

**A. I. Nº** - 277829.0018/10-4  
**AUTUADO** - TEMES COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.  
**AUTUANTE** - MAGDALA ROSA WOLNEY DE CARVALHO SCHIMIDT  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 09.08.2011

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0209-02/11**

**EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. RAICMS. a)** IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO NOS PRAZOS REGULAMENTARES. **b)** IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Fatos não contestados. **2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTAS. a)** FALTA DE ENTREGA PELA INTERNET; **b)** FALTA DE CORREÇÃO DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS ENTREGUES POR FORÇA DE INTIMAÇÃO. De acordo com o art. 708-B do RICMS/97 o contribuinte usuário de processamento de dados está obrigado a apresentar o arquivo magnético do SINTEGRA contendo informações das operações e prestações realizadas. Infração caracterizada, uma vez que não houve a entrega do arquivo, via internet, bem como, não foi atendida a intimação para correção do arquivo magnético. **3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Exigência fiscal reconhecida. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Fato não contestado. 5. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Fato não contestado. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.**

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 28/12/2010, para exigência de ICMS e MULTA no valor de R\$44.497,32, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$553,96, no prazo regulamentar, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, no mês janeiro de 2005, conforme demonstrativo às fls.30 a 31.
2. Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet através do Sistema Transmissão Eletrônica de Dados (TED), referente ao período de janeiro a dezembro de 2005, sendo aplicada a multa no valor de R\$1.380,00 (doc.fl.28).
3. Forneceu informações através de arquivos em meio magnético exigido mediante intimação, com omissão das operações ou prestações realizadas, referente ao exercício de 2005, sendo

aplicada a multa no valor de R\$39.528,50, limitada a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas, conforme demonstrativo à fl.19.

4. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$1.056,20, nos prazos regulamentares, referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios decorrentes de saídas de mercadorias tributadas, no período de janeiro a dezembro de 2005, conforme demonstrativo às fls.25 a 27.
5. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$1.038,06, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, no período de janeiro a novembro de 2005, conforme demonstrativos às fls.20 a 24.
6. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$218,91, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de setembro, outubro e novembro de 2005, conforme demonstrativo à fl.18.
7. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$720,80, nos meses de janeiro a março, julho a dezembro de 2005, referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por substituição tributária, conforme demonstrativo às fls.32 a 35.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, em sua defesa às fls. 612 a 617, apresenta suas razões de improcedência para as infrações 02 e 03, informando que irá pagar as demais infrações (01, 04, 05, 06 e 07).

Quanto às infrações impugnadas (02 e 03), os defendentes ressaltam que a aplicação das multas são decorrentes da acusação da não entrega dos arquivos magnéticos do ano de 2005.

Contestou tal conclusão fiscal dizendo que não enviou tais arquivos magnéticos porque estava desobrigado de fazê-lo, conforme Decretos nº 9.426 de 17/05/2005 e 9.740 de 27/12/2005. Salieta que os referidos Decretos dispensaram, objetivamente, os Contribuintes inscritos no cadastro de ICMS do Estado da Bahia como Empresas de Pequeno Porte do envio e manutenção dos arquivos SINTEGRA para movimentos datados até o mês de dezembro de 2006.

Frisa que ainda que existisse tal obrigatoriedade de envio, discordou da aplicação da multa no valor de R\$1.380,00, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “d”, da Lei 7.014/96, arguindo que a conduta expressamente registrada ao final da infração ora impugnada refere-se a descumprimento de intimação para apresentação dos arquivos magnéticos de determinado período. Entende que ao invés da multa acima referenciada, deveria ser aplicada a multa prevista no inc. XX, “b”, da Lei nº 7.014/96, o que resultaria em R\$ 180,00, ao invés da multa de R\$1.380,00 e R\$39.528,50.

Transcreveu a jurisprudência do CONSEF no julgamento do Auto de Infração n. 269141.0008/03-9, que concluiu pela aplicação da multa prevista no citado dispositivo regulamentar.

Considerou que a manutenção da multa imposta, de duvidosa constitucionalidade, pois desproporcional, termina por atentar contra o patrimônio do contribuinte.

Salientando que as infrações 02 e 03 envolvem período coincidente e reportam-se à mesma ocorrência: “falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos”, e dizendo que demonstrou a dispensa legal da conduta exigida pela fiscalização (envio de arquivos magnéticos do exercício de 2005), requer a improcedência da autuação em relação a tais itens.

Na informação fiscal às fls.643 a 646, a autuante formulou sua informação nos seguintes termos:

Quanto a infração 02, diz que o art. 3º do Decreto nº 9.426/2005 assim como o art. 3º do Decreto nº 9.740/2005, citados pelo Contribuinte, estabelecem que 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 informações descritas nos incisos I e II.

Assim, sustenta que o contribuinte não está dispensado da entrega dos arquivos magnéticos, uma vez que, além de não estar enquadrado na condição de empresa de pequeno porte, como alega, seu faturamento, informado através da DMA constante no banco de dados da SEFAZ, no exercício de 2005 totalizou a cifra de R\$3.976.648,72.

Aduz que a cumulatividade na aplicação das penalidades pela falta de entrega do arquivo magnético com a totalidade das informações necessárias à execução da fiscalização está prevista no artigo 42, inciso XIII-A, da Lei nº 7.014/96.

Conclui pela manutenção de seu procedimento fiscal.

#### VOTO

Analizando acuradamente as peças que consubstanciam os autos, verifico que inexistente lide a ser julgada em relação às infrações 01, 04, 05, 06 e 07, haja vista que o sujeito passivo em sua peça defensiva demonstrou o seu inconformismo apenas em relação à infração 02 e 03. Desta forma, subsistem integralmente as citadas infrações.

Quanto à infração 02, o fulcro da autuação é de que **ocorreu** falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet através do Sistema Transmissão Eletrônica de Dados (TED), referente ao período de janeiro a dezembro de 2005, sendo aplicada a multa no valor de R\$1.380,00.

Já a infração 03, a acusação fiscal é de que o autuado forneceu informações em arquivos em meio magnético exigido mediante intimação, com omissão de operações ou prestações realizadas, no exercício de 2005, sendo aplicada a multa no valor de R\$39.528,50, sobre os valores omitidos, limitada a 1% sobre o montante das saídas mensais.

O lançamento do débito relativo às citadas infrações foi impugnado com base em duas premissas: a) que não enviou os arquivos magnéticos porque estava desobrigado de fazê-lo, com base nos Decretos nº 9.426 de 17/05/2005 e 9.740 de 27/12/2005; b) se existisse tal obrigatoriedade, a multa foi aplicada incorretamente, entendendo que deveria ser a prevista no inc. XX, "b", da Lei nº 7.014/96.

Analizando a primeira premissa, verifico que o artigo 3º dos citados diplomas legais estabelecem, *in verbis*:

*DECRETO Nº 9.426 DE 17 DE MAIO DE 2005*

*(Publicado no Diário Oficial de 18/05/2005)*

*(...)*

*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 1 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.*

*DECRETO Nº. 9.740 DE 26 DE DEZEMBRO DE 2005*

*/-.... (Publicado no Diário Oficial de 27/12/2005)*

(...)

*Art. 3º Os usuários de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados - SEPD, inscritos na condição de normal com faturamento no ano de 2005, inferior a R\$ 2,4 milhões ficam dispensados até 30 de junho de 2006 da entrega, em arquivo magnético, das seguintes informações: (grifo nosso).*

*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 que utilize SEPD exclusivamente para emissão de cupom fiscal;*

*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;*

*§ 1º A dispensa de que trata o caput deste artigo se estenderá às empresas inscritas na condição de pequeno porte até 31 de dezembro de 2006.*

*§ 2º O tratamento previsto neste artigo não autoriza a restituição ou compensação de importâncias já recolhidas por descumprimento das obrigações acessórias dispensadas.*

Conforme consta no Registro de Apuração do ICMS, fls.329 a 352, e demonstrado à fl.19, o faturamento do contribuinte no período de janeiro a dezembro de 2005, totalizou a cifra de R\$ 3.952.849,88, superior ao valor estabelecido no citado dispositivo regulamentar, além do fato de que o estabelecimento, segundo o consta no sistema da Secretaria da Fazenda, se encontrava enquadrado para fins de apuração do imposto como contribuinte “normal”. Logo, como usuário de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados - SEPD, inscritos na citada condição não estava dispensado da entrega dos arquivos magnéticos no prazo previsto na legislação tributária.

No que tange à outra premissa, estando obrigado a entregar os arquivos magnéticos, e não tendo feito nos prazos regulamentares, vale analisar a legislação que rege a espécie.

Com relação aos itens em comento, no item 02 houve a “falta de entrega”, enquanto que no item 03, o autuado deixou de atender a intimação para entrega do arquivo magnético corrigido.

Portanto, o motivo determinante para a aplicação das multas foi o descumprimento de obrigação acessória relativa ao fato de que o contribuinte deixou de entregar espontaneamente e de atender às intimações constantes às fls.16 e 17, para fornecer arquivo em meio magnético, completos, com informações das operações ou prestações realizadas.

De acordo com a legislação do ICMS, a qual recepcionou o disposto no Convênio ICMS 57/95 e suas alterações posteriores, o contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados, é obrigado a apresentar, quando solicitado, a documentação minuciosa, completa e atualizada do sistema, contendo descrição, gabarito de registro (“*layout*”) dos arquivos, listagem dos programas e as alterações ocorridas no exercício de apuração, relativamente à totalidade das operações de entradas e de saídas de mercadorias ou das prestações realizadas, inclusive o inventário das mercadorias, produtos, matérias primas e embalagens (art. 685, combinado com os arts. 708-A e 708-B, do RICMS/97).

O art. 708-B estabelece que: “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”. O arquivo magnético deverá ser entregue devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte, inclusive os dados referentes a itens de mercadoria.

Assim, todos os contribuintes autorizados ao uso de SEPD, exceto os autorizados somente para escrituração do livro Registro de Inventário, estão obrigados a entregar o arquivo magnético contendo os dados referentes aos itens de mercadoria constantes dos documentos fiscais e registros de inventário nos meses em que este for realizado. O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético cancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspeção Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa Validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Conv. ICMS 57/95.

Saliento que conforme disposto no art. 708-A, § 6º do RICMS/BA, a recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, ou seja, a apresentação dos arquivos magnéticos sem conter todos os registros caracteriza a falta de sua apresentação, tendo em vista a natureza condicional do seu recebimento, sujeitando o contribuinte à correção posterior das inconsistências acaso verificadas.

No presente caso, compulsando as peças processuais que instruem este item, verifico que o autuado foi intimado 22/10/2010 (fl.17) a apresentar o arquivo magnético, conforme intimações às fls.42 e 43, sendo concedido o prazo de 05 (cinco) dias estabelecido no art. 708-B do RICMS/97, e o entregou com as inconsistências descritas à fl.15, ensejando a expedição da intimação para correção dos arquivos apresentados (fl.16), no prazo de 30 (trinta) dias.

Desta forma, a autuação obedeceu ao devido processo legal, pois, está precedida de intimação expedida ao contribuinte para apresentação de informação em meio magnético no prazo estipulado no art.708-B acima transcrito.

Nestas circunstâncias, observo que a ação fiscal atendeu ao disposto no artigo 708-B do RICMS/97, pois restou caracterizada a entrega do arquivo magnético sem o nível de detalhe exigido na legislação, qual seja, sem os Registros 54, 70 e 74, fato inclusive não negado pelo sujeito passivo, e por isso, ao contrário do entendimento do autuado de que a multa deve ser de R\$180,00, entendo que foi correta a aplicação da multa no valor de R\$ 1.380,00 para a infração 02, e de R\$39.528,50 para a infração 03, conforme previsto no art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

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

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

Com relação ao argumento defensivo de que a multa é confiscatória, a mesma está prevista no dispositivo acima transcrito, portanto é legal. Também não pode ser acatado o pedido de sua exclusão, visto que a penalidade imposta está vinculada à infração cometida, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

Sobre a jurisprudência citada da defesa, verifico que a mesma não se aplica ao presente caso, por se tratar de caso específico.

Quanto a data do fato gerador, seguindo a jurisprudência do CONSEF, no caso da infração 03, deve ser o primeiro dia útil subsequente ao término do prazo consignado para apresentação do arquivo magnético, no caso, para a data em que venceu o prazo concedido na última intimação

(fl.16), 04/12/2010, ou seja, trinta dias após a data da ciência da mesma que ocorreu em 04/11/2010. Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **277829.0018/10-4**, lavrado contra **TEMES COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$3.587,93**, acrescido da multa de 60% sobre R\$2.531,73 e 70% sobre R\$1.056,20, previstas no artigo 42, II, “b” e “d”, VII, “a”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$40.908,50**, prevista no inciso XIII-A, alínea “j”, do citado dispositivo legal e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de julho de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA