

A. I. N ° - 232856.0039/08-5
AUTUADO - POSTO NOVO PONTO LTDA.
AUTUANTE - FLÁVIO DO PRADO FRANCO JUNIOR
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 03. 12. 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0403-01/08

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. APRESENTAÇÃO DO ARQUIVO MAGNÉTICO SEM A TOTALIDADE DAS OPERAÇÕES. MULTA. De acordo com o RICMS/BA o contribuinte que utiliza o sistema de processamento de dados para emissão de documentos fiscais, está obrigado a apresentar o arquivo magnético contendo a totalidade das operações. O autuado não apresentou a totalidade dos registros. Com base no art. 158 do RPAF/BA, foi reduzida a multa aplicada, em razão de não ter havido prejuízo aos roteiros de fiscalização, bem como os dados contidos no registro faltante foram obtidos através do Livro de Movimento de Combustíveis. Infração caracterizada, porém com redução da multa aplicada. **2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Ficou demonstrado lançamento equivocado no levantamento. Feito os ajustes. Infração parcialmente caracterizada. **b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO.** Constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Feito os ajustes. Infração parcialmente caracterizada. **2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 25/02/2008, traz a exigência do ICMS, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$ 218.790,09, conforme infrações a seguir imputadas:

01 – deixou de fornecer arquivo magnético exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Multa no valor de R\$ 205.057,83, relativo aos meses de março a dezembro de 2004 e janeiro a dezembro de 2005;

02 - falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurado através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2005, com ICMS devido no valor total de R\$ 9.908,03, acrescido da multa de 70%;

03 - falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor agregado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurado através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2005, com ICMS devido no valor total de R\$ 3.646,39, acrescido da multa de 60%;

04 – omissão de saídas de mercadorias tributáveis (presunção de omissão de saídas), apurada através de entradas de mercadorias não registradas. ICMS no valor de R\$ 178,04, multa de 70%, relativo aos meses de março de 2004, março e outubro de 2005.

O autuado, às fls.59 a 66, apresenta a impugnação, alegando, preliminarmente, em relação à infração 01, que, conforme se comprova pelo recibo de devolução de livros e documentos, não apenas os arquivos magnéticos foram tempestivamente entregues (exercício 2004 e 2005), mas também todos os documentos físicos exigidos pelo autuante, a exemplo do livro de registro de saídas e de movimento de combustível, além de outros.

Entende, portanto, não caber a autuação, visto que o autuante recebeu os aludidos arquivos magnéticos e os devolveu ao autuado após a verificação que lhe cabia. Considera assim a autuação nula, com base no art. 18, IV, “b” do RPAF/BA.

Argumenta que, diante da possibilidade de o arquivo conter inconsistências, houve boa fé em fornecer, de imediato, os arquivos magnéticos legalmente exigíveis para verificação, entretanto, é necessário ponderar a possibilidade de tais arquivos estarem inconsistentes.

Entende que se a hipótese fosse efetivamente esta, não deveria o Contribuinte ter sido indevidamente autuado, mas sim intimado para correção ou complementação na forma preceituada pelo parágrafo 5º do artigo 7º do RICMS .

Alega que quanto ao registro 53, ao contrário do quanto faz crer o Auditor, o Autuado não é obrigado ao seu fornecimento, pois é obrigatório apenas para o contribuinte substituto.

Quanto ao registro 74, aduz que não é desconhecido o fato da existência de problemas de software alusivo a apresentação deste registro, tanto que redundou na alteração do parágrafo 6º do artigo 686 do RICMS, passando tal registro apenas a ser de apresentação obrigatória alusiva ao período de dezembro e janeiro do exercício seguinte.

Consigna que a suposta não entrega dos arquivos magnéticos ou dos registros indevidamente exigidos, em nada, absolutamente nada veio a afetar o exercício da atividade do Auditor, que

concluiu a fiscalização inclusive autuando o contribuinte em diversas infrações, mesmo que não procedentes.

Argúi que a apresentação dos arquivos magnéticos seria para verificação e apuração do estoque da Autuada, entretanto, a entrega espontânea e tempestiva dos livros de Movimentação de Combustíveis referentes ao período de 2004 e 2005, onde consta o controle de estoque diário de combustível foram mais que suficientes para a conclusão da fiscalização e, inclusive, para a autuação do Contribuinte.

Pede a nulidade da autuação face a tempestiva entrega do arquivo magnético, o que se admite apenas para argumentar, que a multa imposta pelo descumprimento desta obrigação, considerada acessória frente à fiscalização realizada, seja absorvida pela multa prevista para a obrigação principal, por ser de direito, já que a fiscalização feita foi apoiada nas mesmas informações nos referidos arquivos.

Quanto à infração 02 e 03, relativo ao levantamento quantitativo de estoque, acata a existência de algumas inconsistências quanto ao diesel, motivo pelo qual se reconhece pela procedência das infrações quanto aos valores de R\$ 7.533,06 e R\$ 2.097,20.

Quanto à gasolina, entretanto, argumenta que a Nota Fiscal no. 030075 (doe. anexo), referente a 5.000 litros do combustível, emitida em 30/12/2004, apenas teve ingresso no estabelecimento no dia 03/01/05, conforme comprova o LMC (doe. anexo), onde foi escriturada, inadvertidamente considerada pelo Sr. Auditor como entrada no exercício anterior (2004), gerando assim, a diferença apontada, portanto, acertando-se, as entradas de 2005, estas passaram de 237.000 para 242.000 litros (com a inclusão dos 5.000 litros).

Entende que, após os devidos acertos, fica assim a demonstração, que comprova não ter havido entradas de mercadorias desacobertas de notas fiscais.

Conclui por considerar parcialmente procedentes as infrações 2 e 3 alusivas tão somente quanto ao Diesel, e improcedente totalmente a infração 4, vez que não houve entrada de mercadorias desacobertas de Nota Fiscal.

Requer a nulidade da autuação tendo em vista a total ausência de elementos suficientes para determinar a infração, uma vez que foram devida e regularmente entregues todos os arquivos magnéticos solicitados pelo Auditor Fiscal, face ao não atendimento do devido processo legal, vez que, se inconsistentes e incompletos os arquivos apresentados, deveria ter sido o contribuindo intimado para sua regularização e não irregularmente autuado. Seja declarada a improcedência da autuação quanto à exigibilidade da apresentação dos registros 53. Seja declarada a inaplicabilidade da multa imposta posto que decorrente de obrigação acessória, deverá ser absorvida pela multa imposta para a obrigação principal.

O autuante, às fl.s 75 e 76 dos autos, apresenta a informação fiscal, alegando que o registro 53 deve ser informado por quem realizou a operação de substituição tributária. Quanto ao registro 74, entende que é obrigatório e deveria ter sido fornecido pela autuada, conforme determina a alínea “g” do inciso 13 –A do art. 915 do RICMS/BA.

Acata os argumentos do autuado quanto à nota fiscal 30075, que foi lançada indevidamente no levantamento no exercício de 2004, contudo ingressou no estabelecimento do autuado no exercício de 2005, em 03/01/2005. Efetua os ajustes e conclui, em consonância com o autuado, que remanesce o valor a ser exigido apenas relativo ao diesel, ou seja, quanto à infração 02, R\$ 7.533,06 e quanto à infração 03, R\$ 2.097,20.

O autuado volta a se manifestar às fls. 82 e 83, reafirmando os argumentos quanto ao registro 74, relativo à infração 01, e consignando sua concordância com o autuante em relação ao acolhimento de suas arguições quanto ao restante das infrações.

VOTO

O presente Auto de Infração traz a exigência do ICMS, além de multa por descumprimento de obrigação acessória, imputando ao autuado 04 infrações.

Ficam, preliminarmente, rejeitadas as nulidades argüidas direta ou indiretamente pelo autuado, uma vez que foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que não houve a tempestividade na entrega dos arquivos magnéticos, bem como não houve a aludida absorção da multa por descumprimento da obrigação acessória pela multa por descumprimento de obrigação principal, até porque a primeira não deu causa a segunda. Assim, observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal.

A infração 01, exige multa por falta de entrega à fiscalização dos registros 53 e 74, constantes dos arquivos magnéticos que o autuado está obrigado a apresentar ao fisco estadual. Verifico, liminarmente, que o registro 53, em consonância com o disposto no anexo 64 do RICMS/BA, item “13.10BSERVAÇÕES.- 13.1.1 - Este registro só é obrigatório para o contribuinte substituto tributário, nas operações com mercadorias”. Considerando que o autuado é varejista de combustíveis, portanto, contribuinte substituído, não há o que se exigir multa em razão da falta do aludido registro. Quanto ao registro 74, não entregue nos exercícios de 2004 e 2005, não trouxe prejuízo aos trabalhos da fiscalização, vez que o autuante obteve os dados de estoque através do Livro de Movimento de Combustíveis e até mesmo no Livro de Inventário que recebeu do autuado. Tanto é verdade que efetuou o levantamento quantitativo por espécie de mercadorias que resultou nas infrações 02 e 03.

Assim, com fulcro na autorização albergada no art. 158 do RPAF/BA, e do § 7º, Art. 42 da Lei nº 7.014/96, que se inspira nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, inerentes, também, ao processo administrativo fiscal, considerando que o fisco estadual, de posse dos arquivos e livros apresentados, teve condições para efetuar os roteiros de fiscalização que lhe conviesse, inclusive o levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, alvo da exigência das infrações 02 e 03, visto que não ficou caracterizado o dolo, fraude, nem prejuízo aos roteiros de fiscalização, decido pela redução da multa aplicada na infração 01 para R\$ 20.505,77, que corresponde a 10% (dez por cento) do valor originalmente exigido de R\$ 205.057,63, conforme demonstrativo que segue:

				Val. Exigido	10% do valor exigido
Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	Originalmente R\$	Originalmente
16.12.15	1	31/3/2004	9/4/2004	2.119,31	211,93
16.12.15	1	30/4/2004	9/5/2004	3.551,64	355,16
16.12.15	1	31/5/2004	9/6/2004	3.810,07	381,01
16.12.15	1	30/6/2004	9/7/2004	2.905,78	290,58
16.12.15	1	31/7/2004	9/8/2004	2.068,98	206,90
16.12.15	1	31/8/2004	9/9/2004	4.766,30	476,63
16.12.15	1	30/9/2004	9/10/2004	5.192,39	519,24
16.12.15	1	31/10/2004	9/11/2004	4.753,68	475,37
16.12.15	1	30/11/2004	9/12/2004	3.528,76	352,88
16.12.15	1	31/12/2004	9/1/2005	10.131,58	1.013,16
16.12.15	1	31/1/2005	9/2/2005	12.454,99	1.245,50
16.12.15	1	28/2/2005	9/3/2005	11.764,83	1.176,48
16.12.15	1	31/3/2005	9/4/2005	11.689,07	1.168,91

16.12.15	1	30/4/2005	9/5/2005	11.643,91	1.164,39
16.12.15	1	31/5/2005	9/6/2005	10.013,63	1.001,36
16.12.15	1	30/6/2005	9/7/2005	12.358,95	1.235,90
16.12.15	1	31/7/2005	9/8/2005	13.051,08	1.305,11
16.12.15	1	31/8/2005	9/9/2005	13.919,28	1.391,93
16.12.15	1	30/9/2005	9/10/2005	14.936,88	1.493,69
16.12.15	1	31/10/2005	9/11/2005	16.858,73	1.685,87
16.12.15	1	30/11/2005	9/12/2005	16.927,13	1.692,71
16.12.15	1	31/12/2005	9/1/2006	16.610,72	1.661,07
TOTAL				205.057,73	20.505,78

Cabe lembrar que há reiteradas decisões deste CONSEF, a exemplo dos Acórdãos 0109-12/06 e 0542-12/06 da 2ª CJF, que contemplam a redução das mesmas penalidades, ora em questão - observando as circunstâncias e peculiaridades pertinentes a cada caso.

Quanto às infrações 02 e 03, ficou demonstrado que o autuante lançou equivocadamente no exercício de 2004, no item gasolina, a Nota Fiscal nº 030075 (doe. anexo), referente a 5.000 litros do combustível, emitida em 30/12/2004, contudo esta nota teve ingresso no estabelecimento, apenas no dia 03/01/05. O autuante acatou este fato diante do registro da nota no LMC (doe. anexo), que gerou uma diferença acrescentando-se as entradas de 2005. Estas passaram de 237.000 para 242.000 litros (com a inclusão dos 5.000 litros), efetua os ajustes e conclui, acertadamente, conforme entendimento desse relator, pela exclusão dos valores relativos às omissões de entradas que passaram a não mais existir, nos exercícios de 2005, em relação à infração 02, no valor de R\$ 2.374,97 e em relação à infração 03, no valor de R\$ 1.549,19.

Resta para a infração 02, no exercício de 2005, o valor a ser exigido apenas relativo ao diesel, de R\$ 7.533,06 e quanto à infração 03, no mesmo exercício de 2005, o valor de R\$ 2.097,20.

Quanto à infração 04, o autuado alega que a inexistência das omissões de entradas anteriores elide esta infração. Ocorre que a presente infração trata de presunção de omissão de entradas de mercadorias cujas notas fiscais não foram alvo do levantamento quantitativo e encontram-se anexadas aos autos. Assim, já que não foi demonstrado o registro das mesmas, considero não elidida a presunção, ficando mantida a infração que é no valor de R\$ 178,04.

Voto pela PROCÊDENCIA PARCIAL do Auto de Infração, restando ser exigido, para infração 01, a multa no valor de R\$ 20.505,78, subsistente parcialmente, para infração 02, o ICMS no valor de R\$ 7.533,06, parcialmente caracterizada, para a infração 03 o ICMS no valor de R\$ 2.097,20, caracterizada para a infração 04, o ICMS no valor de R\$ 178,04, totalizando a exigência do crédito tributário, no presente lançamento, em R\$. 30.314,08.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232856.0039/08-5**, lavrado contra **POSTO NOVO PONTO LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.808,30**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 7.711,10 e de 60% sobre R\$2.097,20, prevista nos incisos III, II, alínea “d” do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$20.505,78**, prevista no art. 42, XIII-A, alínea “g” da mesma lei, reduzida nos termos do § 7º, art. 42 do mencionado Diploma legal, com os acréscimos moratórios, conforme norma da Lei 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões CONSEF, 24 de novembro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR