

A. I. N° - 380214.0002/05-0
AUTUADO - COMERCIAL DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS SHAUANA LTDA.
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO BARBOSA DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 15/12/05

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0460-03/05

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO A MENOS. a) DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR RECOLHIDO E AQUELE LANÇADO NO REGISTRO DE APURAÇÃO. Tendo em vista a existência de anterior Notificação Fiscal expedida pela repartição fazendária, o valor deve ser excluído deste lançamento sob pena de duplicidade na cobrança do imposto. Infração não caracterizada. **b)** DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE ENTRADAS E NO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. **c)** DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE SAÍDAS E NO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. Infrações caracterizadas. **2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS: a)** MATERIAIS DESTINADOS AO CONSUMO. **b)** BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. Infrações caracterizadas. **3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA CONSUMO. Refeito o levantamento, reduziu-se o valor inicialmente exigido. Infração parcialmente caracterizada. **b)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA O ATIVO PERMANENTE. Infração não impugnada. **4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. a)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. **b)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Refeito o levantamento, excluindo-se o valor adicionado da base de cálculo. Infrações parcialmente elididas. **5. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA AO FISCO QUANDO INTIMADO. Multa de 1% sobre o total das operações de saídas. Infração comprovada. 6. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração não impugnada. Não cabe a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Rejeitado a preliminar de nulidade. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 28/03/05, para exigir o ICMS no valor de R\$22.952,90, acrescido da multa de 60%, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$315.872,29, em decorrência de:

1. Recolhimento a menos do imposto em razão do desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS (dezembro/04) – R\$4.005,35;
2. Recolhimento a menos do imposto em razão do desencontro entre os valores lançados nos livros Registro de Entradas e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS – R\$4.989,36;
3. Recolhimento a menos do imposto em razão do desencontro entre os valores lançados nos livros Registro de Saídas e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS – R\$0,27;
4. Falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento – R\$7.834,54;
5. Utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento – R\$1.354,01;
6. Entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal – multa de R\$9.770,87;
7. Entrada no estabelecimento de mercadorias não sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal – multa de R\$37,76;
8. Falta de fornecimento dos arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas ou a entrega em padrão diferente do previsto na legislação ou em condições que impossibilitaram a sua leitura – multa de R\$306.063,66;
9. Falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento – R\$245,00;
10. Utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisição de bens para o ativo permanente do estabelecimento – R\$51,63;
11. Falta de recolhimento do imposto em razão de erro na apuração dos valores. Consta, na descrição dos fatos, que foi efetuado levantamento dos cupons fiscais ficando demonstrado que o valor do imposto é superior ao lançado no livro Registro de Saídas e no Registro de Apuração do ICMS – R\$4.472,74.

O autuado apresentou defesa por meio de advogado (fls. 138 a 145) alegando, em relação à infração 1, que o débito já foi objeto de autuação por meio da Notificação Fiscal nº 9000000792/05-4, configurando, assim, em “bis in idem”, conforme o documento acostado à fl. 215.

Quanto às infrações 2 e 3, aduz que não há nenhuma divergência entre os livros fiscais e sim a transferência equivocada de dados dos livros Registro de Entradas e Registro de Saídas para o livro Registro de Apuração do ICMS “gerando um ICMS a maior” e que, percebendo o erro, “emituiu os três livros em seqüência, anexos, corrigindo, destarte, o erro acima apontado e demonstrando que o ICMS foi recolhido nos valores e bases do seu Fato Gerador”.

Em referência às infrações 4 e 9, argumenta que a exigência fiscal fere o artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea “a”, da Constituição Federal, uma vez que a incidência do imposto estadual sobre bens destinados ao ativo fixo ou para consumo do estabelecimento somente ocorre quando se tratar de

mercadoria importada, o que não é o caso dos autos. Transcreve o posicionamento de Hugo de Brito Machado a respeito e acrescenta que, segundo o artigo 20 da Lei Complementar 87/96 é assegurado o creditamento do imposto cobrado nas operações anteriores, inclusive em relação às mercadorias destinadas ao uso, consumo ou ao ativo permanente.

Alega que o autuante descumpriu a legislação vigente “ao cobrar ICMS da autuada na entrada de bens de uso ou consumo, através de um sistema de apuração visivelmente injurídico, creditando-se pelo ICMS destacado nas aquisições e debitando-se pela alíquota de 17% sobre bens que nunca saíram do estabelecimento da Suplicante, já que foram incorporados ao seu consumo”.

Relativamente à infração 5, afirma que “quatro das notas fiscais que foram escrituradas como material de uso e consumo, na verdade é material de embalagem”. Diz que os códigos de operações corretos são 1102 e 2102, para aquisições internas e interestaduais, respectivamente, e, portanto, o crédito é legítimo consoante os artigos 27 e 93, do RICMS/97.

Em referência às infrações 6 e 7, alega que o autuante alicerçou a acusação em notas fiscais coletadas no CFAMT, “tornando seu meio de prova insubsistente, vulnerável sem o condão de provar sua pretensão acusatória”.

Prossegue dizendo que é comum a existência de “fraudadores de plantão lançando mão de Inscrição Estadual de Contribuintes ativo perante o fisco para adquirir mercadorias com o intuito de comercializá-las sem notas fiscal, daí a imperiosa necessidade da prova inequívoca de que quem efetivamente adquiriu as mercadorias foi mesmo a autuada, o que não foi até o momento provado e materializado pelo nobre auditor, fulminado de nulidade absoluta sua acusação fiscal”.

Quanto à infração 8, aduz que não procede a autuação: primeiro, porque o Decreto nº 9.332/05 dispensou o seu estabelecimento da obrigação de manter o registro fiscal por item de mercadoria (Registro 54), com efeito retroativo aos exercícios que foram objeto do lançamento; segundo, porque a multa não é de 1% sobre a base de cálculo como deseja o autuante, mas sim de R\$1.380,00 “por arquivo não enviado ou gerado em desacordo com o padrão, tudo na conformidade no quanto gravado no inciso III do artigo 2º da Lei nº 9.159 de 09 de julho de 2004”.

Finalmente, protesta por todos os meios de prova em direito admitidos e pede a improcedência parcial do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 229 a 233), rebate as alegações defensivas aduzindo, quanto à infração 1, que o contribuinte estava sob ação fiscal quando foi emitida a Notificação Fiscal nº 9000000792/05-4, de 31/01/05, e que o valor exigido não foi pago, cabendo a sua anulação.

Relativamente às infrações 2 e 3, alega que se a empresa reemitiu os livros fiscais, tal fato ocorreu após a ciência do Auto de Infração, uma vez que os livros apresentados ao fisco estavam encadernados e foram autenticados, conforme as fotocópias acostadas às fls. 106 a 115, enquanto que os impressos em formulário contínuo, anexados às fls. 147 a 214, não se encontram autenticados.

Em relação às infrações 4 e 9, afirma que não cabe razão ao autuado, pois a cobrança fiscal está consubstanciada no artigo 155, da Constituição Federal, na Lei Complementar 87/96 e no RICMS/97.

Em referência à infração 5, acata as alegações defensivas, de que parte das notas fiscais se referem a aquisições de material de embalagem, e refaz o levantamento reduzindo o débito para R\$272,86.

Quanto às infrações 6 e 7, diz que a impugnação é vazia, sem elementos que possam consubstanciar ou provar de forma plausível a tese utilizada e, portanto, não têm cabimento as alegações defensivas.

Em relação à infração 8, argumenta que o Decreto nº 9.232/05, “não abraçou a todos indistintamente, limitando aos contribuintes que utiliza o Sistema Eletrônico de Processamento de Dados exclusivamente para emissão de cupom fiscal, além do cumprimento das obrigações do capítulo I, título IV do RICMS/97, dispensando-os da manutenção do registro 54, o que não é o caso da autuada”.

Quanto à multa, diz que foi tipificada corretamente e ressalta que o contribuinte foi intimado e reintimado a apresentar os arquivos magnéticos, inclusive tendo sido especificado que estavam ausentes os Registros 54, 60R, 70 e 75 em todos os meses e os Registros 60A e 60M nos meses de janeiro a maio de 2003, conforme os documentos de fls. 14 a 19 do PAF, e que, diante das solicitações o contribuinte protocolou petição (Processo nº 024650.2005/7) solicitando prazo para adequação dos arquivos, o que foi autorizado, observado o prazo para conclusão da ordem de serviço.

Relativamente às infrações 10 e 11, observa que o sujeito passivo não se manifestou “pacificando a sua procedência”.

Por fim, pede a procedência em parte do Auto de Infração.

O autuado foi intimado da informação fiscal (fls. 234 e 235), porém não se manifestou nos autos.

Esta 3ª JJF converteu o PAF em diligência (fl. 238 e 239) para que fossem adotadas as seguintes providências:

Em relação à Infração 08:

- a) verificar se o autuado está dispensado da entrega dos arquivos magnéticos (2000 a 2005) nos termos do Decreto 9.426/05;
- b) se obrigado, indicar uma Listagem de Diagnóstico, que deve ser anexada ao PAF (art. 308-B, § 3º do RICMS/BA) e reintimar o autuado para entregar os arquivos com as inconsistências retificadas;
- c) se não corrigida as inconsistências, descrever as irregularidades relativas aos arquivos magnéticos do autuado, devendo ser entregue cópia ao mesmo;
- d) elaborar demonstrativo de débito relativo a multa aplicada.

Em relação às infrações 6 e 7, tendo em vista que na penalidade aplicada pela falta de escrituração de notas fiscais foi adicionado a MVA, o que não é previsto na legislação tributária, refazer os levantamentos fiscais, considerando apenas o valor das mercadorias.

No tocante à infração 10, considerando que a legislação tributária admite o crédito de bens do ativo, exceto se alheio à atividade do estabelecimento ou que as saídas de mercadorias comercializadas sejam não tributadas, deve anexar ao PAF a cópia da nota fiscal nº 81490 e esclarecer porque o crédito fiscal é indevido na presente situação.

O autuante em atendimento a diligência determinada pela JJF, manifestou-se às fls. 243 a 246, inicialmente descreveu as situações em que o Decreto nº 9.426 dispensou a entrega do arquivo magnético e disse que no caso concreto, “o contribuinte utiliza o SEPD para escrituração de livros fiscais, para emissão de nota fiscal e emissão de cupom fiscal, portanto, fora da abrangência do referido Decreto”.

Afirma que reintimou o autuado para apresentar os arquivos magnéticos, tendo concedido prazo de trinta dias, tendo feito entrega de cópia dos relatórios juntados às fls. 247 a 326 e que transcorrido o prazo inicial, analisou a posição dos relatórios e persistindo as irregularidades, foi dado ciência ao autuado das inconsistências apresentadas nos arquivos magnéticos apresentados, conforme documentos juntados às fls. 327 a 332, onde ficou constatado a ausência dos registros

53, 54, 60R e 75, conforme demonstrativos mensal de diferenças apuradas de entradas e saídas (fls. 333 a 336).

Quanto à exclusão da MVA no cálculo das infrações 6 e 7, apresentou os demonstrativos corrigidos às fls. 245 e 246, nos quais foram indicadas as reduções do valor exigido inicial para R\$8.145,61 da infração 6 e R\$32,35 da infração 07.

No que se refere à infração 10, informa que do valor exigido faltou deduzir a cota inicial de 1/48 de R\$1,08, resultando em valor exigido de R\$50,55. Ressalta que o autuado não escriturou o livro CIAP, previsto nos §§ 1º e 2º do RICMS/BA.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado em 13/10/05, para tomar conhecimento do resultado da diligência fiscal, conforme documento juntado à fl. 367, concedendo prazo de trinta dias para apresentar nova defesa e não tendo se manifestado no prazo concedido, o PAF foi devolvido ao CONSEF para julgamento.

VOTO

Rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado em obediência às normas legais, atendendo às formalidades previstas no artigo 39, do RPAF/99.

Inicialmente ressalto que, acorde o artigo 167, inciso I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

No mérito, o presente Auto de Infração visa a exigir o ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias em decorrência de onze infrações.

O contribuinte impugnou o lançamento, relativamente à infração 1, alegando que o débito já foi objeto de autuação por meio da Notificação Fiscal nº 9000000792/05-4, conforme o documento acostado à fl. 215, configurando, assim, um *bis in idem*.

O RPAF/99 prevê a Notificação Fiscal em seu artigo 48, determinando que ela será o instrumento utilizado para exigir, de ofício, o ICMS em decorrência de crédito tributário não recolhido ou recolhido a menos, apurado com base em informações declaradas pelo próprio sujeito passivo, e quando o tributo for inferior a R\$460,00 na fiscalização de estabelecimento (dentre outras situações).

De acordo com os artigos 50, 53 e 54, do mencionado RPAF/99:

1. a Notificação Fiscal será expedida pela Superintendência de Administração Tributária (SAT), por intermédio das inspetorias fazendárias, que farão o devido registro no sistema eletrônico de processamento de dados;
2. uma vez intimado da emissão da Notificação Fiscal, o sujeito passivo terá o prazo de 10 dias, contado a partir da intimação, para efetuar o pagamento do débito ou apresentar justificção na repartição do seu domicílio fiscal, comprovando ser indevido o valor exigido;
3. caso haja justificção, o titular da repartição fazendária emitente da Notificação Fiscal deverá efetuar, no prazo de 10 dias, contado da protocolização do expediente ou da data do recebimento pela repartição, a análise do cumprimento da obrigação de que cuido a Notificação Fiscal, devendo consignar a sua decisão em despacho que espelhe de forma clara, precisa e sucinta os fatos verificados, do qual será dada ciência ao interessado;
4. decorrido o prazo estipulado para pagamento do débito, objeto da Notificação Fiscal, ou passados 02 dias após a ciência do despacho da autoridade competente que decida ser devido o valor lançado, total ou parcialmente, sem que tenha sido efetuado o pagamento, considera-se constituído o crédito tributário, devendo os autos serem encaminhados para inscrição em

Dívida Ativa, na forma prevista no artigo 113, devendo a PGE/PROFIS adotar as providências cabíveis.

Pelo exposto, como foi emitida, em data anterior à lavratura deste Auto de Infração, a Notificação Fiscal nº 9000000792/2005-4 (fl. 215) para cobrança do ICMS em razão da mesma irregularidade ora apontada no mês de dezembro de 2004, inclusive em valor superior ao exigido nesta autuação, considero indevido o débito cobrado na infração 1, sob pena de ocorrência de *bis in idem*, haja vista que a referida Notificação Fiscal será enviada a PGE/PROFIS para inscrição em Dívida Ativa, caso não haja pagamento do valor exigido ou a justificação apresentada pelo contribuinte não seja aceita. Obviamente, se for acatada a justificação do notificado, não há que se falar em cobrança do ICMS, porém todo o procedimento fiscal deverá seguir seu curso no âmbito da Notificação Fiscal já expedida e não, em outro lançamento de ofício.

Quanto às infrações 2 e 3, o contribuinte afirmou apenas que houve um equívoco no lançamento dos livros fiscais, “gerando um ICMS a maior” e que, percebendo o erro, “emitii os três livros em seqüência, anexos, corrigindo, destarte, o erro acima apontado e demonstrando que o ICMS foi recolhido nos valores e bases do seu Fato Gerador”.

Analisando os documentos acostados às fls. 147 a 214, verifico que se trata de impressos em formulários contínuos como se fossem os livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS, os quais não se encontram encadernados nem autenticados pela repartição fazendária. O autuante, ao contrário, se baseou nos lançamentos efetuados nos livros fiscais devidamente encadernados e autenticados pela Inspetoria de Itabuna (fls. 106 a 115) e que merecem fé.

Para comprovar as suas alegações, o autuado deveria ter trazido os livros fiscais devidamente encadernados e autenticados e não simples impressos sem qualquer validade legal. Considero correto o débito exigido nas infrações 2 e 3 da autuação.

Nas infrações 4 e 9 exige-se o imposto em razão da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais de materiais de uso e consumo e bens para o ativo imobilizado.

O contribuinte argumentou que a exigência fiscal fere o artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea “a”, da Constituição Federal, uma vez que a incidência do imposto estadual sobre bens destinados ao ativo fixo ou para consumo do estabelecimento somente ocorre quando se tratar de mercadoria importada, e acrescentou que, segundo o artigo 20, da Lei Complementar 87/96, é assegurado o creditamento do imposto cobrado nas operações anteriores, inclusive em relação às mercadorias destinadas ao uso, consumo ou ao ativo permanente.

Ao contrário do entendimento manifestado pelo autuado, a cobrança de ICMS, em razão da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de bens para uso, consumo ou ativo imobilizado, está prevista no artigo 155, inciso VIII, da Constituição Federal e no artigo 4º, inciso XV, da Lei nº 7.014/96, que possui a seguinte redação:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

XV- da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto.

Nesse caso, a citada Lei estadual determina que a base de cálculo do ICMS deverá ser o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem e o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sobre o valor ali previsto (artigo 17, inciso XI, e seu § 6º, da Lei nº 7.014/96).

Por sua vez, o RICMS/97 estabelece, em seu artigo 5º, inciso I, que, para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento da entrada, no estabelecimento do contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento.

Segundo o artigo 69, do RICMS/97, “a base de cálculo do ICMS, para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, é o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, constante no documento fiscal, e o imposto a ser pago será o valor resultante da aplicação, sobre essa base de cálculo, do percentual equivalente à diferença entre a alíquota prevista para as operações ou prestações internas neste Estado, segundo a espécie de mercadoria, e a alíquota interestadual prevista na legislação da unidade da Federação de origem”.

Dessa forma, considero caracterizada a infração, uma vez que o autuante elaborou os demonstrativos de fls. 36 e 38 em que relacionou, por nota fiscal, os valores devidos de imposto, os quais não foram contestados pelo autuado.

Relativamente à infração 5, o sujeito passivo apresentou algumas notas fiscais e alegou que se tratava de mercadorias adquiridas para embalagem, o que foi acatado pelo autuante, que refez o levantamento e reduziu o débito para R\$272,86, valor que acato inclusive porque não foi impugnado pelo autuado, mesmo após intimado, conforme demonstrativo abaixo:

Data Ocorr.	Data Vencido	Base de Cálculo	Aliq. %	Multa	Débito
31/05/03	09/06/03	702,24	17	60%	119,38
30/11/03	09/12/03	29,18	17	60%	4,96
30/04/04	09/05/04	72,53	17	60%	12,33
31/05/04	09/06/04	43,53	17	60%	7,40
31/07/04	09/08/04	729,59	17	60%	124,03
30/08/04	09/09/04	28,00	17	60%	4,76
Total					272,86

Em referência às infrações 6 e 7, o autuado alegou que o preposto fiscal alicerçou a acusação em notas fiscais coletadas no CFAMT, mas que se trata de provas frágeis, tendo em vista a existência de “fraudadores de plantão lançando mão de Inscrição Estadual de Contribuintes ativo perante o fisco para adquirir mercadorias com o intuito de comercializá-las sem notas fiscal”.

Analisando os documentos acostados ao PAF, especialmente os demonstrativos de fls. 39 e 40, e as notas fiscais de fls. 84 a 105, constato que as mercadorias foram todas destinadas ao estabelecimento do autuado e os documentos fiscais foram emitidos por fornecedores conhecidos e com boa reputação no mercado nacional. Nesses casos, este CONSEF tem reiteradamente decidido que as notas fiscais destinadas a determinado contribuinte são prova bastante da realização das operações a elas referentes, não havendo necessidade de juntada de outras provas pela fiscalização, a não ser as próprias notas fiscais. Ao contrário, cabe ao destinatário das mercadorias demonstrar cabalmente que não realizou tais aquisições pelos meios de que disponha, o que não foi feito na presente lide.

Sendo assim, considero caracterizadas as infrações 6 e 7, entretanto, no levantamento fiscal o autuante, para apurar a base de cálculo das penalidades de caráter acessório (10% e 1%), adicionou, ao valor das mercadorias, os percentuais de 10%, 15%, 20% e 30% a título de margem de valor agregado (MVA), procedimento não respaldado no artigo 42, incisos IX e XI, da Lei nº 7.014/96. Na diligência fiscal determinada por esta JJF (fl. 238), o autuante refez o levantamento

fiscal, tendo excluído a MVA acrescida à base de cálculo, conforme demonstrativo juntado às fls. 245 e 246, o que resultou em valor exigido de R\$8.145,61 na infração 6 e R\$32,35 na infração 7. O autuado foi cientificado do resultado da diligência (fl. 367) e não se manifestou. Deve ser mantido o débito como a seguir demonstrado:

Nota Fiscal	Data	Valor	Multa	Multa R\$
9545	dez-02	2.624,00	10%	262,40
3201	dez-02	15.600,00	10%	1.560,00
12	jul-03	2.150,00	10%	215,00
2319	ago-03	510,00	10%	51,00
129337	ago-03	738,48	10%	73,85
309136	set-03	236,79	10%	23,68
382621	out-03	1.689,50	10%	168,95
104484	out-03	1.258,22	10%	125,82
313194	out-03	328,86	10%	32,89
313195	out-03	209,18	10%	20,92
227719	out-03	10.684,30	10%	1.068,43
227720	out-03	1.052,91	10%	105,29
29680	dez-03	8.400,00	10%	840,00
201938	dez-03	3.040,01	10%	304,00
10023	fev-04	808,00	10%	80,80
5877	abr-04	415,00	10%	41,50
32567	abr-04	2.085,00	10%	208,50
418214	jun-04	1.757,08	10%	175,71
164194	jul-04	8.068,80	10%	806,88
25800	set-04	19.800,00	10%	1.980,00
TOTAL DE MULTA DA INFRAÇÃO 6				8.145,61

Nota Fiscal	Data	Valor	Multa	Multa R\$
977	Ago-03	1.449,00	1%	14,49
3050	Ago-03	450,00	1%	4,50
2319	Ago-03	188,00	1%	1,88
1263	Dez-03	440,00	1%	4,40
10023	fev-04	148,00	1%	1,48
5877	abr-04	559,96	1%	5,60
TOTAL DE MULTA DA INFRAÇÃO 7				32,35

Quanto à infração 8, o autuado argumentou que o Decreto nº 9.332/05 dispensou o seu estabelecimento da obrigação de manter o arquivo magnético por item de mercadoria (Registro 54), com efeito retroativo aos exercícios que foram objeto do lançamento e que a multa deveria ter sido de R\$1.380,00 e não de 1% como indicado pelo autuante.

O preposto fiscal rebateu alegando que o Decreto nº 9.232/05 não se aplica ao autuado porque ele não utiliza o sistema eletrônico de processamento de dados exclusivamente para emissão de cupom fiscal. Acrescentou que a multa está correta e que o contribuinte foi intimado e reintimado a apresentar os arquivos magnéticos, inclusive tendo sido especificado que estavam ausentes os Registros 54, 60R, 70 e 75 em todos os meses e os Registros 60A e 60M nos meses de janeiro a maio de 2003, conforme os documentos de fls. 14 a 19 do PAF.

O Decreto acima mencionado, que procedeu à Alteração nº 62 do RICMS/97, estabeleceu, em seu artigo 3º, que “Os contribuintes que utilizem Sistema Eletrônico de Processamento de Dados exclusivamente para emissão de cupom fiscal ficam dispensados, de 1º de janeiro de 2000 até 30 de junho de 2005, da exigibilidade do cumprimento das obrigações do Capítulo I do Título IV do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997”.

Por outro lado, o Decreto nº 9.426/05 publicado no Diário Oficial do Estado de 18 de maio de 2005 (Alteração nº 63) dispensou os usuários de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados – SEPD, no período de 1º de janeiro de 2000 até 31 de dezembro de 2005, da entrega, em arquivo magnético, das seguintes informações:

1. das exigidas no Capítulo I do Título IV do RICMS/97, tratando-se de contribuinte:
 - a) que utilize SEPD exclusivamente para emissão de cupom fiscal;
 - b) inscrito no CAD-ICMS na condição de empresa de pequeno porte.
2. dos Registros 60R e 61R, tratando-se de contribuintes que utilizem SEPD somente para emissão de cupom fiscal e escrituração de livros fiscais.

O autuante em atendimento a diligência determinada pela JJF, informou que o contribuinte utiliza o SEPD para escrituração de livros fiscais, para emissão de nota fiscal, conforme documento juntado à fl. 248, e emissão de cupom fiscal, fato que não foi contestado pelo autuado, logo, resta provado que o autuado não estava dispensado da entrega dos arquivos magnéticos nas situações previstas no referido Decreto.

O autuado foi reintimado para apresentar os arquivos magnéticos em 11/08/05 (fl. 252), com indicação de que os arquivos magnéticos entreguem anteriormente, não constavam os registros 50, 54, 60, 61, 70 e 75. O autuante ressaltou que conforme documento juntado à fl. 247, o autuado já tinha pedido prazo de sessenta dias a partir de 22/02/05, para corrigir os arquivos magnéticos e não o fez, o que incorreu na autuação. Novamente em 04/10/05, tendo constatado que persistia as inconsistências nos arquivos magnéticos apresentados, o autuante em 04/10/05, reintimou o autuado para corrigir as inconsistências apresentadas nos arquivos magnéticos entregues (fl. 332), tendo indicado à fl. 331, uma Listagem de Diagnósticos, no entanto, o contribuinte não se manifestou.

Concluo, que em virtude das novas regras inseridas pelo Dec. 9.232/05, o PAF foi convertido em diligência e proporcionou nova oportunidade para o autuado corrigir os arquivos magnéticos entregues à fiscalização, faltando diversos registros e conforme disposto no art. 708-B, § 6º a entrega do arquivo magnético fora de especificação é considerado arquivo magnético não entregue, conforme abaixo transcrito:

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 indicativa das irregularidades encontradas.

...

“§ 5º O contribuinte terá o prazo de 30 dias úteis 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.”

...

§ 6º A entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o caput deste artigo, fora das especificações e requisitos previstos no convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea "g" do inciso XIII-A do art. 915 deste regulamento.

Assim sendo, deve ser mantida a multa aplicada da infração 8.

Relativamente à infração 10, em atendimento a diligência determinada por esta JJF, o autuante considerou que em se tratando da aquisição de bens para o ativo fixo, deduziu a primeira parcela das quarenta e oito que o autuado teria direito a se creditar, no valor de R\$1,08 relativo ao mês que o bem deu entrada no estabelecimento, e indicou como devido o valor de R\$50,55, resultado que acato, conforme demonstrativo da fl. 366.

Em relação à infração 11, o sujeito passivo não se manifestou, reconhecendo tacitamente os valores apontados na autuação, razão pela qual os considero corretos.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, excluindo o débito referente à infração 1, mantendo os valores exigidos nas infrações 2, 3, 4 e 11 e reduzindo o débito apontado nas infrações 5, 6, 7 e 10 de acordo com o demonstrativo abaixo:

Infração	Situação	Débito	Multa
1	Improcedente	0,00	
2	Procedente	4.989,36	
3	Procedente	0,27	
4	Procedente	7.834,54	
5	Procedente em parte	272,86	
6	Procedente em parte		8.145,61
7	Procedente em parte		32,35
8	Procedente		306.063,66
9	Procedente em parte	245,00	
10	Procedente em parte	50,55	
11	Procedente em parte	4.472,74	
Total		17.865,32	314.241,62

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **380214.0002/05-0**, lavrado contra **COMERCIAL DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS SHAUANA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.865,32**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, “b” e “f” e VI, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multas no valor total de **R\$314.241,62**, previstas no art. 42, IX, XI, e XIII-A, “g”, da citada Lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de dezembro de 2005.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA DO SOCORRO FONSECA DE AGUIAR - JULGADORA