

---

PROCESSO	- A. I. N° 146468.0006/18-1
RECORRENTE	- POSTO KONA LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0033-05/23-VD
ORIGEM	- DAT METRO / INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 21/05/2024

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO CJF N° 0140-12/24-VD**

**EMENTA: ICMS.** 1. MULTA. **a)** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NA ESCRITA FISCAL DIGITAL (EFD). MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração não elidida pelo contribuinte. Aplicação de penalidade de 1% sobre o valor das entradas omitidas; **b)** ARQUIVOS MAGNÉTICOS. INFORMAÇÕES PRESTADAS ATRAVÉS DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS. DADOS DIVERGENTES DOS CONTANTES EM DOCUMENTOS FISCAIS. O cálculo da penalidade tomou por base os valores em que foi constatada a divergência entre as informações lançadas nas DMAs e os dados transmitidos pelo contribuinte através dos arquivos SINTEGRA, porém a multa foi calculada obedecendo o limite de 1% sobre o valor das divergências. Não acolhidos os argumentos defensivos de que houve excesso de cobrança nesse item; **c)** NOTA FISCAL ELETRÔNICA. MANIFESTAÇÃO DO DESTINATÁRIO. AUSÊNCIA DE CONFIRMAÇÃO DA OPERAÇÃO. Infração de falta de “Manifestação destinatário” caracterizada, por se tratar de procedimento previsto em norma específica. Impossibilidade, na instância administrativa, de se declarar a constitucionalidade ou ilegalidade de obrigação tributária expressamente prevista em norma vigente no ordenamento jurídico do Estado da Bahia. Em relação ao Mandado de Segurança Coletivo impetrado pelo sindicato empresarial, ao qual é filiada a empresa autuada, restou demonstrado nos autos que a decisão judicial não alcançou os fatos geradores objeto do lançamento. Multa pecuniária reduzida no julgamento, através da aplicação do art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96 – dosimetria da penalidade. Rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas na peça defensiva. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVER PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a decisão recorrida que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 01/02/2018, para exigir multas pecuniárias por descumprimento de obrigações acessórias, no valor principal de R\$ 125.277,15, sendo imputado ao contribuinte os seguintes ilícitos fiscais:

**Infração 01 – 16.01.01** – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Essa irregularidade ocorreu ao longo do exercício de 2014, gerando uma multa fixa a recolher no valor de **R\$ 4.063,16**, em razão da falta de registro na Escrituração Fiscal Digital (EFD) de diversos documentos fiscais, no decorrer do exercício, tudo conforme demonstrado no Anexo IV, acostado ao presente processo e cuja cópia reprográfica foi regularmente entregue o contribuinte. Multa fixa de 1%, prevista no art. 42, inc. IX, da Lei nº 7.014/96.

**Infração 02 - 16.12.27** – Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos 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 e das prestações de serviços realizados no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes.

Essa irregularidade ocorreu em relação aos meses de abril, maio e junho de 2013, gerando multa fixa a recolher no valor total de R\$ 9.001,66, em razão dos arquivos magnéticos enviados ao fisco em 23/01/2018 revelarem dados divergentes em relação aos constantes das respectivas DMAS para os meses acima citados. Salientou o autuante que o contribuinte foi regularmente intimado em 19/12/2017 a proceder a apresentação destes arquivos, tendo feito com apresentação de dados divergentes, conforme informado acima, tudo conforme demonstrado no Anexo I, cuja cópia reprográfica foi regularmente entregue ao contribuinte. Por essa razão foi aplicada a penalidade fixa prevista na legislação tributária estadual – art. 42, inc. XIII-A, alínea “i”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07.

**Infração 03 - 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 e 2016, gerando multa fixa a recolher nos valores respectivos de R\$ 98.886,51; e, R\$ 13.325,82, tudo conforme detalhado nos Anexos I e II, acostados ao presente Processo e cujas cópias reprográficas foram encaminhadas ao contribuinte. Total lançado: R\$ 112.212,33. 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.

Ingressa com **defesa administrativa** as fls. 87 a 89. O autuante, em seu **informativo fiscal** (fls. 94/95).

A JJF dirimiu lide conforme abaixo:

**VOTO**

O Auto de Infração em lide é composto de 03 (três) imputações fiscais, conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

Há uma questão de ordem prejudicial relacionada ao exame de mérito da exigência que compõe a Infração 03, suscitada de ofício nos autos, vez que foi constada a existência de sentença judicial concessiva da segurança no MS coletivo impetrado pelo SINDICOMBUSTÍVEIS, sindicato ao qual é filiada a empresa autuada, em trâmite na Justiça deste Estado.

A questão está centrada na possibilidade de ser afastada dessa instância administrativa a competência para decidir o mérito da demanda fiscal vez que a matéria foi levada a apreciação do Poder Judiciário, através de ação proposta pelo Sindicato Empresarial, na condição de substituto processual.

Conforme consta dos extratos de consulta processual, juntados ao PAF pelo autuante, entre as fls. 96 a 105:

- O SINDICOMBUSTÍVEIS impetrou o M.S. coletivo, com pedido de liminar almejando: i) nulidade das autuações realizadas em face de seus filiados, através de e-mails, referente a infrações relativas ao descumprimento do art. 89, § 14, I e § 15, do RICMS-Ba, com aplicação de multas de 1% sobre o valor das operações não cadastradas, sob o fundamento de que não foram preenchidos os requisitos legais da notificação, o que acarretou “cerceamento do direito de defesa e infringência aos princípios da ampla defesa e do contraditório”; ii) declaração de nulidade de todas as cobranças referentes a fatos geradores ocorridos antes de 01/10/2014, uma vez que a obrigação acessória infringida somente foi introduzida no RICMS-Ba, pelo Decreto nº 15.490/2014, com efeito a partir de 01/10/2014.

- Deferida liminar pelo juízo de 1º grau para determinar em caráter provisório; i) que a autoridade coatora se abstivesse de inscrever em dívida ativa as multas aplicadas aos filiados do sindicato impetrante, bem como realizar novas autuações nos moldes constantes destes autos; ii) 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 solicitado, certidão de regularidade fiscal, consoante o art. 206, do CTN;

- Em 12/06/2017 houve prolação de sentença de mérito (doc. fls. 102/105), concedendo a segurança somente para declarar a nulidade das multas relativas aos fatos geradores anteriores a 01/10/2014, afastando as cobranças realizadas através de e-mails, inclusive atribuindo efeitos preventivos ao writ para determinar que a Fazenda Estadual se abstivesse de realizar novas cobranças nos moldes rechaçados relativamente aos postos de combustíveis substituídos pela impetrante, mas sempre referente a fatos anteriores a 01/10/2014.

- Apelação foi interposta pelo Estado da Bahia, porém a 1ª Câmara Cível do TJ-Ba negou provimento ao Recurso, mantendo a decisão recorrida. Opostos Embargos Infrutíferos e Recurso Especial ainda pendentes de julgamento, segundo as informações existentes nos bancos de dados da justiça estadual.

Conforme registramos acima o decreto judicial concessivo da segurança no MS coletivo impetrado pelo

*SINDICOMBUSTÍVEIS, sindicato ao qual é filiada a empresa autuada, em trâmite na Justiça do Estado da Bahia, não alcançou os fatos geradores objeto do lançamento fiscal em lide, que abrangeu o período entre janeiro de 2015 a novembro de 2016. O Decreto judicial foi expresso ao determinar que a ilegalidade das cobranças somente alcançaria os fatos geradores anteriores a 01/10/2014 em razão da irretroatividade da lei tributária que instituiu a penalidade.*

*Dessa forma, no caso em exame, não se verificou a questão prejudicial impeditiva do exame de mérito deste processo fiscal, ou seja, não havia a concomitância de lides nas esferas administrativa e judicial.*

*Superada a questão prejudicial passaremos doravante a examinar os pedidos formulados pela defesa em relação às **infrações 01, 02 e 03**.*

*De início cabe registrar que o pedido empresarial de suspensão de exigibilidade dos créditos tributários, lançados neste Auto de Infração, estão garantidos por disposição expressa de lei. Estabelece o art. 151, inc. III, do CTN (Código Tributário Nacional) que as reclamações e recursos interpostos em conformidade com as leis reguladoras do processo administrativo tributário retiram do fisco a possibilidade de adoção de medidas visando a execução crédito tributário objeto da demanda.*

*No mérito temos que:*

*- Na **Infração 01**, a penalidade fixa exigida no lançamento tem por base probatória a falta de registro na escrita fiscal de documentos que acobertaram entradas de mercadorias não tributadas. O ilícito fiscal foi apurado nos meses de janeiro a dezembro de 2014, perfazendo a quantia de **R\$ 4.063,16**.*

*- Na **infração 02**, a irregularidade apurada deveu-se ao fornecimento de informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos 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 e das prestações de serviços realizados no estabelecimento em cada período, calculando-se a penalidade sobre as operações ou prestações divergentes. Esta imputação alcançou operações realizadas nos meses de abril, maio e junho de 2013, totalizando a quantia de **R\$ 9.001,66**.*

*- Na **Infração 03**, imputa-se ao contribuinte o descumprimento da obrigação acessória de Manifestação e Confirmação da Operação ou Prestação descrita em documento fiscal eletrônico, nos prazos previstos pela legislação tributária. Refere-se à confirmação das operações de aquisição de combustíveis (álcool, gasolina e diesel), junto às distribuidoras daqueles produtos. Essa irregularidade se verificou no decorrer dos meses dos exercícios de 2015 e 2016, gerando multa fixa a recolher no valor principal de **R\$ 112.212,33**, conforme detalhado nos Anexos II e III, deste Processo, cujas cópias reprográficas foram entregues ao contribuinte. Aplicada ao sujeito passivo 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).*

*Não houve, em relação à **Infração 01**, contestação defensiva dos fatos apurados na ação fiscal. Infração mantida.*

*A irresignação empresarial específica está concentrada na **Infração 02**. Reclama o contribuinte que houve excesso no cálculo da multa vez que a autoridade fiscal quantificou a penalidade considerando o percentual de 5%, em desconformidade com a lei de regência do ICMS que estabelece o limite de 1% sobre o valor das operações e prestações informadas em arquivos eletrônicos divergentes da escrita fiscal, contrariando a redação do art. 42, inc. XIII-A, alínea “i”, norma a seguir transcrita:*

*Art. 42 – (...)*

*XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:*

*i) 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso.*

*Compulsando os autos, com destaque para o Demonstrativo que serviu de lastro para o cálculo da **Infração 02**, inserido à fl. 23 deste PAF, verifico que o cálculo da penalidade tomou por base os valores em que foi constatada a divergência entre as informações lançadas nas DMAs e os dados transmitidos pelo contribuinte através dos arquivos SINTEGRA, porém a multa foi calculada obedecendo o limite de 1% sobre o valor das divergências. Houve da parte do autuante o cometimento de um erro que não implicou em majoração da penalidade pecuniária, quando fez a transposição dos valores corretos apurados no Demonstrativo de Apuração da multa para o Auto de Infração, consignando nessa peça o percentual de 5%.*

*Improcede, portanto, o reclamo defensivo de excesso de cobrança na Infração 02. Ocorrência mantida sem alterações de valor.*

*A obrigação acessória de confirmação da operação acobertada por Notas Fiscal Eletrônica (NF-e), que compõe a **Infração 03**, tem por fonte normativa nas disposições do Ajuste SINIEF 07/2005, em regra específica, contida na sua Cláusula Decima Quinta-B.*

*Por sua vez, na legislação interna do Estado Bahia, a necessidade de confirmação das operações no sistema da NF-e relativamente às aquisições de combustíveis, foi inserida no RICMS, no art. 89, § 14, inc. I, desde o ano de 2012, mais precisamente a partir de 21/12/2012, através da alteração nº 08 do RICMS-Ba, alcançando os distribuidores, postos revendedores varejistas e transportadores revendedores retalhistas (TRR).*

*A referida norma regulamentar apresenta a seguinte redação:*

**Art. 89 - (...)**

**§ 14.** *O contribuinte destinatário das mercadorias a seguir indicadas deverá registrar, nos termos do Ajuste SINIEF 07/05, os eventos da NF-e denominados “ciência da operação”, “confirmação da operação”, “operação não realizada” ou “desconhecimento da operação”, conforme o caso:*

**I - combustíveis, derivados ou não de petróleo, quando destinados a estabelecimentos distribuidores, postos de combustíveis e transportadores revendedores retalhistas;**

*O não cumprimento dessa obrigação instrumental, nos prazos fixados no RICMS, é passível de aplicação de multa, prevista no art. 42, inc. X-A, norma que apresenta a seguinte redação:*

**Art. 42 –Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:**

*(...)*

**X-A - 1% (um por cento) do valor da operação ao contribuinte que, obrigado a informar os eventos da NF-e denominados “confirmação da operação”, “operação não realizada” ou “desconhecimento da operação”, não o faça no prazo previsto em regulamento;**

