

A. I. Nº - 146468.0092/09-6
AUTUADO - MAYNARD COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
AUTUANTE - HENRIQUE IJALMAR LOPES GRANGEON
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 16. 11. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0341-01/09

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA E DIVERGÊNCIA DE DADOS. MULTA. A legislação prevê aplicação de multa em decorrência de informações divergentes dos documentos fiscais correspondentes aos dados constantes nos arquivos magnéticos, bem como a falta de apresentação desses, mediante intimação. Multa de 5%, porém com observância do limite de 1% (um por cento) do valor das operações de saídas realizadas no estabelecimento em cada período. Infração comprovada. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DOCUMENTOS FISCAIS. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA CONDIÇÃO DE RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, DE RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO. Constatando-se, num mesmo período, diferenças tanto de saídas como de entradas, através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. Infrações reconhecidas. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EXTRAVIO. MULTA. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Vencido o voto do relator quanto à redução da multa do item 1. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/02/2009, exige o valor de R\$69.490,86, em decorrência das seguintes infrações:

1. Forneceu informações através de arquivo magnético exigido na legislação, requerido mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% 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. Valor da multa: R\$47.820,47. Período janeiro a dezembro de 2004 e janeiro a julho de 2005;
2. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$15.028,01, acrescido da multa de 70%, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros, desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Ocorrências: 31/12/2004 e 04/07/2005;
3. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária no valor de R\$4.762,38, acrescido da multa de 60%, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor

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

mercadorias em relação aos exercícios 2004 e 2005 que resultou nas infrações 02 e 03 acatadas pela Defesa.

Quanto ao pleito de redução ou cancelamento da multa, diz ser prerrogativa do CONSEF, e conclui entendendo ser procedente a infração.

Em relação à Infração 04, tendo em vista que a autuada até a data em que prestou a Informação Fiscal, não fez a juntada das notas fiscais como prometera na Defesa, entende deve ser julgada procedente.

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

O Auto de Infração em lide contém quatro infrações: 1. Fornecimento de informações através de arquivo magnético exigido na legislação, requerido mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% 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; 2. Falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros, desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado; 3. 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 adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada 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 e; 4. Extravio de Documentos Fiscais, aplicando-se a multa por descumprimento de obrigação acessória prevista no art. 42, inciso XIX, da Lei 7.014/96.

Na Defesa apresentada, o contribuinte expressamente reconheceu as infrações 02 e 03. Portanto, não havendo lide quanto a essas infrações, as tomo como procedente.

Em relação à Infração 01, embora implicitamente tenha admitido sua pertinência, o autuado apelou com pedido de redução para 5% do valor da multa aplicada ou o seu cancelamento, com base no art. 42, §7º, da Lei 7.014/96, citando várias decisões do CONSEF, sustentando que a falta do atendimento da Intimação para apresentação dos arquivos magnéticos corrigidos em tempo hábil não causou qualquer prejuízo ao Fisco que não ficou impedido de realizar sua normal fiscalização, como fez apurando as infrações reconhecidas, além do fato de que apenas 7 (sete) dias após a lavratura do Auto de Infração providenciou as retificações que lhe foram solicitadas.

Compulsando os autos, verifico que esta imputação se referiu ao fato do contribuinte ter fornecido informações através dos arquivos magnéticos, contendo dados divergentes em comparação com aqueles constantes nos documentos fiscais correspondentes.

Constatou que no lançamento em discussão a infração foi descrita de forma clara, estando fundamentada nos demonstrativos, livros e documentos fiscais, e que o autuado não trouxe prova de existência de equívoco ou falha técnica no lançamento efetuado, o qual caracterizou a infração de forma detalhada.

No mérito, saliento que o art. 683 do RICMS/97 estabelece a possibilidade de o contribuinte utilizar sistema eletrônico de processamento de dados, sendo que as condições específicas quanto à manutenção e ao fornecimento do arquivo magnético estão disciplinadas nos artigos 686 e 708-B. Noto que no decorrer da ação fiscal foram observadas, pelo autuante, as disposições contidas nesses dispositivos regulamentares especialmente aquelas descritas nos §§ 3º e 5º do art. 708-B, que apresento em seguida, para um melhor entendimento:

“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

penalidade dessa infração não implicou em falta de recolhimento do imposto, entendo que a multa de R\$47.820,47 deve ser reduzida para 50% desse valor, ou seja, R\$23.910,23.

Art. 158. As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.

Quanto à Infração 04, que se refere ao extravio de documentos fiscais que o próprio autuado admite ter ocorrido, limitando-se a referir na Defesa que buscará os documentos para posterior juntada, tendo ele solicitado também a redução ou cancelamento da multa dentro dos mesmos fundamentos suscitados para a Infração 01, tenho que não devo acolher tal petição tendo em vista a constatada desídia do contribuinte na obrigatoriedade guarda dos documentos fiscais durante o período decadencial, e, por isso, não pode ser relevada sob pena de banalizar um grave descumprimento de obrigação acessória. Portanto, estando caracterizada, entendo procedente esta infração.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com a redução em 50% (cinquenta por cento) da multa prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “f” da Lei 7.014/96, aplicada na Infração 01, com o demonstrativo de débito abaixo:

Demonstrativo de Débito - Infração 01					
Data Ocorr	Data vencto	Base Cálculo	Alíq. %	Multa %	Valor devido
31/01/2004	09/02/2004	50.122,50	0	1	501,23
28/02/2004	09/03/2004	33.641,00	0	1	336,41
31/03/2004	09/04/2004	41.241,50	0	1	412,42
30/04/2004	09/05/2004	73.231,00	0	1	732,31
31/05/2004	09/06/2004	94.679,50	0	1	946,8
30/06/2004	09/07/2004	98.471,00	0	1	984,71
31/07/2004	09/08/2004	128.378,00	0	1	1.283,78
31/08/2004	09/09/2004	128.802,50	0	1	1.288,03
30/09/2004	09/10/2004	127.266,00	0	1	1.272,66
31/10/2004	09/11/2004	130.995,00	0	1	1.309,95
30/11/2004	09/12/2004	141.664,00	0	1	1.416,64
31/12/2004	09/01/2005	131.288,50	0	1	1.312,89
31/01/2005	09/02/2005	126.149,00	0	1	1.261,49
28/02/2005	09/03/2005	140.318,50	0	1	1.403,19
31/03/2005	09/04/2005	144.555,50	0	1	1.445,56
30/04/2005	09/05/2005	190.586,50	0	1	1.905,87
31/05/2005	09/06/2005	258.731,50	0	1	2.587,32
30/06/2005	09/07/2005	288.596,00	0	1	2.885,96
04/07/2005	09/08/2005	62.306,00	0	1	623,06
Infração 02					
31/12/2004	09/01/2005		17	70	11.389,73
04/07/2004	09/08/2005		17	70	3.638,28
Infração 03					
31/12/2004	09/01/2005		17	60	3.609,41
04/07/2005	09/08/2005		17	60	1.152,97
Infração 04					
04/07/2005	09/08/2005		17	1.880,00	1.880,00
TOTAL					45.580,63

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 1^a 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 2^a 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