

PROCESSO - A. I. N° 277992.0402/12-7
RECORRENTE - INDÚSTRIA NACIONAL DE ASFALTOS S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF n° 0066-02/14
ORIGEM - INFAS INDÚSTRIA
INTERNET - 20.11.2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0342-12/14

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. RAICMS. ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTAS. a) MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. 3. DIFERIMENTO. TERMO FINAL. RECEBIMENTO DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MERCADORIAS PARA USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. 5. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DESTAQUE A MAIOR NO DOCUMENTO FISLCAL. Ausência de contestação destas infrações quanto ao mérito. Itens mantidos. 6. MULTA PERCENTUAL APLICADA SOBRE O VALOR DO ICMS – ANTECIPAÇÃO PARCIAL NÃO RECOLHIDO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações de saídas subseqüentes, é devida a aplicação da multa equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d”, c/c o § 1º, da Lei n° 7.014/96. Argumentos defensivos não elidem a autuação. 7. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. APRESENTAÇÃO INCOMPLETA E EM PADRÃO DIFERENTE DO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. INFORMAÇÕES COM DADOS DIVERGENTES ENTRE O SINTEGRA E OS LIVROS FISCAIS. 8. DESENVOLVE. PERDA DO DIREITO AO BENEFÍCIO DA PARCELA INCENTIVADA. RECOLHIMENTO A MENOS NA DATA REGULAMENTAR. Itens não contestados quanto ao mérito. Infrações mantidas. Não acolhida a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa suscitada, de ofício, pelo relator. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria. Preliminar de nulidade arguída pelo recorrente não acolhida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 2ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 16/04/2014 que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 19/12/2012, com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário no valor histórico de R\$ 317.399,36 (trezentos e dezessete mil trezentos e noventa e nove reais e trinta e seis centavos), em decorrência do cometimento de 09 (nove) infrações abaixo descritas:

Infração 01 – Recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$12.743,45, nos meses de novembro e dezembro de 2010, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, conforme demonstrativos às fls. 12 a 21.

Infração 02 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, fevereiro, julho e dezembro de 2009, sendo aplicada a multa no valor de R\$2.697,73, equivalente a 10% sobre o valor comercial das mercadorias, conforme documentos às fls. 22 a 30.

Infração 03 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, no mês de dezembro de 2009, sendo aplicada a multa no valor de R\$9,82, equivalente a 1% sobre o valor comercial das mercadorias, conforme documentos às fls. 22 a 30.

Infração 04 – Deixou de recolher o ICMS diferido, no valor de R\$8.360,35, nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários, nos meses de abril a dezembro de 2009, janeiro, março a julho, e dezembro de 2010, conforme demonstrativos e cópias de notas fiscais às fls. 31 a 72.

Infração 05 – Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$3.324,98, nos meses de março, maio, junho e agosto de 2009, 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, conforme demonstrativos e documentos às fls. 73 a 78.

Infração 06 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$6.856,25, nos meses de março, maio, setembro a novembro de 2010, em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, conforme demonstrativo às fls. 79 a 92.

Infração 07 – Multa percentual, no valor de R\$106.851,65, sobre o imposto que deveria ter sido pago 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, no período de setembro de 2009 a novembro de 2010, conforme demonstrativos às fls. 93 a 167.

Infração 08 – Forneceu informações através de arquivo magnético, enviado via Internet através do programa Validador/Sintegra, exigido na legislação tributária, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitada a 1% (um por cento) 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 divergentes, fevereiro a abril, agosto a dezembro de 2009, abril a agosto, outubro e novembro de 2010, conforme demonstrativos e documentos às fls. 168 a 175. Multa no valor de R\$1.859,17.

Infração 09 – Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$174.695,96, nos meses de janeiro e abril de 2010, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve, conforme demonstrativos e cópia do RAICMS às fls. 176 a 177.

O autuado apresentou impugnação ao Auto de Infração (fls.192/202), alegando preliminarmente a nulidade do auto por cerceamento de defesa, além de afirmar que as saídas de todas as mercadorias que entraram no período autuado, destinadas ao consumidor final, foram feitas com a aplicação da alíquota interna de 17%, sem que fosse creditado o valor que supostamente não fora recolhido pela antecipação parcial.

A autuante se manifestou na sua informação fiscal (fls. 212), mantendo o Auto de Infração em sua totalidade. No que se refere à Infração 7 reafirma que foi exigida apenas a multa de 60% em razão do não pagamento da antecipação parcial, tendo em vista ter havido o recolhimento do imposto nas saídas das mercadorias. Entretanto, no momento da lavratura do Auto de Infração fez constar equivocadamente o código de infração 07.15.01, quando o correto seria 07.15.03. Assim, requereu a retificação do lançamento.

Ato contínuo, o PAF foi encaminhado para julgamento pela 2ª JJF, que decidiu converter o julgamento em diligência à INFAZ de origem (fls. 216/217), para que o agente autuante assinasse os demonstrativos fiscais e, diante da falta de comprovação do recebimento por parte do autuado, da totalidade dos demonstrativos fiscais que embasaram a presente lançamento, em especial quanto à Infração 7, bem como não ter sido intimado acerca da informação fiscal, intimasse o autuado fornecendo-lhe cópias de todos os documentos fiscais.

Após o atendimento da solicitação, foi reaberto o prazo de 30 dias para defesa (fls. 223/224), tendo sido entregue ao sujeito passivo, no ato da intimação, cópia dos documentos que fundamentaram o Auto de Infração. O contribuinte se manifestou novamente (fls. 226/235), repetindo exatamente o descrito na sua defesa anterior.

A Autuante apresentou nova informação fiscal (fls.239), também em cópia, quase que idêntica da sua manifestação pregressa.

Através do Processo SIPRO nº 082526/2013-5, fls. 241 a 250, foram acostados aos autos cópias do Ofício nº 11/2013 da 2ª Vara Cível, Criminal, da Fazenda Pública, Registro Público e Ambiental da Comarca de Goiânia, datado de 10/01/2013, referente a processo de Pedido de Recuperação Judicial fundamentado na Lei nº 11.101/2005.

Às fls. 272 a 274, consta cópia de Parecer da PGE do Estado da Bahia, solicitando, dentre outras providências, o encaminhamento do processo: “à COPEC para juntar ao PAF 2779920402127 e sugerindo que agilize a tramitação do mencionado PAF, pois quanto mais rápido for julgado, inscrito em dívida ativa e ajuizado, mais fácil será para Fazenda Pública recuperar o crédito tributário”. Conforme despacho do Coordenador da COPEC, fl. 276, o processo foi encaminhado para o CONSEF para fins de atendimento ao solicitado pela PGE, ou seja, para o devido julgamento.

A instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 2ª JJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, procedente o Auto de Infração nº 277992.0402/12-7, determinando que o autuado fosse intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor R\$312.832,64, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “a”, “d”, e “f”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$4.566,72, prevista nos incisos IX, XI e XIII-A, “i”, da citada Lei e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, o que fez nos seguintes termos:

VOTO

Depois de examinar todos os elementos que integram o presente processo, constato que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/97 e com o RPAF-BA/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos efetuados pelo autuante com base nas informações e nos documentos fiscais do contribuinte autuado, todos anexados aos autos, e são suficientes para as minhas conclusões sobre a lide.

Ressalto que na fase de instrução do processo visando o devido julgamento, foi verificado que não constavam nos autos os comprovantes de entrega de cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos que fundamentam todos os itens que originaram o Auto de Infração, uma vez que somente consta a assinatura do preposto do autuado no Auto de Infração à fl.04, sem qualquer menção a entrega dos levantamentos fiscais.

Diante disso, em obediência aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, na pauta suplementar do dia 18/06/2013, com fulcro no § 1º do artigo 18, do RPAF/99, o processo foi convertido em diligência à INFRAZ INDÚSTRIA, conforme despacho de diligência às fls.216 e 217, para a autuante assinasse todos os demonstrativos que dão suporte às infrações, e posteriormente, fosse reaberto o prazo de defesa por 30 dias, com entrega dos referidos documentos: APURAÇÃO DESENVOLVE - fls. 12 a 21; CFAMT – 2009 fl. 22; NOTAS FISCAIS DO CFAMT – fls. 24 a 30; REFEIÇÃO – fls. 31 a 32; 58; DIFAL – 2009 fl.73; ALÍQUOTAS INCORRETAS – CRÉDITO INDEVIDO – fl. 79; ANTECIPAÇÃO PARCIAL – 2010 fls.93; 100 a 104; RELATÓRIO DE ARQUIVO MAGNÉTICO – fls.155 a 169; EMAIL (INTIMAÇÕES) – fls. 170 a 175; DEMONSTRATIVO DOS PAGAMENTOS DO ICMS – DESENVOLVE – fl. 176, e cópia do despacho de diligência.

Cumpre ainda observar que o autuado tomou ciência das retificações efetuadas pela autuante em sua informação fiscal, relativamente ao fato de que foi consignado no Auto de Infração incorretamente o Código 07.15.01, quando deveria ser 07.15.03, mantendo-se o valor cobrado a cada mês por ser realmente o valor equivalente à multa, conforme demonstrativo às fls. 93 a 167.

Desta forma, tendo o autuado sido intimado da reabertura do prazo de defesa e entregues todos os documentos acima citados, permitindo-lhe com plenitude o exercício da ampla defesa e do contraditório, descabem as alegações de nulidades que foram direta ou indiretamente argüidas na peça defensiva, por não encontrar amparo em nenhum dos incisos do artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, constato que de todas as infrações imputadas ao autuado, somente houve impugnação objetiva à infração 07, que trata da falta de recolhimento do ICMS, antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins e comercialização, conforme demonstrativos às fls. 93 a 167.

Assim, às infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06 e 08, são totalmente procedentes, tendo em vista que o sujeito passivo

em sua peça defensiva não fez qualquer referência a elas, devendo, por isso, ser aplicado o disposto no artigo 140 do RPAF/99.

Quanto à infração 07, considerando que na impugnação o sujeito passivo arguiu, simultaneamente, questões de fato e de direito, suscitando a sua nulidade ou a sua improcedência, passo a examinar tais questões com base nas razões de defesa que foram argüidas.

Neste item, foi aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória, sobre o imposto que deveria ter sido recolhido 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.

A obrigatoriedade no recolhimento antecipado nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, está prevista no artigo 12-A da Lei nº 7.014/96, in verbis:

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:

I - isenção;

II - não-incidência;

III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.

Já o § 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, dispõe “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”.

Na peça defensiva o autuado deixou claro o seu perfeito conhecimento de sua obrigação quanto à exigência da obrigação de antecipar parcialmente o ICMS devido nas operações de mercadorias oriundas de outros Estados, não nega o cometimento da infração, tendo apenas alegado que recolheu o impostos por ocasião das saídas (fato confirmado pela fiscalização), e que ficou cerceado de seu direito de defesa na acusação fiscal, em razão de imprecisão na descrição da infração, expressando seu entendimento de que com referência à citada infração, foi aplicada sobre suas operações a alíquota interna de 17% (dezessete por cento) mais a cominação da multa de 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido antecipadamente.

De fato tem razão o sujeito passivo em sua ponderação de que no demonstrativo de débito no corpo do Auto de Infração consta débito calculado com alíquota de 17% e multa de 60%. Contudo, foi esclarecido na informação fiscal o equívoco cometido, ou seja, que apenas foi consignado no Auto de Infração incorretamente o Código 07.15.01, quando deveria ser 07.15.03, porém os valores da multa mensais correspondem exatamente com os valores demonstrados às fls.93 a 167. Entendo que este fato não é motivo da anulação do lançamento, pois foi devidamente esclarecido na informação fiscal, e o sujeito passivo teve conhecimento com a reabertura do prazo de defesa, não cabendo alegação de cerceamento de defesa alegado pela defesa.

Assim, considero foi correto o procedimento da fiscalização na aplicação da multa em questão.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 2^a JJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora recorrente:

- a) No que concerne às alegações de nulidade por cerceamento de defesa, refutou a Junta, por entender que o resultado da diligência supriu qualquer lacuna existente no Auto de Infração;
- b) Constatou no mérito que o contribuinte somente impugnou de forma objetiva a infração 7, sendo assim considerou como procedentes as demais infrações (1, 2, 3, 4, 5, 6 e 8), deixando de se manifestar sobre a Infração 9, utilizando para tanto o disposto no art.140 do RPAF/99;
- c) Quanto à alegação de que na infração 7 o débito fora calculado com alíquota de 17% e multa de 60%, observou a Junta que na informação fiscal o autuante corrigiu o equívoco cometido, ao substituir o Código 07.15.01 pelo 07.15.03 tratando-se de mero erro formal, uma vez que o valor lançado refere-se tão somente à multa de 60%. Sendo assim, manteve o lançamento em sua totalidade.

Intimado acerca do resultado do julgamento o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 296/306) em relação à Decisão da Junta de Julgamento, que se constitui em cópia exata da impugnação apresentada às fls. 191 a 202 e depois reapresentada às fls. 225 a 235, afirmando que:

- a) *a descrição dos fatos não coaduna com o que realmente ocorreu ou é bastante geral não informando qual é de fato a infração, esbarramos em uma limitação lógica que acarreta a inexorável nulidade deste, posto encontrar-se eivado de vício que torna impossível assegurar-lhe o real cometimento, por parte do autuado, da conduta supostamente infracionária;*
- b) *se a descrição fática afirma omissão de pagamento de imposto, assim como o demonstrativo do débito, onde de fato inexiste a omissão, tem-se que os fatos considerados na autuação são desarrazoados e destituídos da verdade material exigida no âmbito do processo administrativo fiscal;*
- c) *a insegurança na determinação da infração no caso é cogente por inexistir de fato, infração que implique na omissão de recolhimento do tributo;*
- d) *não há que se falar em omissão de pagamento de ICMS tendo em vista que, apesar de supostamente não ter sido feito recolhimento por antecipação parcial, a totalidade do ICMS foi recolhida pelo contribuinte pela conta corrente do ICMS, sistemática de débito e crédito;*
- e) *se observa inequívoca ocorrência de duplicidade de cobranças, na medida em que houve recolhimento do ICMS ora exigido. Isto porque, o contribuinte autuado, nas suas saídas, efetua o recolhimento da alíquota interna, de 17% (dezessete por cento) sem se creditar do valor que deveria ter sido recolhido na sistemática do recolhimento parcial antecipado;*
- f) *No que se refere à infração 07, afirma ter recolhido o imposto em sua integralidade, embora não da maneira prevista na legislação, o que resultaria na nulidade da mesma;*
- g) *A despeito da cobrança de uma exação já quitada, argui que os cálculos executados pelo autuante encontram-se equivocados, na medida em que não deduziu do cálculo o imposto pago.*

Em Parecer da lavra da nobre Procuradora Maria José Coelho Sento Sé, a PGE/PROFIS (fls. 311/314) opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário, alegando que:

- i. Nos autos verifica-se plenamente que as imputações fiscais estão devidamente tipificadas e alicerçadas na legislação tributária, com esteio nos documentos acostados aos mesmos, além do lançamento tributário atender a todos os requisitos descritos no art. 39 do RPAF/99, observando os princípios da legalidade, verdade matéria e da ampla defesa;
- ii. A arguição de nulidade deve ser rechaçada já que o lançamento tributário em tela contém todos os pressupostos materiais e formais para a validade do procedimento fiscal;
- iii. As infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06, 08 e 09 não foram contestadas e, portanto, devem ser consideradas totalmente procedentes conforme o art.140 do RPAF/99;
- iv. Em relação ao suposto erro na alíquota utilizada no 7º lançamento, entendeu que o mesmo fora esclarecido na segunda informação fiscal da autuante, não havendo cobrança indevida, tendo sido reaberto o prazo de defesa de 30 dias;
- v. Ressaltou ainda que o recorrente não indicou equívocos nos valores apurados na infração 07, bem como não trouxe provas que comprovassem o recolhimento da exação a título de antecipação parcial.

Após, os autos foram remetidos para o CONSEF para apreciação do Recurso.

O Conselheiro Fernando Antônio Brito Araújo nesta assentada se declara impedido em razão de ter participado do julgamento de piso.

VOTO (Vencido quanto à preliminar de nulidade suscitada de ofício pelo Relator)

Antes de adentrar ao mérito, gostaria de salientar preliminarmente que o presente processo gira em torno de 9 supostas infrações à legislação do ICMS, cada uma tratando de situação diversa.

De fato, não há vedação na legislação estadual acerca da lavratura de um mesmo Auto de Infração para apurar diversas infrações do mesmo tributo, entretanto, não há dúvidas de que tal

prática deve ser evitada, sobretudo se puder causar algum tipo de embaraço ao direito de ampla defesa do contribuinte e, consequentemente, prejudicar a busca da verdade material.

Tal posição também foi defendida pelo Conselheiro Leonardo Baruch em voto divergente proferido no A. I. N° 269139.0001/10-7, e por este Relator nos Autos de Infração 206881.0002/13-2 e 207090.0007/13-5.

Toda análise de nulidade de um Auto de Infração deve ser feita a partir do caso concreto, a fim de perquirir se a reunião de diversas infrações no mesmo auto prejudica ou não os princípios basilares do processo administrativo fiscal.

No caso ora em análise, entendo que o direito de defesa do contribuinte restou prejudicado, seja pela dificuldade em compreender o alcance das infrações e produzir as provas que lhe competiam em tempo hábil, seja pela dificuldade de alguns julgadores desse Egrégio Conselho em realizar tal mister.

E não se pode alegar que tal fato restaria superado diante da falta de impugnação específica da maioria das 09 (nove) infrações, uma vez que isso pode ter decorrido, exatamente da dificuldade de se impugnar todos os itens.

Entretanto, o Fisco não pode se utilizar de tal estratégia em seu favor. O que deve ser pago é o que é devido com certeza e segurança e não por impossibilidade de defesa do contribuinte.

A dificuldade do contribuinte, do próprio fisco e também de alguns julgadores diante do presente Auto de Infração não se resumiu apenas ao árduo trabalho de analisar as centenas de laudas do PAF. Em suma, a instrução processual restou inteiramente prejudicada.

Por sua vez, entendo que o direito de defesa do contribuinte foi tolhido, até porque o mesmo dispôs do prazo recursal de 30 dias, ao passo que o agente autuante levou 60 dias para efetuar o referido lançamento fiscal.

Diante de tal situação, em apreço aos princípios norteadores do direito tributário, entendo que o mais razoável a se fazer no caso comentado é anular inteiramente o Auto de Infração, facultando ao nobre autuante o reinício da ação fiscal e, a partir daí, a lavratura de novos autos de infração, agrupando as infrações de acordo com os roteiros de fiscalização em comum, e em volume razoável e proporcional para se preservar a ampla defesa, observadas naturalmente as regras de decadência.

Assim, em sede de preliminar voto, de ofício, pela NULIDADE do presente lançamento.

Vencido em razão do voto dos Nobres Conselheiros Fazendários, passo à análise do Recurso Voluntário interposto.

Ressalte-se, de início, que o referido Recurso Voluntário (fls. 296/306) em relação à Decisão da Junta, se constitui em cópia exata da impugnação apresentada às fls. 191 a 202 e depois reapresentada às fls. 225 a 235.

Quanto à preliminar de nulidade repetida no referido Recurso, em que pese suscitar suposta nulidade de todo o auto, tal nulidade decorreria, especificamente, do não recebimento de documentos de trabalho e de suposto erro de cálculo e lançamento do imposto quanto à Infração 07.

Verifico que tal pleito foi corretamente enfrentado pela Decisão de JJF, que peço vênia para reproduzir:

Ressalto que na fase de instrução do processo visando o devido julgamento, foi verificado que não constavam nos autos os comprovantes de entrega de cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos que fundamentam todos os itens que originaram o Auto de Infração, uma vez que somente consta a assinatura do preposto do autuado no Auto de Infração à fl.04, sem qualquer menção a entrega dos levantamentos fiscais.

Diante disso, em obediência aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, na pauta suplementar do dia 18/06/2013, com fulcro no § 1º do artigo 18, do RPAF/99, o processo foi convertido em diligência à INFRAZ INDÚSTRIA, conforme despacho de diligência às fls.216 e 217, para a autuante

assinasse todos os demonstrativos que dão suporte às infrações, e posteriormente, fosse reaberto o prazo de defesa por 30 dias, com entrega dos referidos documentos: APURAÇÃO DESENVOLVE - fls. 12 a 21; CFAMT – 2009 fl. 22; NOTAS FISCAIS DO CFAMT – fls. 24 a 30; REFEIÇÃO – fls. 31 a 32; 58; DIFAL – 2009 fl.73; ALÍQUOTAS INCORRETAS – CRÉDITO INDEVIDO – fl. 79; ANTECIPAÇÃO PARCIAL – 2010 fls.93; 100 a 104; RELATÓRIO DE ARQUIVO MAGNÉTICO – fls.155 a 169; EMAIL (INTIMAÇÕES) – fls. 170 a 175; DEMONSTRATIVO DOS PAGAMENTOS DO ICMS – DESENVOLVE – fl. 176, e cópia do despacho de diligência.

Cumpre ainda observar que o autuado tomou ciência das retificações efetuadas pela autuante em sua informação fiscal, relativamente ao fato de que foi consignado no Auto de Infração incorretamente o Código 07.15.01, quando deveria ser 07.15.03, mantendo-se o valor cobrado a cada mês por ser realmente o valor equivalente à multa, conforme demonstrativo às fls. 93 a 167.

Desta forma, tendo o autuado sido intimado da reabertura do prazo de defesa e entregues todos os documentos acima citados, permitindo-lhe com plenitude o exercício da ampla defesa e do contraditório, descabem as alegações de nulidades que foram direta ou indiretamente argüidas na peça defensiva, por não encontrar amparo em nenhum dos incisos do artigo 18 do RPAF/99.

Desta feita, concordo com a Decisão recorrida, na medida em que eventuais erros formais quanto à indicação correta da infração 7, bem como a entrega de todos os documentos de trabalho, com a reabertura do prazo para defesa de 30 dias supriu qualquer irregularidade formal existente no lançamento.

Ademais, o agente autuante esclarece que, de fato, o que está sendo cobrado na infração 7 é tão somente a multa, atestando a correção dos cálculos, que não foram impugnados especificamente pelo recorrente.

Assim, não acolho a preliminar de Nulidade suscitada pelo Recorrente.

Quanto ao mérito, verifico que o Recorrente apenas recorreu especificamente quanto à Infração 07, onde de certa forma repetiu os fundamentos que defendeu em sede de preliminar.

Em razão disso, no que se refere às Infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06, 08 e 09 entendo restarem aplicáveis os arts. 140 e 143 do RPAF:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Ocorre que, em que pese a JJF em seu relatório ter se referido a todas as 09 (nove) infrações imputadas ao contribuinte, em seu voto o Nobre Relator assim se manifestou quanto às infrações não contestadas:

Assim, às infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06 e 08, são totalmente procedentes, tendo em vista que o sujeito passivo em sua peça defensiva não fez qualquer referência a elas, devendo, por isso, ser aplicado o disposto no artigo 140 do RPAF/99.

Verifica-se, portanto, que em razão de erro formal deixou de se manifestar expressamente quanto à improcedência da Infração 9.

Entretanto, entendo que tal falha não inquinha de nulidade a Decisão recorrida. Isto porque o processo administrativo é regido pelo princípio da informalidade e a JJF enfrentou a preliminar de nulidade que se referia a todas as Infrações, inclusive à infração 9.

Quanto ao mérito, tendo em vista que a mesma não fora impugnada, não mais havia qualquer lide quanto a ela, razão pela qual entendo ter inexistido qualquer prejuízo ou vício suficiente a ensejar a nulidade da Decisão.

O Recorrente apenas impugna a Infração 7, que se refere à multa percentual, no valor de R\$106.851,65, sobre o imposto que deveria ter sido pago 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, no período de setembro de 2009 a novembro de 2010, conforme demonstrativos às

fls. 93 a 167.

O Recorrente não nega que deixou de recolher a antecipação parcial, apenas alega que houve erro do agente fiscal ao cobrar o ICMS, que foi recolhido posteriormente, e a multa, quando deveria exigir tão somente multa por descumprimento de obrigação acessória.

Tanto o agente autuante quanto à JJF esclareceram assistir razão ao Recorrente em sua ponderação de que no demonstrativo de débito, no corpo do Auto de Infração, consta débito calculado com alíquota de 17% e multa de 60%.

No entanto, conforme asseverou o julgador de piso, *foi esclarecido na informação fiscal o equívoco cometido, ou seja, que apenas foi consignado no Auto de Infração incorretamente o Código 07.15.01, quando deveria ser 07.15.03, porém os valores da multa mensais correspondem exatamente com os valores demonstrados às fls.93 a 167. Entendo que este fato não é motivo da anulação do lançamento, pois foi devidamente esclarecido na informação fiscal, e o sujeito passivo teve conhecimento com a reabertura do prazo de defesa, não cabendo alegação de cerceamento de defesa alegado pela defesa.*

Ademais, a obrigatoriedade no recolhimento antecipado nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização está prevista no artigo 12-A da Lei nº 7.014/96.

Entretanto, quando a antecipação não for feita, mas o produto devidamente tributado pelo regime normal, aplicável o § 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 que dispõe:

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.

Assim, entendo restar subsistente a Infração 7, nos exatos termos do que dispõe o supracitado dispositivo legal, razão pela qual voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de nulidade suscitada de ofício pelo Relator)

Com a devida vênia, divirjo do posicionamento do n.Relator em relação a preliminar de nulidade do Auto de Infração, suscitada de ofício, apenas pelo fato do lançamento conter 9 (nove) infrações. Este é um posicionamento que não encontra amparo na legislação, não havendo qualquer restrição para lavratura de Auto de Infração englobando todas as infrações que foram apuradas no curso da ação fiscal.

O que temos, na norma encartada pelo RPAF/BA, em seu art. 40, é o seguinte:

Art. 40. O autuante poderá lavrar mais de um Auto de Infração relativo ao mesmo período fiscalizado, de modo a facilitar o exercício da ampla defesa e o deslinde da questão. (grifo não original).

Como se vê acima, a legislação apenas facilita a possibilidade da lavratura de mais de um Auto de Infração, não limita a quantidade de infrações que deverá conter em cada lançamento. Aliás, o n.Relator não se posicionou no sentido de quantas infrações ele admite, presumivelmente, que deve conter em cada Auto de Infração.

Com efeito, o simples fato de constar no Auto de Infração nove infrações corretamente identificadas, não é motivo para se anular o lançamento, pois não encontra guarida no Art. 18 do RPAF/BA. Ressalto, ainda, que o recorrente, em nenhum momento, questionou este fato, razão pela qual, com todo respeito, não deveria ser aventada pelo n.Relator.

Também, não posso concordar com o n.Relator quando diz que *“A dificuldade do contribuinte, do próprio fisco e também de alguns julgadores diante do presente Auto de Infração não se resumiu apenas ao árduo trabalho de analisar as centenas de laudas do PAF. Em suma, a instrução processual restou inteiramente prejudicada”.*

Em primeiro lugar, estamos diante de um processo de apenas um volume, portanto, não vislumbro a existência de centenas de laudas para serem analisadas, e quanto a assertiva de que a instrução processual restou prejudicada, se verdadeiro fosse esse fato, o processo deveria ter sido convertido em diligência para sanar as falhas porventura existentes, condição esta que, ao final, não foi necessária. Note-se, que o recorrente, apenas questionou o mérito da infração 7, o que denota o seu perfeito conhecimento dos fatos trazidos nos autos.

Também, não posso concordar com o n.Relator, que pelo simples fato do Auto de Infração conter 9 infrações distintas, este afirmar "*que o Fisco estar a utilizar de tal estratégia em seu favor*" bem como, "*O que deve ser pago é o que é devido com certeza e segurança e não por impossibilidade de defesa do contribuinte*". Esta é uma presunção equivocada no n.Relator, sem qualquer indício de prova. Falar-se em uma estratégia do Fisco, é o mesmo que afirmar que centenas de autos de infração lavrados ao longo do tempo pelo Fisco, tiveram esse objetivo. Ademais, não foi apontado pelo n.relator qualquer valor nestes autos que está sendo exigido com incerteza e/ou insegurança.

Em conclusão, não acolho a nulidade do Auto de Infração suscitada pelo n.Relator.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto à preliminar de nulidade suscitada, de ofício, pelo relator, com voto de qualidade do presidente e, por unanimidade quanto ao mérito, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 277992.0402/12-7, lavrado contra **INDÚSTRIA NACIONAL DE ASFALTOS S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$312.832,64**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “d” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$4.566,72**, prevista nos incisos IX, XI e XIII-A, “i”, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de nulidade suscitada de ofício pelo relator) - Conselheiros(as): Carlos Fábio Cabral Ferreira, Maria Auxiliadora Gomes Ruiz e Valtércio Serpa Júnior.

VOTO VENCIDO (Preliminar de nulidade suscitada de ofício pelo relator) - Conselheiros(as): Daniel Ribeiro Silva, Alessandra Brandão Barbosa e José Antonio Marques Ribeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de novembro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE/VOTO VENCEDOR
(Preliminar de nulidade, suscitada de ofício pelo relator)

DANIEL RIBEIRO SILVA - RELATOR/VOTO VENCIDO
(Preliminar de nulidade, suscitada de ofício)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS