

**PROCESSO** - A. I. Nº 146468.0032/17-4  
**RECORRENTE** - POSTO SISSI LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1º JJF nº 0181-01/18  
**ORIGEM** - DAT METRO / INFAZ VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 12/01/2022

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO C/JF Nº 0335-12/21-VD**

**EMENTA:** ICMS. 1. MULTA. a) ENTRADA DE MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. Autuado não contestou a infração. Planilha anexada traz detalhamento da apuração da multa exigida, em conformidade com a legislação. Infração 1 subsistente. b) DOCUMENTO FISCAL ELETRÔNICO. FALTA DE MANIFESTAÇÃO DO DESTINATÁRIO. Autuado optou por interpor medida judicial acerca da matéria tratada na infração 2. Processo deve ser encaminhado à PGE/PROFIS para a adoção das medidas cabíveis. Considerar **PREJUDICADA** a defesa quanto à infração 2. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, exarada através do Acórdão JJF nº 0181-01/18, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 21/11/2017, para exigir multa no valor total de R\$ 37.560,97, em decorrência das seguintes infrações:

*Infração 01 - 16.01.02 - deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, ocorrido em janeiro de 2013, de março de 2013 a março de 2014, maio de 2014 e de julho a dezembro de 2014, sendo exigida multa no valor de R\$4.243,40, prevista no inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96;*

*Consta como complemento à descrição da infração: Essa irregularidade ocorreu no decorrer do Exercício de 2013 e 2014, gerando multa fixa a recolher nos valores respectivos de R\$1.047,42 (Um mil, quarenta e sete reais e oitenta e oito centavos) e R\$3.195,98 (Três mil, cento e noventa e cinco reais e noventa e oito centavos), e valor total de R\$4.243,40, em razão da falta de registro na sua Escrituração fiscal Digital de diversos documentos fiscais, no decorrer destes exercícios, tudo conforme detalhado nos Anexos III e IV, acostados ao presente e cuja cópia reprográfica será encaminhada ao contribuinte.*

*Infração 02 - 16.16.01 - deixou 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, ocorrido em janeiro e fevereiro de 2015 e de maio de 2015 a janeiro de 2016, sendo exigida multa no valor de R\$33.317,57, prevista no inciso X-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96.*

*Consta como complemento à descrição da infração: Saliente-se que essa irregularidade ocorreu no decorrer do Exercício de 2015 e 2016, gerando multa fixa a recolher nos valores respectivos de R\$30.780,69 (Trinta Mil, setecentos e oitenta reais e sessenta e nove centavos) e R\$ 2.536,88 (Dois mil, quinhentos e trinta e seis reais e oitenta e oito centavos). Valor total de R\$33.317,57, tudo conforme detalhado nos Anexos I e II, acostados ao presente e cuja cópia reprográfica será encaminhada ao contribuinte.*

Em sede de defesa, acostada às fls. 72 a 74, a empresa autuada, alegou, sobre a infração 02, que o atraso na entrega da declaração, ainda que viole a legislação, muitas vezes não causa nenhum prejuízo ao Erário Público. Disse que 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.

O autuante apresentou informação fiscal à fl. 85. Destacou que o autuado reconheceu a procedência da infração 01, mas se insurgiu em relação à infração 02.

Isto posto, o presente Processo Administrativo Fiscal foi encaminhado para a 1ª Junta de Julgamento Fiscal. A referida e. JJF exarou decisão pela procedência da autuação no valor de R\$37.560,97, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 3.956. Na referida decisão suspendeu a exigibilidade do crédito tributário em relação à infração 02, no valor de R\$33.317,57, devido a mesma ter sido prejudicada pela peça defensiva, sendo assim, solicitou o encaminhamento dos autos à PGE/PROFIS, para adoção das medidas cabíveis, nos termos do artigo 151, IV do CTN. Segue decisão exarada pela referida JJF:

“(.....)”

*Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõem o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.*

*O presente auto de infração versa sobre duas infrações.*

*Na infração 1, é exigida multa pela falta de registro fiscal na entrada de mercadorias não tributáveis, que não foi contestada pelo autuado em sua defesa. O autuante apresentou planilha com a relação das notas fiscais, identificando a chave de acesso, emitente, data, valor da operação e valor da multa. Valor apurado observou os ditames da legislação. Infração subsistente.*

*Em relação à infração 2, consta das fls. 87 a 95, informações acerca das movimentações e despachos referentes ao Mandado de Segurança Coletivo nº 0550277-86.2016.8.05.0001, impetrado pelo SINDICOMBUSTÍVEIS (Sindicato do comércio de combustíveis, energias alternativas e lojas de conveniência do Estado da Bahia), ao qual o autuado é sindicalizado, cuja segurança foi concedida no sentido de impedir que a Fazenda Estadual realizasse novas cobranças nos moldes exigidos nesta infração.*

*Considerando a identidade entre a matéria tratada no presente Auto de Infração e o referido mandado de segurança, em que o Estado da Bahia interpôs AGRAVO DE INSTRUMENTO AGI 0007256-86.2017.805.0000, junto à Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, entendo que o autuado renunciou à impugnação administrativa.*

*De acordo com o caput do art. 117 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, “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”. Assim, entendo que a defesa interposta fica prejudicada, já que o autuado está discutindo a matéria no âmbito do Poder Judiciário, devendo o processo ser inscrito em dívida ativa, mas com suspensão da exigibilidade do crédito tributário.*

*Com base em todo o exposto, julgo PROCEDENTE a infração 1 e considero PREJUDICADA a defesa interposta em relação à infração 2, devendo ser encaminhado o presente processo à PGE/PROFIS, para a adoção das medidas cabíveis, devido à suspensão da exigibilidade do crédito tributário em relação à infração 2, prevista no art. 42, X-A da Lei nº 7.014/96, devendo os autos serem encaminhados à PGE/PROFIS, para adoção das medidas cabíveis, nos termos do artigo 151, IV do CTN. Caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo ou a Decisão liminar não seja confirmada quando do julgamento final de mérito da demanda judicial, a repartição competente deve intimar o autuado para quitar o débito, no prazo de 20 (vinte) dias. Após o decurso do referido prazo sem a efetivação do pagamento, todas as penalidades indicadas na autuação devem ser incluídas no cálculo do débito ora exigido.”*

Diante da decisão acima exarada, o sujeito passivo tomou conhecimento da mesma. Inconformado, interpôs Recurso Voluntário (fls. 112/115), o qual passo a relatar.

Inicialmente, requereu de que todas as intimações relativas ao feito fossem direcionadas ao seu advogado, conforme endereço indicado no rodapé do presente recurso.

Em seguida, afirmou que a decisão da 1ª JJF, em relação a infração 02, deve ser reformada, considerando, inclusive, que caracteriza “crime de desobediência”, uma vez que, e em primeiro, não poderia ela ter considerado a defesa apresentada “prejudicada”, na medida em que a medida judicial informada no PAF não tratou deste lançamento de ofício de forma específica. Não houve, assim, a alegada “renúncia à defesa”. Em segundo, a questão sobre a demanda judicial foi levantada pelo autuante e não pela empresa. Em assim sendo, se percebe que a decisão é nula, pois, inclusive, causa supressão de instância, devendo o processo retornar à JJF para novo e regular julgamento.

Por outro lado, observou o tema que envolveu a questão judicial foi tratado pela JJF de forma absolutamente ilegal e com afronta ao Poder Judiciário. 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”. A presente autuação, já desobedecendo a referida ordem, foi realizada em 21/11/2017. O Auto de Infração, enquanto vigente a decisão, sequer poderia ser lavrado. E por isso mesmo, percebendo o erro, o autuante solicitou a improcedência do lançamento.

Neste momento, observou que acaso a ordem judicial tivesse sido apenas no sentido de impedir a inscrição em dívida ativa ou a cobrança judicial, teria a JJF razão. No entanto, foi determinado o impedimento à realização de autuações, o que vem sendo afrontado. Assim, caberia ao CONSEF, portanto, acolher a determinação judicial, cuja liminar foi confirmada pela sentença que apensou ao PAF, desconstituindo o lançamento realizado com desobediência à ordem judicial. E acrescenta: *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*”.

Acrescentou ainda que a empresa, caso 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 empresa recorrente é, sim, filiada ao SINDICOMBUSTÍVEIS, conforme documento que anexou, o que esvaziava por completo a fundamentação da decisão.

E, em se tratando de matérias suscetíveis a possível caracterização de “crime”, requereu a participação da PGE/PROFIS, para emissão de parecer e solicitou, também, a ouvida do Ministério Público Estadual, que poderá também ser provocado pela empresa ou pelo SINDICOMBUSTÍVEIS.

Ainda por cautela, tratando diretamente da imposição de multa e observadas as alegações da defesa, que ficam expressamente reiteradas, disse afigurar-se ela exacerbada já que se trata de sanção aplicada sobre estabelecimento que atua no segmento de varejo de combustíveis, cujas aquisições estão submetidas ao regime de substituição tributária, com o ICMS retido. Afora que na autuação sequer foi feita qualquer menção a ação dolosa por parte da empresa que assim agiu de boa-fé. Com tal argumento, apresentou diversas decisões deste Colegiado que tem competência para aplicar as determinações do art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/91 (transcrito).

Informou, ainda, que a PGE/PROFIS, consoante parecer anexado aos autos, 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, registrou que os requisitos legais se encontram 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*”.

Dessa forma, o sujeito passivo, na improvável hipótese de manutenção da decisão recorrida, requereu o cancelamento ou a redução em 90% da multa correspondente a infração ora impugnada.

Pediu, ainda, apesar da ausência de contestação da infração 01, a redução da multa nos mesmos moldes da infração 02, ou seja, em 90%.

Requereu a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente ouvida da PGE/PROFIS e Ministério Público Estadual, o provimento do Recurso Voluntário, “*a fim de que o item 02 seja julgado, na esteira da manifestação do Autuante, improcedente, ou para que seja a multa do item 02 cancelada ou reduzida em 90%, aplicando-se também redutor de 90% na multa do item 01*”.

Na Sessão de Julgamento do dia 22 de janeiro de 2020, acostado à fl. 151, após análise do relatório e discussão da matéria posta na peça recursal e dos documentos acostados, este Colendo

Colegiado, na busca de apurar a verdade material e em observância ao direito a plena defesa e ao contraditório, deliberou, por unanimidade, converter o feito em Diligência à Douta PGE/PROFIS para que a mesma emitisse Parecer acerca dos seguintes aspectos:

1. *Se, legalmente, houve supressão de instância, em prejuízo do contribuinte por conta da alegada omissão no julgamento da 1ª JF do CONSEF.*
2. *Pontuar se a Decisão Judicial Interlocutória de Mandado de Segurança Coletivo exarado pela Juíza de Direto em 12 de julho de 2017 (fls. 128/142), impedia, de fato e de direito, a realização de novas autuações ou cobranças pela SEFAZ/BA, com base no alegado art. 89, §14, I e §15, do RICMS/BA, trazido na peça recursal;*
3. *Seu opinativo acerca do cancelamento ou da redução da multa da infração 01 em 90% sobre o valor aplicado.*

Em atendimento a Diligência susomencionada, a PGE-PROFIS manifestou-se, às fls. 155 a 158, no sentido de atender ao quanto solicitado pela 2ª CJF.

Entendeu aplicável os ditames da Súmula nº 629 do STF ao presente caso, em razão de entender que os efeitos da ação coletiva podem vir a atingir os associados do SINDICOMBUSTÍVEIS.

Nessa esteira, por consequência lógica, entendeu aplicável o art. 117, II do RPAF/BA, não se podendo falar mais em infração 02 no contencioso administrativo, tendo em vista o sujeito passivo ter optado pela via judicial.

Referente ao segundo questionamento pontuou a largueza indevida da decisão, turbando um direito protestativo do Estado em realizar lançamento, e o fato de que pela dicção da sentença não deixaria dúvida de que o Estado não poderia autuar a infração objeto da medida acautelatória, *“reabrindo-se, entretanto, este direito, com a concessão de segurança, cujo teor se circunscreveu apenas à cobrança (suspensão da exigibilidade), não se atendendo a atuação”*.

O sujeito passivo, ora recorrente, apresentou manifestação às fls. 164 e 165. Explicou, com base no art. 117, II do RPAF/BA, que não se trataria de renúncia como abordado pela Douta PGE/PROFIS, e a aplicação da Súmula nº 629 do STF apenas *“socorreria o contribuinte em relação a legitimidade de representação”*.

A recorrente afirmou que o Mandado de Segurança (MS) impetrado pelo SINDICOMBUSTÍVEIS não se refere a *“QUALQUER LANÇAMENTO DE OFÍCIO”* e, sim, em tese, da *“ilegalidade perpetrada pelo Fisco”*, ou seja, de cobranças sem observância ao devido processo legal e através de e-mails”.

Contestou parte do pronunciamento da Douta PGE/PROFIS, ao entender que se a atuação pode ocorrer, também pode a defesa, assegurada pelo art. 5º, LV da Carta Excelsa.

Apelou para que haja a dispensa ou redução da multa de 90%, como recentemente decidido pela 1ª Câmara deste colegiado, Acórdão CJF nº 0076-11/21-VD.

Isto posto, requereu o Provimento ao Recurso Voluntário, a fim de que as multas sejam canceladas ou reduzidas em 90%.

O autuante prestou nova Informação Fiscal às fls. 175 e 176 dos autos. Afirmou que poderia ocorrer à multa fixa objeto da infração 02, no valor de R\$ 33.317,57.

Com relação à dispensa ou redução da multa apresentada pelo contribuinte, entende com base no RPAF/BA vigente que se esta for uma prerrogativa exclusiva deste Colendo Conselho, que, uma vez acatado o referido pleito, estaria sendo dado à punição um caráter meramente educativo.

Nesse sentido, o autuante concluiu solicitando a procedência da presente infração por ser de *“extrema e elevada JUSTIÇA”*, nas palavras literais do mesmo.

Em seguida, os autos foram encaminhados a este Conselheiro Relator para dar prosseguimento a análise e julgamento, o que ora passar a fazer no voto abaixo. Vale registrar que na assentada de

Julgamento deste Recurso Voluntário, o patrono da recorrente, o advogado Dr. Fernando Villa Flor, em sustentação oral, renunciou, de logo, ao pedido de Nulidade da Decisão Recorrida, mantendo apenas o pedido sucessivo contido na peça recursal atinente a redução ou cancelamento das multas inerentes as infrações 01 e 02.

### VOTO VENCIDO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, conforme previsto no art. 169, inciso I, alínea “b” do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de desonerá-lo parcialmente do pagamento das multas acessórias exigidas no presente Auto de Infração. A infração 01 diz respeito à entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal – EFD, e a infração 02 trata da falta, por parte do contribuinte, 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.

A empresa autuada (fls. 72/74), quando inicialmente se defendeu, não apresentou qualquer impugnação em relação a infração 01. Entretanto, a respeito da infração 02, argumentou que a irregularidade, ainda que viole a legislação, muitas vezes não causa nenhum prejuízo ao Erário, não guardando o ilícito praticado, necessariamente, correspondência com o valor do tributo. Em assim sendo, entendeu que o Fisco deveria se pautar pelo “princípio da instrumentalidade das formas”, devendo respeitar os princípios da “legalidade”, da “razoabilidade”, da “proporcionalidade” e o do “não confisco”. Solicitou que fosse estabelecida multa fixa pela irregularidade cometida, acatadas as notas fiscais ditas acostadas à defesa e que fossem excluídos os acréscimos moratórios, por entender serem ilícitos.

O autuante (fl. 85), destacando que a autuada havia reconhecido a procedência da infração 01, informou em relação à infração 02, 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, para analisar a mesma matéria (“MANIFESTAÇÃO DO DESTINATÁRIO”), em grau de recurso ao Mandado de Segurança Coletivo nº 0550277-86.2016.8.05.0001, que teve como impetrante o SINDICOMBUSTÍVEIS. Por isso, entendeu que a infração 02 deveria ser declarada improcedente.

A 1ª JJF, diante da informação prestada pelo autuante, julgou procedente a infração 01. E em relação à infração 02, considerando a identidade entre a matéria tratada no presente Auto de Infração e o nominado Mandado de Segurança, entendeu que a autuada renunciou à impugnação administrativa. Por consequência, e com base no art. 117 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, decidiu que a defesa interposta restava prejudicada, já que o autuado estava discutindo a matéria no âmbito do Poder Judiciário, devendo o processo ser inscrito em dívida ativa, mas com suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

No seu Recurso Voluntário, desta feita realizado por advogado legalmente constituído, preliminarmente, a empresa recorrente requereu a nulidade da decisão recorrida, devendo o processo retornar à JJF para novo e regular julgamento, inclusive para que não houvesse supressão de instância, uma vez que a 1ª JJF não poderia ter considerado a defesa apresentada como “prejudicada”, na medida em que a medida judicial informada no PAF não tratou deste lançamento de ofício de forma específica. Em assim sendo, não existiu a alegada “renúncia à defesa”, como afirmado. Afora que a questão sobre a demanda judicial foi levantada pelo autuante, e não pela empresa.

Diante desta situação, esta C. 2ª CJF, solicitou a interferência da PGE/PROFIS na lide. Apresentada inicialmente a competência do SINDICOMBUSTÍVEIS em representar a empresa autuada junto ao Poder Judiciário, seguiu este Órgão Jurídico o mesmo caminho percorrido pela 1ª JJF, ou seja, como foi escolhida a via judicial para resolução da matéria, a infração 02 destes autos não poderia mais ser discutida no contencioso administrativo, não havendo, portanto, “supressão de instância”. A respeito da indagação se a Decisão Judicial Interlocutória de Mandado de Segurança

Coletivo exarado pela Juíza de Direito em 12 de julho de 2017, (fls. 128/142), impedia, de fato e de direito, a realização de novas autuações ou cobranças pela SEFAZ/BA, com base no alegado art. 89, §14, I e §15 do RICMS/BA, trazido na peça recursal, assim se posicionou: *“No que concerne o segundo questionamento, em que pese a largueza indevida da decisão judicial turbando um direito potestativo do Estado em realizar o lançamento, a dicção da parte dispositiva da sentença não deixa dúvida que o Estado não poderia autuar a infração objeto da medida acautelatória, reabrindo-se, entretanto este direito, com a concessão de segurança, cujo teor se circunscreveu apenas a cobrança (suspensão de exigibilidade), não se atendo à autuação”*

A recorrente, manifestando-se sobre o parecer exarado pela PGE/PROFIS, dele discordou, por entender que mais uma vez não houve renúncia de defesa, pois o Mandado de Segurança impetrado pelo SINDICOMBUSTÍVES **não tratou de qualquer lançamento de ofício**, e sim de cobranças realizadas pela Secretaria da Fazenda sem observância do devido processo legal, ou seja, através de e-mails. Concordeu com ele, entretanto, no que concerne à proibição da sentença exarada, foi *“apenas para a cobrança/suspensão da exigibilidade”*.

Diante deste quadro, e tendo em vista que de fato o MS foi trazido à baila neste processo pelo autuante, e não pela empresa, debruçei-me na análise da Sentença Judicial prolatada pela Exma. Dr. Juíza de Direito da 9ª Vara da Fazenda Pública, (fls. 128/142), o que me levou a concordar com as razões apresentadas pela recorrente.

Em 01/08/2016, (fl. 91), o SINDICOMBUSTÍVEIS impetrou Mandado de Segurança Coletivo (açambarcando todos os seus filiados, inclusive a empresa recorrente), contra a cobrança da multa acessória em relação à falta de confirmação de dados no campo “Manifestação do Destinatário” – Confirmação da Operação – referente à operação ou prestação descrita em documento fiscal eletrônico, nos prazos previstos pela legislação tributária (art. 89, § 14, I e § 15 do RICMS/BA e com multa prevista no art. 42, X-A da Lei nº 7.014/96), quando das operações comerciais realizadas pelos contribuintes.

Embora o MS aborde a *“Manifestação do Destinatário – Confirmação da Operação, referente à operação ou prestação descrita em documento fiscal eletrônico”*, a matéria principal nele contida foi de outra ordem, e baseada nos pedidos formulados pelo Impetrante, quais sejam, em síntese, conforme apresentados na Sentença da Exma. Sra. Juíza de Direito: **a)** que o nominado artigo do RICMS/89 somente começou a vigor a partir de 01/10/2014, não podendo haver autuações antes deste marco temporal; **b) as autuações foram concretizadas simplesmente por e-mails**. Em assim sendo, nulas de pleno direito, por não atentarem aos requisitos mínimos das notificações fiscais estabelecidas pelo RPAF/BA; **c)** o seu descumprimento não causou prejuízo ao Erário; **d)** alegou a exorbitância da multa aplicada, afrontando os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e do não confisco; **e)** a existência de *periculum in mora*, pela iminência do ajuizamento de cobranças judiciais aos seus filiados, fundamentadas em notificações fiscais que desobedeceram os critérios legais e constitucionais afetos à matéria.

Em **23/08/2016** foi concedida liminar – Decisão Interlocutória (fl. 128/131), em caráter provisório, que entre outras determinações, determinava que a autoridade fazendária se absteresse 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 daquelas constantes do Mandado de Segurança** (a conjunção aditiva *“e”* reveste-se de fundamental importância).

Em **17/07/2017**, (fl. 132/140), foi proferida sentença pela 9ª Vara de Fazenda Pública, após análise dos argumentos apresentados pelo Impetrante e após a conversão do Mandado de Segurança em Preventivo, como a seguir se transcreve com grifos não originais:

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 multa descrita no art. ...**
- iii) **Em observância ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, atribuir efeitos preventivos ao presente writ e determinar, à Fazenda Pública 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 de mérito, na forma do art. 485, I, do CPC.

Ou seja, a Sentença concedeu a segurança ao SINDICOMBUSTÍVEIS em relação à proibição da Secretaria da Fazenda, mesmo, em tempo, após extinção de mérito do processo, em realizar autuações **através de atos coadores sem que fossem obedecidos aqueles de cobrança fiscal, formal e vinculado, conforme determina a norma legal e não por simples e-mails**. Diz textualmente: ... *a utilização desse método de cobrança transversal e abusivo termina por fulminar o devido processo legal e o direito ao contraditório, causando sério dano aos representados pelo autor* (fls. 139).

Em assim sendo, a decisão do Poder Judiciário teve como lastro tão somente autuações que não seguiram as determinações legais, não havendo discussão sobre as determinações do art. 89, § 14, I e § 15 do RICMS/BA.

No caso presente, foi lavrado Auto de Infração em 21/11/2017, conforme determinações do art. 38 e 39 do RPAF/BA. A empresa tomou ciência do mesmo em 11/12/2017, tendo plenamente se defendido. Ou seja, seguiu todas as determinações legais, sendo ato administrativo formal e vinculado.

Neste momento, ressalto que o entendimento ora exposto, segue o mesmo caminho percorrido pela 1ª CJF no Acórdão CJF Nº 0076-11/21-VD, trazido pela recorrente em sua última manifestação (fls. 166/171).

Por consequência, de tudo ora exposto, em que pese o pedido de renúncia de nulidade da Decisão Recorrida, supero tal pedido para expressar meu entendimento de que não houve renúncia à defesa, e discordar da conclusão a que chegou o i. autuante, a C. 1ª JJF, como igualmente a nobre PGE/PROFIS. Pois a decisão judicial de mérito deste Mandado de Segurança não é afeta à presente lide.

Com tais considerações, entendo que a decisão da 1ª JF está equivocada, sendo necessária nova decisão, visando não haver supressão de instâncias.

Mais uma vez e sob este aspecto, devo reiterar que diante da decisão exarada pela 1ª JJF, não houve o correto enfrentamento dos argumentos de defesa. Friso que para a garantia do pleno exercício do direito de defesa, é fundamental que os argumentos sustentados pelo contribuinte sejam apreciados, e com a devida fundamentação, rechaçados ou não, mesmo que o argumento não influencie diretamente no valor do tributo a ser exigido.

Estando clara a omissão contida na Decisão Recorrida, e como não é possível ser suprida por esta Câmara de Julgamento Fiscal sob pena de supressão de instância, a Decisão da 1ª JJF é NULA, por cerceamento de defesa, nos termos do disposto no art. 18 inc. II do RPAF/BA.

Em relação ao pedido formulado pela recorrente, de que todo endereçamento de intimações para a empresa autuada seja feito exclusivamente para os advogados e endereços consignados pelo contribuinte, “*sob pena de nulidade*”, ressalto que tal pleito de eventual nulidade não encontra amparo legal, inclusive não existe previsão no próprio RPAF/99 para tal.

Por fim, com base no quanto acima exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para julgar NULA a Decisão recorrida, devendo o processo retornar à primeira instância para nova decisão, a salvo de falhas, não podendo, por tal motivo, serem analisados os demais argumentos apresentados.

## VOTO VENCEDOR

Peço vênia ao ilustre Relator para discordar dos argumentos esposados em relação ao Provimento do Recurso Voluntário, para julgar nula a Decisão recorrida que concluiu pela sua renúncia ao julgamento administrativo da Infração 02, em razão de impetração de medida judicial, embasada no Art. 117 do RPAF/99, *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.”*

Não é necessário que a propositura da medida judicial seja relativa a este Auto de Infração, mas que haja identidade da matéria discutida na Defesa administrativa com a da ação judicial, e este é o caso dos autos.

Ademais, o Autuado por meio do seu patrono na sessão de julgamento, requereu expressamente a renúncia ao pedido de nulidade da Decisão recorrida, mantendo apenas o pedido sucessivo contido na peça recursal atinente à redução ou cancelamento das multas inerentes às Infrações 01 e 02.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, no que se refere ao pedido de nulidade da Decisão recorrida, e por não ter restado questões de mérito, passo a analisar apenas o pleito pela redução ou cancelamento das multas exigidas nas Infrações 01 e 02.

Não acolho o pleito pelo cancelamento nem pela redução da multa imputada na Infração 01, pois embora as mercadorias estejam com sua tributação encerrada, por serem mercadorias sujeitas à substituição tributária, são em sua absoluta maioria produtos de revenda, especificamente combustíveis e lubrificantes.

A escrituração fiscal é obrigatória, e mais do que isso, é imprescindível que ela seja efetuada diligentemente para a apuração correta do ICMS, portanto, não é apenas uma obrigação acessória qualquer, e muito menos obsoleta ou inócua, mas a própria forma de apuração do imposto.

Não acolho o pedido para o cancelamento ou a redução da multa imposta na Infração 01, com base no §7º do Art. 42 da Lei nº 7.014/96, tendo em vista que a falta de escrituração de notas fiscais dificulta a realização de diversos roteiros de auditoria, a exemplo da auditoria de estoques, o que também impede a comprovação de que não ocorreu falta de pagamento do imposto.

Também não defiro o pedido para o cancelamento ou a redução da multa imposta na Infração 02, com base no §7º, do Art. 42 da Lei nº 7.014/96, considerando que não ficou provado que a falta de registro da manifestação do destinatário não resultou em falta de pagamento de imposto, além de claramente ter dificultado a fiscalização em um ramo de atividade tão complicado - a comercialização de combustíveis.

Observe, inclusive, que em momento posterior à impetração da Defesa, tanto a previsão legal quanto a regulamentar, que permitiam a análise do pedido de redução ou cancelamento de multas por descumprimento de obrigação acessória por este colegiado, foram revogadas conforme demonstrado abaixo:

- o §7º, do Art. 42 da Lei nº 7.014/96, foi revogado pela Lei nº 14.183, de 12/12/2019, DOE de 13/12/2019, efeitos a partir de 13/12/2019.
- o Art. 158 do RPAF/99, foi revogado pelo Decreto nº 19.384, de 20/12/2019, DOE de 21/12/2019, efeitos a partir de 01/01/2020.

Tais dispositivos foram revogados porque a dispensa de penalidade só pode ser efetuada diretamente pela lei, conforme o Art. 97, VI do CTN, e os referidos dispositivos representavam apenas uma delegação da competência de redução de penalidades.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Por fim, informo que as intimações são efetuadas na forma prevista no Art. 108 e seguintes do



RPAF/99.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **146468.0032/17-4**, lavrado contra **POSTO SISSI LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento das multas no valor de **R\$ 37.560,97**, previstas no art. 42, incisos IX e X-A da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 3.956/81. Fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário em relação à infração 2, no valor de **R\$ 33.317,57**, previsto no inciso X-A do mesmo artigo e lei citados, consequentemente, **PREJUDICADA** a peça defensiva, devendo os autos serem encaminhados à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis, nos termos do artigo 151, IV do CTN. Caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo ou a Decisão liminar não seja confirmada quando do julgamento final de mérito da demanda judicial, a repartição competente deve intimar o autuado para quitar o débito no prazo de 20 (vinte) dias. Após o decurso do referido prazo sem a efetivação do pagamento, todas as penalidades indicadas na autuação devem ser incluídas no cálculo do débito ora exigido.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Marcelo Mattedi e Silva, João Vicente Costa Neto e Luiz Alberto Amaral de Oliveira.

VOTO VENCIDO – Conselheiros: Carlos Henrique Jorge Gantois, Henrique Silva Oliveira e Leila Barreto Nogueira Vilas Boas.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de novembro de 2021.

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR/VOTO VENCIDO

MARCELO MATTEDI E SILVA - VOTO VENCEDOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS