

A. I. Nº - 146468.0130/13-3
AUTUADO - AERoclube COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - HENRIQUE IJALMAR LOPES GRANGEON
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 28.05.2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0085-04/15

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. a) CONTRIBUINTE USUÁRIO DE ECF. EMISSÃO DE NOTA FISCAL EM LUGAR DO CUPOM FISCAL. MULTA. A legislação tributária estadual dispõe que os contribuintes do ICMS que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes desse imposto deverão utilizar equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações. O não atendimento resulta na aplicação de penalidade ao usuário de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento em lugar daquele decorrente do seu uso, nas situações em que está obrigado. Penalidade reduzida para 10% do valor do lançamento. Presentes os requisitos para redução da multa, previstos no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96. **2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA E APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS.** Comprovada a falta de entrega dos arquivos, com o saneamento das inconsistências verificadas, ocasião em que houve o fornecimento da listagem Diagnóstico, nos termos da legislação. Neste caso, correta a aplicação da multa prevista no art. 42, XIII-A, “j” da Lei nº 7.014/96. Penalidade reduzida para 50% do valor do lançamento. Presentes os requisitos para redução da multa, previstos no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 05/11/2014, exige multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor histórico de R\$228.473,39, em decorrência da constatação das seguintes infrações à legislação tributária deste Estado.

Infração 01. Multa de 2% sobre o valor da operação, no montante de R\$32.960,39, em razão da emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, nos exercícios de 2009 e 2010.

Infração 02. Deixou de fornecer arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas.

Conta ainda na descrição dos fatos: *Essa irregularidade deveu-se ao fato de que a empresa embora regularmente intimada em 24/09/2014 para correção das inconsistências encontradas nos seus arquivos magnéticos dos Exercícios de 2009 e 2010, deixou de proceder a devida regularização, sobretudo no que tange à inserção dos registros 60R e 74. Salienta-se ainda que com relação ao período Agosto a Dezembro de 2010 ocorreu a total omissão de arquivo. Não*

obstante Termo de Intimação específico emitido em data acima mencionada. Tudo conforme relatório SCAM anexado ao presente Processo. Por esta razão aplicou-se a penalidade fixa prevista na Legislação Tributária Estadual, conforme valores indicados nos Anexos I e II, cujas cópias reprográficas foram regularmente encaminhadas ao contribuinte. Salienta-se que para fins do Demonstrativo do Auto de Infração, as multas fixas aplicadas nos Exercícios acima, foram consolidadas em um único valor de R\$195.513,00 (cento e noventa e cinco mil, quinhentos e treze reais) tendo 31/10/14 como data da ocorrência, na forma estabelecida na Legislação Tributária.

A empresa autuada, por representante legalmente constituído (fls. 284/295), em preliminar, requer, sob pena de nulidade, que todas as intimações e notificações referentes a presente lide sejam ao patrono da empresa enviadas.

No que concerne à infração 01, afirma que a irregularidade detectada não repercutiu no campo da obrigação principal, não existindo no Auto de Infração qualquer cobrança pertinente ao imposto. Em assim sendo, como o Estado não foi prejudicado, o valor da multa em discussão afigura-se exacerbada e possui claro “condão arrecadatário”.

Afora tal situação, informa que atua no ramo varejista de combustíveis, recolhendo o ICMS por substituição tributária, retido quando das suas aquisições. Além do mais, não existe, na autuação, qualquer menção de ter havido fraude, dolo ou simulação por parte da empresa, ou mesmo, que existiu qualquer obstáculo à fiscalização. Inclusive por ter “situação regular” perante o fisco, a ação fiscal poderia ter seguido outros roteiros de auditoria, inclusive contábeis.

De igual forma, não se pode esquecer de que os fatos geradores encontram-se dentro do período fixado pela Lei nº 12.903/13. E continua: *“Se, por absurdo, alguma parcela for mantida, muito embora os efeitos da Lei 11.908/10 já não mais prevaleçam, deve o CONSEF, diante das circunstâncias especiais do caso em tela, cancelar ou, no mínimo, reduzir a sanção, em 90%, por uma questão, até mesmo, de bom senso, pois a Administração Tributária já externou, através de lei, sua disponibilidade em fazer considerável redução, com relação aos fatos ocorridos até 30/06/2013”*.

Em seguida, sacando das determinações do § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96 (transcrito) diz que diante de tudo ora exposto, resta preenchida uma das condições para o cancelamento ou redução da sanção. E, diante do fato de que emitiu todas as notas fiscais, agiu sem dolo, má fé ou simulação, o que o enquadra, perfeitamente, na nominada determinação legal. Inclusive, ressalta de que as entregou ao fisco de boa fé, o que afasta a ocorrência de embaraço à fiscalização.

Neste sentido, traz aos autos inúmeros Acórdãos deste CONSEF sobre a matéria em pauta e ressalta de que a PGE/Profis tem se manifestado no sentido de que a competência para deliberar sobre a dispensa ou redução da multa é exclusiva deste Colegiado.

Conclui suas considerações a respeito da infração 01 dizendo: *“Portanto, no caso em tela, vislumbrando preenchidos todos os requisitos legais. E diante das nuances que envolvem a causa, pede e espera que a multa seja cancelada, pelo menos, ou reduzida, no caso para 10% do percentual previsto na Lei nº 10.847/07, sendo o valor mantido suficiente para punir o Contribuinte.”*

Em relação à infração 02, diz que toda a sua argumentação em relação à infração 01 a ela é aplicável. Que a multa no valor de R\$195.513,00 a um contribuinte que comercializa com produtos sujeitos ao regime da substituição tributária, ultrapassa, até mesmo, sua capacidade de produção de riqueza. Poderia se argumentar até que as omissões impediram o fisco a aplicar o roteiro de auditoria dos estoques, mas em qualquer momento o fiscal autuante externou tal impossibilidade, bem como, não citou qualquer outro comportamento da empresa que gerasse embaraço à fiscalização.

Apresenta, novamente, inúmeros julgados deste CONSEF para corroborar sua afirmativa de que quando não existem agravantes tem ele adequado a multa “à realidade do setor e da postura de cada contribuinte”.

Salienta, em seguida, que providenciou, mesmo após autuação, a correção dos seus arquivos magnéticos.

Em face de tudo exposto, requer a juntada de todos os meios de provas admitidos em direito, especialmente a posterior juntada de documentos e a procedência parcial da autuação, com reduções das multas, sendo do caso da infração 01 para 10% e a infração 02 para 95%.

O autuante presta informação fiscal (fls. 330/331) Após discorrer sobre as infrações e os argumentos de defesa assim se posiciona:

Em relação à infração 01

Entendo, no particular, que o ilícito está efetivamente comprovado, nos termos da legislação que regula a matéria e dos Anexos III e IV integrantes do presente PAF.

Considerando, contudo, que a PGE/PROFIS tem se manifestado no sentido que a competência para deliberar sobre dispensa ou redução de MULTA é exclusiva do CONSEF (Ba), entendo, que, no caso em tela, deva caber a este egrégio Conselho decidir quanto à sua manutenção integral ou mesmo o seu cancelamento / redução (da MULTA),, dando, em tais circunstâncias, um caráter” educativo” à presente sanção, como pleiteado na peça de DEFESA.

Em relação à infração 02

Entendo, no particular, que também neste caso, o ilícito está efetivamente comprovado, nos termos da legislação que regula a matéria e dos Anexos I e II integrantes do presente PAF. A retransmissão de novos arquivos magnéticos (SINTEGRA) pela autuada, só vem a reforçar esta linha de entendimento.

Considerando, contudo, que a PGE/PROFIS tem se manifestado no sentido de que a competência para deliberar sobre dispensa ou redução de MULTA é exclusiva do CONSEF (Ba), entendo, que também neste caso, deva caber a este egrégio Conselho decidir quanto à sua manutenção integral ou mesmo o seu cancelamento / redução, dando, em tais circunstâncias, um caráter” educativo” à presente sanção, como pleiteado na peça de DEFESA.

E conclui pela procedência total da autuação.

VOTO

Preliminarmente quanto ao pedido do representante legal da empresa de que cópias das notificações referentes a presente lide sejam encaminhadas ao seu escritório de advocacia, ressalto que no foro administrativo embora não seja obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim à parte envolvida na lide, nada obsta de que seu pleito seja atendido. O órgão competente desta Secretaria de Fazenda poderá enviá-lo comunicações sobre o andamento do presente processo, embora não obrigatória e não ensejando, sua falta, motivo para alegação de cerceamento de defesa, nem tampouco determinara a nulidade do lançamento fiscal, uma vez que a presente lide ainda se encontra na esfera administrativa, a empresa autuada tem endereço e, igualmente, seus sócios, não havendo previsão legal no RPAF/BA para tal comportamento. E, para não restar qualquer dúvida, relembro ao nobre patrono do recorrente de que, conforme determinações legais, as sessões de julgamento deste Colegiado são publicadas no Diário Oficial do Estado (art. 49 do Regimento Interno deste CONSEF) e no site da Secretaria da Fazenda.

No mais, a empresa não nega os fatos apurados na presente ação fiscal. Toda a sua argumentação tem por foco a redução das multas aplicadas em 90% para a infração 01 e de 95% para a infração 02.

A infração 01 trata da aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, aplicada em virtude de, na condição de usuário de ECF, o recorrente ter emitido notas fiscais série D-1 em lugar do cupom fiscal.

O artigo 238, § 2º, do RICMS/97 previa que o contribuinte usuário de ECF só poderia emitir Nota Fiscal de Venda a Consumidor, em substituição ao Cupom Fiscal, quando o equipamento estivesse paralisado em decorrência de sinistro ou por motivos técnicos, e nesses casos, deveria o estabelecimento proceder conforme determinava o art. 293, § 2º, do RICMS/97, a fim de documentá-lo.

A empresa não nega o fato, porém, entende que deve ser levado em conta que sua conduta não resultou em prejuízo para o Erário já que o estabelecimento comercializa com produtos com fase de tributação encerrada por força da substituição tributária. Afora tal situação:

Não existe na autuação, qualquer menção de ter havido fraude, dolo ou simulação por parte da empresa;

Não existiu qualquer obstáculo à fiscalização. Inclusive por ter “situação regular” perante o fisco, a ação fiscal poderia ter seguido outros roteiros de auditoria (auditoria dos estoques), inclusive contábeis.

Que havia entregado ao fisco toda a sua documentação fiscal, inclusive as notas fiscais D-1 emitidas.

Não se pode esquecer de que os fatos geradores encontram-se dentro do período fixado pela Lei nº 12.903/13 e Lei nº 11.908/10. Assim, por questão, até mesmo de bom senso, mesmo que as suas determinações não mais prevaleçam, a Administração Tributária já externou sua disponibilidade em fazer considerável redução das mesmas.

Preliminarmente, ressalto que a imposição de uma penalidade pelo descumprimento de obrigação acessória existe em virtude da possibilidade de inobservância pelo sujeito passivo das determinações legais. Além do mais, tem caráter educativo, visando preservar o crédito tributário. Desta forma, quando o contribuinte descumpra as suas obrigações de caráter acessório está passível de aplicação de penalidades, a exemplo da ora em questão.

Feita tal consideração e no que concerne ao pleito do recorrente do seu cancelamento ou de sua redução em 90%, entendo que quanto ao argumento de que devem ser consideradas as leis de anistia que reduziram as multas ora em questão, é situação que não cabe a este Colegiado segui-la mais, pois todas elas tiveram prazo de vigência. Sendo assim, seus efeitos no mundo jurídico não mais existem. Por outra banda, cabe a este CONSEF, por dever, seguir as normas legais vigentes.

No mais, é certo que o permissivo legal contido no art. 158 do RPAF/BA faculta ao julgador cancelar ou reduzir as multas de caráter acessório. Entretanto, deve ele dosar tal penalidade, se a situação assim se apresente, pois as determinações do § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96 não podem ser aplicadas indiscriminadamente, sendo necessária a análise de cada caso de *per si*.

E, ao analisar o caso específico, estão presentes os requisitos para que se apliquem as determinações do § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, quais sejam:

As mercadorias se encontram com a sua tributação encerrada, sendo que o imposto foi recolhido pelas distribuidoras ou industriais.

Não resta provado nos autos ter existido qualquer obstáculo à fiscalização. Inclusive o autuante, quando prestou informação fiscal não faz qualquer menção a esta situação.

O autuado entregou ao fisco toda a sua documentação fiscal, inclusive as notas fiscais D-1 emitidas, o que permitiu que a fiscalização pudesse aplicar qualquer outro roteiro de fiscalização, como exemplo, a auditoria dos estoques.

Assim, unicamente pelo seu caráter educativo, a reduzo para 10% do valor acima indicado, ou seja, para R\$3.296,01, conforme demonstrativo a seguir.

MÊS/ANO	BC	%	MULTA	REDUÇÃO PARA 10%
jan/09	74.410,43	2%	1.488,21	148,82
fev/09	6.229,51	2%	124,59	12,46
mar/09	4.497,29	2%	89,95	8,99
abr/09	557,32	2%	11,15	1,11
mai/09	352,28	2%	7,05	0,70
jun/09	102,01	2%	2,04	0,20
jul/09	14,50	2%	0,29	0,03
ago/09	51,00	2%	1,02	0,10
set/09	362,38	2%	7,25	0,72
out/09	8.645,35	2%	172,91	17,29
nov/09	59.719,98	2%	1.194,40	119,44
dez/09	42.082,20	2%	841,64	84,16
jan/10	73.822,72	2%	1.476,45	147,65
fev/10	87.638,29	2%	1.752,77	175,28
mar/10	7.613,48	2%	152,27	15,23
abr/10	101.743,79	2%	2.034,88	203,49
mai/10	82.275,30	2%	1.645,51	164,55
jun/10	52.636,61	2%	1.052,73	105,27
jul/10	136.277,00	2%	2.725,54	272,55
ago/10	28.164,97	2%	563,30	56,33
set/10	24.526,70	2%	490,53	49,05
out/10	172.793,00	2%	3.455,86	345,59
nov/10	235.811,07	2%	4.716,22	471,62
dez/10	447.691,72	2%	8.953,83	895,38
TOTAL			32.960,38	3.296,01

A acusação da infração 02 relativa ao presente lançamento fiscal diz respeito à aplicação de multa tributária pelo fato do contribuinte não ter apresentado à fiscalização, quando intimado, os seus arquivos magnéticos conforme Termos de Intimações apensados às fls. 13 e 28 dos autos. A primeira intimação com as inconsistências detectadas nos arquivos magnéticos enviados nos prazos regulamentares e, a segunda com a indicação do não envio dos mesmos no período de agosto a dezembro de 2010.

Os argumentos de defesa são os mesmos apresentados para a infração 01.

No presente caso, de igual forma, percebo que os requisitos legais e incertos no § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96 podem ser invocados para determinar a redução da multa ora em questão, porém, ao contrário da anterior infração, aqui existe um agravamento do procedimento da empresa autuada.

No caso em comento, os arquivos magnéticos enviados nos prazos regulamentares, conforme intimação de fls. 13, e não contestado, não continham os seguintes registros:

1. O registro 60R (Resumo Mensal: Registro de mercadoria/produto ou serviço processado em equipamento Emissor de Cupom Fiscal) e 61R (Resumo Mensal por Item: Registro de mercadoria/produto ou serviço comercializados através de Nota Fiscal de Produtor, Nota Fiscal de Venda a Consumidor não emitida por ECF ou Nota Fiscal de Consumidor

Eletrônica). Eles além de não terem sido apresentados, quando solicitado pelo fisco, igualmente, não os foram. Tais faltas dificultam a análise dos controles fiscais executados pela empresa. Porém a situação é minimizada pelo fato de que todos os outros tipos dos Registros 60 e 61 foram apresentados, já que não existe registro nos autos de suas faltas, mesmo quando o autuante prestou sua informação fiscal.

2. Registro 74 – Livro de Inventário. Observo que os arquivos magnéticos, enviados pelo contribuinte via SINTEGRA, a princípio, não impedem a realização de uma auditoria dos estoques da empresa, ou de qualquer outra auditoria. O que ele impede é a realização desta auditoria de maneira mais completa e eficiente, já que estes arquivos não substituem, legalmente, os livros fiscais que o contribuinte, por dever, deve fazer. No caso, não havendo tal registro, o fisco é obrigado a utilizar dois tipos de documentos – aqueles enviados via SINTEGRA e os livros fiscais (manuais ou por processamento de dados). Entretanto, o autuante, em qualquer momento expressou qualquer motivo para não aplicar outro roteiro de fiscalização no estabelecimento autuado, ou mesmo, que os livros fiscais da empresa a ele não foram entregues. Ao contrário, na sua informação fiscal, registra que este Colegiado, diante de sua competência, deve, ou não, aplicar a redução da multa diante do seu objetivo educativo.
3. Meses de agosto a dezembro de 2010. O contribuinte não entregou os arquivos nem no período regulamentar, nem, igualmente, quando intimado, somente o fazendo após autuação (fls. 303/326). Neste caso, não existe qualquer motivo que minimize o procedimento da empresa autuada.

Diante destes fatos e como na atividade preponderante do autuado as mercadorias encontram-se enquadradas no regime da substituição tributária, reduzo a penalidade para o percentual de 50%, sobre o valor originalmente lançado, o que representa a quantia de R\$97.756,50.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da autuação para exigir a multa aplicada na infração 01 no valor de R\$3.296,01 e na infração 02 no valor de R\$97.756,50.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **146468.0130/13-3**, lavrado contra a empresa **AERoclube Comércio de Derivados de Petróleo LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$101.052,51**, previstas no art. 42, inciso XII-A, “h” e “j”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios, na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento recorre de Ofício desta decisão, para uma das Câmaras deste Conselho, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99, alterado pelo Decreto n.º 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, de 19 de maio de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR