

A. I. Nº - 269133.1202/13-4
AUTUADO - RODRIGUES & VENTURIM LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ CÍCERO DE FARIAS BRAGA
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 17/06/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0129-03/14

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. Infração subsistente. **2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO ANTECIPADA. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.** 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. É nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da vinculação, cerceando o direito de defesa. Infração nula. **2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FORNECIMENTO COM DADOS DIVERGENTES DOS DOCUMENTOS FISCAIS.** Infração caracterizada. Não acatado pedido de redução de multas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 20/12/2013, exige crédito tributário no valor de R\$263.994,91, em razão das seguintes irregularidades:

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.

O autuado impugna o lançamento fls.71/83. Registra a tempestividade da impugnação, bem como, requer que as intimações e decisões a respeito do presente auto de infração sejam dirigidas 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.

Afirma que foi autuado pela Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia, por ter supostamente deixado de honrar com suas obrigações tributárias em relação ao pagamento do ICMS. Discorda do entendimento firmado pela autoridade fiscal, e por ter sido o auto de infração lavrado em total desconformidade com a legislação tributária pertinente, indispensável é a interposição da presente impugnação administrativa.

Sobre a infração 01, diz que a autoridade fiscal lhe autuou, por considerar que não teria recolhido o ICMS antecipação parcial no mês de dezembro de 2008. Aduz que conforme documentos que anexa, o valor do ICMS antecipação parcial foi integralmente pago, não havendo diferenças a se recolher. Além disso, alega que o auto deve ser anulado nesta parte, pois a autoridade fiscal desconsiderou na apuração do ICMS antecipação parcial o valor do crédito fiscal destacado na nota fiscal.

Esclarece 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. Aduz 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. Requer a anulação da autuação fiscal, em relação a infração 01.

A respeito da infração 02, disse que o Fisco lhe imputou a seguinte acusação: que “em virtude do contribuinte utilizar antecipadamente, antes do recolhimento da antecipação parcial, foram desconsiderados estes créditos, sendo somente considerados os créditos da antecipação parcial, efetivamente recolhidos no mês”. Em consequência, a autoridade fiscal lhe enquadrou nas hipóteses do artigo 124, inciso I, do RICMS/97, c/c art. 42, inciso I, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Menciona que analisando a fundamentação jurídica e os artigos utilizados pela autoridade fiscal para a lavratura do auto e apuração do suposto débito tributário, conclui-se 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 no Anexo II do Auto de Infração e nos documentos em anexo, já está efetivamente pago.

Frisa que a autoridade fiscal, na prática, procede a um verdadeiro *bis in idem*, ao cobrar em duplicidade valor a título de ICMS que já foi pago nas etapas anteriores. Diz que a pretensão do Fisco viola frontalmente o princípio da não cumulatividade do ICMS, e afronta o artigo 155, § 2º, inciso I da Constituição Federal, que reproduz.

Assevera que para ratificar a ilegalidade da autuação e os argumentos para a anulação do presente auto de infração, basta analisar o anexo II do Auto de Infração impugnado, para se constatar que os valores foram pagos ou parcelados. E estes fatos são incontroversos e reconhecidos pelo próprio Fisco.

Destaca que em relação às competências em que houve a autuação, o imposto ICMS antecipação parcial foi pago, mas com atraso ou parcelado, isto antes do início de qualquer procedimento fiscal. Alega ficar evidente, a pretensão da fiscalização no sentido de cobrar novamente o valor do ICMS antecipação parcial, já pago ou parcelado, sob o argumento de descaracterização do aproveitamento de crédito fiscal, em decorrência da mora no pagamento deste imposto.

Entende que o Fisco não está desconsiderando o crédito fiscal utilizado no cálculo do ICMS antecipação parcial. Está, em verdade, cobrando novamente todo o ICMS antecipação parcial que já foi quitado pelo impugnante. Afirma que a pretensão do Fisco viola frontalmente o princípio da não cumulatividade do ICMS, e afronta o artigo 155, § 2º, inciso I da Constituição Federal, que reproduz.

