

A. I. N° - 207160.0001/16-4  
AUTUADO - MALWEE MALHA LTDA.  
AUTUANTE - FRANCISCO CARLOS DE SANTANA  
ORIGEM - INFAS VAREJO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 26.10.2017

**5<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0164-05/17**

**EMENTA:** ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE USO E CONSUMO E DE ATIVOS FIXOS. FALTA DE PAGAMENTO. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. b) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS E FALTA DE PAGAMENTO DO TRIBUTO. O lançamento tributário em lide está lastreado em farta base probatória, a partir das notas fiscais eletrônicas de aquisição. O contribuinte não comprovou o pagamento do ICMS lançado nos respectivos itens. Não acatadas as preliminares de nulidade do Auto de Infração. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA DOS ARQUIVOS, NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO E EXIGIDOS, NA AÇÃO FISCAL, MEDIANTE INTIMAÇÃO. Infrações não impugnadas no mérito. Mantidas as multas por descumprimento de obrigações acessórias. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 30/03/2016, para exigência de ICMS e multa, no valor principal de R\$238.146,57, contendo as seguintes imputações:

*Infração 01 - 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/ou do exterior. Valor exigido: R\$841,33, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “d”, da Lei nº 7.014/96.*

*Infração 02 – Efetuou recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior. Valor exigido: R\$6.659,17, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “d”, da Lei nº 7.014/96.*

*Infração 03 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização. Valor exigido: R\$133.928,04, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “d”, da Lei nº 7.014/96.*

*Infração 04 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Valor exigido: R\$29.314,21, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “f”, da Lei nº 7.014/96.*

*Infração 05 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Valor exigido: R\$36.475,73, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “f”, da Lei nº 7.014/96.*

*Infração 06 – Recolheu a menor ICMS antecipação parcial referente às aquisições de*

*mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização. Valor exigido: R\$6.625,33, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “d”, da Lei nº 7.014/96.*

**Infração 07** – *Deixou de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1%, prevista no art. 42, inc. XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07. Valor exigido: R\$4.982,76. Ocorrência verificada nos meses de ago/2013 e nov e dez de 2014.*

**Infração 08** – *Forneceu arquivos magnéticos fora dos prazos previstos na legislação, enviados via internet através do programa Validor/Sintegra. Descumprimento de obrigação acessória. Multa fixa de R\$ 1.380,00/mês, prevista no art. 42, inc. XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07. Valor exigido: R\$19.320,00. Ocorrência verificada nos meses de out a dez de 2012 e fev a mai e out a dez de 2013, abr, jul e dez de 2014 e jan de 2015.*

O contribuinte foi notificado do lançamento em 11/04/2016 e ingressou com defesa administrativa protocolada em 08/06/2016, subscrita por procurador habilitado a intervir no processo através do instrumento juntado à fl. 413 deste PAF.

Suscitou a nulidade do Auto de Infração. Disse que consoante se depreende da descrição das Infrações 01 e 06 da autuação, foram apuradas as ocorrências de falta de recolhimento e recolhimentos a menor de ICMS por antecipação, antecipação parcial, e diferenças entre a alíquota interna e a interestadual. Ressaltou que foram elaborados relatórios com uma coluna "*Data Ocorr*", contendo a última data de cada mês, porém sem a juntada de nenhum outro relatório complementar para que a impugnante pudesse identificar os fatos geradores dos débitos apurados. Declarou em acréscimo que imputar um pagamento ao contribuinte sem ao menos fazer a conciliação com os documentos fiscais registrados demonstra a existência de vício que deve ser sanado pelo órgão Julgador, com a anulação da autuação fiscal.

Afirmou que a autuação também está eivada de vícios pela falta de dedução do imposto destacado nos documentos fiscais de entrada. Reproduziu as disposições dos arts. 23 e 12-A do RICMS/BA, relacionados ao cálculo da antecipação parcial, para afirmar que as infrações que lhe foram imputadas foram calculadas à alíquota de 17%, sem a dedução do ICMS destacado no documento fiscal de aquisição. Que não houve a devida composição dos cálculos efetuados na ação fiscal com os abatimentos dos créditos fiscais, gerando em decorrência cálculos incorretos também em relação às multas aplicadas no Auto de Infração.

Quanto ao mérito da autuação, a defesa sustenta a improcedência das cobranças ao argumento de que os levantamentos fiscais não foram efetuados com base nos documentos fiscais escriturados pelo contribuinte, mas a partir de demonstrativos sem a menção da fonte de onde foram extraídos os dados, ou seja, das Notas Fiscais cujo registro teria sido omitido.

Citou as disposições do art. 18, inc. IV, letra “a”, do RPAF/99, para afirmar que é nulo o lançamento que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

A defendant afirmou em seguida que o imposto foi apurado de acordo com os livros fiscais apresentados e devidamente recolhidos. Que não houve notificação acerca de incorreções nas apurações apresentadas, apenas apontamento final através do Termo de Encerramento do procedimento fiscalizatório, elencando valores que não puderam ser conciliados com os registros declarados. Que foi anexado como prova dos recolhimentos efetuados, o relatório extraído da própria Secretaria da Fazenda.

Em relação aos itens 01 a 03 do Auto de Infração, disse que mesmo que o pagamento do ICMS antecipação parcial não tivesse sido realizado, não geraria falta de pagamento do tributo, pois tais valores são creditados na apuração final. Assim, não desencadearia qualquer prejuízo ao Erário Público. Declarou ainda ser de importância vital demonstrar a ausência de qualquer

prejuízo para a entidade fiscal, que conduziria à dispensa de aplicação de qualquer multa, especialmente quando não tenha havido intenção de lesar o Fisco.

Ao finalizar a peça de defesa o contribuinte requereu que a presente Impugnação seja regularmente processada e, ao final, que seja declarada nula a autuação em razão dos vícios apontados. Caso não seja acolhido o pedido de anulação de toda autuação pede que o A.I., seja julgado totalmente IMPROCEDENTE, com o cancelamento das exigências fiscais, ou, ao menos, a redução da multa aplicada. Requereu também a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, para demonstrar a verdade dos fatos alegados na peça de defesa, a exemplo da apresentação de novos documentos, realização de diligências e demais providências que se fizerem necessárias.

Foi prestada informação fiscal, peça juntada aos autos em 25/07/17 e anexada às fls. 419 a 424.

O autuante informou, inicialmente, que há um equívoco flagrante por parte da autuada na elaboração das alegações defensivas. Detalhou os seguintes pontos, abaixo transcritos:

*1 – Quanto à preliminar de nulidade: Todos os demonstrativos que dão suporte a autuação, foram disponibilizados ao autuado, basta singela constatação nas folhas 397 a 402, onde o mesmo através de preposto legal, apõe assinatura pela ocasião da ciência do Auto de Infração (13/04/2017) no documento “Recibo de Arquivos Eletrônicos”, além de apresentar procuração e documento de identidade do referido agente da empresa, dando conta do recebimento de mídia constando arquivos eletrônicos contendo as peças supracitadas. Peças essas, que de forma bem didática, demonstram os cálculos e critérios utilizados para elaboração dos levantamentos fiscais, constantes nas planilhas em EXCEL;*

*2 - Quanto ao citado “relatório complementar”, que entende o autuante tratar-se de levantamento fiscal analítico, onde encontram-se relacionadas todos os documentos fiscais, basta singela verificação no arquivo denominado “Antecipação Parcial Malwee” mais precisamente na planilha de EXCEL “Ant.Parcial\_Normal”, que é parte integrante na mídia supracitada, a qual não foi impressa devido ao seu tamanho (36.855 Registros).*

Em relação ao mérito da exigência fiscal o autuante apresentou as considerações abaixo reproduzidas:

*1 – Quanto ao fato dos levantamentos não terem sido elaborados com base nos documentos escriturados e sim supostamente através de demonstrativos sem “fonte de extração” o autuante analisa sob dois aspectos, a saber:*

*a) a empresa nos exercícios de 2012 e 2013 estava desobrigada ao envio de EFD, motivo pelo qual fora intimada a apresentar os livros e documentos fiscais devidamente escriturados e encadernados, conforme depreende-se nas folhas 14, 17 e 18 do PAF, o que não foi atendido, levando o fisco a fazer seu levantamento com base nas NFe's que estavam disponíveis no acervo do SPED, cujas cópias dos respectivos DANFE's encontram-se incertos no PAF nas folhas 42 a 333. Portanto, os levantamentos fiscais que foram elaborados mediante a documentação disponível, não poderão ser desclassificados como deseja a autuada;*

*b) Os exercícios de 2014 e 2015 a empresa já estava obrigada a enviar os arquivos do EFD, o que foi atendido. Logo a assertiva da autuada não poderá prosperar, no que tange à ausência da escrituração fiscal.*

*2 – Quanto a não utilização do crédito, há um equívoco por parte da impugnante, visto que no levantamento constante na planilha de EXCEL denominada “AntParcial\_Normal”, pode-se constatar que os referidos créditos foram considerados para efeito de cálculo do ilícito fiscal ora apontado.*

*3 – Quanto à pretensa “notificação acerca de incorreções nas apurações apresentadas”, esta figura não existe na legislação fiscal, salvo no caso específico no que tange ao valor*

*da infração. Contudo, na previsão legal esta notificação é definitiva, conforme o RPAF-BA no seu Artigo 48, transcrito na peça informativa.*

*4 – Quanto à alegação de que o fisco junta como prova dos recolhimentos efetuados, o relatório extraído da própria Secretaria da Fazenda, o autuante esclareceu que os recolhimentos elencados no relatório “Relação de DAEs” emitidos pelo sistema da SEFAZ, tratam-se de números oficiais, onde são computados todos pagamentos efetuados pelo contribuinte. (fls. 334 a 339 do PAF).*

*5 – Quanto à hipótese do recolhimento da antecipação parcial não ter sido realizado não geraria falta de pagamento, porque os valores são creditados na apuração final, não causando assim prejuízo ao erário público. Assim como a multa deveria ser dispensada, partido do princípio que não houve por parte do autuado a intenção de lesar o fisco. Diante do exposto autuante assevera o seguinte:*

- a) *O RICMS-BA no seu artigo 42, Inciso II, alínea “d” prevê o seguinte:*

*“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;*

*...§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher 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”;*

- b) *O Artigo 136 do CTN prevê que: “Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.”*

*Ao efetuar o recolhimento do imposto, poderá o autuado utilizar o crédito do mesmo, ficando onerado da multa, pois o CTN no seu artigo 138 determina o seguinte:*

*“...Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.*

*Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.”*

Ao concluir a peça informativa o autuante pede que o Auto de Infração em lide seja julgado procedente em sua inteireza, salvo melhor juízo desse insigne Colegiado.

## VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 08 infrações, conforme foi detalhadamente exposto no relatório parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

As ocorrências fiscais lançadas no Auto de Infração estão relacionadas à falta de recolhimento e recolhimento a menor do ICMS a título de antecipação total nas aquisições de mercadorias em outras unidades federativas (infrações 01 e 02); falta de recolhimento e recolhimento a menor do ICMS devido por antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias procedentes de outras unidades da federação (infrações 03 e 06); falta de recolhimento do imposto devido por diferença de alíquotas (DIFAL), em relação aos bens e materiais adquiridos para integração no ativo fixo e para uso e consumo (infrações 04 e 05); falta de entrega dos arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação com as informações das operações e prestações realizadas (infração 07); e, fornecimento de arquivos magnéticos fora dos prazos previstos na legislação (infração 08).

O autuado, na fase de defesa, afirmou que o lançamento em exame é nulo por inexistir na peça acusatória detalhamento dos documentos fiscais que serviram de suporte probatório das

acusações que lhe foram imputadas.

No tocante à base documental ou probatória do lançamento observo que foi entregue ao contribuinte o DVD-ROM – disco magnético (mídia digital - fl. 398 deste PAF), contendo as planilhas de apuração da antecipação parcial e total e o ICMS devido a título de diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de bens para o ativo fixo e materiais destinados a uso e consumo do estabelecimento.

Nas planilhas foram listadas as notas fiscais de entradas, cujas cópias reprográficas se encontram anexadas às fls. 42 a 333. Na mídia digital acima referida foi apresentada de forma detalhada a apuração do imposto que deixou de ser recolhido por antecipação, total e parcial, e DIFAL, visto que o contribuinte não procedeu à entrega ao fisco da sua escrita fiscal, solicitada mediante intimação, no total de 03 (três) notificações, juntadas às fls. 14 a 18, datadas respectivamente de 23/02/2016, 11/03/2016 e 15/03/2016. Foi pontuado nas intimações de 11/03/16 e 15/03/16 que caso tivesse ocorrido extravio de livros e documentos da empresa deveria o contribuinte comunicar o fato, mediante ofício, dirigido à repartição fiscal de seu domicílio tributário (Infaz Varejo).

Logo improcede a alegação defensiva de falta de base documental da autuação ou de ausência de fonte probatória. O autuante aplicou os roteiros de auditoria do ICMS a partir dos documentos fiscais existentes no sistema público da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e), visto que o sujeito passivo não procedeu, no curso da ação fiscal, à entrega da sua escrita, em papel ou meio magnético (arquivos da EFD – escrituração fiscal digital).

No que se refere aos créditos fiscais que a defesa reclama que deixaram de ser deduzidos na apuração do imposto devido a título de antecipação e DIFAL, é de fácil verificação nas planilhas reproduzidas na mídia digital se constatar que o autuante considerou na quantificação do tributo devido a título de antecipação, total e parcial, e DIFAL, os valores que foram destacados nas notas fiscais de aquisição, juntadas às fls. 42 a 333, quando estas apresentavam o ICMS que incidiu na operação de origem.

Logo, não procedem as alegações defensivas de nulidade e improcedência do lançamento, no tocante as exigências fiscais relacionadas à falta de pagamento e pagamento a menor do ICMS devido por antecipação total e parcial e a título de diferença de alíquotas nas aquisições de bens e materiais destinados à integração no ativo fixo e para uso e consumo do estabelecimento.

Por sua vez o argumento defensivo de que o não pagamento da antecipação parcial não implicou em prejuízo para o erário estadual, visto que não houve apropriação de crédito fiscal, não pode prosperar. A uma porque se trata de imposto não recolhido no prazo previsto na legislação. A duas, porque o contribuinte não apresentou prova que tributou integralmente as mercadorias nas operações de saídas subsequentes.

No tocante ao descumprimento das obrigações acessórias relacionadas a falta de apresentação dos arquivos magnéticos exigidos mediante intimações processadas no curso da ação fiscal e a multa pela não entrega dos arquivos magnéticos à SEFAZ-BA nos prazos previstos na legislação do ICMS, observo que a defesa não fez qualquer menção dessas ocorrências na peça impugnatória, caracterizando confissão quanto aos fatos narrados na peça acusatória. Esses itens são, portanto, procedentes, considerando a ausência de impugnação específica.

Pelas razões acima expostas nosso voto é pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** Auto de Infração nº 207160.0001/16-4, lavrado contra **MALWEE MALHAS LTDA**, devendo ser intimado o autuado a efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$213.843,81, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letras "d" e "f" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias

*ESTADO DA BAHIA  
SECRETARIA DA FAZENDA  
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)*

nos valores de **R\$4.982,76** e **R\$19.320,00**, previstas no art. 42, inc. XIII-A, letra “j” do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala de sessões do CONSEF, 14 de setembro de 2017.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA