

A. I. N º - 281332.0012/11-9  
AUTUADO - DENTAL BAIANA LTDA  
AUTUANTE - MÔNICA CAVALCANTI SILVA ARAÚJO  
ORIGEM - INFAC ATACADO  
INTERNET - 08.10.2013

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF Nº 0218-01/13**

**EMENTA:** ICMS. 1. ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS (MEDICAMENTOS) ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. A lei atribui ao adquirente a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações com mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no inciso II do art. 353, RICMS/97 (Convênio ICMS 76/94). O autuado não apresenta provas do pagamento da exigência, conforme argui. Infração caracterizada. 2 ANTECIPAÇÃO PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. MULTA. É devida a multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, Lei 7.014/96 para o caso de inobservância do dispositivo legal concernente ao recolhimento tempestivo do ICMS antecipação parcial contido no art. 12-A da mesma Lei. Autuado não apresenta provas do pagamento tempestivo da exigência. Infração caracterizada. 3. LIVROS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA. Infração caracterizada. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE FORNECIMENTO NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. O autuado não entregou arquivos magnéticos, descumprindo a previsão contida no artigo 708-A do RICMS/BA, sujeitando-se à multa de R\$1.380,00, por mês de atraso, nos termos do artigo 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7014/96. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 25/12/11, constitui crédito tributário no valor de R\$ 171.694,74, em decorrência das infrações descritas a seguir:

01. Efetuou o recolhimento a menos de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação. Períodos fevereiro/abril, agosto/dezembro 2008; janeiro/fevereiro, abril/dezembro 2009 e janeiro/maio 2010. Valor R\$ 42.565,84 e multa de 60%.
02. Multa percentual de 60% sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal com saída posterior tributada normalmente. Períodos janeiro, março/maio, julho / outubro 2008; janeiro/março, maio/julho, setembro/outubro e dezembro 2009; janeiro/março, junho/dezembro 2010; janeiro/março e agosto 2011. Valor da multa R\$ 127.288,90.
03. Deixou de apresentar documento fiscal, quando regularmente intimado. Multa R\$ 460,00.

04. Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, que deveria ter sido enviado via internet através do Programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED). Multa de R\$ 1.380,00.

O autuado em sua impugnação, às fls. 803 /805 (volume 03) alega a ausência do termo de início da fiscalização e demonstrativos analíticos da cobrança nota por nota, o que implicou cerceamento do direito de defesa. Diz que a intimação se refere a um CD que conteria os demonstrativos necessários, mas que não conseguiu acessá-lo, além da falta de comprovante de recebimento de demonstrativo analítico da cobrança, que deveria ser feito nota a nota. Entende que houve cerceamento do direito da defesa e o auto de infração deve ser considerado nulo.

Argui que falta motivação para a cobrança, que sempre pagou corretamente o ICMS antecipação parcial, o que pode ser constatado nos sistemas da própria SEFAZ. Diz que no período da autuação, a empresa se encontrava descredenciada para o pagamento, no prazo regulamentar e cumpria a obrigação de cada operação, antes da entrada das mercadorias no seu estabelecimento.

Explica que os pagamentos foram realizados a partir dos documentos de arrecadação emitidos pelo sistema da SEFAZ, prova que não existiram erros nas contas e, se existiram, argui que a responsabilidade não lhe pode ser atribuída, uma vez que não efetuou os cálculos, mas tão somente os pagamentos dos DAES, que lhes eram apresentados. Deduz que se houve erro, foi cometido pela própria administração. Aduz que não é justa a multa de 60%. Pede sua dispensa.

Em relação ao “item B”, diz que não é cabível a imposição de nova multa, no mesmo período do “item A”, uma vez que sempre pagou antecipação baseada nos cálculos do Fisco, não sendo possível a entrada de mercadorias sem o pagamento da antecipação. Conclui que a multa deve ser absolvida ou cancelada. Reitera que não recebeu um demonstrativo claro das operações que teriam entrada na Bahia sem pagamento da antecipação, o que, diante do descredenciamento do autuado, seria impossível.

No item 03, argumenta que não restou esclarecido qual documento deixou de ser apresentado. No item 04, diz que entregou o arquivo magnético conforme o recibo, datado de 26.12.11, assinado pela própria autuante, no dia do saneamento do auto de infração e anterior à intimação.

Pede juntada posterior de documentos, julgamento nulo ou improcedente do auto de infração.

A Informação Fiscal foi prestada, fl. 4159 (Volume X), firmando quanto a alegação da falta de Termo de Início da Fiscalização, que as intimações constam às fls. 10 e 11. Diz ainda que na fl. 800 se encontra o documento atestando o recebimento do CD pelo autuado com os demonstrativos analíticos discriminando item por item, nota por nota os valores cobrados. Explica ainda que o CD foi testado e verificado pelo próprio contribuinte que os demonstrativos se abrem normalmente, conforme sua própria declaração no “Recibo de Arquivos Eletrônicos”.

Sobre a alegação defensiva de pagamento da antecipação parcial, argumenta que nos cálculos realizados das duas infrações foram levados em conta os pagamentos efetuados pelo contribuinte como mostra os demonstrativos de fls. 12, 18, 31, 36 e 41 e que na coluna “pago” constam os valores recolhidos ao Estado, considerados na apuração do valor devido.

Com relação à infração 03, diz que os documentos solicitados estão discriminados na intimação (fl. 10) e na infração 04, explica que o documento a que se refere o autuado é o recibo elaborado pela Fiscalização na entrega do CD com os demonstrativos anexados ao auto de infração.

Diz que a Fiscalização foi baseada nos dados da DMA, nos DAE's fornecidos pelo INC, nas notas fiscais extraídas do CFAMT e nas notas fiscais de fornecedores recolhidas mediante circularização. Apenas em 2008 utilizou os arquivos do SINTEGRA, já que o contribuinte não apresentou arquivos nos demais anos. Explica que a fiscalização centrou no ICMS antecipação parcial, uma vez que os demais roteiros ficaram impedidos devido à falta da documentação do contribuinte.

Observa que na defesa, o contribuinte anexou um grande volume de notas fiscais em 2008 e foi feita uma verificação para identificar quais notas fiscais não foram cobradas nesse PAF. Elaborou demonstrativo com tais notas para cobrança posterior.

Intimado para conhecer das informações prestadas pela Auditora Fiscal (fl. 4227), o autuado apresentou manifestação, fl. 4229 (volume X) aduzindo que foram acrescentadas cobranças que não constavam de inicio e que o prazo para sua manifestação não é dez dias, mas trinta dias.

A Auditora Fiscal volta a pronunciar-se, fl. 4240 (volume X), aduzindo que os novos valores levantados serão exigidos em outro processo, mantidos os valores exigidos, na inicial dos autos.

Verifico que se encontram apenas aos autos documentos fiscais do contribuinte (notas fiscais) em primeira via que devem ser desentranhados e devolvidos, mediante recibos.

#### VOTO

Cuida o presente Auto de Infração da constituição de crédito tributário decorrente das 04 infrações mencionadas e relatadas na inicial dos autos que, após analisar as suas peças componentes, faço as constatações a seguir anunciadas:

Cumpre antes examinar as questões preliminares argüidas pelo sujeito passivo sobre ausência do termo de início da fiscalização, dos demonstrativos analíticos da cobrança nota por nota, o que teria implicado cerceamento do direito de defesa, dando azo à nulidade dos autos.

Argumenta o autuado que a intimação recebida se refere a um CD que conteria os demonstrativos necessários, mas, que não pode acessar; argui que a intimação também não comprova o recebimento de demonstrativo analítico da cobrança nota a nota. Entende que houve cerceamento do direito da defesa, falta de motivação na exigência. Pede dispensa da multa de 60%, asseverando que o auto de infração deve ser considerado nulo.

Examinados os elementos que integram o presente Auto de Infração, constato que a sua composição, processamento e formalização se encontram em consonância com o RICMS BA/97 e com o RPAF-BA/99. Materialmente, o lançamento tributário de ofício foi manejado pelo autuante com base nos documentos fiscais do contribuinte autuado e com base nas informações contidas nos sistema da Secretaria da Fazenda, alimentado pelo próprio contribuinte autuado.

Não vislumbro qualquer cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, posto que o mesmo fora regularmente intimado do início da fiscalização fiscal, conforme provam os documentos de fls. 10 e 11 (volume 1), contrariando a afirmação defensiva; no documento de fl. 800 (Volume II) consta o recebimento pelo próprio autuado de CD contendo cópias dos arquivos dos demonstrativos de débito, atestando a regularidade dos dados ali constantes. Examinei o exemplar da mídia, acostado ao PAF, que exibe analiticamente todas as operações, sendo possível verificar sua discriminação por nota fiscal e respectivo valor exigido, permitindo ao contribuinte elidir a acusação com provas que possam atestar a sua veracidade.

