

PROCESSO - A. I. Nº 146468.0038/17-2
RECORRENTE - M 55 COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0171-04/18
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 31/05/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0091-11/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. MULTA. a) DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE VENDA A CONSUMIDOR. EXTRAVIO; b) MANIFESTAÇÃO DO DESTINATÁRIO. FALTA DE CONFIRMAÇÃO DA OPERAÇÃO. Acusação mantida, tendo em vista que a cópia da Decisão Interlocutória trazida aos autos pelo autuante, não possui relação com a metodologia adotada neste Auto de Infração. Infração subsistente em parte. Aplicada redução da multa em 50% para a infração 2, e 90% para a infração 3. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, contra a decisão de piso que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 07/12/2017, o qual se refere 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 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.

Após a devida instrução processual, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência, por unanimidade, com base nos seguintes fundamentos abaixo transcritos:

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.

Irresignado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário objetivando a reapreciação da decisão de piso.

Inicialmente requer que as intimações sejam feitas ao Patrono da empresa e segue tecendo um breve relato dos fatos.

Afirma que a decisão da JJF deve ser reformada, considerando, inclusive, que caracteriza “crime de desobediência”. Explica que, conforme consta do relatório e voto, o SINDICOMBUSTÍVEIS obteve “decisão liminar”, em agosto de 2016, **impedindo o Estado da Bahia de “realizar novas autuações ou cobranças fundadas no art. 89, § 14, I e §15 do RICMS/BA”**. Todavia, a presente autuação, já desobedecendo a referida ordem, foi realizada em 07/12/2017. O Auto de Infração, **enquanto vigente a decisão**, sequer poderia ser lavrado. E por isso mesmo, percebendo o erro, o Sr. Autuante declinou pela improcedência do lançamento.

Salienta que, caso a ordem judicial tivesse sido apenas no sentido de impedir a inscrição em Dívida Ativa ou a cobrança judicial, a JJF teria razão. Contudo, foi determinado também o impedimento à realização de autuações, o que vem sendo afrontado.

Assim, entende que caberia ao CONSEF acolher a determinação judicial, cuja liminar foi confirmada pela sentença anexa, desconstituindo o lançamento realizado com desobediência à ordem judicial. Dizer que a decisão é transitória e que poderá ser revista pelo TJ da Bahia, é negar eficácia ao próprio instituto da “liminar”. Não importa o seu caráter! Enquanto uma decisão judicial se encontra em vigor não pode ser desrespeitada, sob pena de crime de responsabilidade.

Pontua que, ainda que não fosse filiada ao Sindicato, a decisão judicial PROIBIU a lavratura de

autuações, entendendo-se tal proibição como extensiva a qualquer estabelecimento inscrito no cadastro estadual. Não obstante, a Autuada é sim filiada ao SINDICOMBUSTÍVEIS, conforme documento anexo, o que esvazia por completo a fundamentação da decisão.

Assevera de pronto, que em se tratando as questões até então abordados de matérias suscetíveis a possível caracterização de “crime”, de logo pede a participação da PGE/PROFIS, que deverá ser instada a emitir parecer. Solicita também a ouvida do Ministério Público Estadual, que poderá também ser provocado pela Autuada ou pelo Sindicombustíveis.

Ademais, informa que se afigura exacerbada a multa no valor histórico de R\$52.029,90. No particular, observa tratar-se de sanção aplicada sobre estabelecimento que atua no segmento de varejo de combustíveis, cujas aquisições, pertinentes à mesma multa, estão submetidas ao regime de substituição tributária, com o ICMS retido. De outro lado, na autuação sequer foi feita qualquer menção a ação dolosa por parte da Autuada, que assim agiu de boa fé. E com relação à infração 03, não há relação com a falta de pagamento do ICMS. Apenas o item 01 se reporta à infração de caráter principal, contudo sem qualquer relação com a obrigação acessória (ICMS da “loja de conveniências”). E a razão apresentada pela JJF (ação de forma repetitiva), não possui o condão de vetar a concessão, cujos requisitos estão na lei.

Cita decisões deste CONSEF quanto às reduções da multa aplicada e pontua que a PGE/PROFIS, consoante parecer anexo, tem se manifestado no sentido de que a competência para deliberar sobre a dispensa ou redução da multa é exclusiva do CONSEF. Entretanto, em situações semelhantes, registra que os requisitos legais encontram-se presentes e que *“não é a existência de qualquer débito tributário que logra desautorizar a redução ou cancelamento de multa, mas apenas a existência daqueles débitos que sejam diretamente relacionados, num liame de causa e efeito, à infração cuja multa se pretende cancelar ou reduzir”*.

Diz que na improvável hipótese de manutenção da Decisão recorrida, requer o CANCELAMENTO ou a REDUÇÃO da multa correspondente ao item 3, sendo no caso de redução em 90%. Pede, também, apesar da ausência de contestação do item 02, que a multa respectiva seja reduzida, em 90%, dentro do mesmo escopo do item 03.

Nesta senda, pede também pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente ouvida da PGE/PROFIS e Ministério Público Estadual, requer o provimento do presente Recurso Voluntário, a fim de que o item 03 seja julgado, na esteira da manifestação do Autuante, improcedente, ou para que seja a multa do item 03 cancelada ou reduzida em 90%, aplicando-se também redutor de 90% na multa do item 02. Já com relação ao item 01, será providenciado o pagamento do valor cobrado.

Tendo em vista a matéria eminentemente jurídica trazida na infração 03, convertemos o feito em diligência à PGE/PROFIS para emissão de parecer.

Em resposta, o representante da procuradoria manifestou-se entendendo ser aplicável ao caso em apreço o quanto exposto no art. 117, II do RPAF/99, não se podendo mais falar em discussão sobre a infração 03 neste contencioso administrativo, uma vez que o contribuinte escolheu a via judicial para resolução do tema.

VOTO

O presente Auto de Infração, imputa ao sujeito passivo o cometimento de 3 infrações, sendo objeto de análise tão somente as infrações 03 e 02, e o pedido de redução de multa, postulado nesta oportunidade recursal pela Recorrente.

A infração 03 diz respeito à falta de “manifestação do destinatário” - referente à 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.

Toda a discussão trazida ao processo em relação à referida liminar encontra-se superada. Em recente discussão nos autos do Processo Administrativo de nº 146468.0007/18-8, onde o

representante da procuradoria naquela oportunidade, após averiguar o processo judicial do Mandado de Segurança, observou que a decisão da liminar impedia, em verdade, o Estado da Bahia de realizar novas autuações ou cobranças fundadas no art. 89, §14, I e §15 do RICMS/BA, **relativas à metodologia que realizava as notificações, por meio de endereço eletrônico, aos revendedores de combustíveis.**

Assim, a proibição era relativa ao procedimento de novas autuações baseadas nas notificações eletrônicas e não uma proibição absoluta, como fez crer o contribuinte em suas alegações.

Ante à análise do Mandado de Segurança Coletivo nº 0550277-86.2016.8.05.0001, até o próprio patrono da empresa reconheceu a pertinência dos argumentos trazidos pela procuradoria, reconsiderando suas argumentações, já que a presente infração não foi realizada nos moldes da metodologia atacada pelo Mandado de Segurança supracitado.

Ademais, tendo em vista que o pedido de redução/cancelamento das multas, tanto nas infrações 02, quanto na infração 03, foi anterior à alteração legislativa que revogou a norma do art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96, e do art. 158 do RPAF, este órgão julgador pode sobre ela se manifestar.

Analisando as operações autuadas, vislumbro que ambas preenchem os requisitos normativos para a redução da multa aplicada, quais sejam: não prejuízo ao Erário e ausência de dolo, fraude ou simulação.

No pertinente à infração 02, relativa ao descumprimento de obrigação acessória relativa à 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, vislumbro o cabimento da redução em apreço tendo em vista que tal infração cometida não trouxe dano ao erário nem foi praticada com dolo, fraude ou simulação.

Já na infração 03, observa-se que o descumprimento acessório diz respeito a não realização da “manifestação do destinatário” – confirmação da operação – referente à operação descrita em documento fiscal eletrônico, nos prazos previstos pela legislação tributária, situação em que também não se verifica o prejuízo financeiro aos cofres públicos, muito menos foram realizados com dolo, fraude ou simulações (situações que devem ser provadas pelo Fisco para sua aplicação).

Observa-se que em se tratando de postos de combustíveis, onde os itens autuados são em substituição tributária, razão pela qual é pertinente a aplicação da redução em 90% da multa aplicada, além do que, as operações efetivamente ocorreram, tratando-se efetivamente de falta de manifestação do destinatário.

Assim, com base nos dispositivos normativos acima citados, reduzo a multa da infração 02 em 50%, remanescendo em R\$750,00 e a infração 03 em 90%, remanescendo o valor de R\$5.202,98, preservando o caráter pedagógico da penalidade aplicada.

Deste modo, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

Cód. Inf	Ocorrência	Vencimento	Alíq	VL. Lançado	VL. Julgado-CJF	Multa
16.16.01	31/01/2015	09/02/2015	0	12.081,50	1.208,15	1
16.16.01	30/04/2015	09/05/2015	0	86,10	8,61	1
16.16.01	31/05/2015	09/06/2015	0	9.824,88	982,49	1
16.16.01	30/06/2015	09/07/2015	0	6.610,24	661,02	1
16.16.01	31/07/2015	09/08/2015	0	3.865,86	386,59	1
16.16.01	31/08/2015	09/09/2015	0	3.564,60	356,46	1
16.16.01	30/09/2015	09/10/2015	0	2.354,63	235,46	1
16.16.01	31/10/2015	09/11/2015	0	5.377,04	537,70	1
16.16.01	30/11/2015	09/12/2015	0	3.412,69	341,27	1
16.16.01	30/06/2016	09/07/2016	0	4.189,27	418,93	1
16.16.01	30/09/2016	09/10/2016	0	11,82	1,18	1
16.16.01	30/11/2016	09/12/2016	0	636,03	63,60	1
16.16.01	31/12/2016	09/01/2017	0	15,24	1,52	1
Total da Infração				52.029,90	5.202,98	
02.01.01	31/08/2015	09/09/2015	17	16.698,25	16.698,25	60
02.01.01	30/09/2015	09/10/2015	17	1.010,60	1.010,60	60
02.01.01	31/10/2015	09/11/2015	17	898,30	898,30	60
02.01.01	30/11/2015	09/12/2015	17	953,39	953,39	60

02.01.01	31/12/2015	09/01/2016	17	1.435,87	1.435,87	60
02.01.01	31/01/2016	09/02/2016	17	763,31	763,31	60
02.01.01	29/02/2016	09/03/2016	17	81,98	81,98	60
02.01.01	31/03/2016	09/04/2016	17	1.351,08	1.351,08	60
02.01.01	30/04/2016	09/05/2016	17	1.403,22	1.403,22	60
02.01.01	31/05/2016	09/06/2016	17	1.187,99	1.187,99	60
02.01.01	31/07/2016	09/08/2016	17	555,53	555,53	60
02.01.01	31/08/2016	09/09/2016	17	846,73	846,73	60
02.01.01	30/09/2016	09/10/2016	17	1.017,83	1.017,83	60
02.01.01	31/10/2016	09/11/2016	17	984,45	984,45	60
02.01.01	30/11/2016	09/12/2016	17	774,47	774,47	60
02.01.01	31/12/2016	09/01/2017	17	20,01	20,01	60
Total da infração 1				29.983,01	29.983,01	
16.03.02	31/12/2016	09/01/2017	0	1.500,00	750,00	0
Total da infração 2				1.500,01	750,00	
Total				83.512,91	35.935,99	

VOTO DISCORDANTE (Infração 02)

Dirirjo, com a devida *venia*, do entendimento da ilustre Relatora, quanto à redução da multa relativa à infração 2, no valor original de R\$1.500,00, decorrente do extravio das notas fiscais de venda ao consumidor, eis que por tratar de contribuinte com objeto social de revenda de combustível e derivados de petróleo, como também de loja de conveniência, não posso acolher o pedido de redução da penalidade por descumprimento de obrigação acessória aplicada ao autuado, nos termos do art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96, cuja prerrogativa era vigente quando do pedido recursal, conforme entendimento consolidado neste CONSEF, relativo à mesma matéria, pois não vislumbro, nos autos, os requisitos para a redução da multa, nos termos previsto, à época, no referido dispositivo legal, uma vez que, se houve extravio das notas fiscais, não se pode comprovar e muito menos afirmar que tal evento não implicou falta de recolhimento do tributo, haja vista que sequer podemos atribuir que tais notas fiscais dizem respeito ao seguimento de vendas de combustíveis, com tributação encerrada, ou ao da loja de conveniência, com diversas operações sujeitas à tributação normal.

Assim, diante de tais considerações, quanto à infração 2, mantenho a Decisão recorrida e deixo de acolher o pedido do contribuinte para reduzir a multa por descumprimento de obrigação tributária acessória.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **146468.0038/17-2**, lavrado contra **M 55 COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$29.983,01**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$5.952,98**, previstas nos incisos X-A e XIX da mesma Lei e Artigo já citados, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Infração 2) – Conselheiros(as): Laís de Carvalho Silva, Anderson Ítalo Pereira, Luiz Alberto Amaral de Oliveira, Evalda de Brito Gonçalves e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DISCORDANTE – Conselheiro: Fernando Antonio Brito de Araújo.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 07 de abril de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - VOTO DISCORDANTE
(Infração 2)

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS