

A. I. Nº - 232856.0006/07-1
AUTUADO - RAIMUNDO DE SOUZA SILVA
AUTUANTE - FLÁVIO DO PRADO FRANCO JUNIOR
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 22/07/2008

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0213-03/08

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Refeitos os cálculos mediante diligência fiscal realizada por preposto da ASTEC, o imposto originalmente apurado ficou reduzido. 2. ARQUIVO MAGNÉTICO. FALTA DE ENTREGA. CONTRIBUINTE REGULARMENTE INTIMADO. MULTA. A legislação prevê aplicação de multa pela falta de entrega dos arquivos magnéticos, ou em decorrência de sua apresentação com informações divergentes dos documentos fiscais correspondentes ou omissão de dados. Infração comprovada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração não impugnada. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS PARA O ATIVO E MATERIAL DE CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo e ativo fixo do estabelecimento. Autuado não contestou. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/05/2007, refere-se à exigência de R\$125.801,52 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 70%, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$16.564,14, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

Infração 01: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, no período de janeiro de 2003 a setembro de 2005. Valor do débito: R\$116.389,55.

Infração 02: Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, sendo exigido multa no valor total de R\$16.564,14.

Infração 03: Deixou de recolher ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA, nos meses de setembro de 2003 e agosto de 2004. Valor do débito: R\$41,20.

Infração 04: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do estabelecimento. Valor do débito: R\$2.616,00.

Infração 05: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento. Valor do débito: R\$6.754,77.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 353 a 380), alegando em relação à infração 01, que é descabida a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, porque as tais entradas não registradas são, em sua maioria, de bens destinados ao uso e consumo e ativo permanente do estabelecimento, a exemplo de copos, bandejas, bobinas, etiquetas, canudos, garfos, sacos, sacolas, materiais de embalagem, produtos de limpeza, fornos etc. Assim, as mercadorias não são destinadas à comercialização, muito menos saíram do estabelecimento e não poderiam ensejar a alegada omissão de saídas, com lançamento do ICMS por presunção. Alega que também foram arroladas pela fiscalização notas fiscais correspondentes a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, tais como sorvete, refrigerante, água, cerveja etc, o que igualmente invalida a presunção de saídas destas mercadorias no estabelecimento, devido ao encerramento anterior da fase de tributação. Entende que nestes casos, a falta de registro de entrada de mercadoria, apurada através de notas fiscais capturadas pelo CFAMT implicaria em multas formais por descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 42, inciso IX e XI da Lei 7.014/96. Diz que, não dispõe o CONSEF de outra alternativa senão: a) declarar nula a autuação porque o autuante presumiu equivocadamente omissão de saídas de mercadorias que em grande parte foram destinadas ao uso e consumo do estabelecimento e capitulou incorretamente a infração, lançando o imposto em vez da multa prevista na legislação; b) julgar parcialmente procedente a infração, convertendo-a em multa por descumprimento de obrigação acessória.

Quanto à infração 02, o defendente alega que o autuante cometeu equívoco em relação ao enquadramento da imputação, na medida em que descreveu circunstância alheia à realidade dos fatos, e promoveu a capitulação incorreta da infração. Diz que o autuante consignou como infração uma suposta falta de fornecimento dos arquivos magnéticos exigidos na legislação, situação que ensejaria a aplicação da multa prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei 7.014/96. Mas não é verdade que o autuado deixou de fornecer os arquivos magnéticos solicitados, haja vista que os mencionados arquivos foram entregues, os quais, por uma informação do autuante e, certamente, por uma falha não intencional, apresentavam omissão do livro Registro de Inventário (Registro tipo 74). Entende que a imputação jamais poderia ter sido de não fornecimento dos arquivos magnéticos, mas omissão de dados na entrega dos arquivos, o que enseja aplicação de multa diferenciada. Assevera que o eventual descumprimento da obrigação acessória não provocou prejuízo econômico ao erário, decorreu de falha não intencional do impugnante, tem aplicabilidade o § 7º do art. 42 da Lei 7.014/96. E se ultrapassados todos os argumentos apresentados, diz que é patente o equívoco do autuante na mensuração da multa aplicada, na medida em que somente as saídas tributáveis podem ser consideradas na base de cálculo da penalidade conforme já pacificado na jurisprudência do CONSEF. Assim, pede a procedência parcial desta infração. Ainda em relação à primeira infração, após reproduzir as alegações defensivas inicialmente apresentadas, o defendente cita alguns julgados do CONSEF pela aplicação da multa de 10% em razão da falta de registro na escrita fiscal de entrada de mercadoria, transcrevendo, também, o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA, apresentando o entendimento que em qualquer caso, ainda que se descarte a nulidade da infração, deve-se reconhecer que a infração 01 é parcialmente procedente, convertendo-se a multa material aplicada em multa formal por descumprimento de obrigação acessória, como dispõe a lei. Quanto à infração 02, também pede que seja declarada a sua nulidade por erro na descrição dos fatos e na capitulação da infração. Comenta sobre os princípios da segurança jurídica e da ampla defesa, reafirmando que a acusação de não fornecimento dos arquivos magnéticos não corresponde à realidade dos fatos, e salienta que na descrição da infração o autuante nem

mencionou qual o tipo de omissão, ou mesmo se os arquivos foram entregues fora do padrão exigido, e não se confunde falta de entrega de arquivos como omissão de dados; o autuante não poderia tratar uma pela outra, e neste ponto, a acusação fiscal é incorreta e insegura. Pede a nulidade desta infração, reproduzindo o art. 18, IV, “a”, do RPAF/99 e citando decisões do CONSEF em caso análogo. Também apresenta o entendimento de que é aplicável à infração 02, o § 7º do art. 42 da Lei 7.014/96, argumentando que não houve intenção de lesar o fisco, a infração não foi praticada de forma dolosa, não implicou em falta de recolhimento do tributo. Cita decisões do CONSEF, inclusive o Acórdão 0206-12/05, da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal. Requer o cancelamento da multa ou a sua redução, conforme o prudente arbítrio deste CONSEF. Por fim, o defendente reafirma que houve erro na quantificação da multa, alegando que o autuante considerou para o cálculo da imputação toda a movimentação do estabelecimento e não apenas as saídas tributáveis. Cita decisões do CONSEF e pede a realização de **diligência** por auditor fiscal estranho ao feito ou pelo próprio autuante para se encontrar o valor correto da multa, caso persista.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 387 a 389 dos autos, em relação à infração 01, diz que a alegação do autuado é irrelevante e não pode ser acatada, porque houve, na realidade, desembolso de numerário, sendo por isso exigido o imposto por presunção legal prevista no art. 2º, § 3º, inciso IV, do RICMS/97. Portanto, entende que o autuado não conseguiu elidir a infração apontada e o valor apurado neste item do Auto de Infração. Quanto à infração 02, o autuante esclarece que o contribuinte emitia documento fiscal eletronicamente e também fazia escrituração de livro fiscal por processamento de dados. Diz que em 15/05/2007 intimou o autuado a apresentar os arquivos R74, 75, 60M e 60A referentes ao período de 01/01/2003 a 31/12/2003, e o registro 74 relativo aos períodos de 01/01/2004 a 31/12/2004 e de 01/01/2005 a 31/12/2005. Dentro do prazo estabelecido de cinco dias, os mesmos não foram apresentados. Como não foi atendida a intimação no prazo concedido, foi aplicada a penalidade pelo não fornecimento dos arquivos. Salienta que o registro 74 refere-se às informações do livro Registro de Inventário e deve ser informado no mês em que o inventário for realizado e no mês subsequente, e a exigibilidade para o contribuinte informar os dados do inventário é a partir de 01/12/2001. Conclui mantendo o valor total do Auto de Infração, pedindo a sua procedência.

O defendente recebeu cópia da informação fiscal e apresentou nova manifestação às fls. 392 a 401, discordando, quanto à infração 01, do posicionamento do autuante, de que o fato de se tratar de mercadorias destinadas ao consumo é irrelevante, tendo em vista que foi exigido imposto por presunção legal. Argumenta que esse entendimento contraria a atual jurisprudência do CONSEF, no sentido de que em se tratando de contribuinte que comercialize com mercadorias substituídas é inviável a cobrança do ICMS por presunção, por falta de escrituração de entrada de mercadoria, a exemplo do que ocorreu no presente Auto de Infração. Assim, diz que o CONSEF entende que é relevante o fato de se tratar de mercadoria sujeita ao regime de substituição, uma vez que não se pode cobrar o tributo por presunção, e neste caso, o CONSEF tem entendido que é inválido o roteiro de fiscalização com base em presunção de evasão fiscal por desembolso de caixa. Transcreve ementa do Acórdão JF N° 0341-02/05 e parte do voto do Relator José Bezerra Irmão. Reitera o pedido de nulidade desta infração ou, alternativamente, que seja convertida em multa por descumprimento de obrigação acessória sobre o valor da mercadoria não registrada. Quanto à infração 02, diz que entregou os arquivos magnéticos à fiscalização, todos recepcionados pela Secretaria da Fazenda sem qualquer restrição e pelo exíguo prazo disponível e grande quantidade de informações exigidas, o impugnante reconhece que não conseguiu cumprir a intimação, deixando de apresentar os dados requisitados, e para a sua surpresa, foi autuado pela não apresentação de arquivos magnéticos, como se jamais houvesse enviado qualquer arquivo magnético via SINTEGRA. Reitera o pedido de nulidade da autuação fiscal por erro no enquadramento, citando Acórdão relatado pelo Conselheiro Tolstói Nolasco, transcrevendo a ementa. Se ultrapassada a nulidade por erro no enquadramento da infração, pede que seja

reenquadrada na multa constante no inciso XX, alínea “b” do art. 42 da Lei 7.014/96 ou reduzida a penalidade para 10% do valor original, conforme já decidiu este CONSEF em casos similares.

O autuado apresentou nova manifestação (fls. 509/510), aduzindo em relação à infração 01, que já demonstrou na impugnação inicial que as mercadorias objeto da autuação, em sua grande maioria, são sujeitas ao regime de substituição tributária ou destinadas ao consumo/ativo fixo do estabelecimento, e neste caso, o CONSEF reconhece que é inviável a exigência do imposto por presunção. O defendente entende que deve ser cobrada penalidade por descumprimento de obrigação acessória, o que enseja a aplicação de multa de 1% ou 10% sobre o valor das mercadorias não registradas. Para amparar esse raciocínio, o impugnante transcreve o art. 42, incisos IX e XI da Lei 7.014/96. Elabora demonstrativos da multa que entende ser devida, juntando aos autos as cópias das respectivas notas fiscais. Finaliza pedindo a procedência parcial do presente Auto de Infração.

Considerando as alegações apresentadas pelo defendente, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 752) para o autuante elaborar demonstrativo separando as mercadorias destinadas ao uso, consumo e ao ativo permanente, bem como, aquelas enquadradas no regime de substituição tributária, indicando também as demais mercadorias. Foi solicitado para o autuante informar, ainda, o sistema de tributação a que está sujeito o autuado, de acordo com a sua real atividade econômica e se o mesmo tem escrita contábil.

Em cumprimento ao solicitado, o autuante prestou informação fiscal às fls. 754/755, esclarecendo que o autuado apura o imposto pelo sistema de conta corrente fiscal, e possui escrita contábil, tendo como atividade, bar e restaurante. Diz que apesar de não entender o motivo, elaborou demonstrativo separando as mercadorias destinadas ao uso, consumo e ao ativo permanente, bem como aquelas enquadradas no regime de substituição tributária, indicando as demais mercadorias (fls. 756 a 804). Cita o art. 359 do RICMS/97, transcrevendo o seu parágrafo primeiro e inciso III.

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal e demais documentos acostados ao PAF, o defendente apresentou manifestação às fls. 807 a 809, aduzindo que o autuante acatou parte da impugnação quanto à infração 02, e converteu a cobrança do imposto por presunção em multa por descumprimento de obrigação acessória, de 1% sobre o valor das mercadorias, relativamente às entradas de produtos sujeitos à substituição tributária. Diz que as planilhas elaboradas pelo autuante, detalhando cada tipo de mercadoria não registrada, revelam um grande passo no trabalho de fiscalização, por se aproximarem do entendimento consolidado no CONSEF e recentemente consagrado na Instrução Normativa 56/07. Quanto às mercadorias destinadas ao consumo e ao ativo, diz que o autuante manteve a cobrança do ICMS por presunção, à alíquota de 17%, apesar de essas mercadorias não saírem do estabelecimento. Entende que neste caso, a exemplo das mercadorias sujeitas à substituição tributária, deve ser cobrada a multa por descumprimento de obrigação acessória, de 1% sobre o valor da mercadoria não registrada. Argumenta que não se deve cobrar imposto por presunção daquilo que não é devido normalmente pelo estabelecimento, tendo em vista que essas mercadorias não foram comercializadas e não geram débito do imposto. Diz que não se deve alegar que essa presunção é inabalável porque está calcada em vendas anteriores, tendo em vista que “esse raciocínio foi relativizado pelo CONSEF e agora foi definitivamente superado pela atual Instrução Normativa 56/07, afastando qualquer divergência”. O impugnante apresenta o entendimento de que deve pagar a autuação da seguinte forma:

- a) em relação às mercadorias sujeitas à substituição tributária, concorda com a aplicação da multa no percentual de 1%;
- b) em relação às mercadorias destinadas ao consumo, pleiteia a conversão da exigência do imposto em multa de 1% do valor das mercadorias;

- c) em relação às mercadorias tributadas, pleiteia a conversão da obrigação principal na multa de 10% do valor das mercadorias.

Salienta que após a elaboração das novas planilhas pelo autuante, convivem agora na mesma infração uma cobrança de obrigação principal por presunção e multa por descumprimento de obrigação acessória, e para manter a harmonia lógica da acusação, o defendente diz que acredita em se converter em multa a obrigação principal referente às mercadorias tributadas. Portanto, o autuado requer que em relação à mercadoria para consumo, a conversão da obrigação principal para multa de 1% do valor das mercadorias; para as mercadorias tributadas, a conversão da obrigação principal em multa de 10% do valor das mercadorias, ressaltando que em relação às mercadorias sujeitas à substituição tributária já foi feita essa conversão.

Considerando que em relação à primeira infração o autuado alegou que as entradas não registradas são, em sua maioria, de bens destinados ao uso e consumo e ativo permanente do estabelecimento, mercadorias que não são destinadas à comercialização, além de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, tais como sorvete, refrigerante, água e cerveja, tendo elaborado demonstrativo separando as mercadorias destinadas ao uso, consumo e ao ativo permanente, bem como, aquelas enquadradas no regime de substituição tributária, indicando também as mercadorias tributadas.

Tendo em vista que a Instrução Normativa nº 56/2007 prevê a possibilidade de o autuante considerar que parte dos valores da omissão de saídas se refere a operações isentas, não tributadas e /ou sujeitas à substituição tributária, excluindo os respectivos montantes do cálculo do imposto devido, caso existam elementos que permitam esta conclusão, esta Junta de Julgamento Fiscal, converteu o presente processo em diligência à ASTEC para que o diligente elaborasse demonstrativo da proporcionalidade das entradas de mercadorias tributáveis, isentas ou não tributáveis, e mercadorias sujeitas à substituição tributária, calculando o imposto devido com base na proporcionalidade das mercadorias tributáveis.

Conforme PARECER ASTEC Nº 065/2008, com base nas DMAs dos exercícios de 2003, 2004 e 2005 foi elaborada a planilha referente à proporcionalidade solicitada na diligência fiscal, conforme fl. 817, tendo sido apurados novos valores do ICMS a recolher de acordo com a mencionada proporcionalidade, totalizando R\$12.118,68, consoante o demonstrativo de débito à fl. 821.

À fl. 823 o defendente foi intimado quanto ao PARECER ASTEC Nº 065/2008, constando na própria intimação a assinatura do representante do autuado. O autuante também tomou conhecimento, conforme ciente à fl. 822. Entretanto, não houve qualquer manifestação das partes, em relação ao resultado da revisão efetuada pelo Auditor Fiscal da ASTEC do CONSEF.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas e acostados aos autos os demonstrativos que deram origem à exigência fiscal.

O defendente alega que o autuante presumiu equivocadamente omissão de saídas de mercadorias e capitulou incorretamente a primeira infração, lançando o imposto em vez da multa prevista na legislação. Entretanto, não é acatada a alegação defensiva, tendo em vista que, ficou evidente a acusação fiscal pela descrição dos fatos, a presunção é prevista na legislação (art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96), e no caso de equívoco na indicação de dispositivo legal não implicou nulidade da autuação, consoante o disposto no art. 19 do RPAF/99.

O defendente alegou que na descrição da infração 02 o autuante cometeu equívoco, na medida em que descreveu circunstância alheia à realidade dos fatos; que promoveu a capitulação incorreta da infração; que o autuante nem mencionou qual o tipo de omissão, ou mesmo se os arquivos foram entregues fora do padrão exigido; que não se confunde falta de entrega de

arquivos com omissão de dados. Entretanto, de acordo com a descrição dos fatos à fl. 02, não há dúvida de que a autuação foi efetuada por falta de entrega do arquivo magnético exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas.

O argumento defensivo de que houve equívoco no enquadramento da segunda infração, não é acatado, haja vista que não implica nulidade da autuação erro na indicação de dispositivo regulamentar, tendo em vista que pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal, conforme art. 19 do RPAF/99.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, a primeira infração trata de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, no período de janeiro de 2003 a setembro de 2005.

A legislação prevê que em relação às aquisições de mercadorias, a escrituração deve ser efetuada no Registro de Entradas, por ordem cronológica, e os lançamentos devem ser feitos documento por documento, haja vista que o mencionado livro se destina a registrar as entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento (art. 322, do RICMS/97), e de acordo com o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, a ocorrência de entradas de mercadorias não contabilizadas autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto.

O autuado alega que é descabida a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, porque as tais entradas não registradas são, em sua maioria, de bens destinados ao uso e consumo e ativo permanente do estabelecimento, e que também foram arroladas pela fiscalização notas fiscais correspondentes a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, o que igualmente invalida a presunção de saídas destas mercadorias no estabelecimento, devido ao encerramento anterior da fase de tributação.

O autuado exerce a atividade de bar, de acordo com os dados cadastrais do contribuinte nesta SEFAZ, e as notas fiscais objeto da autuação, se referem à aquisição de copos, bandejas, bobinas, etiquetas, canudos, garfos, sacos, sacolas, materiais de embalagem, produtos de limpeza, fornos, além de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, tais como sorvete, refrigerante, água, cerveja etc.

A legislação estabelece que no caso de omissão de entradas de mercadorias, presume-se a ocorrência de operações tributáveis sem o pagamento do imposto, estando comprovado pelas notas fiscais objeto da autuação que foram adquiridas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Saliento que a Instrução Normativa nº 56/2007 estabelece que, sendo apurada omissão de saídas presumidas, como ocorreu no presente Auto de Infração, a fiscalização pode considerar que parte desses valores se refere a operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária, excluindo esses valores do ICMS devido, se existirem informações e elementos que permitam essa exclusão.

Por determinação desta Junta de Julgamento Fiscal, foi realizada diligência fiscal, conforme PARECER ASTEC Nº 065/2008, sendo elaborado demonstrativo da proporcionalidade das entradas de mercadorias tributáveis, isentas ou não tributáveis, e mercadorias sujeitas à substituição tributária, com base nas DMAs dos exercícios de 2003, 2004 e 2005, conforme fl. 817, tendo sido apurados novos valores do ICMS a recolher com base na mencionada proporcionalidade, totalizando R\$12.118,68, de acordo com o demonstrativo de débito à fl. 821, cujo resultado não foi contestado pelo autuado nem pelo autuante.

Em relação ao pedido apresentado pelo defendente para que seja aplicada a multa sobre as mercadorias sujeitas à substituição tributária, e destinadas ao consumo, observo que a penalidade

por descumprimento da obrigação acessória é absorvida pela multa correspondente à obrigação principal.

Acatando os cálculos efetuados pelo Auditor Fiscal da ASTEC, concluo pela subsistência parcial desta infração, conforme o demonstrativo de débito à fl. 821, totalizando R\$12.118,68.

Infração 02: Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, sendo exigido multa.

Em sua impugnação, o autuado afirma que os arquivos magnéticos foram entregues, os quais, por uma informação do autuante e, certamente, por uma falha não intencional, apresentavam omissão do livro Registro de Inventário (Registro tipo 74). Entende que a imputação jamais poderia ter sido de não fornecimento dos arquivos magnéticos, mas omissão de dados na entrega dos arquivos, o que enseja aplicação de multa diferenciada. Assevera que o eventual descumprimento da obrigação acessória não provocou prejuízo econômico ao erário, decorreu de falha não intencional do impugnante.

Vale ressaltar, que o RICMS/97 estabelece nos arts. 708-A e 708-B:

“Art. 708-A. O contribuinte do ICMS usuário de SEPD deverá entregar o arquivo de que trata este capítulo, referente ao movimento econômico de cada mês, a partir do mês de outubro de 2000, inclusive, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas:

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.

Para comprovar as alegações defensivas, o autuado acostou aos autos as cópias dos protocolos de envio dos arquivos magnéticos via SINTEGRA (fls. 402 a 405), todos os recibos com datas anteriores à da ação fiscal.

Observo que o arquivo magnético é recebido e submetido a teste de consistência, e por isso, a legislação prevê que a sua recepção pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95.

No caso em exame, o contribuinte foi intimado a apresentar os arquivos com os registros 74, 75, 60A, 60M, tendo sido indicados nas intimações de fls. 348 a 350, os mencionados registros e os respectivos períodos, sendo concedido o prazo de CINCO DIAS úteis para a entrega dos arquivos solicitados.

O autuado reconheceu que não entregou os arquivos com os citados registros e apresentou o entendimento de que, o fato de não ter sido entregue, ou ter apresentado arquivos magnéticos incompletos não trouxe prejuízo ao erário estadual, porque foram colocados à disposição do fisco outros elementos capazes de suprir as exigências previstas na legislação.

Entretanto, não são acatadas as alegações defensivas, haja vista a falta de entrega dos arquivos magnéticos ou a sua apresentação incompleta impede a realização de auditorias fiscais e dos controles fiscais, não permitindo apurar se o imposto recolhido pelo contribuinte corresponde ao efetivo movimento de mercadorias e serviços com incidência do ICMS.

Vale salientar que o art. 708-B do RICMS/97 prevê que o contribuinte deve fornecer ao fisco o arquivo magnético sempre for intimado, no prazo de cinco dias úteis contados da data do recebimento da intimação, constando no seu Parágrafo 2º, que o atendimento ao explicitado no mencionado artigo não exclui a obrigação de que trata o artigo 708-A e vice versa, ou seja, se o contribuinte enviou os arquivos magnéticos contendo a totalidade das operações ou prestações,

não o dispensa do cumprimento da intimação para apresentação dos arquivos solicitados pelo autuante.

Não há dúvida de que o autuado não entregou os arquivos magnéticos solicitados nas intimações acostadas aos autos. Portanto, se a fiscalização intimou o contribuinte apontando os registros de que necessitava e não houve atendimento ao solicitado, deve ser aplicada a multa de 1% sobre o valor das saídas, conforme previsto na legislação.

De acordo com o art. 42, inciso XIII-A, alínea “g” (vigente à época da autuação), pelo não fornecimento, mediante intimação, do respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura, sujeita o contribuinte ao pagamento da multa de 1% do valor das saídas de mercadorias do estabelecimento, no período de apuração.

Em relação ao cálculo da multa exigida, o defendente alegou que o autuante considerou toda a movimentação do estabelecimento e não apenas as saídas tributáveis. Entretanto, pelos demonstrativos de fls. 246, 261 e 276, os valores exigidos foram calculados com base nos valores das saídas, constantes do livro Registro de Saídas, conforme fotocópias acostadas aos autos.

Considerando que o procedimento fiscal foi efetuado observando os requisitos estabelecidos na legislação, quanto à necessidade de intimação específica ao contribuinte para a necessária entrega dos arquivos, conforme acima exposto, concluo pela subsistência da exigência fiscal, estando a multa aplicada de acordo com a previsão regulamentar.

Quanto ao pedido formulado pelo autuado para ser exonerado da multa exigida, entendo que não se aplica ao caso em exame, por não ficar comprovado nos autos que a infração apurada não implicou falta de recolhimento do imposto, conforme previsto no § 7º, do art. 42, da Lei 7.014/96. Infração subsistente.

O autuado impugnou somente as infrações 01 e 02. Assim, considero procedentes os itens não contestados (infrações 03, 04 e 05), haja vista que não existe controvérsia.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

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 **232856.0006/07-1**, lavrado contra **RAIMUNDO DE SOUZA SILVA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$21.530,65**, acrescido das multas de 60% sobre R\$9.411,97, e 70% sobre R\$12.118,68, previstas no art. 42, inciso II, alíneas “d” e “f”, e III da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$16.564,14**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “g”, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de julho de 2008

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR