhança das demais sanções impostas pelo Estado, deve respeitar os princípios da "legalidade", "razoabilidade" e "proporcionalidade". A multa não pode ser transformada em instrumento de arrecadação; pelo contrário, deve-se graduar a multa em função da gravidade da infração, vale dizer da gravidade do dado ou da ameaça que a infração representa para a arrecadação de tributos.

Neste sentido, observa que a Constituição Federal prevê em seu texto normativo (artigo 150, IV) 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.

Assim, destaca estar suprida de razões para comparecer perante a este Órgão Administrativo competente para apresentar suas motivações de inconformismo, esperando ao final, ver providas suas razões de ingresso. Entende a notificada, que a presente notificação não tem esteio tributário e ainda, que as multas exponenciadas significam um enriquecimento ilícito do Estado, em ofensiva à igualdade das partes, sendo tal igualdade garantida pela Constituição Federal Brasileira.

Com isso, entende a notificada a necessidade da reavaliação do auto, devido a exorbitância da multa aplicada face à margem de lucratividade das empresas, e afronta ao direito de livre exercício da atividade econômica, aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e não-confisco.

Diz, também, que a exigibilidade do tributo enfocado pela notificação restará suspenso visto o disciplinado, quer pela legislação Estadual, quer pelo Art. 151 do CTN, este ainda em vigor:

• **DOS PEDIDOS**

Apoiado em todo o exposto e nas provas documentais acostadas ao procedimento, permite-se a notificada, na exata forma processual administrativa, requerer que:

- a) seja regularmente distribuída e conhecida a presente defesa escrita, sendo processada pelo órgão competente;
- b) sejam acatados os novos cálculos da Infração 02 e abatido do auto; e
- c) seja adentrado no mérito da presente defesa, constatando-se a incidência de multa fixa para obrigação acessória, expurgando-se ainda dos cálculos a capitalização e os demais acréscimos ilícitos, intimando-se a aqui notificada de todo o andamento do processo administrativo para o regular exercício da ampla defesa.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 79/80 dos autos, após descrever, resumidamente as infrações apontadas no Auto de Infração em tela, assim expõe:

Em suas razões de defesa, protocolada junto à Sefaz em 05/04/2018, conforme processo nº 059.762/2018-2, diz a impugnante que acata integralmente as infrações 01 e 03, e insurge-se contra as infrações 02 e 04, levantando situações e apresentando justificativas sobre as quais pede a improcedência destas 02 últimas infrações, ou seja, das infrações 02 e 04.

• *Alegações da Impugnante quanto a exigência objeto da Infração 02*

Diz que a penalidade fixa aqui exigida, tem como base a constatação de dados divergentes entre as informações inseridas nos Arquivos Magnéticos (SINTEGRA) e outras constantes nas DMA's transmitidas ao fisco. Esclarece que a própria empresa reconhece que esta divergência aconteceu de fato, tanto que, em seu pleito, de folhas 71 a 77, solicita que o valor da penalidade seja reduzido de R\$38.591,33, para R\$7.718,27, por entender que não houve sido observado o limite de 1% (um por cento) estabelecido pelo legislador neste caso específico.

Tal argumento diz que não há de prosperar, visto que, como se observa no Anexo I (Folha 13 deste PAF) todos os cálculos foram efetuados com base no percentual de 1% sobre o valor das saídas totais e cada período.

Diz que, o que certamente confundiu a impugnante foi o fato de que no corpo do Auto de Infração (Folha 02) consta a alíquota de 5%, que, de fato é a alíquota que deve nortear a dita cobrança, daí por que, cabe ao preposto fiscal, inseri-la, para efeito de cobrança no Auto de Infração, fazendo os necessários Ajustes, para que o limite imposto pelo legislador, para o caso em tela, possa ser respeitado.

Cita o exemplo do mês de Jan/2013 para ilustrar:

$$\text{Saídas Totais} = \text{R\$}289.874,50 \times 5\% = \text{R\$}14.493,73$$

$$\text{Saídas Totais} = \text{R\$}289.874,50 \times 1\% = \text{R\$}2.898,75$$

Valor exigido no A.I. = R\$2,898,75 (Com a observância do limite de 1% Sobre as saídas totais)

Neste contexto, diz ter procedido com mesmo raciocínio para os meses de Fev. a Dez/2013. Diante destes fatos, entendo que a presente infração deva ser declarada totalmente procedente.

• *Alegações da Impugnante quanto à exigência objeto da Infração 04*

Com relação a esta Infração, tendo em vista as alegações da impugnante, aliado ao fato de que em 26/01/2018, houve a interposição do *AGRADO DE INSTRUMENTO AGÍ 0007256-86.2017.805.0000*, junto à 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 N° 0550277- 86.2016.8.05.0001*, entende o autuante que a presente Infração deve ser declarada *IMPROCEDENTE*.

Destarte, conclui solicitando à essa egrégia Corte que declare a procedência das infrações 01, 02 e 03, e a improcedência da infração 04, tudo com base nos elementos que fundamentam a presente exigência fiscal.

Agindo desta forma, diz que este colendo órgão julgador, estará confirmado uma tônica que tem marcado as suas reiteradas decisões, qual seja a de promover de forma constante e contínua a correta Justiça Fiscal.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir do sujeito passivo penalidades fixas, pelo descumprimento de 4 (quatro) infrações, tão somente de obrigações acessórias. A Infração 1 diz respeito a ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal; a Infração 2, forneceu informações através de arquivo magnético exigidos na legislação tributária, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes; a Infração 3 deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazo previstos na legislação; e a Infração 4, por ter deixado de efetuar o “manifesto do destinatário” – confirmação da operação – referente à operação ou prestação descrita em documento fiscal eletrônico, nos prazo previstos na legislação.

As infrações 1 e 3 não foram impugnadas pelo deficiente, portanto, consideradas procedentes, não fazendo parte da lide, na forma da disposição do art. 140 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/7/99, em que o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Assim, a lide se restringe apenas às infrações 2 e 4, as quais foram impugnadas, não no mérito em si. Em relação à Infração 2, não nega o cometimento da mesma, porém argui que a multa calculada não houvera respeitado o limite de 1% (um por cento) sobre o valor das saídas totais de cada período estabelecido na legislação, em que solicita a redução da penalidade de R\$38.591,33 para o valor de R\$7.718,27. Quanto à Infração 4, também não nega seu cometimento, pede porém sua improcedência, dado à alegação de que sua conduta omissiva de confirmação da operação através de manifesto de recebimento das mercadorias, objeto da autuação, não traz repercussão na obrigação principal do tributo, além de arguir a exorbitância da multa aplicada,

desrespeitando os princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, embasado na disposição do art. 150, IV da CF/88.

Em sede de informação fiscal, o autuante, relativamente à Infração 2 diz que não deve prosperar a arguição de erro no cálculo da multa aplicada, uma vez que todos os cálculos foram efetuados com base no percentual de 1% sobre o valor das saídas totais de cada período da multa aplicada, pelas informações fornecidas através de arquivos magnéticos com dados divergentes de sua escrita fiscal. Traz aos autos, inclusive, um exemplo demonstrativo da assertividade da multa aplicada, conforme destacado no parágrafo seguinte.

Saídas totais do mês de Jan/2013 - R\$289.874,50. Multa lançada de R\$2.898,75, constante do demonstrativo de débito da autuação à fl. 13 dos autos. Diz que, se não houvera observado o limite de 1% arguido pelo defendant, a multa lançada seria de R\$14.493,73 (5% de R\$289.874,50). Respeitando o limite de 1% definido na legislação, lançou o valor de R\$2.898,75, correspondente a 1% de R\$289.874,50. Todo esse raciocínio, diz ter seguido para todos os lançamentos do item 2 do Auto de Infração, o que pude verificar no demonstrativo que fundamenta o débito fiscal, objeto da infração 2.

Em sendo assim, não prosperando a arguição de erro no cálculo da multa aplicada, vez que todos os cálculos foram efetuados com base no percentual de 1% sobre o valor das saídas totais de cada período da multa aplicada; e o defendant não negando o cometimento da infração imputada, voto pela procedência das multas lançadas no demonstrativo de débito da autuação. Infração 2 subsistente.

Relativamente à infração 4, que diz respeito a ter deixado de efetuar o “*manifesto do destinatário*” – confirmação da operação – referente à operação ou prestação descrita em documento fiscal eletrônico nos prazos previstos na legislação, relativo às notas fiscais eletrônicas constantes do demonstrativo de débito de fls. 43/44 dos autos; em que pese o defendant apenas arguir a exorbitância da multa aplicada, por desrespeito aos princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, embasado na disposição do art. 150, IV da CF/88; observo que o agente Fiscal autuante, pelo fato de que em 26/01/2018, houve a interposição do AGRAVO DE INSTRUMENTO AGÍ 0007256-86.2017.805.0000, junto à primeira câmara cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que está analisando 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.

Trata-se, na realidade, de medida judicial interposta pelo sindicato empresarial, cuja decisão terminativa em 1º grau, verificada em 12 de julho de 2017, concedendo a segurança vindicada nos autos, antecede a presente autuação formalizada em 01/02/2018. 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 próprio autuante às fls. 81/91.

Tal situação, foi objeto de análise no Auto de Infração nº 146468.0002/18-6, através do Acórdão JJF Nº 0179-05/18, desta mesma Junta de Julgamento Fiscal, de lavra do Auditor Fiscal Tolstoi Seara Nolasco, que decidiu por aplicar a disposição do art. 117 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, e que entendo que seja seguido o mesmo raciocínio no presente PAF, onde a seguir passo a descrever, com as adaptações devidas ao objeto em análise.

Neste sentido, como está posto no Acórdão JJF Nº 0179-05/18, o que também coaduno com o entendimento, tendo o contribuinte, através de seu sindicato, na condição de substituto processual, ingressado com medida judicial antecedente ao lançamento tributário de ofício, aplica-se 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 segurança, e a subsequente confirmação da segurança em 1º grau de jurisdição.

Logo, 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 manifestação do agente Fiscal de improcedência 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.

Desta forma, voto pela manutenção do lançamento da multa imputada pelo autuante em relação à Infração 4, ficando, contudo, suspensa a exigibilidade do crédito tributário, até decisão final dos recursos na ação mandamental que tramita perante o Poder Judiciário.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **146468.0010/18-9**, lavrado contra **POSTO TRANSIÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor de **R\$65.224,32**, previstas no art. 42, incisos X-A, XI e XIII-A da Lei nº 7.014/96, além dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, ficando suspensa a exigibilidade da multa aplicada na Infração 4, com a aplicação do art. 117 do RPAF/BA, correspondente ao valor de **R\$13.619,89**, prevista no art. 42, incisos X-A da Lei nº 7.014/96, além dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de novembro de 2018.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA