

**A. I. Nº** - 2792683021/16-5  
**AUTUADO** - J. S. DE ANDRADE COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.  
**AUTUANTE** - RAFAEL LIMA SERRANO  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 08.06.2017

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0085-04/17**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS CONTEMPLADAS COM BENEFÍCIO FISCAL DO ICMS NÃO AUTORIZADO POR CONVÊNIO OU PROTOCOLO. O sujeito passivo tributário não contestou a infração. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** MATERIAL CONSUMO. **b)** ATIVO IMOBILIZADO. FALTA DE PAGAMENTO. Infrações não contestadas. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Razões de defesa elidem parcialmente a ação fiscal. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTAS. **a)** EXIGIDO MEDIANTE INTIMAÇÃO. **b)** FALTA DE ENTREGA NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. Razões de defesa não elidem a ação fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 27/12/2016, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor histórico de R\$235.462,04, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades à legislação tributária deste Estado.

INFRAÇÃO 01 – Utilizou indevidamente crédito fiscal relativo às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal não autorizado por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75. Período: janeiro, abril, junho a dezembro de 2014. ICMS no valor de R\$2.326,41.

INFRAÇÃO 02 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. Período: fevereiro, abril, maio, julho e agosto de 2014. Valor ICMS: R\$2.188,17.

INFRAÇÃO 03 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 1% sobre o valor das aquisições. Período: exercício de 2014, com exceção do mês de junho. Multa no valor de R\$2.710,82.

INFRAÇÃO 04 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 1% sobre o valor das aquisições. Período: fevereiro e março de 2014. Multa no valor de R\$15,02.

INFRAÇÃO 05 - Deixou de fornecer arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Depois de intimado através do seu DTE, o contribuinte não forneceu os arquivos previstos no Convênio ICMS 57/95 nos meses de maio a dezembro de 2013. Valor histórico: R\$217.181,63.

**Infração 06 - Falta de entrega de arquivos magnéticos, nos prazos previstos pela legislação ou pela sua entrega sem o nível de detalho exigido pela legislação. O contribuinte deixou de apresentar os arquivos previstos no Convênio 57/95 referente aos meses de maio a dezembro de 2013. Valor histórico: R\$11.040,00.**

O autuado, por representante legal, impugna parcialmente o lançamento fiscal (fls. 53/54). Inicialmente, reconhece as infrações 01 e 02. Para as demais, apresenta razões de defesa que são as que se segue.

**Infração 03 – contestada parcialmente a infração em relação às notas fiscais que indicou em levantamento apensado á sua defesa, haja vista que as mercadorias não lhes foram entregues, já que retornaram aos seus fornecedores. Estes emitiram notas fiscais do retorno.**

**Infração 04 - reconhece a exigência fiscal em relação ao mês de fevereiro de 2014 e contesta aquela do mês de março de 2014, pois as mercadorias não lhes foram entregues, retornando ao seu fornecedor. Este emitiu nota fiscal do retorno (NF-e nº 143084 e chave 29140403612196000163550010001430841000010557).**

**Infrações 05 e 06 – diz que o fisco está a lhe exigir a falta de entrega dos arquivos magnéticos via SINTEGRA no período de maio a dezembro de 2014. No entanto, iniciou a transmissão do arquivo de sua EFD no ano de 2013. Em assim sendo, ambas as infrações não procedem diante das determinações do art. 253 do RICMS/12, já que desde 2013 estava dispensado da entrega dos arquivos magnéticos relativos ao Convênio ICMS 57/95, não tendo obrigação de apresentá-los para os meses indicados pelo fisco.**

**Requer sejam reconhecidas todas as razões de sua impugnação e que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte.**

O autuante apresenta sua informação fiscal (fls. 65/67) e, de início, pontua o reconhecimento por parte da empresa das infrações 01 e 02.

Em relação a infração 03, analisou as notas fiscais indicadas pelo defendente e constatou a veracidade de sua alegação. Realizou a exclusão das notas fiscais, o que resultou na diminuição do valor exigido para R\$818,60, conforme planilha constante as fls. 68/70 do PAF (Anexo T-I revisado).

No que concerne à infração 04, ao verificar a veracidade da alegação de defesa, excluiu a nota fiscal nº142386 do levantamento, quando foi reduzido o seu valor histórico de R\$15,02 para R\$0,95, conforme novo Demonstrativo à fl. 71 do processo (Anexo NT-I revisado).

Após indicar o conteúdo das infrações 05 e 06 e seus respectivos percentuais de multa, contesta a afirmativa do impugnante de que a ação fiscal está a exigir multa pela falta de entrega dos arquivos, prevista no Convênio ICMS 57/95, referentes aos meses de maio a dezembro de 2014. Como se pode verificar no presente processo o período a que se referem as infrações 05 e 06 encontra-se compreendido entre os meses de maio e dezembro de 2013.

Quanto ao argumento do autuado de que iniciou a transmissão dos arquivos da sua EFD no ano de 2013, e que, por este motivo e com base no art. 253 do RICMS/12 estaria dispensado da entrega dos arquivos estabelecidos pelo Convênio ICMS 57/95 desde 2013, informa que apensa a fl. 72 do PAF o “Relatório de Consulta de Arquivo EFD” do contribuinte (IE nº 057.547.561), tendo como período de referência os meses de 01/2013 a 12/2013, onde é informado de que “NÃO EXISTEM OCORRÊNCIAS” para o período selecionado, ou seja, não houve envio da EFD referente ao exercício de 2013 por parte do contribuinte. Em assim sendo, estava o autuado obrigado ao envio dos arquivos eletrônicos previstos no Convênio ICMS 57/95 até o mês de Dezembro/2013, já que somente iniciou o envio das EFDs em 2014 para as operações realizadas neste exercício.

Pugna pela manutenção das infrações 01, 02, 05 e 06 e pela procedência em parte das infrações 03 e 04, pois os valores apresentados nos novos demonstrativos tiveram por base os argumentos e provas apresentadas pela empresa autuada.

Calcado nas determinações do § 8º do art. 126 do RPAF/BA solicita que o presente processo seja encaminhado a este CONSEF para julgamento.

## VOTO

A empresa autuada não contesta as infrações 01 e 02 do presente Auto de Infração, as quais são as seguintes:

Infração 01 – Utilizou indevidamente crédito fiscal relativo às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal não autorizado por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75.

Infração 02 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento.

Não havendo lide a ser apreciada, ficam elas mantidas.

Na infração 03 é exigida multa percentual de 1% sobre o valor de aquisições de mercadorias tributadas. Na infração 04 a exigência é a mesma, porém em relação às mercadorias não tributadas.

O impugnante reconhece parcialmente estas infrações, apresentando os seguintes argumentos a seguir explicitados.

Em relação à infração 03 afirma que algumas notas fiscais não foram registradas em sua escrita fiscal tendo em vista o fato do não recebimento das mercadorias nelas constantes, já que retornaram aos seus fornecedores que, e inclusive, emitiram notas fiscais de retorno. Apresenta, com sua impugnação, uma relação (fls. 55/57) contendo as notas fiscais cujas mercadorias retornaram aos fornecedores com suas respectivas notas fiscais de entrada emitidas.

O autuante analisa todos os dados apresentados pelo sujeito passivo tributário e concorda com os mesmos. Apresenta novo demonstrativo de débito.

Diante desta análise realizada pelo próprio fiscal autuante, nada mais se tem a acrescentar. Fica mantida parcialmente a exigência da multa ora em questão no valor de R\$818,60 conforme demonstrativo de débito elaborado pelo fiscal e constante às fls. 68/70 dos autos.

Quanto a infração 04, o defendente reconhece o débito referente ao mês de fevereiro de 2014 e contesta o do mês de março, justificando de que a NF-e nº 142386, emitida em 26/03/2014, não foi registrada por não ter recebido as mercadorias, que retornaram ao fornecedor. Apresenta a nota fiscal de retorno de nº 143084 (fl. 58), emitida em 03/04/2014 com chave de acesso nº 29140403612196000163550010001430841000010557.

Mais uma vez, o fiscal autuante analisou a razão de defesa com as provas trazidas aos autos e com ela concordou. Diante desta constatação, fica mantida parcialmente a infração no valor de R\$0,95 referente ao mês de fevereiro de 2014.

As infrações 05 e 06 dizem respeito a arquivos magnéticos previstos no Convênio ICMS 57/95. A primeira trata da falta de entrega mensal destes arquivos pela empresa autuada durante os meses de maio a dezembro de 2013 e na infração 06 houve a aplicação da multa de 1% sobre o valor das entradas de mercadorias neste mesmo período.

O argumento do defendente é que no período fiscalizado já não mais estava obrigado a entregar os arquivos magnéticos do SINTEGRA diante das determinações do art. 253, do RICMS/12, ou seja, obrigado estava a apresentar ao fisco tão somente a sua escrituração fiscal digital - EFD.

Este seria argumento pertinente se o impugnante trouxesse aos autos esta comprovação. Não o fez, apenas afirma que começou a utilizá-la a partir de 2013. Diante das determinações do art. 123, do RPAF/BA falta a prova de sua alegação. Por seu turno, o autuante, quando de sua

informação fiscal demonstrou, através das informações contidas junto a esta Secretaria de Fazenda (Consulta de Arquivo EFD – fl. 72) que no ano de 2013 o contribuinte não apresentou qualquer arquivo de sua EFD, somente o fazendo a partir de 2014 (período não autuado).

Observo que embora o art. 253, do RICMS/12 determine a dispensa da entrega dos arquivos estabelecidos pelo Conv. ICMS 57/95 a partir de 1º de janeiro de 2012, esta dispensa somente se realiza quando da obrigatoriedade do contribuinte em migrar sua escrituração fiscal, quer manual ou informatizada, para a Escrituração Fiscal Digital – EFD. E como ainda estava, no período fiscalizado, em fase de implantação total, a obrigatoriedade da EFD foi escalonada, como se pode verificar pelas determinações do art. 248, do RICMS/12, vigente à época dos fatos geradores e a seguir transcrito.

*Art. 248. A Escrituração Fiscal Digital (EFD) é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, observando-se os prazos estabelecidos a seguir, de acordo com o montante referente às operações e prestações sujeitas ao ICMS no ano imediatamente anterior:*

*I - a partir de 01/01/2011, aqueles cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido superior a R\$36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais), observado o disposto no § 3º do art. 250;*

*II - a partir de 01/01/2012, aqueles cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido superior a R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais) até o limite de R\$36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais), observado o disposto no § 4º do art. 250;*

*III - a partir de 01/01/2013, aqueles cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido igual ou superior a R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) até o limite de R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais);*

*IV - a partir de 01/01/2014, os não optantes do Simples Nacional, cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido inferior a R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais);*

*V - a partir de 01/01/2016, os contribuintes optantes pelo Simples Nacional, exceto o Microempreendedor Individual - MEI.*

Nota: O inciso V foi acrescentado ao caput do art. 248 pela Alteração nº 19 (Decreto nº 14.812, de 14/11/13, DOE de 15/11/13), efeitos a partir de 14/11/13 a 30/09/14.

*§ 1º Excluem-se do disposto no caput os estabelecimentos dos contribuintes relacionados no anexo V do Protocolo ICMS 77/08 obrigados ao envio da EFD a partir de 01/01/2009.*

*§ 2º Na hipótese de fusão, incorporação ou cisão, a obrigatoriedade de que trata o caput deste artigo se estende à empresa incorporadora, cindida ou resultante da cisão ou fusão.*

*§ 3º O contribuinte não obrigado ao disposto no caput poderá, em caráter irretratável, optar pela EFD, mediante requerimento ao inspetor fazendário da sua circunscrição fiscal.*

*§ 4º O contribuinte obrigado ao uso da EFD:*

*I - permanecerá com a obrigação, mesmo que o faturamento em anos subsequentes seja inferior ao mínimo estabelecido, exceto na hipótese de opção pelo Simples Nacional, caso em que deverá solicitar de imediato o desenquadramento da EFD;*

*II - deverá apresentar a declaração com perfil “B”, com exceção das empresas de energia elétrica, comunicação e telecomunicação signatárias do Convênio ICMS 115/03, que deverão apresentar a declaração com perfil “A”.*

Diante do exposto carece de provas o argumento de defesa de que estava obrigado a escriturar a sua EFD no período autuado.

No mais, ao analisar os autos, resta provado que a partir de maio de 2013 (fls. 36/37) o autuado não mais entregou os arquivos magnéticos, via SINTEGRA.

De igual forma, intimado pelo fisco a fazê-lo no prazo de cinco dias, não o fez (fl. 35), preferindo o silêncio.

Diante de toda a situação ora analisada, somente posso alinhar-me ao autuante, ou seja, no período autuado (maio a dezembro de 2013) o contribuinte ainda continuava a ser obrigado a enviar à SEFAZ os arquivos magnéticos, via SINTEGRA, conforme determinações do Convênio ICMS 57/95, não o fazendo.

Em assim sendo, dispõe o art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96:

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

*XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:*

*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.*

Na infração 06 foi exigida a multa de R\$1.380,00 pela falta de entrega mensal dos arquivos magnéticos nos prazos regulamentares, perfazendo um total de R\$11.040,00 (demonstrativo à fl. 34 dos autos).

Na infração 05 foi exigida a multa no valor de R\$217.181,63 correspondente a 1% do valor das entradas (por ser maior do que o das saídas) pela falta de entrega dos arquivos magnéticos quando regularmente intimado (fl. 33 do processo).

Por tudo exposto, as infrações 05 e 06 são mantidas.

No entanto, faço a seguinte ressalva em relação à infração 05.

O contribuinte foi intimado pelo fisco a apresentar os arquivos magnéticos (maio a dezembro de 2013) em 25/10/2016 (fl. 35) através do seu domicílio fiscal (DT-e). A ciência desta intimação se deu em 10/11/2016, conforme determinações do art. 108, § 3º, III, do RPAF/BA. A empresa teve o prazo de cinco dias para transmitir os arquivos magnéticos omissos, não o fazendo. Portanto, a data de ocorrência do fato gerador da multa aplicada deve ser aquela correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo, ou seja, 16/11/2016 e não mensalmente como aplicou o autuante. Ressalto, inclusive, que esta é a orientação técnica dada por esta SEFAZ aos auditores fiscais, conforme se depreende da OTE – DPF 3005, que no item 6.1 estabelece que “na lavratura de auto de infração por falta de apresentação ou irregularidade do arquivo magnético, os campos data de ocorrência e data de vencimento do auto de infração deverão ser preenchidos com indicação da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados”.

Pelo exposto e de ofício, retifico a data de ocorrência dos fatos geradores da multa aplicada na infração 05 de mensal para o dia 16/11/2016.

Voto pela Procedência Parcial do Auto de Infração, mantendo em sua totalidade as infrações 01, 02, 05 e 06 e parcialmente as infrações 03 e 04, nos valores, respectivamente, de R\$818,60 e R\$0,95 conforme demonstrativos elaborados pelo autuante às fls. 68/71 dos autos, perfazendo um total de ICMS no valor de R\$4.514,58 e multas, de caráter acessório no valor total de R\$229.041,18. Solicita-se que o órgão competente desta Secretaria de Fazenda que homologue os valores recolhidos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **2792683021/16-5**, lavrado contra **J. S. DE ANDRADE COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.514,58**, acrescido da multa de 60% prevista

no inciso II, alínea "f" do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, além da multa percentual no valor de **R\$229.041,18** previstas no art. 42, IX, XI e XIII-A, alínea "j" da referida lei e dos acréscimos legais.

Solicita-se que o órgão competente desta Secretaria de Fazenda homologue os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de maio de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR