

acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, 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 de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. Ocorrências: 31/12/2004 e 04/07/2005;

4. Extravio de Documentos Fiscais, aplicando-se a penalidade de caráter acessório de R\$1.880,00.

O autuado impugna o lançamento (fls. 129 a 135), esclarecendo que abordará apenas a infrações 01 e 04.

Em relação à Infração 01, observa que a intimação para retificação foi apresentada dia 20/01/2009 e que o AI foi lavrado em 27/03/2009, ou seja, apenas 7 dias após o vencimento do prazo concedido, e que no dia 30/03/2009 providenciou as retificações solicitadas pela fiscalização e ofertou os arquivos magnéticos, possibilitando, assim, a realização dos roteiros de auditoria pertinentes aos mesmos, pois em relação aos períodos suscitados no AI não há que se falar em decadência. Diz que o atraso no atendimento da intimação deve ser compreendido, pois é fato público a dificuldade que os contribuintes enfrentam no atendimento da obrigação acessória objeto da lide.

Aduz que provou boa fé e disposição em não embaraçar a fiscalização, o que fez mediante a correção das inconsistências apontadas pelo Fisco. Por outro lado, diz que deve ser considerado que quase 100% das operações da autuada encontram-se sujeitas ao regime de substituição tributária.

De mais a mais, argui que o AI registra que as divergências permaneceram em relação aos registros 61 e 74, devendo ser considerada a existência dos dados em outro suporte físico, permitindo o regular exercício da fiscalização e que a maior prova de que a fiscalização não foi impedida é feita pelo próprio Auto de Infração, pois lista mais três itens, sendo somente um correspondente a multa formal e dois pertinentes a auditoria de estoques, nos quais foram detectadas grandes diferenças sendo, ainda, o terceiro, decorrência do segundo.

Acrescenta que a apuração das diferenças listadas nos itens da autuação foi possível porque possuía e apresentou na ação fiscal toda a documentação solicitada, o que sem dúvidas permitiu o exercício normal da fiscalização.

Argumenta que, apesar de prevista em lei, a Fiscalização não deve simplesmente impor a pesada multa de 1% sobre as saídas de cada mês depois da entrega dos arquivos pela Internet e, inclusive, mostrado o esforço do contribuinte para promover as retificações necessárias, pois a sanção supera, de forma proporcional, toda a capacidade de produzir recursos da empresa, bem como ultrapassa a capacidade de geração do próprio ICMS, com o que apela com pedido de redução ou cancelamento das multas, com base no art. 42, §7º, da Lei 7.014/96, citando várias decisões do CONSEF.

Com relação à Infração 04, diz que buscará as notas fiscais, solicitando, como meio de prova, a posterior juntada. Não obstante, dentro dos mesmos fundamentos apresentados para a Infração 01, pede o cancelamento ou a redução da sanção.

Por fim, protesta pela procedência parcial do AI, a fim de as multas das infrações 01 e 04 sejam canceladas ou reduzidas para 5% dos seus valores originais, ou seja, respectivamente para R\$2.391,00 e R\$94,00, levando-se em conta a falta de dolo, fraude ou simulação, a falta de comprovação de evasão do ICMS e, por último, a retificação dos dados inconsistentes, conforme comprovantes de transmissão que anexa.

O autuante prestou Informação Fiscal às fls. 159 e 160 dos autos, dizendo que em relação à Infração 01, a impugnante, embora após concluída a ação fiscal, retificou os seus arquivos magnéticos e os retransmitiu para a SEFAZ com os registros 61 e 74 que não tinham sido apresentados no primeiro momento.

Registra o fato de que a não apresentação inicial dos arquivos não impossibilitou o desenvolvimento normal da ação fiscal, na qual, inclusive, efetuou Levantamento Quantitativo de Estoque de

“Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.

§ 3º Tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstico.

§ 5º O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, devendo utilizar, no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade “2”, referente a retificação total de arquivo.”

Conforme documento de fl. 12, em consequência da constatação de divergências de inconsistências em arquivos magnéticos, o autuado foi intimado em 20/01/2009 a regularizar as seguintes inconsistências: Registro 61 – meses de janeiro de 2004 a julho de 2005; Registro 61-R – meses janeiro 2004 a julho 2005; Registro 74 – meses dezembro 2003, janeiro e dezembro 2004 e janeiro 2005, sendo-lhe entregue o relatório detalhado dessas inconsistências, assinalando-lhe o prazo de 30 dias para a correção, conforme previsto no citado art. 708-B do RICMS/97.

Essa intimação não foi atendida, persistindo, assim, as divergências anteriormente detectadas, com o que se caracterizou o acerto da multa aplicada, sendo que o percentual de 5% sobre os valores das saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviço tomadas e realizadas, foi limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, cujo cálculo se vê demonstrado nas fls. 46 e 59, tendo em vista a divergência nos dados apresentados, conforme previsão contida no art. 42, inciso XIII-A, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96. Vejo que no demonstrativo de débito da infração constam como datas de ocorrências as de encerramento de cada período em que se efetivaram as operações as que foram magneticamente informadas sem os registros já referidos, estando a multa aplicada nessas datas de ocorrências no art. 42, XIII-A, “f” da Lei 7.014/96. Entretanto, a Orientação Técnica OTE-DPF-3005, disponibilizada em 17/06/2005, expõe no seu item 6.1 que na lavratura de auto de infração por falta de apresentação ou irregularidade do arquivo magnético, os campos "data de ocorrência" e "data de vencimento" do auto de infração deverão ser preenchidos com indicação da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados.

Tendo em vista que o contribuinte foi intimado para regularizar as inconsistências em 20/01/2009, assinalando-lhe para tanto o prazo de trinta dias, o primeiro dia útil subsequente ao término do prazo consignado para correção dos erros indicados foi 23/02/2009, data em que deve ser consignada como a de ocorrência da presente infração, correção que faço de ofício. Nesse caso, tendo em vista a alteração legislativa introduzida pela Lei nº 10.847 de 27/11/07, a multa aplicada a presente infração passou a ser tipificada pelo art. 42, XIII-A, “i”, da Lei nº 7.014/96.

Em atenção ao pleito do contribuinte no que diz respeito à redução ou cancelamento da multa por descumprimento de obrigação acessória de que trata essa infração, considerando que o contribuinte comercializou predominantemente mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e que, embora depois de concluída a ação fiscal, o autuado retificou os seus arquivos magnéticos e os retransmitiu para a SEFAZ com os registros 61 e 74 que não tinham sido apresentados no primeiro momento, ao tempo em o autuante registrou o fato de que a não apresentação inicial dos arquivos não impossibilitou o desenvolvimento normal da ação fiscal, na qual, inclusive, efetuou Levantamento Quantitativo de Estoque de mercadorias em relação aos exercícios 2004 e 2005 que resultou nas infrações 02 e 03 acatadas pela Defesa, bem como considerando que as condições que impedem a possibilidade de redução da multa por descumprimento da obrigação acessória, quais sejam, dolo, fraude ou simulação, não estão demonstradas nos autos e que o motivo para a

VOTO VENCEDOR – INFRAÇÃO 01 (QUANTO À REDUÇÃO DA MULTA)

Trata a infração 01 da aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória decorrente da falta de entrega de arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informação das operações ou prestações realizadas.

No brilhante voto proferido pelo relator, foi demonstrado o entendimento que a infração restou caracterizada, sendo procedente a aplicação da multa prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “i” da Lei nº 7.014/96, posicionamento que acompanho.

Entretanto, o relator, atendendo o pleito do sujeito passivo no que diz respeito à redução da multa, considerando que o contribuinte comercializa predominantemente mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e que retificara os seus arquivos magnéticos e os retransmitira à SEFAZ, e que o autuante consignara que a não apresentação inicial dos arquivos não o impossibilitara de realizar a ação fiscal, bem como por entender que não ficara demonstrado nos autos a existência de dolo, fraude ou simulação, ou a falta de recolhimento do imposto, concordou com a redução da multa sugerida em 50%.

E é em relação a essa redução que venho, com a devida vênia, manifestar um entendimento contrário, uma vez que, conforme discorrerei em seguida, não se coaduna com o posicionamento já adotado em diversas oportunidades por este julgador e pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal.

Assim é que na análise e julgamento de várias autuações atinentes à mesma situação fática objeto desta lide, estando presentes as mesmas variáveis, isto é, os contribuintes autuados desenvolviam atividades preponderantemente com produtos enquadrados no regime da substituição tributária, não havia nos autos nenhuma evidência da ocorrência de dolo, fraude ou simulação e, por fim, a ação fiscal redundara na constatação de outras irregularidades decorrentes da falta de emissão de notas fiscais nas saídas de mercadorias ou do ingresso de produtos no estabelecimento, desacompanhadas da respectiva documentação fiscal, a decisão tem sido no sentido de manutenção integral da multa sugerida.

Enfatizo que esse juízo tem se sustentado principalmente no seguinte fato: a despeito de algumas das condições estabelecidas pelo legislador para que nesta instância administrativa seja concedido algum tipo de redução da penalidade possam se fazer presentes nos autos, uma de grande importância não transparece de forma que dê total segurança ao julgador para adotar o posicionamento que lhe é facultado pelo § 7º do art. 42 da Lei nº. 7.014/96 e pelo art. 158 do Decreto nº 7.629/99 (RPAF/BA). Digo isto em razão da seguinte circunstância: as infrações 02 e 03 decorreram da constatação, pela fiscalização, da entrada de mercadorias no estabelecimento do autuado de mercadorias desacobertas da competente documentação fiscal, o que representou na exigência do imposto correspondente à sua condição de responsável solidário, assim como da parcela devida por antecipação tributária.

Entendo que este fato concreto, que inclusive foi expressamente reconhecido pelo contribuinte, implicou na falta de recolhimento do ICMS por parte do autuado, resultando, no mínimo, em dúvida se a falta de análise pelo fisco dos arquivos magnéticos não transmitidos antes da lavratura do Auto de Infração não teria implicado na falta de uma parcela maior do tributo. Assim, esta falta de convicção quanto à possível falta do pagamento de parcela do imposto, em decorrência da prática da irregularidade aqui discutida, parece-me determinante para a manutenção integral da penalidade aplicada.

Outro fator digno de menção se refere ao percentual de redução adotado pelo insigne relator, no patamar de 50%. Tenho verificado que em alguns julgados proferidos na 2ª Instância deste Conselho a redução adotada em casos similares a este geralmente tem sido estabelecida uma redução de 90%. Pergunto: quais os parâmetros adotados pelo relator para estabelecer aquela redução? Como entender que para situações similares sejam adotados pesos diversos? De que forma os contribuintes

acolherão essa diversidade de ponderação da penalidade em questão? Deste modo, concluo que a multa sugerida no Auto de Infração deve ser integralmente mantida.

Desta forma, acompanho o voto do relator quanto à procedência da infração, entretanto, entendo que deve ser mantido o percentual da multa em sua plenitude.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **146468.0092/09-6**, lavrado contra **MAYNARD COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$19.790,39**, acrescido das multas de 70% sobre R\$15.028,01 e de 60% sobre R\$4.762,38, previstas no art. 42, incisos III e II, alínea “d” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$49.700,47**, previstas nos incisos XIII-A, inciso “i” e XIX do mesmo artigo e Lei acima citados, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de outubro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR/VOTO VENCIDO – Redução da multa – Infração 1

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR/VOTO VENCEDOR – Redução da multa – Infração 1