*Conforme já registrado linhas acima, a defesa sustentou que a multa aplicada na **Infração 03** é excessiva e visa cobrar novamente, por via indireta, o imposto que já se encontrava recolhido pelo regime de substituição tributária, através da imposição da penalidade de 1% sobre o valor das notas fiscais de aquisição de combustíveis não manifestadas.*

*A Manifestação do evento “Confirmação da Operação”, nas aquisições de combustíveis por postos revendedores, é obrigação acessória específica, inserida na legislação estadual da Bahia por força de norma firmada pelos Estados a nível nacional, com validade e eficácia desde o ano de 2012. Logo, não há como o órgão julgador administrativo negar a aplicação da mesma, que se encontra vigente no ordenamento jurídico estadual, até porque lhe é vedado adotar esta medida por disposição expressa do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), no seu art. 167, inciso III, que estabelece que: “Não se incluem na competência dos órgãos julgadores a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior”.*

*Pelos mesmos fundamentos não há como se acolher a tese defensiva que os juros moratórios incidentes sobre a dívida que compõem o Auto de Infração foram fixados em percentuais exorbitantes. Juros, multa e demais acréscimos da dívida tributária são aplicados com base em disposições expressas de lei.*

*Porém, examinado a questão sobre outros fundamentos, vislumbro a possibilidade fazer incidir no caso em exame, por ultratividade, as disposições do art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, norma que estabelecia a competência das autoridades julgadoras de fazer dosimetria das penalidades por descumprimento de obrigações acessórias, ainda que a referida norma tenha sido revogada em 2019, pela Lei nº 14.183, de 12/12/19, DOE de 13/12/19, efeitos a partir de 13/12/19.*

*Sobre a aplicação por ultratividade do § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, a 1ª CJF deu provimento a pedidos de redução de multas, nos Acórdãos CJF nº 0046-11/21-VD e 0091-11/21-VD, tendo em vista que os pleitos empresariais de redução / cancelamentos das multas foi anterior à alteração legislativa que revogou o citado dispositivo da Lei baiana do ICMS, revogação que também atingiu o art. 158 do RPAF/99, que contém idêntica previsão.*

*No caso em exame os fatos geradores da **infração 03** ocorreram quando a norma permissiva da redução ou cancelamento das penalidades ainda estava vigente, além do fato da impugnação empresarial ser também anterior à revogação da referida norma. Neste caso também cabe a aplicação conjunta do art. 112, inc. IV, do CTN, fazendo-se a interpretação da lei tributária que seja mais favorável ao contribuinte.*

*Assim, considerando que no caso em exame a conduta do contribuinte não gerou falta de pagamento de tributo, nem se vislumbra aqui ação dolosa, fraudulenta ou por simulação, acrescentando-se o fato que de que as notas fiscais objeto da falta manifestação da compra foram levadas a registro na escrita fiscal digital (EFD) da empresa, devidamente informadas ao fisco, através do SPED fiscal, sem haver, portanto, menção à inexistência de registro dos documentos na escrita fiscal nos exercícios de 2015 e 2016, reduzo a penalidade da **infração 03** em 50% (cinquenta por cento)*

*Diante do exposto, dou provimento parcial ao pleito empresarial, apenas para acolher o pedido de redução das*

multas aplicadas, conforme quadro abaixo:

INFRAÇÃO N°	MULTA	REDUÇÃO	JULGAMENTO JJF
3	R\$ 112.212,33	50%	R\$ 56.106,16

Considerando o acima exposto nosso voto é pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, que passa a ter a configuração abaixo descrita por ocorrência fiscal:

**Infração 01 – R\$ 4.063,16 – PROCEDENTE**

**Infração 02 – R\$ 9.001,66 – PROCEDENTE**

**Infração 03 – R\$ 56.106,16 – PROCEDENTE EM PARTE (redução da multa);**

O advogado do recorrente apresenta peça recursal às fls. 235/244, que inicialmente, relata quanto à tempestividade, relata um breve resumo do feito, onde reproduz as infrações e verificou pela procedência das imputações 1 e 2, parcial procedente da exação 3 e passa a tecer as mesmas alegações da defesa:

- a)** Em **prejudicialidade**, pede pela suspensão da exigibilidade da infração 03 devido ao julgamento do Mandado de Segurança Coletivo (MSC) nº 0550277-86.2016.8.05.0001, onde informou que o entendimento da 2<sup>a</sup> CJF é diferente do julgamento de piso. Disse que o julgamento do referido MSC não afirmou ilegalidade somente aos fatos geradores anteriores a 01/10/2014. Salienta que o enquadramento legal da infração 3, é claro ao dispor que está sendo aplicado o art. 89, § 14 do RICMS, assim sendo, desobedecendo a ordem liminar, até hoje vigente. Acosta decisão da 2<sup>a</sup> CJF (A-0335-12/21-VD – tem-se voto vencido do relator que julgara para Nulidade da decisão devido ao fato similar abordado neste PAF, no entanto, o voto vencedor manteve a autuação, mas suspendeu a exigibilidade do crédito tributário da infração que fora referente à argumentação ora discutida, condicionando a devida eficácia que foi trazida);
- b)** No **mérito**, pede pela nulidade da infração 2 devido ao erro na autuação, impossibilitando considerar os dados do anexo, assim, roga para o princípio da legalidade estrita. Fala que a decisão de piso manteve a autuação, no entanto, comenta que reconheceu o erro apontado, porém tenta superar o equívoco formal. Reporta que a autuação tem que respeita todas as formalidades. Explica que o percentual utilizado foi errado, pois a descrição correta é 1% e não 5%, assim, pede pela modificação, consequentemente, a infração afronta o princípio da legalidade devido dos dados discrepantes nos anexos do auto;
- c)** Ainda no **mérito**, na infração 3, afirma inviabilidade de autuação, pois é mera exação formal por descumprimento de obrigação acessória, no qual pede por redução por entender que não há nenhum prejuízo ao erário público. Observou que JJF já reduziu a multa em 50% sobre o valor exigido/cobrado na autuação, porém sustenta ser insuficiente, tendo em vista que a própria decisão de piso consignou que não houve falta de pagamento de tributo, não houve dolo, fraude ou simulação e que as notas fiscais foram devidamente levadas a registros na EFD da empresa, assim, solicita redução em 90% e não 50%, conforme proferido pela JJF.

Registrado a presença o Dr. Gabriel Amorim Santos Silva na sessão de videoconferência, que exerceu o seu direito regimental de sustentação oral em defesa do contribuinte.

É o relatório.

## VOTO

O apelo recursal do Auto de Infração visa modificar a Decisão recorrida que julgou pela Procedência Parcial, sendo lavrada três multas por descumprimento de obrigação acessória: **primeira** – “*entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal*”, sendo exercício de 2014 (não é objeto do recurso); **segunda** – “*Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes*”, sendo exercício de 2013; **terceira** – “*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*”, sendo exercício de 2015 e 2016.

A JJF julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração reduzindo a **infração 3** em 50% do valor exigido por entender que a exação “não gerou falta de pagamento de tributo, nem se vislumbra aqui ação dolosa, fraudulenta ou por simulação, acrescentando-se o fato de que as notas fiscais objeto da falta manifestação da compra foram levadas a registro na escrita fiscal digital (EFD) da empresa, devidamente informadas ao fisco, através do SPED fiscal, sem haver, portanto, menção à inexistência de registro dos documentos na escrita fiscal”. Para a **imputação 2** manteve em sua totalidade por entender que “o cálculo da penalidade tomou por base os valores em que foi constatada a divergência entre as informações lançadas nas DMAs e os dados transmitidos pelo contribuinte através dos arquivos SINTEGRA, porém a multa foi calculada obedecendo o limite de 1% sobre o valor das divergências. Houve da parte do autuante o cometimento de um erro que não implicou em majoração da penalidade pecuniária, quando fez a transposição dos valores corretos apurados no Demonstrativo de Apuração da multa para o Auto de Infração, consignando nessa peça o percentual de 5%”.

Verifiquei que as alegações do patrono do contribuinte são completamente iguais aos fatos defensivos já abordados.

Para a alegação de prejudicialidade devido à suspensão da exigibilidade da infração 03 referente ao julgamento do Mandado de Segurança Coletivo (MSC) nº 0550277-86.2016.8.05.0001, onde informou que o entendimento da 2ª CJF é diferente do julgamento de piso. Disse que o julgamento do referido MSC não afirmou ilegalidade somente aos fatos geradores anteriores a 01/10/2014, mas também para fatos posteriores.

Para dar mais respaldo a tais informações, antes mesmo do julgamento, o relator de piso, converteu os autos em diversas diligências: a **primeira** para opinativo da PGE/PROFIS, pois o fiscal autuante após tomar conhecimento do MSC, entendeu que a imputação 3 seria insubstancial, no entanto, através do opinativo, o colegiado teria mais informações desta decisão judicial. O opinativo da PGE/PROFIS trouxe entendimento que esta decisão judicial não tem alcance, pois não é possível fazer a efetiva correlação do lançamento e o quanto fustigado na esfera judicial; a **segunda** para INFAZ DE ORIGEM no sentido de que juntasse aos autos declaração firmada pela entidade sindical (SINDICOMBUSTÍVEIS) de que o contribuinte é filiado a mesma época do ajuizamento da ação, sendo anexada na fl. 145; a **terceira** também para inspetoria de origem renovando o mesmo pedido, onde alegou que a diligência solicitada não foi cumprida totalmente; a **quarta** para o setor de intimação do CONSEF para que intimasse o contribuinte apresentar a documentação solicitada e, posteriormente, encaminhar novamente para PGE, onde anexou a petição do MSC e o Parecer do Ministério Público.

Esta exação 3 tem fatos geradores de 2015 e 2016. Abordo os argumentos da decisão de piso em relação à esta alegação, no qual vejo pertinência. Os argumentos postos pelo colegiado de piso são bastantes esclarecedores, que em consulta as informações nos autos considero pontuais para o deslinde da questão, por essa razão transcrevo abaixo:

- O SINDICOMBUSTÍVEIS impetrou o M.S. coletivo, com pedido de liminar almejando: **i)** nulidade das autuações realizadas em face de seus filiados, através de e-mails, referente a infrações relativas ao descumprimento do art. 89, § 14, I e § 15, do RICMS-Ba, com aplicação de multas de 1% sobre o valor das operações não cadastradas, sob o fundamento de que não foram preenchidos os requisitos legais da notificação, o que acarretou “cerceamento do direito de defesa e infringência aos princípios da ampla defesa e do contraditório”; **ii)** declaração de nulidade de todas as cobranças referentes a fatos geradores ocorridos antes de 01/10/2014, uma vez que a obrigação acessória infringida somente foi introduzida no RICMS-Ba, pelo Decreto nº 15.490/2014, com efeito a partir de 01/10/2014.

- Deferida liminar pelo juízo de 1º grau para determinar em caráter provisório; **i)** que a autoridade coatora se abstivesse de inscrever em dívida ativa as multas aplicadas aos filiados do sindicato impetrante, bem como realizar novas autuações nos moldes constantes destes autos; **ii)** 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 solicitado, certidão de regularidade fiscal, consoante o art. 206, do CTN;

- Em 12/06/2017 houve prolação de sentença de mérito (doc. fls. 102/105), concedendo a segurança somente para declarar a nulidade das multas relativas aos fatos geradores anteriores a 01/10/2014, afastando as cobranças realizadas através de e-mails, inclusive atribuindo efeitos preventivos ao writ para determinar que a Fazenda Estadual se abstivesse de realizar novas cobranças nos moldes rechaçados relativamente aos postos de

combustíveis substituídos pela impetrante, mas sempre referente a fatos anteriores a 01/10/2014.

- Apelação foi interposta pelo Estado da Bahia, porém a 1ª Câmara Cível do TJ-Ba negou provimento ao Recurso, mantendo a decisão recorrida. Opostos Embargos infrutíferos e Recurso Especial ainda pendentes de julgamento, segundo as informações existentes nos bancos de dados da justiça estadual.

Conforme registramos acima o decreto judicial concessivo da segurança no MS coletivo impetrado pelo SINDICOMBUSTÍVEIS, sindicato ao qual é filiada a empresa autuada, em trâmite na Justiça do Estado da Bahia, não alcançou os fatos geradores objeto do lançamento fiscal em lide, que abrangeu o período entre janeiro de 2015 a novembro de 2016. O Decreto judicial foi expresso ao determinar que a ilegalidade das cobranças somente alcançaria os fatos geradores anteriores a 01/10/2014 em razão da irretroatividade da lei tributária que instituiu a penalidade.

Dessa forma, no caso em exame, não se verificou a questão prejudicial impeditiva do exame de mérito deste processo fiscal, ou seja, não havia a concomitância de lides nas esferas administrativa e judicial.

O contribuinte ainda traz decisão desta própria Câmara (A-0335-12/21-VD) onde teve voto vencido do relator (Sr. Carlos Henrique Jorge Gantois) entendendo pela Nulidade da decisão de piso no sentido de retornar para a instância anterior para nova decisão. O voto do ilustre conselheiro citado, ultrapassou os argumentos dos pareceres proferidos pela PGE/PROFIS, além da decisão da liminar decisiva e, julgou o relator de piso, que os autos deveria retornar à Primeira Instância por entender que a decisão foi omissa pois “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”, porém trago parte do trecho deste voto onde explica toda situação que a liminar foi decidida em aplicação até setembro de 2014 e não posteriormente:

“ (...) 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. Concordou 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, debrucei-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 abstivesse 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 9º 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 transverso 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.*

*(...)*

Assim, não acolho a solicitação prejudicial por entender que a infração 3 está devida imputada fora do exercício que fora concedido a suspenção de exigibilidade conforme o julgamento do Mandado de Segurança Coletiva nº 0550277-86.2016.8.05.0001.

Na análise do mérito, nulidade da infração 2 devido ao erro na apuração da multa referente ao percentual aplicado de 5%, onde afirma que na verdade é 1%. Esta alegação também foi bastante explicada no juízo de piso, que vejo está corretamente cobrado. Ao consultar os autos, verifico que o demonstrativo analítico está correto com a aplicação de 1%, conforme fl. 23 dos autos, o que percebo que o fiscal ao fazer o transporte dos dados da exigência, determinou o percentual de 5% erroneamente, porém não houve prejuízo para o recorrente em suas alegações, pois verificando as informações, vejo que aplicada descrita na folha citada, é a mesma aplicada na folha inicial, o art. 42, inc. XIII-A, alínea “i” da Lei nº 7.014/96.

Ao verificar a base de cálculo em que fora aplicada multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias, também o fiscal autuante transportou erroneamente, sendo que o valor correto não o descrito nas folhas iniciais e, sim os demonstrados na fl. 23 dos autos, sendo assim, um mero erro que não prejudicou na cobrança da multa. Portanto, mantenho a infração em sua totalidade.

Quanto ao pedido de redução da multa em 90% sobre o valor exigido, onde alega que não houve falta de pagamento de tributo, não houve dolo, fraude ou simulação e que as notas fiscais foram devidamente levadas a registros na EFD da empresa.

Para esta situação, em momento recente, não há mais competência para o relator administrativo do Estado da Bahia referente à redução de multa para infrações de obrigações acessórias (como também de obrigação principal) desde a mudança na legislação baiana em dezembro de 2019, no entanto, há decisões neste Conselho de Fazenda que aplica-se vários percentuais para casos específicos em que o contribuinte demonstre de que não cometeu a infringência de forma que mostre que veio a infração por falta de pagamento de tributo, houve dolo, fraude ou simulação e que as notas fiscais não foram devidamente levadas a registros na EFD, neste casos para petições solicitadas anterior à data da alteração.

Acredito eu, que um dos problemas, foi qual seria o percentual correto para a devida redução, o de 50% conforme julgou a decisão piso, 70% ou 80% em decisões mais antigas deste Conselho, ou até mesmo decisões deste colegiado administrativo em 90%, conforme o pedido o recorrente. Não

sabemos ao certo os verdadeiros motivos para que houvesse este “bloqueio” do julgador de piso da referida competência. No mais e mais, a Junta já informa que o contribuinte está dentro dos parâmetros para adoção da redução proferida.

Então vejamos: a infração 3 – não teve origem de infrações por falta de pagamento de tributo, não ficou evidenciado dolo, fraude ou mesmo simulação e, também está confirmado pela decisão de piso que todas as notas tiveram o seu registro na EFD, pois a cobrança é falta de manifestação do destinatário/confirmação da operação nos prazos previstos pela legislação tributária. Penso, o recorrente efetuou sim a manifestação ao destinatário e sua devida confirmação, no entanto, só foi fora do prazo e, como também não trouxe prejuízo ao Estado, vejo que esta Câmara tem o dever de ser mais complacente ao que pede o patrono do recorrente.

Sua petição defensiva de fls. 87/88, foi feita 05/04/2018, data que garante a redução conforme era de competência antes da alteração, além de o contribuinte está dentro dos parâmetros citados acima. Portanto, sou pela redução de percentual maior ao que foi proferida pela decisão de piso. Concordo com o percentual proposto pelo patrono do recorrente. Reduzo em 90% do valor inicial exigido na autuação, portanto, remanesce o montante de R\$ 11.221,23, referente à 10% do valor cobrado, conforme o demonstrativo abaixo:

MÊS/ANO	VL LANÇADO	VL JULGADO-JJF (50%)	VL JULGADO-CJF (10%)
JAN/2015	9.794,94	4.897,47	979,49
ABR/2015	456,44	228,22	45,64
MAI/2015	5.229,83	2.614,92	522,98
JUN/2015	9.870,03	4.935,01	987,00
JUL/2015	8.606,09	4.303,05	860,61
AGO/2015	7.791,36	3.895,68	779,14
SET/2015	11.376,27	5.688,13	1.137,63
OUT/2015	14.110,59	7.055,30	1.411,06
NOV/2015	13.629,92	6.814,96	1.362,99
DEZ/2015	18.021,02	9.010,51	1.802,10
JAN/2016	10.184,27	5.092,13	1.018,43
JUN/2016	2.425,16	1.212,58	242,52
NOV/2016	716,40	358,20	71,64
<b>TOTAL</b>	<b>112.212,32</b>	<b>56.106,16</b>	<b>11.221,23</b>

Assim, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado no sentido de julgar PROCEDENTE EM PARTE, mantendo totalmente a infração 2 e, modificando a infração 3, com a redução para 10% do valor inicial exigido, perfazendo em R\$ 11.221,23, conforme o demonstrativo acima.

### VOTO EM SEPARADO

Quanto a nulidade suscitada da infração 2, o recorrente alegou que foi indicada base de cálculo correspondente a aplicação do porcentual de 5%, quando o correto seria a aplicação de 1%.

Pela análise dos elementos contidos no processo constato que:

- i) No demonstrativo de fl. 23 foi indicado os valores das divergências entre as informações transmitidas no SINTEGRA e as consignadas na DMA, com valores das divergências nos meses de abril, maio e junho/2013;
- ii) Tomando por exemplo o mês de abril/2013 foi indicado valor R\$ 0,00 na DMA (cópia juntada à fl. 24) e no SINTEGRA (cópia à fl. 27) de R\$ 315.884,16, sobre a DIVERGÊNCIA foi aplicado multa de 1% que resultou em valor de R\$ 3.158,84;
- iii) A multa prevista no art. 42, XIII-A, “i” da Lei nº 7.014/1996 XIII-A estabeleceu que nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

*5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um*

*por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso;*

O autuante na informação fiscal (fl. 95) esclareceu que a multa prevista é de 5% sobre a divergência que tomado como base o mês de abril/2013, seria de 5% x R\$ 315.884,16 = R\$ 15.794,20, mas considerando o limite de 1% sobre as operações omitidas, no caso R\$ 315.884,16 resultou em valor de R\$ 3.158,84.

O mesmo procedimento foi utilizado para os meses de maio e junho de 2013, conforme cópia do arquivo SINTEGRA e DMA juntado às fls. 25 a 29.

No demonstrativo de débito de fl. 23, foi indicado os valores das divergências e aplicação do porcentual de 1%, cujo valor de R\$ 3.158,84 foi transportado para o demonstrativo de débito do Auto de Infração (fl. 2), mas indicado o percentual de 5% erroneamente e base de cálculo de R\$ 67.176,80 correspondente (R\$ 3.158,84/5%).

Em conclusão, os valores que constaram no Auto de Infração estão corretos, pois correspondem ao porcentual limite de 1%, mas a base de cálculo foi indicada incorretamente para o porcentual de 5%.

Assim sendo, mesmo que o porcentual tenha sido indicado de 5%, o valor constante do Auto de Infração corresponde a 1%, que está correto.

Por isso, concordo com a decisão do n. Relator, de que não houve prejuízo para o recorrente em suas alegações, pois a penalidade aplicada corresponde a infração com tipificação prevista no art. 42, inc. XIII-A, alínea “i” da Lei nº 7.014/96.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 146468.0006/18-1, lavrado contra **POSTO KONA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor de **R\$ 24.286,06**, previstas no art. 42, incisos IX, XXIII-A, letra “h”, alínea “i”, e X-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, com as reduções de valor, para a última ocorrência, prevista no art. 42, § 7º do mesmo diploma legal, além dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de abril de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/VOTO EM SEPARADO

IGOR LUCAS GOUVEIA BAPTISTA – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS