

A. I. N° - 232957.0001/13-5
AUTUADO - POSTO GUANABARA LTDA.
AUTUANTE - CARLOS ANTONIO ALVES NUNES
ORIGEM - INFRAZ SERRINHA/DAT NORTE
INTERNET - 20-11-2013

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0256-04/13

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE, EXERCÍCIO FECHADO. **a)** OMISSÃO DE SAÍDA. DE MERCADORIAS ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS. MULTA. Infração 01 incontroversa. ICMS. **b)** AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO POR RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E PRÓPRIA. Infrações 02 e 03 incontroversas. 2) DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial da mercadoria não escriturada. Infração 04 incontroversa. 3) ARQUIVOS MAGNETICOS. ENTREGA FORA DO PRAZO. MULTA. Argumentos defensivos insuficientes para modificar ou extinguir o lançamento tributário. Infração 05 subsistente. Auto de infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/03/2013, reclama ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$92.173,14, apurado mediante as seguintes infrações:

INFRAÇÃO 01 - 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 referente a 1.271,00 litros de gasolina comum no exercício 2.008; 25,10 litros de álcool hidratado e 985,2 litros de óleo diesel no exercício 2.009; 3.957,30 litros de álcool hidratado, 18.231,40 litros de gasolina aditivada, 3.541,00 litros de gasolina comum e 7.419,60 litros de óleo diesel no exercício 2.010 e 9.148,10 litros de gasolina comum e 6.728,20 litros de óleo diesel no exercício 2.011. Multa Fixa de R\$50,00, valor total de R\$200,00;

INFRAÇÃO 02 - Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro 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 referente a 595,00 litros de álcool hidratado e 11.013,00 litros de óleo diesel no exercício 2.008; 4.605,00 litros de gasolina aditivada e 4.169,50 litros de gasolina comum no exercício 2.009 e 4.386,85 litros de álcool hidratado e 9.314,40 litros de gasolina aditivada no exercício 2.011. Valor Histórico: R\$16.076,68. Multas de 70% e 100%;

INFRAÇÃO 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 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 referente a 595,00

litros de álcool hidratado e 11.013,0 litros de óleo diesel no exercício 2.008; 4.605,00 litros de gasolina aditivada e 4.169,50 litros de gasolina comum no exercício 2.009 e 4.386,85 litros de álcool hidratado e 9.314,40 litros de gasolina aditivada no exercício 2.011. Valor Histórico: R\$10.567,13. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 04 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal conforme NF-e nº 391670, de 14/07/11, estado de origem MG, no valor de R\$ 46.932,51. Valor Histórico: R\$469,33. Multa de 1%;

INFRAÇÃO 05 - Forneceu arquivo(s) magnético(s) fora dos prazos previstos pela legislação, enviado(s) via Internet através do programa Validador/SINTEGRA nos meses de: janeiro a dezembro de 2.008, janeiro a dezembro de 2.009, janeiro a dezembro de 2.010 e janeiro a agosto e outubro a dezembro de 2.011. Multa Fixa de R\$1.380,00, valor total de R\$64.860,00.

O autuado apresenta impugnação tempestiva (fls. 630/640). Reproduz as infrações lançadas e afirma a sistemática de apuração realizada pelo Fisco, demonstrada diante da falta de afinidade com a matéria e sem respaldo legal. Todavia, a resposta específica do sujeito passivo consiste no combate da infração 05.

Ao abordar sobre o tema conferido à infração 05, enaltece o objetivo do Convênio ICMS 57/95, em efetuar melhor análise fiscal das empresas de todo o Estado, através dos registros magnéticos, inclusive ao permitir aos Estados-Membros a troca de informações sobre as operações e prestações interestaduais realizadas pelos contribuintes do ICMS. Discursa sobre o intercâmbio de dados nas operações interestaduais, com intuito de cumprir a obrigação acessória.

Delimita o âmbito do princípio da legalidade, do contorno constitucional à garantia assegurada ao contribuinte sob diferentes títulos. Dessa forma, registra a necessidade de instituir lei, em sentido formal e material e menciona o art. 113, §2º, do Código Tributário Nacional – CTN.

Pontua a necessidade de lei para estabelecer o eventual descumprimento de obrigação acessória. Cita o art. 97, V, do CTN, como comando normativo para a mencionada obrigação, apontando a sistemática peculiar para a aplicação da penalidade pecuniária, à qual não merece prosperar.

Transcreve o art. 42, XIII-A, “j” da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07, para combater a aplicação mensal da multa por falta de previsão de forma desproporcional, desarrazoada e confiscatória.

Revela a presunção *juris tantum* da Cláusula 17ª, do Convênio ICMS 57/95, num claro espelho dos dados contidos nos documentos fiscais. Declara que “a fiscalização não realizou qualquer exame prévio dos documentos fiscais - os livros de entradas e saídas -, ou qualquer outra verificação da escrituração fiscal disponibilizada pelo autuado, passando a considerar como irrefutável a necessidade do fornecimento da informação preliminar emitida pelo programa ‘Validador’ da SEFAZ-BA”. Destaca a inexistência de lei, em sentido formal e material, na Bahia, para homologação desse Programa. Menciona o sujeito passivo que: “a) O registro fiscal por meio magnético é elemento secundário da escrita fiscal; e b) Nada impede que o Fisco na falta ou inconsistência das informações contidas nos registros fiscais realize a fiscalização utilizando os documentos fiscais (livros e notas fiscais)”.

Reitera ser permitida, diante da omissão legal da Bahia, a presunção de equivalência entre os registros magnéticos e os documentos fiscais de entradas e saídas, além da possibilidade do Fisco utilizar-se de livros fiscais disponibilizados, o que não ocorreu.

Destaca o cumprimento da obrigação acessória com suposto atraso, de modo a não impedir a realização de fiscalização, já que os registros magnéticos foram entregues, conforme solicitação do preposto fiscal. Impugna a pretensão do lançamento da multa, de caráter confiscatório e suscita a aplicação da multa R\$1.380,00, de forma única, por exercício, posto que, na redação do artigo do art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96, não consta a previsão de aplicação mensal da

penalidade. Insiste na proibição de inovar o sistema normativo-tributário sem a devida previsão legal. Além disso, frisa que multa aplicada na infração 05 configura-se como confiscatória ao compará-la com aquela lançada, por exercício, na infração 01.

Assim, suscita a improcedência do lançamento, em virtude da autoridade fiscal não sofrer impedimento ou restrição na realização dos seus trabalhos.

Ao discorrer sobre o princípio da razoabilidade no PAF, como espécie da proporcionalidade, o impugnante afirma a sua evidência por diversas vezes ocorre por meio de dispositivos abertos, abstratos e desproporcionais. No que tange à face sancionadora frente aos administrados, revela que “nem todos os meios na esfera administrativa justificam os fins. Logo, os meios conducentes à consecução das finalidades, quando exorbitantes, superam a proporcionalidade, porquanto medidas imoderadas em confronto com o fim almejado”.

Reafirma a falta de proporcionalidade da multa referente à infração 05, vez que a aplicação da multa no valor de R\$1.380,00, mês-a-mês, extrapola todos os limites da proporcionalidade e da razoabilidade. Ao imputar a referida multa, a Administração Pública visa punir o sujeito passivo que de forma dolosa e expressamente descumpre o disposto na lei, por uma total abstenção deste dever instrumental.

Por fim, requer a Improcedência do auto de infração, com base no art. 158 do RPAF, para o cancelamento da multa desproporcional imposta pelo descumprimento de obrigação acessória.

O autuante informa (fls. 650/654) a respeito da impugnação restrita à infração 05, conforme acima exposto. Relata sobre o Convênio ICMS 57/95, cuja incidência normativa alcança o sujeito passivo, para melhor análise fiscal das empresas contribuinte do ICMS do Estado da Bahia. Resume os pontos controvertidos abordados pelo impugnante. Destaca a tentativa desprovida de suporte legal de o impugnante elidir a aço fiscal, ao mencionar o art. 97, V, do CTN.

Manifesta o equívoco da assertiva de que o preposto fiscal ‘utilizou-se de sistemática peculiar para a aplicação da penalidade pecuniária, sem qualquer respaldo na lei’. Ressalta a norma contida na Cláusula 17ª do Convênio ICMS 57/95 e questiona a forma de análise da documentação fiscal do contribuinte, diante da falta de entrega dos arquivos magnéticos nos prazos estabelecidos pela legislação. Justifica a realização de roteiro de auditoria - AUDIF 207 – com base na documentação apresentada pela empresa.

Ressalta a falta de entendimento e de análise dos documentos acostados aos autos por parte dos patronos da empresa. Pontua a existência de convênios por serem acordos firmados entre entidades da administração pública, por disposição do art. 199, do CTN, Lei nº 5.172/66.

Sustenta o enquadramento legal são “os Artigos 686 e 708-A, do Decreto nº 6.284/97 que regulamenta a Lei nº 7.014/96 e a multa aplicada é baseada no Artigo 42, Inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96”, afastando o discurso sobre a falta de competência do Estado da Bahia em exigir o cumprimento da entrega de arquivos magnéticos nos prazos estabelecidos e a justificativa do impugnante para justificar a entrega com atraso dos referidos arquivos.

Refuta a ideia sobre a correlação entre o confisco e exigência da multa por descumprimento de obrigação acessória, diante da desobediência tributária exposta. Na alegação da aplicação da multa em uma única vez, por exercício, contrapõe-se ao informar a condição “Normal” da inscrição na SEFAZ/BA e a respectiva apuração mensal do ICMS.

Quanto à correlação entre as multas aplicadas na infração 05 e na infração 01, assevera o caráter distinto da vontade do legislador ordinário em diferenciar a sanção por falta de entrega de registros magnéticos daquela relacionada com a falta de emissão de documento fiscal, em face do possível prejuízo ao Fisco.

Salienta o grau de descumprimento da obrigação acessória mencionada, visto que, no período de 2008 a 2011, apenas os registros magnéticos do mês de setembro de 2011 foram enviados no prazo

regulamentar (fls. 585/588). Aqueles relativos aos outros meses foram entregues, após lavratura de intimação. Tal atitude não afasta a presente autuação.

Discorre que a falta de entrega de arquivo magnético impede a realização da aplicação de roteiros de auditorias fiscais e dos controles fiscais, assim, é cabível a multa de R\$1.380,00, inclusive em obediência ao calendário estabelecido pelo sujeito ativo. Registra o entendimento do CONSEF sobre a matéria posta, na medida em que não há caráter de confisco como citado pela defesa, em virtude da previsão na legislação do ICMS.

Afasta a alegação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, acerca da ação fiscal empreendida, visto que aos prepostos fiscais está conferido o poder de arrecadar, atingir e cumprir com as suas metas previamente estabelecidas.

Enfim, conclui pela evidência do equívoco, confusão e contradição do impugnante em apenas relatar supostas falhas cometidas pelo autuante durante a execução da auditoria fiscal/contábil. Para o autuante, não há comprovação, nem justificativa, a sustentar os frágeis argumentos a ponto de modificar o Auto de Infração, cuja intenção é apenas de procrastinar o pagamento do ICMS devido, evidenciado e comprovado nos autos.

Pede, assim, a Procedência da autuação.

VOTO

De plano, vejo confirmada a acusação fiscal acerca das infrações 01 a 04, em virtude do disposto no art. 140 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999, visto que existe apenas impugnação específica para a infração 05.

Infrações 01, 02, 03 e 04 procedentes.

O Convênio ICMS 57/95 está contemplado pelo ordenamento tributário, por força do *caput* do art. 199 do Código Tributário Nacional – CTN.

Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

Por seu turno, a Lei Estadual nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, segue tal comando normativo ao estabelecer no art. 49, parágrafo único, a possibilidade de celebrar convênio ou firmar protocolo com outras unidades da Federação, no sentido de fixar medidas de controle e de fiscalização, bem como para troca de informações econômico-fiscais.

Os artigos 686 e 708-A do RICMS/97, ao regulamentar a matéria em lide, tratam do cumprimento da respectiva obrigação tributária acessória.

A mencionada norma estadual impõe multa pelo descumprimento da obrigação acessória descrita na infração 05, conforme dispositivos a seguir:

Art. 40. Constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo, especialmente das previstas no art. 42 desta Lei.

[...]

Art. 41. Pelas infrações à legislação do ICMS serão aplicadas as seguintes penalidades, isoladas ou cumulativamente:

I - multa;

[...]

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

[...]

j) R\$1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo;

Assim, não há guarida para o argumento defensivo sobre a ausência do princípio da legalidade na espécie.

No cadastro da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia – SEFAZ/BA, consta a inscrição da empresa na forma de pagamento denominada “conta corrente fiscal” e condição “Normal”, cujo período de apuração do ICMS é mensal. Nessa senda, dispõe a citada lei estadual:

Art. 24. O ICMS será apurado por período, conforme dispuser o regulamento

[...]

O Regulamento do ICMS vigente – RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284 de 14 de março de 1997, assim, executa a norma legal:

Art. 115. O valor do ICMS a recolher poderá ser calculado:

I - pelo regime normal de apuração;

[...]

Art. 116. No regime normal, os contribuintes apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal, a saber: (grifo acrescido)

[...]

Logo, o lançamento tributário cumpre a legislação em vigor, de modo a surgir a correspondente obrigação mensal e efeitos jurídicos atinentes a matéria.

Não cabem as razões aduzidas pelo impugnante relacionadas com a razoabilidade da multa pelo descumprimento de obrigação acessória, posto que o art. 113 do CTN estabelece o caráter autônomo dessa obrigação, além da sua conversão.

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

Em relação ao *quantum debeatur*, a multa imposta se coaduna com a vontade do legislador estadual, nos exatos sentidos da prevenção – geral e especial - conferida à sanção, com intuito de assegurar a conduta do sujeito passivo da obrigação tributária, através da intimidação junto à sociedade na prática infracional, eleita pela norma tributária, para o fiel cumprimento do ordenamento jurídico; respeito aos seus determinados valores; e, sobretudo, evitar novo cometimento de conduta ilícita em face da legislação tributária posta.

Dessa forma, não acolho a correlação pretendida pelo sujeito passivo entre as infrações 05 e 01, por possuírem proteção a bens jurídicos distintos, conforme as respectivas tipificações. Assim, sustenta-se a acusação fiscal, por ausência de elementos nos autos, de modo a modificar ou extinguir o lançamento tributário constituído.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232957.0001/13-5, lavrado contra **POSTO GUANABARA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$26.643,81**, acrescido das multas de 60% sobre R\$10.567,13, 70% sobre R\$8.839,99 e de 100% sobre R\$7.236,69, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$65.529,33**, previstas nos incisos XI, XIII-A, “j” e XXII, do diploma legal citado e alterações conferidas pelas Leis nºs 8.534/02 e 10.847/07, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de novembro de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA -JULGADOR