Insubsistente a alegação da ausência de motivação para a cobrança, tendo em vista a conjuntura que antecedeu a lavratura do auto de infração, com a indicação circunstanciada dos fatos que ensejaram o ato, os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática e o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário que deixou de recolhido regularmente aos cofres da Fazenda Pública Estadual. O pedido de dispensa da multa será apreciado ao final desse voto.

Superadas tais questões, adentro na discussão de mérito.

Na primeira infração é imputado ao autuado o recolhimento a menor de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, na aquisição de mercadoria proveniente de outras unidades da Federação, no valor global de R\$ 42.565,84.

Explica que os pagamentos foram realizados a partir de documentos de arrecadação emitidos pelo sistema da SEFAZ, o que prova que não existiram erros nas contas; se existiram, argui, que a

responsabilidade não lhe pode ser atribuída, uma vez que não efetuou os cálculos relativos, mas tão somente o pagamento dos DAES que lhes eram apresentados. Em havendo erro, deduz, foi cometido pela administração, não considera justa a multa de 60%, pedindo a sua dispensa.

Examinando as peças que compõem o processo verifico, antes, que a exigência encontra fundamento no art. 371, RICMS-97/BA, ao prescrever que nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado, no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, o pagamento do ICMS será devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes com referidas mercadorias, no prazo do art. 125, II, “b”, RICMS/BA.

Constatou que o Auditor Fiscal relacionou as operações com mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, fls. 12/35, cuja obrigação pelo recolhimento é atribuída ao autuado, na qualidade de responsável pela substituição tributária, incidente nas aquisições interestaduais de medicamentos relacionados no item 13, do artigo 353 do RICMS, em razão de erro na determinação da base de cálculo. O demonstrativo fiscal discrimina cada nota fiscal, descrevendo os medicamentos adquiridos, quantidade, preço máximo ao consumidor (PMC), base de cálculo, valor de cada item e valor total por operação.

A alegação defensiva de que efetuou o pagamento não encontra respaldo, uma vez que todos as parcelas do ICMS-ST, efetivamente recolhidas pelo autuado, foram consignadas no demonstrativo fiscal elaborado pelo preposto do Fisco, conforme se verifica, às fls. 12/35. Pelo exposto, infração que resta caracterizada, no valor de R\$ 42.565,84

A infração 02 exige a multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, devidamente registrada na escrita fiscal com saída posterior tributada normalmente, no valor R\$ 18.364,93, demonstrativo de fls. 07/34.

Argui a defesa o pagamento do ICMS antecipação parcial, aduzindo que pode ser constatado nos sistemas da própria SEFAZ e que, por se encontrar descredenciada para o pagamento no prazo regulamentar, cumpria a obrigação a cada operação e antes da entrada no estabelecimento.

No presente auto de infração, o Fisco não constituiu a exigência do ICMS antecipação parcial, mas apenas a multa pelo descumprimento da obrigação principal de recolher o ICMS, nos moldes traçados pelo artigo 12-A da Lei nº 7.014/96, ou seja, antecipadamente, na hipótese ali prevista, no pressuposto que a contribuinte, tendo promovido o cumprimento da obrigação principal, recolhimento do imposto, não há que se cobrar o imposto que deveria ter sido pago por antecipação. Aplica-se, contudo, a penalidade de que cuida o artigo 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Verifico, portanto, que a exigência fiscal, no caso concreto, se restringe à multa de 60% que incide na “antecipação parcial” do ICMS, prevista no art. 42, II, “d” Lei 7.014/96. A aplicação da multa é incontroversa a partir de 28.11.2007, com o advento da lei 10.847/07, como tem entendido a jurisprudência deste Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF).

Dispositivo da lei abaixo transscrito:

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

*(...)*

*II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente*

*(....)*

*"d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares*

Nesses termos, o autuado sequer discute a legalidade da aludida multa, mas apenas que não é cabível a imposição de nova multa, no mesmo período do “item A”, uma vez que sempre pagou antecipação baseada nos cálculos do Fisco, não sendo possível a entrada de mercadorias sem o

pagamento da antecipação. Alega que a multa foi aplicada sobre as mesmas operações do item A, devendo ser absolvida ou cancelada.

Verifico, novamente, em contrário à afirmação defensiva que o Auditor Fiscal elaborou demonstrativo circunstanciado, discriminando operação por operação, data da ocorrência, nota fiscal respectiva, emitente, mercadorias não alcançadas pela substituição tributária, os valores devidos, os valores pagos e, finalmente, o valor a ser recolhido, conforme consta às fls. 31/47. A presente infração é de natureza diversa daquela tratada anteriormente, não encerra a fase de tributação e a multa decorrente do seu descumprimento, não pode ser absolvida pela multa anterior, como postulou o autuado. Os valores pagos na forma de ICMS antecipação tributária parcial – contribuinte descredenciado (código de receita 2183) foram aproveitados, na autuação em debate e subtraídos do valor que apurou a base de cálculo da infração em debate. .

Em rigor, o valor a menor apurado do ICMS antecipação parcial deveria implicar exigência da parcela do ICMS faltante, além da respectiva multa. No caso concreto, o Auditor Fiscal exigiu apenas a multa, no entendimento, talvez, da falta de perfeita identificação da parcela faltante.

O autuado, de posse dos demonstrativos dos débitos circunstanciados, em tendo prova de algum pagamento exigido no presente lançamento de ofício, deveria trazer aos autos os respectivos comprovantes, do que não cuidou.

Assim, constato que além dos valores relativos à multa, objeto da presente lide, a existência de divergência no ICMS antecipação parcial, nos termos do art. 352-A, RICMS BA-97, que, contudo, não houve a constituição de ofício do respectivo crédito tributário. Represento a autoridade fiscal competente a fim de examinar a legitimidade da constituição de crédito tributário (ICMS antecipação parcial) decorrente de tais operações.

Infração que resta integralmente subsistente, multa no valor de R\$ 127.288,90.

Na infração 03, a multa de R\$ 460,00 é aplicada pelo descumprimento da obrigação acessória na falta de apresentação documento fiscal, quando regularmente intimado.

Alega o autuado que não é devida a penalidade porque não ficou esclarecido qual documento deixou de apresentar. Contra argumenta o fiscal que os documentos solicitados estão discriminados na intimação (fl. 10).

De fato, consta nos autos intimação para apresentação de livros e documentos diversos, com a discriminação de todos os livros fiscais que deveriam ser apresentados pelo sujeito passivo, conforme documento acostado, à fl. 10. O próprio autuante afirma que centrou a ação fiscal no ICMS antecipação parcial, uma vez que os demais roteiros ficaram impedidos devido à falta de documentação do contribuinte. O contribuinte não fez prova em contrário de que entregou os livros solicitados. Penalidade caracterizada, no valor de R\$ 460,00.

Na infração 04, a aplicação da multa de R\$ 1.380,00 é pela falta da entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, que deveria ter sido enviado via internet através do Programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), em outubro de 2011.

Nas razões, o próprio argumento defensivo do autuado de que apresentou o arquivo magnético, conforme recibo, datado de 26.12.11, no dia do saneamento do auto de infração, confirma o descumprimento da obrigação acessória aludida. O Auditor Fiscal acostou aos autos, “relação de dos arquivos recepcionados” extraídos do sistema de controle de Arquivos Magnéticos – SCAM, fls. 75/88, comprovando a entrega do arquivo magnético de outubro 2011.

A multa prevista no art. 42, XIII-A “j” da Lei nº 7.014/96, aplicável na presente situação, está estipulada no valor de 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 serviço efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débito ocorridos em cada período, ou a entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação.

Em realidade, o usuário de SEPD (sistema eletrônico de processamento de dados) está obrigado a enviar arquivo eletrônico à SEFAZ, conforme Convênio ICMS 57/95, nos prazos estabelecidos na legislação, mantendo-o pelo prazo decadencial, contendo as informações atinentes ao registro dos documentos fiscais recebidos ou emitidos por qualquer meio, referente à totalidade das operações de entrada, de saída, realizadas no período de apuração. Dessa forma, o descumprimento da obrigação acessória, nessa infração 04, se perfez no momento da falta de entrega dos arquivos, no prazo previamente estabelecido na legislação (art. 708-A, RICMS/BA-97).

Face ao exposto, resta caracterizada a presente infração à legislação do ICMS e correta a multa aplicada no valor de R\$ 1.380,00, por mês atrasado, em conformidade com a previsão do art.42, XIII-A, “j” da Lei nº 7.014/96.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281332.0012/11-9**, lavrado contra **DENTAL BAIANA LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 42.565,84**, acrescido da multa de 60%; prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor total de **R\$ 129.128,90** previstas no art. 42, incisos II, alínea “d”, combinado com § 1º; XX e XIII-A, alínea “j”, do mesmo Diploma Legal, e dos acréscimos moratórios, de acordo norma da Lei nº 9.837/05

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de setembro de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR