

A. I. Nº - 060624.4001/11-9
AUTUADO - POSTO MARINA DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
AUTUANTE - MARIA DE LOUDES PIMENTEL MORAES
ORIGEM - INFAC VAREJO
INTERNET 27.03.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0050-04/13

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a).** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. EXERCÍCIO FECHADO. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. EXERCÍCIO FECHADO. Constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, 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 desacompanhadas de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Disciplina da Portaria 445/98. Infrações caracterizadas. Valor reduzido em face de erro no levantamento das perdas. **c)** SAÍDAS DE MERCADORIAS SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MULTA. Infração não elidida. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA E DIVERGENCIA DE DADOS. MULTA. A legislação prevê aplicação de multa em decorrência de falta de entrega mediante intimação ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação. 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. Valor reduzido com fundamento §7º do art. 42, da Lei nº 7.014/96 c/c art. 158 do RPAF. Rejeitada preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 30/12/2011, atribuindo ao autuado as seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro sem 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. Valor: R\$ 1.430,79. Período: 2007 e 2008. Multa 70%.

Consta que a irregularidade se refere às mercadorias: 1) Álcool no valor de R\$ 226,19; 2) Diesel R\$ 972,87; 3) Gasolina Aditivada R\$ 231,73.

2. Falta de recolhimento do ICMS, 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 a parcela calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado. Valor: R\$ 397,47. Período: 2007 e 2008. Multa: 60%.

Consta que a irregularidade se refere às mercadorias: 1) Álcool no valor de R\$ 71,68; 2) Diesel R\$ 270,85; 3) Gasolina Aditivada R\$ 54,94.

3. Omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Multa de R\$ 50,00. Período: 2008;
4. Deixou de fornecer arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Multa de R\$ 125.211,22.

Consta que a empresa foi intimada em 14/10/2011, para correção das inconsistências nos arquivos magnéticos dos exercícios 2007 e 2008, não reapresentando os arquivos corrigidos, conforme SCAN 16/11/2011.

O autuado, às fls. 429 a 438, impugna o lançamento de ofício. Transcreve as infrações e suscita preliminar de nulidade da ação fiscal por inobservância dos prazos de validade dos atos preparatórios à sua lavratura. Diz que o AI foi lavrado em 30/12/2011, mas foi intimado somente em 21/08/2012 (quase oito meses depois), estando vencidos os prazos de validade do termo de início de fiscalização, termo de intimação e de todos os demais atos preparatórios.

Alega que o lançamento de ofício só se torna perfeito e acabado com a intimação do sujeito passivo, o que deve ocorrer logo depois de sua lavratura. Para tanto, analogicamente aos termos que conduzem a ação fiscal, admite um prazo de validade de 90 dias. Passado esse prazo sem que o contribuinte tenha sido regularmente intimado, entende que todos os atos que lhe antecederam perdem validade, maculando a autuação de vício insanável.

Ainda em preliminar, suscita a nulidade do item 04 do lançamento, por insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa, inclusive diante da ausência de regular intimação com indicação de “divergências” a serem regularizadas, instrumento que, ao menos, foi submetido ao autuado junto com a intimação.

Afirma que transmitiu arquivos necessários à fiscalização, pois consta à fl. 01 do AI que a ação fiscal foi instaurada com roteiros, todos executados, o que comprova que o Fisco teve acesso aos meios magnéticos suficientes para a execução do trabalho de fiscalização sem que nenhuma infração grave tenha sido identificada, a não ser a relativa à multa de R\$ 125.211,22 pela infração 4.

Por outro lado, como o advogado subscritor não teve acesso à listagem diagnóstica, nem se sabe se foi emitida listagem depois da data que o autuado transmitiu os arquivos, provavelmente, vale observar que a norma determina que o contribuinte deverá ser formalmente cientificado sobre as “divergências” encontradas nos arquivos magnéticos transmitidos (listagem diagnóstico), tendo o prazo de 30 dias úteis para as devidas retificações. Credo que tal regra não foi atendida pela autuante, entende o lançamento sem eficácia, consoante decisões do CONSEF cujas ementas transcreve.

No mérito, com relação à infração 4, diz que o que restou demonstrado é que o autuado apresentou as informações imprescindíveis ao Fisco, tanto que a fiscalização foi executada por vários meios de auditoria.

Destacando que as obrigações que deram margem à cobrança são dos exercícios 2007 e 2008, se observa que a pena aplicada é desproporcional, podendo ser amenizada pelo CONSEF, conforme art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, o que requer, pois não existe no PAF indício que tenha agido com dolo, fraude ou simulação, ou que a ocorrência tenha causado falta de pagamento de imposto, uma vez que a auditoria de estoques foi efetuada e apenas valores irrisórios foram cobrados (e não são devidos).

Transcreve ementas de decisões do CONSEF em situações análogas para pedir que a penalidade seja reduzida em 90%.

Transcrevendo o art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96, diz que ele somente permite a aplicação da pena de 1% sobre as saídas quando existe mais de uma intimação para apresentação dos arquivos, pois se a norma prevê a sanção pela falta de apresentação estabelecendo a “*entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação*”, e o RICMS prevê, mediante intimação com listagem diagnóstica, prazo de 30 dias uteis para a regularização, haveria que se comprovar que o autuado foi intimado para fazer a retificação dos seus registros por duas vezes.

Argumenta que, ou o enquadramento legal não se aplica ao caso, ou não se atendeu integralmente as exigências da lei para a aplicação cumulativa da multa de 1%, devendo ser aplicada, no máximo, a sanção de R\$ 1.380,00, pela falta de atendimento à primeira intimação (se considerada regular), pois, no caso em tela, não existiu a “segunda intimação” exigida pela norma. Transcreve ementa de decisão do CONSEF.

Defende que até mesmo os termos da Lei nº 11.980/2010 devem ser considerados, sem que se fale em retroatividade de norma que não mais se encontra em vigor, pois a Administração Tributária já manifestou disposição em reduzir as multas acessórias geradas com base nos fatos e períodos constantes do AI, o que o autuado teria alcançado automaticamente caso a ação fiscal tivesse sido realizada até 2010.

Quanto às infrações 1 e 2, diz que a autuante identificou pequenas omissões de entradas, quando nesses períodos movimentou, respectivamente, 360 mil litros de álcool, 309 mil litros de óleo diesel comum, 408 mil litros de gasolina aditivada e 257 mil litros de óleo diesel comum (2008). Assim, alega que além de serem “diferenças” irrelevantes, inerentes à atividade de revenda de combustíveis no varejo (perdas e ganhos), observa que a autuante considerou as perdas e ganhos sem critério único, ora considerando os quantos (informados), ora os quantos “possíveis”, o que certamente provocou as distorções erigidas às “omissões” e, ainda que assim não o seja, as quantidades insignificantes podem ser relevadas e, especialmente, não impedem a concessão do cancelamento ou redução da multa pela infração 4.

Conclui pedindo a nulidade ou improcedência do AI, ou a nulidade do item 04, ou, ainda, ao menos que a multa seja convertida para a penalidade fixa de R\$ 1.380,00, ou seja, cancelada ou reduzida para 10% do total proposto, sendo os itens 01 e 02 considerados improcedentes.

A autuante, às fls. 450-451, apresenta a informação fiscal.

Sobre o pedido de nulidade da ação fiscal e do item 04, diz que o procedimento fiscal se deu na forma legal salientando que o AI foi apresentado no prazo devido, tanto ao contador como à defendant, e não foi recebido sob alegação de ausência da pessoa competente para assiná-lo e que, por isso, seguiram-se os trâmites através de AR. Ademais, consta dos autos intimações emitidas em 17/01/2012 (fl. 401), não recebida pelo autuado, outra em 02/02/2012 (fl. 403) não recebida, e outra em 13/07/2012 (fl. 427), finalmente recebida e assinada pela recepcionista. Portanto, não procede o pedido de nulidade apresentado.

Quanto ao item 04, diz que a empresa foi regularmente intimada em 14/10/2011 para correção das inconsistências apresentadas nos arquivos magnéticos dos exercícios 2007 e 2008 (fl. 09) e relativas aos registros 60-R, 61-R e 74, não os reapresentando corrigidos, conforme relatório SCAN visualizado em 16/11/2011 e 30/12/2011, o que descaracteriza a alegação de cerceamento de defesa.

Conclui mantendo o AI na totalidade.

VOTO

Compulsando os autos, vejo que o lançamento tributário de ofício atende as normas regulamentares, em especial quanto ao cumprimento dos requisitos dispostos nos artigos 15, 16, 19, 22, 26, 28, 38, 39, 41, 42, 44 e 45, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia - RPAF/99. As infrações estão claramente descritas, foram corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais contidos nos autos. Elas estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator. O contribuinte exerceu o direito de ampla defesa e contraditório sem qualquer dificuldade imposta pela parte contrária e conhecendo plenamente os fatos arrolados no auto de infração. Ressalto que os documentos fiscais dos quais derivou a autuação foram apresentadas pelo próprio contribuinte.

Consta no campo apropriado do AI (fl. 03) informação que por ocasião da sua lavratura o contribuinte não foi encontrado e as intimações datadas de 17/01/2012 (fl. 401), 02/02/2012 (fl. 403) e 13/07/2012 (fl. 427) denotam repetidas tentativas de obtenção de oficial ciência do autuado sobre a existência do lançamento lavrado em 30/12/2012, o que faz cair por terra o argumento defensivo de inércia temporária do Fisco no que diz respeito à sua ciência. O prazo de 90 dias (prorrogáveis) a que se refere o Impugnante é o legalmente previsto para conclusão do procedimento de fiscalização (RPAF: art. 28, § 1º) e não para que o contribuinte se cientifique do auto de infração.

Por não apenas depender de ação do sujeito ativo para sua concreta execução, obviamente não há prazo para obtenção de ciência do lançamento tributário de ofício pelo contribuinte, uma vez que, caso prazo existisse, como quer o Impugnante, todo trabalho fiscal poderia simplesmente perder objeto e sentido, bastando para tanto, apenas que o contribuinte autuado, de maneira mais comesinha e diversa, se esquivasse da concessão de ciência.

Do mesmo modo, tendo em vista que nas intimações de fls. 08 e 09 (cientificadas pelo autuado em 14/10/2011) consta de modo claro e objetivo o relatório das inconsistências encontradas nos arquivos magnéticos relativos a 2007 e 2008 fornecidos ao Fisco, quais sejam falta dos registros 60-R, 61-R e 74, e que passados os 30 (trinta) citados na intimação para a necessária regularização sem que isso o autuado tenha feito, não há falar em cerceamento ao direito de defesa nesse caso.

Assim, na análise do PAF, não vislumbro qualquer vício que possa inquinar de nulidade o lançamento tributário de ofício, de modo a enquadrá-lo em qualquer dos requisitos do art. 18 do RPAF. Rejeitadas, portanto, as preliminares de nulidade suscitadas.

Por não ter sido objeto de defesa e por nada ter que reparar quanto ao seu aspecto formal, com fundamento no art. 140 do RPAF, tenho por subsistente a infração 03.

Infração procedente.

Quanto ao mérito, no que diz respeito às infrações 01 e 02, não há protesto com relação aos dados do levantamento fiscal nem direta objeção aos valores exigidos.

Na peça defensiva o Impugnante apenas diz que a exigência fiscal decorre de irrelevantes e insignificantes diferenças apuradas pela autuante mediante auditoria por diversos roteiros de fiscalização utilizando os arquivos magnéticos transmitidos, que podem ser relevadas e consideradas improcedentes (as infrações). Além disso, sem objetivamente demonstrar, aliás, como orienta o art. 123 do RPAF, de modo genérico observa que essas diferenças decorrem da forma que a autuante considerou as “perdas” e “ganhos” na movimentação dos combustíveis comercializados no período fiscalizado.

Não tem razão o Impugnante quanto ao argumento de critério diverso de perdas e ganhos utilizado pela autuante, pois todos os valores computados a esses títulos estão uniformemente

demonstrados nas planilhas próprias e calculadas com observância do limite estabelecido no art. 5º da Portaria DNC 26/92, cuja cópia foi entregue ao autuado (recibo de fl. 396).

Entretanto, a despeito disso, constato que a autuante equivocadamente repetiu para 2007 o valor das perdas de 2008 no DIESEL COMUM (fl. 24), que ajustado para a quantidade correta de 1.501 litros (planilha de fls. 27-29), o valor devido dessa mercadoria na ocorrência 30/12/2007 da infração 01 passa de R\$ 715,20 para **R\$ 312,82**, cuja base de cálculo é R\$ 1.251,27. Consequentemente, o valor dessa mesma ocorrência para a infração 02 passa de R\$ 199,11 para **R\$ 87,04**, com base de cálculo de R\$ 348,35.

Nada mais tendo a corrigir nessas infrações, o demais resta subsistente, inclusive, por implícito reconhecimento de cometimento pelo Impugnante.

Infrações procedentes em parte.

Quanto ao mérito da infração 04, sem discordar da acusação de apresentação dos arquivos magnéticos sem conter os registros 60-R (Resumo Mensal (60R): Registro de mercadoria/produto ou serviço processado em equipamento Emissor de Cupom Fiscal), 61-R (Registro de mercadoria/produto ou serviço comercializados através de Nota Fiscal de Produtor ou Nota Fiscal de Venda a Consumidor não emitida por ECF) e 74 (REGISTRO DE INVENTÁRIO) e da falta de reapresentação dos arquivos magnéticos corrigidos (contendo os citados registros), o Impugnante alegou que apresentou as informações imprescindíveis ao Fisco, tanto que a fiscalização foi executada por vários meios de auditória, o que comprovaria que o Fisco teve acesso aos meios magnéticos suficientes para a fiscalização e, por isso, ao tempo que discorda da pertinência da multa proposta ao caso por entendê-la aplicável apenas após duas intimações, pede, sucessivamente, sua transformação na penalidade fixa de R\$ 1.380,00, seu cancelamento ou redução para 10% do total, uma vez que não existe no PAF indício que tenha agido com dolo, fraude ou simulação, ou que tenha causado falta de pagamento de imposto.

Pois bem, a conversão da penalidade proposta na penalidade formal de R\$ 1.380,00 não é possível, pois esta se aplica em caso de falta de entrega dos arquivos, nos prazos previstos na legislação (o que não é o caso, pois os arquivos foram entregues no prazo regulamentado), ou em caso de entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação (o que é o caso, pois os arquivos foram entregues via SINTEGRA sem os registros 60-R, 61-R e 74), conforme previsto na parte primeira do art. 42, XIII-A, “j”, da Lei 7.014/96. Portanto, este caso, também se sujeita a uma multa fixa de R\$ 1.380,00, que não consta no auto de infração.

Ocorre que, sendo regularmente intimado para tanto, o contribuinte não corrigiu os arquivos que entregou no prazo previsto sem o nível de detalhe exigido na legislação e, por isso, incorreu na penalidade cumulativa proposta, em face do não atendimento da intimação específica que subseguiu (imediata, seguinte) ao caso, como previsto na segunda parte do dispositivo legal citado.

Analizando os autos, vejo que a fiscalização relativa ao período a que se referem os arquivos magnéticos objeto da infração em análise deu-se com base no Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC e documentos fiscais de entrada e saída de mercadoria apresentados pelo autuado em atendimento à intimação fiscal de fl. 06, cujas cópias ou estão autuadas ou os documentos fiscais estão relacionados nos respectivos demonstrativos sem que seus dados tenham sido objetados. Portanto, ao contrário do que alega o Impugnante, os arquivos magnéticos apresentados, por estarem sem o nível de detalhe exigido na legislação, não serviram à fiscalização neste caso, mas, contudo, também é patente que o trabalho fiscal foi possibilitado em face da apresentação de outros documentos e informações pelo contribuinte.

Constatada a infração, por ser impositiva, a consequente penalidade pelo descumprimento da obrigação acessória há que ser aplicada, uma vez que os arquivos magnéticos servem ao Fisco na sua função institucional de controle das operações do contribuinte com respeito ao ICMS e a

infração em discussão quando não inviabiliza, dificulta o regular exercício da potestade tributária do Ente tributante.

A despeito disso, tenho como inquestionável que o §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, ao estabelecer que “*as multas poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo*”, está a dizer que as multas deverão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem em falta de recolhimento do imposto.

Reducir ou cancelar a multa, quando preenchidos os requisitos legais, é, portanto, um ato vinculado, e não discricionário.

Neste caso, concluo que, quanto ao motivo, o ato é vinculado e o contribuinte autuado preencheu os requisitos legais para obter a minoração prevista no dispositivo citado, pois não há nos autos provas de que tenha agido com dolo, fraude ou simulação, valendo esclarecer, no particular, que, por todos os motivos, essa prova é necessária.

Também não se vislumbra neste caso a falta de recolhimento de ICMS decorrente da falta de correção dos arquivos magnéticos que o autuado houvera apresentado sem o nível de detalhe exigido na legislação, qual seja a correta integração dos registros 60R, 61R e 74 a que está legalmente obrigado, por duas razões: a uma, porque a autuante logrou executar seus trabalhos relativos ao período a que corresponde os arquivos magnéticos detectando, de fato, apenas as pequenas diferenças objetos das infrações 01, 02 e 03, e, a duas, por se tratar de posto de gasolina, cujas mercadorias estão sujeitas ao regime de substituição tributária com encerramento da fase de tributação em etapa anterior à revenda que efetua a consumidores finais.

Superada essa questão, chega-se a uma outra: a norma invocada pelo contribuinte possui dois conteúdos discricionários, mas eles não estão no motivo do ato administrativo, mas sim em sua finalidade. O primeiro relativo à decisão do órgão julgador de reduzir ou de cancelar a multa proposta, e o outro, em caso de redução, sobre o percentual de redução do montante proposto.

A lei não deu ao seu aplicador parâmetros rígidos e objetivos para que possa concluir pela redução ou pelo cancelamento, muito menos disse que percentual de redução deveria ser aplicado em cada hipótese abstratamente considerada.

Para chegar a essas conclusões, valho-me de balisadores por demais conhecidos: a justiça e a equidade.

Os autos revelam que o sujeito passivo foi acusado de ter cometido quatro infrações distintas, duas concernentes a descumprimento de obrigações principais, uma por omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis sem emissão de documentos fiscais, pela qual incidiu multa fixa de R\$ 50,00 e esta quarta infração, cujo valor da penalidade proposta representa 98,52% do todo exigido no auto de infração, o que, pelas razões já amplamente expostas, soa pouco razoável e desproporcional à consequência do ilícito fiscal cometido.

Nesses termos, na esteira dos precedentes deste Conselho de Fazenda e por considerar não ser o contribuinte reincidente em tal infração, entendo que a penalidade proposta deve ser reduzida para 10% do valor original, passando de R\$ 125.211,22 para R\$ 12.521,12.

Infração 4 caracterizada, mas com o valor reduzido na forma acima exposta, com fundamento no §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, c/c o art. 158 do RPAF.

As intimações a cerca deste PAF devem ser processadas na forma prevista no art. 108 do RPAF, mas nada impede que cópia seja encaminhada na forma solicitada pelo Impugnante.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **060624.4001/11-9**, lavrado contra **POSTO MARINA DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.313,81**, acrescido das multas de 70% sobre R\$1.028,41, e 60% sobre R\$ 285,40, previstas no art. 42, incisos III, e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$12.571,12**, previstas nos incisos XXII e XIII-A, “j” do mesmo artigo e lei, e dos acréscimos moratórios, conforme previsto na Lei nº 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”, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de março de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR