

PROCESSO - A. I. Nº 146468.0107/10-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - POSTO DE COMBUSTÍVEIS MELISSA LTDA. (POSTO MELISSA)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0231-04/12
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 12/06/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0153-12/13

EMENTA: ICMS. 1. EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). EMISSÃO DE NOTA FISCAL DE VENDA A CONSUMIDOR EM LUGAR DO USO DE ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Refeito o cálculo pelo fisco, reduzindo-se o valor da multa. Foi novamente reduzido o montante a ser exigido, desta feita pela Junta de Julgamento, com fundamento no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/1996, vez que não houve dolo, fraude ou simulação. Infração 1 parcialmente mantida. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. ENTREGA COM INCONSISTÊNCIAS. Modificada a decisão recorrida. Não observado o prazo legal para correção das inconsistências dos arquivos magnéticos entregues. Declarada, de ofício, a nulidade da infração 5. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela R. 4ª Junta de Julgamento Fiscal nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida nos autos do presente PAF que julgou parcialmente procedente a exigência fiscal.

O lançamento de ofício foi lavrado em 26/05/2011, para exigir ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor histórico de R\$ 187.838,98, em razão de nove infrações, das quais, após julgamento, restou parcialmente procedente as infrações 1 e 5, e foram reconhecidas as infrações 2 a 3 e 6 a 9 pelo contribuinte.

Deste modo, as infrações que são objeto do Recurso aqui debatido são as seguintes:

Infração 01 – Emissão de outro documento em lugar daquele decorrente do uso do equipamento emissor de cupom (ECF), nas situações em que estava obrigado. Consta que as notas fiscais de fatura, relacionadas nos anexos I a V, não se fizeram acompanhar dos cupons respectivos. Multa de 43.981,54, prevista no art. 42, XIII-A, “h” da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 – Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação de 15/03/2011, com informações das operações ou prestações realizadas. O autuante esclarece que o sujeito passivo foi intimado para correção de inconsistências, tendo reapresentado em 25/05/2011, data considerada como da ocorrência, as informações em meio magnético sem os registros 60R, 61 e 61R (anexos XIII a XVI). Multa de R\$ 134.224,54, prevista no art. 42, XIII-A, “j” da Lei nº 7.014/96.

O Autuado apresentou tempestivamente Defesa (fls. 1.086 a 1.093) juntando documentos e contestando as infrações 1 e 5. Em seguida, temos várias Informações Fiscais (fls. 1.330 a 1.332, 1.368 a 1.371, 1.418 a 1.420 e 1.439 a 1.441) motivadas por diversas manifestações do Contribuinte, reconhecendo parte das argumentações defensivas deste e concluindo pela procedência parcial do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 4ª JF, que, após afastar as nulidades, o pedido de diligência e o pedido de parcelamento, decidiu pela procedência parcial do Auto de Infração conforme o seguinte voto, *in verbis*:

“VOTO

Os pressupostos de validade do procedimento administrativo foram devidamente observados, uma vez que o auditor autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu as infrações, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicou o embasamento jurídico.

Portanto, nada existe que possa macular o lançamento de ofício de nulidade. Não foi identificada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação e nas diversas manifestações.

Rejeitada a preliminar de nulidade, direta ou indiretamente suscitada.

Com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), reputo suficientes para a formação da convicção dos julgadores os elementos já contidos nos autos.

Este Conselho não possui atribuição legal para apreciar pedido de parcelamento.

As infrações 02 a 04 e 06 a 09 foram expressamente acatadas pelo impugnante. Desse modo, de acordo com o art. 140, RPAF/1999, as mesmas não terão o mérito apreciado neste julgamento.

Infrações mantidas.

Passo a analisar, em conjunto, o mérito das infrações 01 e 05.

Nos termos do art. 238 do RICMS/1997 (infração 01), o contribuinte obrigado a utilizar equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) emitirá o cupom ou a nota de venda a consumidor nas operações ou prestações destinadas a não contribuintes.

Nas hipóteses em que se permite a emissão de outro documento distinto do cupom, a 1ª via deste último deverá ser anexada àquela fixa do talonário fiscal, na qual serão consignados o número seqüencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do cupom emitido (§ 1º).

O contribuinte logrou demonstrar a emissão de parte dos documentos exigidos ao longo da instrução processual, de maneira que o autuante, acertadamente, reduziu a multa de R\$ 43.981,54 para R\$ 38.015,90.

No tocante à quinta infração (intimação à fl. 15), para efeito de aplicação da multa de 5% limitada a 1% das saídas em cada período, considera-se apresentação de dados divergentes dos constantes dos documentos fiscais a situação em que o arquivo contenha informações distintas daquelas ofertadas na nota ou inconsistências em relação ao padrão previsto na legislação. Por exemplo, como na presente lide, sem os registros 60R, 61 e 61R (anexos XIII a XVI).

Conforme Orientação Técnica OTE-DPF-3005 (item 6.1), de 17/06/2005, na lavratura do Auto de Infração por irregularidades na apresentação, os campos “DATA DE OCORRÊNCIA” e “DATA DE VENCIMENTO” do lançamento de ofício deverão ser preenchidos com a indicação correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao término do prazo concedido na intimação para a correção dos erros indicados (30 dias). Por conseguinte, não surtem qualquer efeito, ao menos neste processo, eventuais informações prestadas em meio digital após o esgotamento do referido intervalo temporal.

Assim, nos campos “DATA DE OCORRÊNCIA” e “DATA DE VENCIMENTO” da infração 05 deve ser assinalado o dia 15/04/2011.

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 (§ 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/1996 e art. 158 do RPAF/1999).

Acolho o pedido de redução das penalidades, nos termos do art. 158 do RPAF/1999, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/1999, conforme entendimento já consolidado neste CONSEF, a exemplo daqueles dos Acórdãos CJF 0007-11/10 e 0025-11/10, relativos à mesma matéria, uma vez que se trata de um contribuinte que opera com produtos - combustíveis - sujeitos à tributação por substituição de responsabilidade dos seus fornecedores (distribuidoras), cujas saídas subseqüentes do estabelecimento ocorrem sem tributação. Acrescente-se o fato de que as multas em análise decorrem não da falta de emissão de documento fiscal – cuja lesividade é maior – mas sim de emissão de documento diverso do exigido (NF série D 1 em substituição ao cupom fiscal) e de inconsistências nos arquivos magnéticos, em relação às quais foram envidados esforços no sentido de corrigi-las.

Deve-se ressaltar que os requisitos exigidos para que este órgão julgador utilize o permissivo da norma acima citada, cancelando ou reduzindo a multa prevista por descumprimento de obrigação tributária acessória, encontram-se presentes, visto que não houve na ação fiscal qualquer acusação de que o contribuinte tenha agido com dolo, fraude ou simulação, nem tampouco restou comprovado que houve falta de recolhimento do imposto relacionado com as infrações 01 e 05.

A infração 05 fica caracterizada e a 01 parcialmente elidida, pois acolho as informações de fl. 1.332, trazidas pelo autuante, com a redução do valor lançado nesta última de R\$ 43.981,54 para R\$ 38.015,90.

Entretanto, diante das considerações acima expostas, não sendo o caso de cancelamento, visto que de todo modo houve ilícitos, defiro o pedido de redução das multas por descumprimento de obrigações tributárias acessórias, neste caso específico para 10% do valor exigido, o que significa dizer R\$ 3.805,59 na infração 01 (em função da revisão fiscal que modificou o lançamento de R\$ 43.981,54 para R\$ 38.015,90) e R\$ 13.442,45 na infração 05.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 26.856,94, devendo ser homologados os valores já pagos.

Diante da sucumbência ocorrida na Decisão proferida, a 1ª JFJ recorreu, de ofício, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99.

VOTO

Em que pese o acerto da Decisão de primeiro grau em reduzir do débito lançado nas infrações 1 e 5, entendo que não foi observada uma questão de nulidade na infração 5 que tende a alterar substancialmente o julgamento de base.

Entendo que os n. Julgadores de piso foram muito sensíveis em reduzir o valor das multas das obrigações acessórias apostas nas infrações 1 e 5, ora vergastadas. Como já mencionado, as normas do art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96 e do art. 158 do RPAF/99 possibilitam que as Juntas ou as Câmaras reduzam ou cancelem as multas desde que: a) elas tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e; b) não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.

Diante das circunstâncias fáticas do presente PAF, vejo que os requisitos necessários para a redução estão presentes. Realmente não há indicação de que houve qualquer menção ou acusação por parte da fiscalização de que o Contribuinte tenha agido com dolo, fraude ou simulação para que não fosse efetuado o pagamento do imposto. Devemos ressaltar que a fase de tributação das mercadorias comercializadas pelo Contribuinte (combustíveis) já se encontra encerrada. Sendo assim, por esse mesmo motivo, a falta de observância das obrigações acessórias dos itens 1 e 5, não implicam a falta ou diminuição do recolhimento de ICMS, vez que, os combustíveis já foram tributados na saída da distribuidora.

Além disso, poderia se perquirir que, a falta de entrega dos arquivos magnéticos com os Registros 60R, 61 e 61R impediria a fiscalização do estabelecimento comercial, fato que impossibilitaria a aplicação da redução prevista na Lei e no RPAF. Contudo, depreendo que contribuintes dessa natureza (Postos de Gasolina) são primordialmente fiscalizados mediante levantamento quantitativo de estoques de combustíveis, realizado pelo cotejo das notas fiscais de entrada de mercadorias e o LMC (Livro de Movimentação de Combustíveis). Aliás, foi através desse roteiro de fiscalização que foram lançadas as infrações 6, 7 e 8, demonstrando que não houve qualquer embaraço à fiscalização.

Entretanto, com base no art. 20 do RPAF/99, devo, de ofício, suscitar a nulidade da infração 5, pois, vejo que não fora observado o prazo de 30 dias do contribuinte para a correção dos arquivos magnéticos, conforme disposto na infração e determinado no art. 708-B, §3º c/c §5º do RICMS/BA então vigente.

Os mencionados dispositivos assim dispunham:

"Art. 708-B

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

§ 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."

O termo de intimação para apresentação de informações em meio magnético de fl. 15 dos autos assim informa:

*"De acordo com as cláusulas 5ª e 27ª do Convênio ICMS 57/95, de 28 de junho de 1995 e alterações combinado com os Artigos 686 e 708 do RICMS, (...), fica essa empresa intimada a apresentar todos os dados de entradas e de saídas, no prazo de 05 dias, em meio magnético, segundo as informações e "layout" estabelecidos no Anexo 64 do já citado Regulamento do ICMS, tendo em vista não terem sido apresentados nas épocas próprias ou terem sido apresentados de forma incompleta. Devem ser fornecidos todos os registros e tipos aplicáveis ao estabelecimento, referente às operações citadas, e em **ESPECIAL OS REGISTROS 10, 11, 50, 60-A, 60-M, 61, 70, 74 E 90**(grifos no original)."*

Assim sendo, diante do teor da intimação que requer especificadamente o fornecimento de alguns registros dos arquivos magnéticos do contribuinte, entendo que não está em perfeita harmonia o fato imputado no Auto de Infração (correção de inconsistências), com prazo de 05 dias concedido pela fiscalização e o prazo previsto de 30 dias previsto na legislação (art. 708-B, §5º).

Infração 1 mantida conforme julgamento de base e infração 5 nula consoante os argumentos acima alinhavados.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício em relação à infração 1, e, de ofício, declaro NULA a infração 5. Assim, fica o débito configurado da seguinte forma:

INF	RESULTADO	VLR HISTÓRICO	VLR JUNTA	VLR CÂMARA	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	43.981,54	3.801,59	3.801,59	-----
02	PROCEDENTE	133,36	133,36	133,36	60%
03	PROCEDENTE	4.827,00	4.827,00	4.827,00	60%
04	PROCEDENTE	481,03	481,03	481,03	50%
05	NULA	134.224,54	13.422,45	0,00	-----
06	PROCEDENTE	2.446,28	2.446,28	2.446,28	70%
07	PROCEDENTE	775,23	775,23	775,23	60%
08	PROCEDENTE	50,00	50,00	50,00	-----
09	PROCEDENTE	920,00	920,00	920,00	-----
TOTAL		187.838,98	26.856,94	13.434,49	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado quanto à infração 1 e, de ofício, declarar NULA a infração 5, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **146468.0107/10-7**, lavrado contra **POSTO DE COMBUSTÍVEIS MELISSA LTDA. (POSTO MELISSA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$8.662,90**, acrescido das multas de 60% sobre R\$5.735,59, 50% sobre R\$481,03 e 70% sobre R\$2.446,28, previstas no art. 42, incisos II, alíneas "d" e "f", I, "a" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das penalidades por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$4.771,59**, previstas no art. 42, incisos XIII-A, "h", XXII e XX, da citada Lei, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de maio de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS