

**PROCESSO** - A. I. Nº 269133120213-4  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e RODRIGUES & VENTURIM LTDA. (SILVANA)  
**RECORRIDOS** - RODRIGUES & VENTURIM LTDA. (SILVANA) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3<sup>a</sup> JJF nº 0129-03/14  
**ORIGEM** - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS  
**INTERNET** - 04/12/2014

## 1<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0367-11/14

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS À COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Autuado não traz aos autos prova de quitação do ICMS. Mantida a Decisão. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO ANTECIPADA. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSEERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Não se encontra devidamente caracterizado nos autos, quais os valores referentes ao ICMS antecipação parcial que foram creditados na conta corrente fiscal do sujeito passivo, antes do respectivo recolhimento. É nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da vinculação, cerceando o direito de defesa. Mantida a Decisão. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FORNECIMENTO COM DADOS DIVERGENTES DOS DOCUMENTOS FISCAIS. Infração caracterizada. Não acatado pedido de redução de multas. Mantida a Decisão recorrida e, de ofício, retificada as datas de ocorrências para a data de entrega do arquivo magnético apresentado com divergências e respectivas datas de vencimento. Rejeitadas as preliminares suscitadas. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se o presente processo de Recurso de Ofício e de Recurso Voluntário interpostos pela 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal e pelo sujeito passivo, respectivamente, contra a Decisão que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, através do Acórdão JJF Nº 0129-03/14, lavrado para imputá-lo o cometimento de 3 infrações, sendo objeto do Recurso de Ofício a infração 2 e objeto do Recurso Voluntário as infrações 1 e 3 a seguir descritas:

*1. falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para comercialização, no mês de dezembro de 2008, no valor de R\$43.840,84 acrescido da multa de 60%;*

*2. deixou de recolher nos prazos regulamentares o ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, pela utilização antecipada, antes do recolhimento da antecipação parcial, sendo considerado para fins de apuração do imposto apenas os créditos de ICMS antecipação parcial efetivamente recolhidos nos meses de janeiro, fevereiro, maio e dezembro de 2008, setembro a dezembro de 2009 no valor de R\$168.777,51 acrescido da multa de 50%;*

*3. forneceu informações através de arquivo magnético exigidos na legislação tributária, requeridos através de intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, sendo aplicada a multa de 5% sobre as divergências, limitada a 1% sobre os valor das operações de saídas do estabelecimento, no mês de novembro de 2013, no valor de R\$51.376,56.*

Os julgadores da Primeira Instância administrativa, ao analisarem a impugnação interposta pelo sujeito passivo, assim se pronunciaram:

*"No presente lançamento está sendo exigido crédito tributário em decorrência de 03 (três) infrações: (1). falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras*

unidades da Federação adquiridas para comercialização; (2). falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, pela utilização antecipada , antes do recolhimento da antecipação parcial; (3). forneceu informações através de arquivo magnético exigidos na legislação tributária, requeridos através de intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes.

No mérito, a infração 01 trata da falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização. O art. 12-A da lei nº 7.014/96, assim dispõe:

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

O defensor alegou que o valor do ICMS antecipação parcial foi integralmente pago, não havendo diferença a ser recolhida. Além disso, alegou que o Auto de Infração deve ser anulado nesta parte, pois a autoridade fiscal desconsiderou na apuração do ICMS antecipação parcial o valor do crédito fiscal destacado nas notas fiscais de aquisição.

Analizando os elementos que compõem o PAF, vejo que a acusação fiscal do não recolhimento do ICMS antecipação parcial, possui como data de ocorrência o mês de dezembro de 2008. Apesar de alegado, constato que o autuado não trouxe ao PAF, qualquer elemento de prova de que teria realizado tais recolhimentos.

Sobre a alegação de que o autuante teria desconsiderado o valor do crédito fiscal destacado na nota fiscal quando da apuração do ICMS antecipação parcial, vejo que não corresponde aos fatos. O demonstrativo que serviu de base para o levantamento fiscal neste item, fls.23/24, está correto e em consonância com a legislação de regência. O crédito destacado em cada documento fiscal foi considerado para abater do valor devido, conforme coluna 08 do citado demonstrativo.

Registro que o artigo 123 do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento. Assim, como o autuado não se desincumbiu de trazer aos autos as provas que diz existir em seu poder, concluo que a infração 01 restou devidamente caracterizada.

Na infração 02, o contribuinte foi acusado de falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. O autuante informou que o contribuinte utilizou crédito fiscal do ICMS antecipação parcial de forma intempestiva, isto é, antes de efetivar o recolhimento do imposto, utilizou o crédito fiscal dele decorrente.

Nas razões defensivas o autuado contestou, afirmando que sobre o pretexto de desconsiderar o crédito fiscal do ICMS antecipação parcial, na verdade, pretende-se cobrar novamente, o valor integral do ICMS antecipação parcial, que como consta do próprio anexo da fiscalização, já está efetivamente pago. Em manifestação fls.114/115, inclusive fez juntada de comprovantes do recolhimento do ICMS antecipação parcial referente aos meses de fevereiro/2008, setembro e novembro de 2009.

Nesta infração, o autuante realizou lançamento referente aos meses de janeiro, fevereiro, maio e dezembro de 2008, setembro a dezembro de 2009. Da análise dos demonstrativos que dão suporte a acusação fiscal fls.49/53, depreende-se que para apuração do quantum devido, o autuante refez o conta corrente fiscal do contribuinte no exercício de 2009. Incluiu parte de valores referentes a parcelamentos - denúncias espontâneas (6000000055096 / 600001119080 / 8000001274094), incluiu parte de antecipação parcial do mês de outubro de 2006 relacionada no parcelamento em 2009, incluiu a antecipação parcial parcelada do mês de janeiro de 2008, os recolhimentos e parcelamentos do exercício de 2009 e dividiu pelo total da Antecipação Parcial do período, encontrando um índice de proporcionalidade (fl.52) que foi aplicada para apuração do crédito glosado como indevido.

A questão que se apresenta é a metodologia utilizada pelo autuante, ao aplicar um índice de proporcionalidade para realizar a glosa dos créditos considerados indevidos. Esta forma de se apurar os valores utilizados para realização do lançamento de ofício, não permite identificar claramente, quais as notas fiscais ou valores creditados no conta corrente do contribuinte foram glosados, por se considerar indevidos.

Para melhor esclarecimento sobre a matéria, vale observar a legislação tributária sobre o tema. As disposições contidas no § 1º do art. 915 do RICMS/97, vigente à época dos fatos geradores, dispõe que aplicam-se às hipóteses em que o contribuinte deixa de efetuar, no prazo previsto na legislação, o recolhimento do imposto devido por antecipação parcial, ou seja, tratando-se de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração que deixar de recolher o imposto por antecipação parcial, mas que, comprovadamente efetuar o recolhimento do imposto na operação de saída posterior, será dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se contudo , a penalidade d que cuida a alínea “d” do inciso II do art. 915 do RICMS/97.

A denúncia espontânea do débito, porém, exclui a aplicabilidade da multa por intempestividade prevista no referido art. 915, § 1º do RICMS/97, por disposição contida no art. 98 do RPAF/99. Entretanto, este tratamento se aplica apenas na hipótese em que o contribuinte comprove ter efetuado o recolhimento do imposto quando das saídas das mercadorias alcançadas pelo regime da antecipação parcial, caso em que não haverá imposto remanescente a ser recolhido.

No caso em comento, o autuante deveria identificar analiticamente todos os documentos fiscais que compuseram os valores lançados de forma intempestiva. Refazer o conta corrente excluindo tais valores do mês indevido, realocando-os no mês do efetivo pagamento, para desta forma permitir a identificação da irregularidade cometida pelo autuado.

O defendente nas razões defensivas fls.114/115, fez juntada de comprovantes do recolhimento do ICMS antecipação parcial, referentes aos meses de fevereiro/2008, setembro e novembro de 2009, fls.116/118, janeiro de 2010 fl.125, onde se verifica o pagamento do imposto de forma tempestiva. Há coincidência destes meses com o período autuado. No entanto, não existe a possibilidade de se verificar nos autos, se tais valores foram levados em consideração quando do cálculo da proporcionalidade realizado pelo autuante.

Da análise do demonstrativo que dá suporte a esta infração, vejo que o lançamento não pode prosperar na forma como efetivado, haja vista que as informações constantes no Auto de Infração não permitem identificar claramente sobre quais valores o autuado está sendo acusado de ter antecipado a utilização do crédito, o que cerceou seu direito de defesa.

No ato de lançamento há que se observar além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, as regras de direito formal, que estabelecem a forma como deve proceder a Fiscalização na constituição do crédito tributário.

Neste caso, constato que assiste razão ao impugnante quando argüi a nulidade do lançamento, por existência de vício formal, decorrente da inadequada metodologia de apuração do valor devido. Não se encontra devidamente caracterizado nos autos quais os valores referentes ao ICMS antecipação parcial, foram creditados na conta corrente fiscal do sujeito passivo antes do respectivo recolhimento.

Observo que é nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais na caracterização da obrigação tributária, dificultando o exercício do direito de ampla defesa do contribuinte. Desse modo, esta infração é nula, nos termos do art. 18 do RPAF/99 e recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo das falhas aqui apontadas, nos termos do art. 21 do RPAF/99.

No que tange à infração 03, demonstrativo fls. 67/68 do PAF, forneceu informações através de arquivo magnético exigidos na legislação tributária, requeridos via intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, sendo aplicada a multa de 5% sobre as divergências, limitada a 1% sobre o valor das operações de saídas do estabelecimento, no mês de novembro de 2008.

O defendente afirmou que não foi intimado para corrigir eventuais inconsistências encontradas nos arquivos magnéticos fornecidos e que, ainda que devida fosse a aplicação de uma multa, esta não poderia ser fixada com base no art. 42, inciso XIII-A, alínea “i” da Lei 7.014/96, como fixado no Auto de Infração impugnado. Afirmou que conforme disposto no art. 261, § 6º do RICMS/12, em caso de descumprimento da obrigação fixada no art. 261, cabível a penalidade prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei 7.014/96. Pediu a aplicação do art. 42, § 7º da Lei 7.014/96, pois entende no caso em comento, eventual divergência no fornecimento de informações fiscais via arquivos magnéticos não são condutas praticadas com dolo, fraude ou simulação, e ainda não implicam a falta de recolhimento do imposto.

Compulsando os autos, constato que a alegação de que não lhe foi concedido o prazo previsto nos §§ 4º e 6º do RICMS/BA., não corresponde a verdade, pois, a intimação para correção das divergências com prazo de 30 dias, acompanhada da listagem diagnóstico da irregularidades, devidamente assinadas por um dos sócios proprietário, encontra-se nas fls. 07 a 20 deste PAF, datado de 11.10.2013.

O defendente alegou ainda que estaria equivocado o enquadramento desta infração na alínea “i” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96 que assim dispõe:

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:

- i) 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior 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 omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso;

Da análise do dispositivo acima transcrito, constato que não existe qualquer equívoco por parte da autuação, considerando-se que está correta a aplicação do inciso “i” conforme descrito acima, totalmente em consonância com a legislação de regência ao caso sob análise.

O defendente alegou que a multa aplicada deve ser reduzida ou cancelada, pois preencheria os requisitos delineados na regra do § 7º do artigo 42 da Lei 7.014/96 que instituiu o ICMS do Estado da Bahia. O § 7º do artigo 42 da Lei 7.014/96, dispositivo invocado pelo autuado, assim dispõe:

(...)

§ 7º As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

O contribuinte não trouxe aos autos os elementos necessários a comprovar de forma inequívoca que a irregularidade constatada não causou falta de recolhimento do ICMS devido. Não acolho, portanto, a pretensão do autuado e considero a infração 03 devidamente caracterizada.

Quanto ao pedido do impugnante de que todas as intimações sejam encaminhadas em favor do Dr. Henrique Rocha Fraga, inscrito na OAB/ES 9.138, com escritório na Rua Pedro Palácios, nº 60, salas 403/405, Centro, Vitória/ES, CEP: 29015-160, tels: 27 3211-1686, ressalto que no foro administrativo embora não seja obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim à parte envolvida na lide, no endereço constante do seu cadastro junto ao estado, nada obsta de que seu pleito seja atendido. O Órgão Competente desta Secretaria poderá enviar as comunicações sobre o presente processo no endereço indicado.

Em atendimento ao art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a 3ªJJF do CONSEF recorreu de Ofício a esta CJF.

Em sede de Recurso Voluntário, às fls. 149 a 162, o recorrente, após descrever as infrações e fazer um breve resumo dos fatos, diz discordar do resultado do julgamento de 1ª Instância no que diz respeito a infração 1, pois, de acordo com os documentos juntados aos autos o valor do ICMS antecipação parcial foi integralmente recolhido, não havendo diferenças a recolher. Além disso entende que a infração deve ser anulada pois a fiscalização desconsiderou na apuração do ICMS antecipação parcial, o valor destacado na nota fiscal.

Ressalta que nos termos da legislação em vigor, o ICMS antecipação parcial é uma antecipação de parte do imposto, e é calculado aplicando-se a alíquota interna sobre o valor da operação constante no documento fiscal de aquisição, excluindo-se do valor obtido o crédito fiscal destacado. Conclui que o valor apurado, ainda que indevido, está incorreto, pois não foi deduzido o valor do crédito fiscal devido ao impugnante, em respeito ao princípio da não-cumulatividade do ICMS. Assim, requer a anulação da autuação fiscal, em relação a infração 1.

No que diz respeito à infração 3 argumenta que o Fisco Estadual autuou o impugnante sob a alegação de que o mesmo “forneceu informações através de arquivos magnéticos, (...) com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento de cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes”, fundamentando o Auto de Infração no art. 259 e 261 do RICMS/BA, com redação dada pelo Decreto nº 13.780/12 c/c art. 42, inciso XIII-A, alínea “i” da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07.

Diz que a Junta de Julgamento Fiscal entendeu ser legítima a aplicação e o valor da multa fiscal aplicada, sem considerar qualquer um dos fundamentos fáticos e jurídicos por ela apresentados. Reafirma os seus argumentos, em primeiro lugar, no que diz respeito ao entendimento firmado, de que a multa é indevida, pois o autuante não respeitou o disposto no art. 261, §§ 4º a 6º do RICMS/BA., que transcreve, deixando de intimar o impugnante para corrigir eventuais inconsistências.

Em segundo lugar, ainda que devida fosse a aplicação de uma multa, esta não poderia ser fixada com base no art. 42, inciso XIII-A, alínea “i” da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07, como fixado no Auto de Infração impugnado. Afirma que conforme disposto no art. 261, § 6º do RICMS/BA, em caso de descumprimento da obrigação fixada no art. 261, cabível a penalidade prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Aduz que se analisando o disposto no art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei nº 7.014/96, verifica-se que o valor da multa só pode ser aplicado após a intimação para apresentação do respectivo arquivo magnético. Além disso, os critérios da fixação da multa devem observar a alínea “j” do

inciso XIII-A e não a alínea "i" como ilegalmente fixado no Auto de Infração. Afirma que este fundamento sequer foi devidamente apreciado pela Junta de Julgamento Fiscal, que limitou-se a dizer que o enquadramento da multa da alínea "i", em vez da "j" do art. 42, inciso XIII-A, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07, é o enquadramento correto.

Afirma que o enquadramento correto da multa aplicada deveria ser com base no art. 42, inciso XII-A, alínea "j" da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.8747/07 e não a alínea "i" como afirmado pela autoridade fiscal. Requer desta autoridade julgadora, a aplicação do art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96, que reproduz.

Aduz que como já reconhecido nas instâncias administrativas e judiciais, não é possível a aplicação de multas isoladas por descumprimento de obrigações acessórias que importem verdadeira violação ao princípio constitucional do NÃO CONFISCO. E no caso em tela, a fixação da multa no valor de R\$ 51.376,56 (cinquenta e um mil, trezentos e setenta e seis reais e cinquenta e seis centavos), tem nítido caráter confiscatório.

Em terceiro lugar entende que no caso em comento, e ao contrário do entendimento firmado pela Junta de Julgamento Fiscal, eventual divergência no fornecimento de informações fiscais via arquivos magnéticos não são condutas praticadas com dolo, fraude ou simulação, e ainda não implicam a falta de recolhimento do imposto. Desta forma, entende não que não deve prevalecer o entendimento firmado pela Junta de Julgamento Fiscal no sentido de que: "*O contribuinte não trouxe aos autos elementos necessários a comprovar de forma inequívoca que a irregularidade constatada não causou falta de recolhimento do ICMS devido. Não acolho, portanto, a pretensão do autuado e considero a infração 03 devidamente caracterizada.*"

Diz que analisando o suposto descumprimento de obrigação acessória verifica-se claramente que inexistiu condutas praticadas com dolo, fraude ou simulação, e ainda não implicaram na falta de recolhimento do imposto.

Afirma que não restou comprovado nos autos que tenha agido de forma dolosa, fraudulenta ou simulada ao fornecer os arquivos magnéticos exigidos pela legislação tributária estadual. Ainda que haja divergência entre a documentação fiscal e os arquivos magnéticos, não há que se aplicar a multa isolada sem a cabal demonstração do dolo ou da fraude cometida e afastar a aplicação do art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96.

Diz que este é o posicionamento já esposado pelo Conselho de Recursos Fiscais da Receita Federal em inúmeros julgados sobre a matéria. Citou como exemplo o Acórdão nº 2302-003137.

Finaliza requerendo o conhecimento e Provimento do Recurso Voluntário, a fim de que seja reconhecida a ilegalidade do Auto de Infração.

Remetidos os autos à PGE/PROFIS, para emissão de Parecer, a Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa após análise dos argumentos do recorrente, opinou pelo Improvimento do Recurso pelos seguintes motivos:

- a) em relação a infração 1 diz que o Recorrente, assim como fez na defesa, não trouxe provas do alegado recolhimento do ICMS por antecipação parcial. Em relação a impugnação dos cálculos do montante devido observou que o crédito fiscal foi considerado pelo autuante conforme de demonstrativo de fls. 23/24;
- b) quanto a infração 3 afirmou que a capitulação da multa é a do art. 42,XII-A,"i", conforme inserido no Auto de Infração, e que a descrição dos fatos está de acordo com a previsão legal da multa pois está sendo imputada a divergência entre documentos fiscais e informações lançadas nos arquivos magnéticos. Ressaltou que a listagem diagnóstica foi entregue a empresa, através de intimação recebida pelo sócio e que a multa aplicada é a prevista na legislação vigente, não cabendo ao CONSEF apreciar alegação de inconstitucionalidade, por força do art. 167 do RPAF.

## VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício relativo à infração 2 e de Recurso Voluntário referente às infrações 1 e 3.

Quanto ao Recurso de Ofício, relativo à infração 2, em que foi lançado o ICMS por falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, o autuante informou que o contribuinte utilizou crédito fiscal do ICMS antecipação parcial de forma intempestiva, isto é, antes de efetivar o recolhimento do imposto, utilizou o crédito fiscal dele decorrente.

Ocorre que da análise dos papéis de trabalho que dão suporte a acusação fiscal fls. 49/53, verifiquei que para apuração do imposto devido, a fiscalização refez a conta corrente fiscal do contribuinte no exercício de 2009 da seguinte forma:

Incluiu parte de valores referentes a parcelamentos - Denúncias Espontâneas (60000000055096 / 6000001119080 / 8000001274094), incluiu parte de antecipação parcial do mês de outubro de 2006 relacionada no parcelamento em 2009, incluiu a antecipação parcial parcelada do mês de janeiro de 2008, os recolhimentos e parcelamentos do exercício de 2009 e dividiu pelo total da Antecipação Parcial do período, encontrando um índice de proporcionalidade (fl.52) que foi aplicada para apuração do crédito glosado como indevido.

Assim, verifico que os demonstrativos elaborados pela fiscalização não permitem identificar claramente sobre quais valores o autuado está sendo acusado de ter antecipado a utilização do crédito, o que certamente cerceou seu direito de defesa, Nula, portanto, a referida infração, à luz do quanto disposto no art. 18, inciso II, do RPAF/99, devendo a autoridade competente determinar a instauração de novo procedimento fiscal, a salvo de falhas, de acordo com o art. 21 do RPAF/99.

Passarei agora ao exame da Decisão recorrida no que se refere às infrações 1 e 3.

Na infração 1 exige-se o ICMS em decorrência da falta de recolhimento da antecipação parcial, nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização. No Recurso Voluntário, o contribuinte reafirma que recolheu o imposto devido, e que, para a apuração do imposto devido não foram concedidos os créditos destacados nos documentos fiscais.

Estes argumentos não podem ser acatados pois, primeiramente, não foram trazidos quaisquer documentos comprovando o recolhimento do imposto exigido no presente lançamento. Como tais provas se referem a documentos que estão de posse do próprio contribuinte, caberia a este trazê-los aos autos para elidir a infração, demonstrando as incorreções alegadas, o que não ocorreu.

No que diz respeito a não consideração no cálculo do imposto devido dos créditos destacados nos documentos fiscais, verifico que estes foram considerados, conforme se verifica nos demonstrativos que serviram de lastro para a acusação fiscal , anexados às fls. 23/24.

Na infração 3 exige-se a multa, no valor de R\$51.376,56, por ter o contribuinte fornecido informações através de arquivos magnéticos com dados divergentes nos constantes nos documentos fiscais correspondentes, sendo aplicada a multa de 5% sobre as divergências, ficando a multa limitada a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviço realizadas no estabelecimento, no mês de novembro de 2013.

Inicialmente, entendo não merecer guarida o argumento do recorrente de que a Decisão proferida pela 1ª Instância, não levou em consideração os fundamentos fáticos e jurídicos por ele arguídos pois todas as razões apresentadas na Impugnação, fls. 71/83, foram apreciadas no Julgado de Primeira Instância, conforme se verifica da leitura do voto proferido pela Sra. Relatora, transscrito no relatório antecedente a este voto;

Quanto a alegada nulidade de que houve erro em relação à legislação aplicável ao caso, o que teria causado vício insanável verifico que o autuante, à época da fiscalização, tendo constatado que os dados relativos às entradas e saídas informadas nos arquivos magnéticos entregues pelo sujeito passivo, nas datas previstas pela legislação (jan/2008 a dezembro de 2009), encontravam-se divergentes dos documentos fiscais correspondentes, imputou corretamente, no Auto de Infração a penalidade prevista no inciso XIII-a, alínea "i" do art. 42 da Lei nº 7.014/96, vigente à época dos

fatos geradores, a seguir transcreto:

*"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:*

*i) 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior 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 omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso;:*

Ocorre que apesar das ocorrências se referirem ao período compreendido entre janeiro de 2008 a dezembro de 2009, conforme se verifica nos papéis de trabalho às fls. 55/68, o autuante considerou como data de ocorrência dia 12 de novembro de 2013, data em que se encerrou o prazo de 30 dias concedido através da intimação expedida pela fiscalização para que o contribuinte regularizasse as omissões detectadas nos arquivos magnéticos apresentados à SEFAZ no prazo regulamentar.

No caso em questão a infração diz respeito a divergências entre os dados inseridos nos documentos fiscais e os informados nos arquivos magnéticos. Assim, a data de ocorrência deve ser a data da apresentação dos respectivos arquivos, (janeiro/2008 a dezembro de 2009).

Neste sentido, inclusive, dispõe a Orientação Gerencial nº OG-GEAFI-FISC-003/2005, vigente à época dos fatos geradores, no item 5.2:

*"5 – Caso o contribuinte não entregue o arquivo solicitado ou o apresente ainda com inconsistências, deve ser lavrado Auto de Infração em razão do não atendimento à intimação, conforme referido no item 2 desta orientação gerencia, hipótese em que deverá ser anexada ao Auto de Infração a intimação não atendida.*

*5.1 – 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 correção dos erros indicados.*

*5.2 – Tratando-se de infração relacionada à omissão de informação ou divergência mencionadas nos subitens 1.1 e 1.2, os campos ‘data de ocorrência’ e ‘data de vencimento’ do Auto de Infração, deverão ser preenchidos com a data de envio do respectivo arquivo.”*

Consequentemente, o enquadramento legal deve ser como inserido no Auto de Infração, não ocorrendo o suposto erro alegado, tendo em vista que o dispositivo aplicado no lançamento original está em consonância com a irregularidade detectada. Daí porque não acolho a preliminar de nulidade suscitada.

No que diz respeito à alegação de desproporcionalidade da penalidade imposta, caracterizando o caráter abusivo e confiscatório da multa aplicada, o que é vedado expressamente pela Constituição Federal, esta deve ser rechaçada, pois este órgão colegiado não possui competência para declarar a constitucionalidade, nos termos do art. 167, I, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

No mérito, observo que a fiscalização obedeceu a todos os procedimentos determinados na norma regulamentar. Ao analisar os arquivos magnéticos enviados à SEFAZ, constatou-se divergências entre os valores constantes nos documentos fiscais e as informadas nos mencionados arquivos magnéticos, conforme demonstrado à fl. 55.

O contribuinte foi intimado em 11/10/2013 para, em um prazo de trinta dias regularizar as falhas apontadas, contudo não o fez. Assim, como já esclarecido na preliminar de nulidade, a irregularidade apontada pelo autuante diz respeito a divergências entre dados informados nos documentos fiscais e o inserido nos respectivos arquivos magnéticos apresentados pelo sujeito passivo e não inconsistências nos arquivos magnéticos (equiparado a falta de entrega), como entende o contribuinte. Neste caso, a penalidade a ser aplicada tem como data de ocorrência a data em que o arquivo magnético foi apresentado com dados divergentes, em conformidade com as determinações contidas no item 5.2. da Orientação Gerencial nº OG-GEAFI-FISC-003/2005.

Assim, fica confirmado o valor total da multa de R\$51.376,56 e de ofício, alteradas as datas de

ocorrência para a data em que o arquivo magnético foi apresentado com dados divergentes, e respectivas datas de vencimento, conforme inserido no demonstrativo elaborado pelo fiscal autuante à fl. 67 e a seguir reproduzido:

Data Ocorr	Data Vecto	Valor
jan/08	09/02/2008	2.283,26
fev/08	09/03/2008	646,86
mar/08	09/04/2008	937,41
abr/08	09/05/2008	675,68
mai/08	09/06/2008	1.951,99
jun/08	09/07/2008	1.256,97
jul/08	09/08/2008	2.497,45
ago/08	09/09/2008	1.840,02
set/08	09/10/2008	4.184,81
out/08	09/11/2008	4.388,54
nov/08	09/12/2008	2.169,40
dez/08	09/01/2009	4.312,88
jan/09	09/02/2009	1.257,21
fev/09	09/03/2009	1.204,96
mar/09	09/04/2009	2.040,70
abr/09	09/05/2009	1.067,40
mai/09	09/06/2009	2.165,48
jun/09	09/07/2009	1.209,67
jul/09	09/08/2009	3.379,63
ago/09	09/09/2009	2.317,42
set/09	09/10/2009	1.739,28
out/09	09/11/2009	1.934,00
nov/09	09/12/2009	2.925,27
dez/09	09/01/2010	2.990,27
<b>Total</b>		<b>51.376,56</b>

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário, e, de ofício, retifico as datas de ocorrências e vencimentos da infração 3 conforme as determinações contidas no item 5.2. da Orientação Gerencial nº OG-GEAFI-FISC-003/2005.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 269133.1202/13-4, lavrado contra RODRIGUES & VENTURIM LTDA. (SILVANA), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$43.840,84, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, “d”, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no total de R\$51.376,56, prevista no inciso XIII-A, “i”, art. 42, da Lei nº 7014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05. Retificado, de ofício, as datas de ocorrência e a terceira infração.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de novembro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS