

**A. I. N°** - 206766.0001/06-5  
**AUTUADO** - ECONOMIA DO LAR SUPERMERCADO LTDA.  
**AUTUANTE** - URBANO FERRAZ SANTOS  
**ORIGEM** - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**INTERNET** - 19/09/06

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0252-03/06**

**EMENTA:** ICMS. 1. ENTRADA DE MERCADORIA. 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. Não comprovada a ilegitimidade da presunção. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo. Exigência subsistente. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infrações não impugnadas. 4. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO DIRETAMENTE NO LIVRO RAICMS COM UTILIZAÇÃO DO CRÉDITO RESPECTIVO. MULTA. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subseqüentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado e ao crédito indevido em multa por descumprimento de obrigação acessória equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d”, c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96. 5. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA. MULTA. Comprovado nos autos que após a concessão de prazo para correção das inconsistências contidas nos arquivos magnéticos, persistiu a entrega dos arquivos sem os Registros 54 e 60 R. Infração não elidida. Rejeitada a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 31/03/06, exige ICMS no valor de R\$30.701,35 acrescido das multas de 60% e 70%, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias totalizando valor de R\$275.800,58, em decorrência das seguintes infrações:

01. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados. Consta, na descrição dos fatos, que o autuado deixou de registrar em suas escritas fiscal e contábil de diversas notas fiscais capturadas pelo CFAMT (2001 a 2005), que pressupõe ter sido pagas com igual valor de vendas sem a emissão de nota fiscal e sem pagamento do tributo, conforme prevê a legislação em vigor – R\$21.307,99.

02. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material de consumo do estabelecimento, no período de julho de 2001 a abril de 2004 - R\$8.207,77.

03. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88. Refere-se a notas fiscais emitidas pelo Café Maratá Ltda, conforme demonstrativos e cópias de notas fiscais juntadas ao processo - R\$212,76.

04. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88, conforme demonstrativo e cópias de notas fiscais juntadas ao processo - R\$213,09.

05. Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. No campo da descrição dos fatos, indica que o autuado deixou de efetivar o pagamento do ICMS por Antecipação Parcial, no período de 03 a 08/2004, lançado indevidamente os valores apurados e devidos na coluna outros débitos do livro de Registro de Apuração, utilizando posteriormente os mesmos valores na coluna outros créditos, dos meses subsequentes, em detrimento ao que determina o art. 352-A e art. 125, II, § 7º do RICMS/BA - R\$3.334,88.

06. Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, conforme demonstrativo, intimações, relatório de diagnósticos, cópias dos livros RAICMS – R\$272.465,70.

07. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88, conforme demonstrativos e cópias de notas fiscais juntadas ao processo - R\$759,74.

O autuado apresentou defesa (fls. 4284 a 4295), preliminarmente, diz que a ação fiscal resultou em diversos equívocos que comprometem o resultado da autuação, no que concerne a alguns itens abaixo relacionados:

- a) omissão de saídas decorrente da falta de registro de notas fiscais de compras (infração 1);
- b) penalidade imposta pela falta de entrega de arquivos magnéticos (infração 6);
- c) glosa de crédito fiscal utilizado, supostamente destinado a consumo (infração 2).

Em relação à primeira infração, disse que a falta de registro de notas fiscais coletadas em fornecedores ou em Postos Fiscais, constitui um indício de irregularidade, mas que não configura um ilícito tributário, muito menos a título de presunção. Afirmar que caracterizaria uma infração, o levantamento físico dos estoques, que poderia comprovar a entrada das mercadorias no estabelecimento. Cita o entendimento dos professores Roque Antonio Carrazza e Hugo

Machado, para reforçar o seu posicionamento de que a presunção é uma suposição de um fato desconhecido e que deve ser provado por quem alega.

Ressalta que, com base no princípio da Segurança Jurídica, cabe ao autuante provar a efetiva entrada das mercadorias no estabelecimento autuado, questionando que só ocorrerá à presunção de omissão se for provado o não registro da entrada e não se pode presumir uma saída em face de uma entrada não comprovada.

Salienta que, no caso de omissão de entrada, é impossível de ser aplicada no ramo de supermercados, tendo em vista que as vendas são realizadas por meio de máquinas registradoras e qualquer omissão de entrada, redundará em omissão de saídas. Destaca que como o supermercado registra as saídas pelo Emissor de Cupom Fiscal (ECF), caso não registre a entrada, prejudicará o contribuinte, que não aproveitará o crédito fiscal.

Alega que a fiscalização ao exigir o ICMS, presumindo omissão de saída de mercadorias, deixou de conceder o direito ao crédito fiscal em afronta ao princípio da não-cumulatividade do imposto, haja vista que o imposto foi destacado nos documentos fiscais que deram suporte à autuação e foi efetivamente pago pelo contribuinte. Pede que, se restar existente a infração, que seja deduzido do montante do imposto destacado nos documentos fiscais.

Quanto à infração 6, diz que foi acusada de deixar de fornecer arquivos magnéticos ao Fisco, inclusive o registro 54 do Sintegra, sem que o autuante tivesse verificado antes de aplicar a multa, que o Dec. 9426/05, dispensou os usuários de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados (SEPD) da entrega dos citados arquivos magnéticos. Transcreveu às fls. 4291 e 4292, o art. 3º e incisos do mencionado Decreto, para tentar provar que ele se enquadra na situação prevista da dispensa da apresentação dos arquivos magnéticos ao Fisco.

Aduz que, no seu entendimento, ao teor do art. 106 do CTN, que transcreveu à fl. 4292, deve ser aplicada a retroatividade benigna da lei, toda vez que a lei posterior vier a abolir a infração tributária e que no presente caso só não deveria ser aplicada se já tivesse sido julgado o fato. Requer que a infração seja anulada, nos termos do art. 462 do Código do Processo Civil (CPC).

Quanto à segunda infração, afirma que todas as mercadorias adquiridas foram destinadas para comercialização e não destinadas ao uso ou consumo, requerendo a improcedência desta infração.

No que se refere à infração 5, diz que “se o imposto aludido já foi cobrado na própria atuação”, não pode “concordar com a multa aplicada em face por lançamento indevido, de imposto pago por antecipação”, por entender que este procedimento caracteriza uma duplicidade de penalização ao exigir a obrigação principal e aplicação de multa face o lançamento na escrita fiscal por equívoco. Requer a dispensa da multa, fundamentado no princípio da equidade.

Por fim, requer que a autuação seja declarada nula pelas razões apontadas e que no mérito o Auto de Infração seja julgado totalmente improcedente, com base nos argumentos apresentados na defesa.

O autuante, na informação fiscal prestada às fls. 4298 a 4304, inicialmente discorre sobre as alegações defensivas relativas a omissão de saída de mercadorias em decorrência da falta de registro de notas fiscais e diz que o histórico da empresa demonstra ter sido autuado pelo mesmo motivo anteriormente, conforme indicado no Auto de Infração nº 206766.0010/04-8 de 21/06/04, o qual foi julgado procedente em primeira e segunda instância, de acordo com as ementas dos Acórdãos 360-01/04 e 349/12-04 que transcreveu às fls. 4298 e 4299.

Afirma que o autuado não registrou na sua escrita às notas fiscais constantes dos demonstrativos juntados aos autos (fls. 22 a 122), os quais foram reelaborados em novos demonstrativos juntados às fls. 4305 a 4310, separando as operações relativas a notas fiscais coletadas no sistema de Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias (CFAMT) e das notas fiscais arrecadadas junto aos

fornecedores locais, os quais foram devidamente intimados para apresentar os documentos, conforme cópia de intimações juntadas às fls. 4311 a 4318. Esclarece que intimou o impugnante para tomar conhecimento dos novos demonstrativos acostados aos autos (fls. 4319), tendo concedido prazo de dez dias para se manifestar-se, caso quisesse.

Quanto ao questionamento feito pelo defendente sobre o ônus da prova, transcreve trecho de autoria do professor Alexandre Henrique Salema Ferreira (fl. 4300), o qual referencia as Normas Brasileiras de Contabilidade, o Código do Processo Civil e o Código Tributário Nacional, enfatizando que no processo administrativo deve prevalecer a verdade material, em igualdade de direitos entre fisco e contribuinte. Preconiza que os registros efetuados pelos contribuintes nos livros fiscais e contábeis constituem provas de irregularidades tributárias, e que, se negado pelo contribuinte, inverte-se o ônus da prova.

Ressalta que o enquadramento desta infração com base no art. 2º, § 3º, V do RICMS/BA está correto e que o defendente não apresentou na sua impugnação provas concretas de que efetuou o registro das entradas de mercadorias constantes dos documentos fiscais onde constam como destinatário, o impugnante.

Quanto o argumento defensivo de que inexistiu omissão de saídas no ramo de atividade de supermercados, diz que não acata, tendo em vista que não foram apresentados os arquivos magnéticos com os registros 54 e 60R. Requer que a primeira infração seja julgada procedente.

Relativamente ao pedido formulado pelo impugnante, para compensar na autuação, os créditos fiscais consignado nas notas fiscais não registradas, diz que a autuação exige ICMS relativo ao pagamento de operações anteriores não registradas, “sendo correta a aplicação da alíquota cheia sem direito ao crédito como requer a autuada em sua defesa”.

Em relação à infração 6, diz que não procede a alegação defensiva de que o Dec. 9.426/05 dispensou a entrega dos arquivos magnéticos no período de janeiro a dezembro de 2005, tendo em vista que a penalidade aplicada decorre da falta de entrega dos arquivos magnéticos, conforme intimações específicas, relatórios de diagnósticos juntados às fls. 12 a 21 e demonstrativos dos arquivos recepcionados em 13/03/06 (fls. 4262 a 4271).

Ressalta que, como pode ser observado no art. 3º, “a, b” e “c” do mencionado Decreto, foram dispensados da apresentação dos arquivos magnéticos apenas os contribuintes que: a) utilize SEPD exclusivamente para emissão de cupom fiscal; b) inscritos no CAD-ICMS na condição de empresa de pequeno porte; c) dos Registros 60 R e 61 R, tratando-se de contribuintes que utilize SEPDs para emissão de cupom fiscal e escrituração de livros fiscais e que o autuado não se enquadra em nenhuma destas situações, conforme extrato do SEPD juntado à fl. 4259.

Afirma que a empresa está obrigada a apresentar os arquivos magnéticos e que tendo sido intimada para regularizar os arquivos apresentados sem os registros 54 e 60 R, foi aplicada a multa de 1% sobre as saídas do período fiscalizado, prevista no art. 42, XIII-A da Lei nº 7.014/96, devendo ser mantida a multa aplicada por está devidamente enquadrada.

Quanto à utilização indevida de crédito fiscal (infração 2), diz que o defendente utilizou crédito fiscal relativo à aquisição dos seguintes produtos: Diesel, gasolina, lubrificante, etiquetas, botijão, bobinas e fitas de ECF, etiquetador, que não são comercializados, conforme demonstrativo e cópias das notas fiscais acostada às fls. 3866 a 4014. Requer a procedência dessa infração.

Em relação à multa aplicada na infração 5, contesta o argumento defensivo de que deve ser dispensada a sua exigência, tendo em vista que a empresa calculou o ICMS antecipação parcial, lançou na coluna “outros débitos” do livro RAICMS (sendo compensado no saldo credor acumulado), e lançou o crédito sem que efetivamente tivesse feito o recolhimento do imposto.

Afirma que a legislação é clara em relação ao pagamento do ICMS antecipação parcial, devendo o imposto apurado ser recolhido até o dia 25 do mês subsequente e somente após o seu pagamento deve ser utilizado o crédito fiscal correspondente, fato que não ocorreu na situação presente, motivo pelo qual entende ser correta a multa aplicada.

Conclui dizendo que o impugnante não apresentou provas contrárias às infrações apontadas na autuação e requer a procedência total da mesma.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal, por meio dos Correios com Aviso de Recebimento (AR), inclusive feito à entrega das fls. 4298 a 4318 do processo, e concedeu prazo de dez dias para manifestar-se.

O autuado pronunciou-se às fls. 4323 a 4326, alegando que a informação fiscal é uma manifestação retórica, por entender que não enfrenta os argumentos consistentes apresentados na defesa, ressaltando que só caberia se pronunciar sobre a mesma, após a apreciação pelo CONSEF.

Diz que reitera todos os termos da defesa inicial, para não repetir toda a sua argumentação, e de forma sintética, aduz que refuta algumas impropriedades e equívocos cometidos pelo autuante, conforme passou expor:

- a) o autuante se desvencilhou do ônus de provar a sua presunção, invertendo o ônus da prova. Alega que o fato de ter sido autuada e julgada anteriormente não constitui prova de que cometeu a mesma infração;
- b) esquivou-se de enfrentar o argumento defensivo de que exercendo atividade de supermercados, todas as saídas são registradas por meio de máquinas registradoras, alegando que se trata de saídas anteriores. Afirma que tanto as saídas presentes como anteriores são feitas pelos citados equipamentos;
- c) quanto ao argumento de que não se enquadrava nos ditames do Dec. 9.426/05 por ter solicitado autorização para uso de sistema informatizado, afirma que o “fato de ter solicitado dita autorização não implica em não estar enquadrado na dispensa do Decreto Estadual”, afirmando que embora tivesse autorização desde 2000, não utilizava o sistema SEPD a não ser para emissão de cupom fiscal e que entende se enquadrar na situação prevista no mencionado Decreto;
- d) em relação a utilização indevida de crédito e da multa aplicada (infração 5), alega que o autuante não contestou os fundamentos apresentados na defesa, procurando apenas justificar a autuação, o que conduz ao entendimento de que o autuante confessou o equívoco cometido;
- e) quanto aos novos demonstrativos juntados com a informação fiscal, afirma que em nada contribuem para refutar os argumentos defensivos.

Por fim, requer que a autuação seja julgada totalmente improcedente.

## **VOTO**

Inicialmente rejeito a nulidade suscitada pelo autuado, sob o argumento de que o lançamento está baseado em fatos não susceptíveis de tributação e por falta de segurança, em decorrência de mera presunção, tendo em vista que as infrações foram descritas de forma satisfatória, com a indicação dos dispositivos infringidos e o contribuinte apresentou sua impugnação aos fatos narrados, não havendo nenhum cerceamento de seu direito de defesa ou prejuízo ao princípio do contraditório. Além do mais, a nulidade suscitada não se enquadra nas situações previstas no art. 18 e incisos do RPAF/BA.

No mérito, o Auto de Infração trata de diversas infrações: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados; Utilização indevida de crédito fiscal;

Falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS por antecipação e aplicação de multas por falta de entrega de arquivo magnéticos e pelo creditamento do ICMS antecipação parcial, sem que tivesse efetuado o pagamento do imposto.

Na defesa apresentada o autuado não contestou as infrações 3, 4 e 7. Logo, não havendo controvérsias quanto a estas infrações, devem ser mantidos integralmente os valores exigidos nas mesmas.

No tocante à infração 1, quanto à alegação defensiva de que a simples coleta de notas fiscais no trânsito de mercadorias ou de fornecedores não constitui infração, verifico que as cópias das notas fiscais acostadas às fls. 27 a 122, foram emitidas, na sua maioria, por fornecedores instalados neste Estado, e conhecidas no mercado a exemplo da Nestlé (fl. 32) e Sadia (fl. 35, 36, 49, 50). Todas as notas fiscais acostadas aos autos indicam como destinatário o estabelecimento autuado, com indicação de transportadores, pedidos, tipo de cobrança (cheque ou banco), indicação do vendedor etc. O autuado, na defesa apresentada não acostou aos autos, qualquer prova de que os citados documentos coletados no trânsito de mercadorias sejam inidôneos ou que não tenha efetuado as compras das mercadorias que lhe foram destinadas. Portanto, tal alegação defensiva não pode ser acatada, tendo em vista que ficou caracterizada a infração apontada, de que adquiriu mercadorias e não efetuou o devido registro na sua escrita fiscal e contábil, não cabendo ao Fisco obter outras provas. Esta linha de entendimento é prevalente nas decisões do CONSEF.

O art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, estabelece que:

*“Artigo 4º:*

*(...)*

*§ 4º Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:*

*(...)*

*IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;”*

A presunção legal é relativa, ou seja, admite prova em contrário. No caso em apreço, caberia ao impugnante exibir as provas do não cometimento da infração imputada no lançamento de ofício. Saliento que, conforme disposto no art. 143 do RPAF/99, a simples negativa de cometimento da infração, não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto.

Quanto à alegação do autuado de que, mesmo admitindo que as mercadorias ingressaram no seu estabelecimento, deveria ter sido considerado o crédito fiscal, não pode ser acatada, haja vista que o imposto foi exigido a título de presunção de omissão de saídas anteriores (art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96), cujas receitas foram empregadas no pagamento das compras não registradas, e não das mercadorias relacionadas nas notas fiscais não contabilizadas. Portanto, não cabe a compensação de crédito fiscal nesta fase processual, o que poderá ser feito mediante a regularização da escrituração obedecendo às regras previstas na legislação do ICMS.

No tocante à alegação defensiva de que não pode ser aplicada ao ramo de supermercados a presunção de omissão de entrada, considerando que as vendas são realizadas por meio de máquinas registradoras, observo que, conforme anteriormente apreciado, ficou caracterizado que o impugnante deixou de registrar na sua escrita fiscal e contábil as notas fiscais objeto da autuação, relativas às aquisições de mercadorias. Por sua vez, não tendo registrado a entrada das mercadorias (débito contábil), presume-se também que não foi registrado o seu pagamento (crédito contábil) e conseqüentemente não foram registradas as receitas ocorridas anteriormente que foram utilizadas no pagamento das mercadorias adquiridas e não registradas. Não tendo

comprovado o registro das notas fiscais e também o registro do pagamento das mercadorias adquiridas, está caracterizada a infração (art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96), motivo pelo qual não acato esta alegação. Mantida a exigência fiscal.

Relativamente à segunda infração, na defesa apresentada o impugnante alegou que todas as mercadorias adquiridas foram destinadas à comercialização e que faz jus ao crédito fiscal utilizado.

Pela descrição dos bens relacionados nos demonstrativos e cópias das notas fiscais acostadas pelo autuante às fls. 3866 a 4014, constato que se referem a compras dos seguintes produtos: Diesel, gasolina, lubrificante, etiquetas, botijão, bobinas e fitas de ECF, etiquetador e outros. Logo, em se tratando de estabelecimento com atividade de supermercado, estes produtos se caracterizam como material de uso ou consumo e não geram direito ao crédito, nos termos do art. 93, V, “b” do RICMS/BA. Assim sendo, é indevida a utilização dos créditos e subsistente esta infração.

Quanto à infração 5, o impugnante alegou que o imposto foi cobrado na própria autuação e que a multa aplicada caracteriza uma duplicidade de penalização ao exigir a obrigação principal e aplicação de multa face ao lançamento na escrita fiscal por equívoco.

Verifico que conforme demonstrativo acostado pelo autuante à fl. 4074, foi aplicada multa de 60% sobre o valor do imposto que deveria ter sido pago a título de ICMS antecipação parcial, e no presente lançamento não consta nenhuma infração exigindo imposto a título de antecipação parcial, motivo pelo qual não pode ser acolhido o argumento de que ao mesmo tempo está sendo exigido o imposto e imputado multa.

Constato que a cópia do livro RAICMS juntado pelo autuante às fls. 4076 a 4089, demonstra que, a exemplo do mês de março/04, o contribuinte lançou a título de “outros débitos” o valor de R\$1.925,63 (fl. 4076) e no mês seguinte creditou-se pelo lançamento a título de “outros créditos” (fl. 4079) de valor idêntico, sem que houvesse efetuado o pagamento do imposto apurado, previsto no prazo regulamentar.

O ICMS antecipação parcial deve ser pago até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria para os contribuintes credenciados, que é o caso do autuado.

Ficou comprovado que o contribuinte não recolheu o imposto no prazo regulamentar, tendo efetuado o lançamento do crédito na sua escrita fiscal, sem que houvesse efetuado o seu pagamento, caracterizando o pagamento do imposto somente quando das vendas efetuadas.

O art. 42, § 1º da Lei 7.014/96, abaixo transcrito estabelece:

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

*...*

*§ 1º No caso de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração que deixar de recolher o imposto por antecipação, nas hipóteses regulamentares, mas que, comprovadamente, houver recolhido o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II.”*

Concluo que tendo efetuado o lançamento do débito do ICMS antecipação parcial e efetuado o crédito fiscal no mês subsequente, restou comprovado que o impugnante deixou de fazer o recolhimento do imposto no prazo regulamentar, e está correta a multa aplicada tipificada no art. 42, II, “d” c/c o parágrafo primeiro do mesmo artigo da Lei 7.014/96.

Quanto ao pedido de dispensa da multa, deixo de acolher, haja vista que, nos termos do art. 158 do RPAF/BA, as multas por descumprimento de obrigações acessórias só poderão ser reduzidas ou

canceladas, se ficar provado que as infrações praticadas não tenham implicado na falta de recolhimento de tributo, o que ocorreu na situação presente. Ressalto que o pedido de dispensa do pagamento da multa, fundamentado no princípio da equidade, é de competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99. Portanto, concluo pela subsistência desta infração.

Quanto à infração 6, tendo sido acusado de deixar de fornecer arquivos magnéticos ao Fisco, o impugnante alegou que o Dec. 9.426/05, dispensou os usuários de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados (SEPD) da entrega dos citados arquivos magnéticos.

O art 3º do mencionado Decreto estabelece:

*“Art. 3º. Os usuários de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados – SEPD, ficam dispensados, no período de 1º de janeiro de 2000 até 31 de dezembro de 2005, da entrega, em arquivo magnético, das seguintes informações:*

*I - das exigidas no Capítulo I do Título IV do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997, 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;*

*II - dos Registros 60 R e 61 R, tratando-se de contribuintes que utilize SEPD somente para emissão de cupom fiscal e escrituração de livros fiscais;*

*Parágrafo único. O tratamento previsto neste artigo não autoriza a restituição ou compensação de importâncias já recolhidas por descumprimento das obrigações acessórias dispensadas.”*

Conforme ressaltado pelo autuante, verifico que no documento juntado à fl. 4259, o contribuinte obteve autorização em 28/08/00, para utilizar SEPD na emissão de Nota Fiscal e escrituração de livros de Registro de Entradas e Saídas de Mercadorias, e livro de Registro de Apuração do ICMS. Em 24/07/02, foi autorizado escriturar o livro Registro de Inventário. Logo, sendo usuário de SEPD para emissão de nota fiscal desde o exercício de 2000, o contribuinte não atende ao disposto no inciso I, “a”, “b” e II do art. 3º do citado Decreto, não podendo ser acolhido o argumento defensivo de que preenchia os requisitos da dispensa da entrega dos arquivos magnéticos, nas situações previstas no citado Decreto.

Da análise dos documentos juntados aos autos, constato que tendo feito a entrega dos arquivos magnéticos sem os registros 54 e 60R, de acordo com as listagens de diagnósticos às fls. 13 a 18, o defendente foi intimado pela fiscalização em 09/01/06, para apresentar os arquivos magnéticos com os mencionados arquivos, sendo concedido um prazo de trinta dias.

Vencido o prazo concedido, em 08/02/06, a fiscalização reintimou a empresa para corrigir os arquivos anteriormente entregues, conforme documento acostado à fl. 19, e concedeu novo prazo de trinta dias. Constatado que conforme Relação de Arquivos Recepcionados no SCAM em 29/03/06, cujos espelhos foram acostados às fls. 4262 a 4271, os arquivos recepcionados não continham os registros 54 e 60 R.

Portanto, sendo o contribuinte usuário de SEPD para emissão de nota fiscal, não estava dispensado da entrega do arquivo magnético com o registro 54, contendo dados das notas fiscais e da mesma forma, do registros 60 R com o resumo mensal dos cupons fiscais. Ressalto que, tendo sido intimado para corrigir as inconsistências contidas nos arquivos magnéticos entregues à fiscalização e não tendo feito as correções devidas, mediante intimações, é considerado como não entregue os arquivos magnéticos (art. 708-B, § 6º do RICMS/BA) e por isso, está correta a aplicação da multa de 1% sobre as saídas do período fiscalizado, devendo ser retificado o enquadramento para o art. 42, XIII-A, “g” da Lei nº 7.014/96. Infração subsistente.



Quanto ao pedido para que seja aplicada a retroatividade benigna da lei, não pode ser acolhida, tendo em vista que, conforme anteriormente apreciado, o autuado no presente caso não se enquadra nas situações previstas da dispensa da entrega dos arquivos magnéticos consoante o Dec. 9.426/05.

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

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206766.0001/06-5**, lavrado contra **ECONOMIA DO LAR SUPERMERCADO LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$30.701,35**, acrescido da multa de 70%, sobre R\$21.307,99 e 60% sobre R\$9.393,36 previstas no art. 42, II, “d”, e III da Lei n.º 7.014/96, além das multas total de **R\$275.800,58** previstas no art. 42, II, “d” e XIII-A, “g” da citada Lei e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

OLAVO JOSÉ GOUVEA OLIVA - JULGADOR