Destaca que recentemente o CONSEF apreciou caso idêntico do mesmo contribuinte em relação a outra autuação fiscal emanada pela mesma autoridade fiscal, onde se concluiu pela ilegalidade da

desconsideração do crédito fiscal pago antes do início de qualquer ação fiscal. Transcreve a parte da Decisão e junta o referido precedente.

Conclui que a matéria já foi objeto de análise pelo CONSEF, em relação as mesmas partes (autuante e autuado) e mesmo assunto, já tendo sido reconhecida a ilegalidade da autuação fiscal. No tocante à infração 03, diz 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 no art. 259 e 261 do RICMS/BA, com redação dada pelo Decreto 13.780/12 c/c art. 42, inciso XIII-A, alínea “i” da Lei 7.014/96, alterada pela Lei 10.847/07.

Rebate a acusação dizendo que, em primeiro lugar, em que pese o entendimento firmado, 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 7.014/96, alterada pela Lei 10.847/07, como fixado no auto de infração impugnado. Afirma 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. Transcreve este dispositivo.

Aduz que se analisando o disposto no art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei 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. Requer desta autoridade julgadora, a aplicação do art. 42, § 7º da Lei 7.014/96, que reproduz.

Entende que 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. Desta forma, perfeitamente aplicável o disposto em favor do contribuinte, ora impugnante.

Requer, seja declarada a insubsistência do Auto de Infração declarando a sua anulação pelos motivos expostos, por total desconformidade com a legislação aplicável ao caso e por medida de inteira justiça.

O autuante prestou informação fiscal fls. 106/110. Diz que em função da defesa interposta pelo contribuinte, necessário se faz as considerações sobre as infrações que alinha.

Sobre a infração 01, entende que os argumentos defensivos, constantes na fl. 73 deste PAF – Processo Administrativo Fiscal, que o contribuinte trouxe para tentar contestar esta infração, são claramente protelatórios, visto que, inicialmente alegou, em relação a falta de recolhimento do ICMS da antecipação parcial que “conforme documentos em anexo, o valor do ICMS antecipação parcial foi integralmente pago, não havendo diferenças a se recolher”.

Entretanto, diz que como era de se esperar, já que não houve o pagamento, o mesmo não anexou nenhum documento que comprovasse o recolhimento da antecipação parcial de dezembro de 2008, conforme demonstrativo constante no anexo 01. Em seguida alegou também que: “além disso, o auto deve ser anulado nesta parte, pois a autoridade fiscal desconsiderou na apuração do ICMS antecipação parcial o valor do crédito fiscal destacado na nota fiscal”.

Afirma que diferente do alegado pelo contribuinte, não procede sua argumentação, em relação a não dedução dos créditos fiscais destacados nos documentos fiscais, visto que, como pode se constatar no demonstrativo de débito ICMS antecipação parcial a recolher/dez 2008 (anexo 01) os

mesmos foram considerados no cálculo da antecipação parcial. Desta forma os valores apurados para esta infração estão corretos e são devidos.

A respeito da infração 02, diz que o contribuinte equivoca-se em sua defesa. Aduz que não procedem os argumentos descritos pelo defendente, relativos a cobrança em duplicidade do ICMS antecipação parcial, pois como consta neste auto de infração na descrição dos fatos que: *em virtude do contribuinte utilizar antecipadamente, antes do recolhimento da antecipação parcial, foram desconsiderados estes créditos, sendo somente considerados os créditos da antecipação parcial efetivamente recolhida no mês*, visto que a legislação vigente na época, bem como a atual são bem claras ao vedar a utilização destes créditos antes do mês de pagamento. Tendo sido considerados, conforme demonstrativo do débito ICMS normal recolhido a menos (anexo 02), os créditos fiscais decorrentes dos recolhimentos no mês pagamento da antecipação parcial, através do código de arrecadação 2175 – Antecipação Parcial ou através de denúncias espontâneas ou débito declarado, visto que com a realocação desses créditos houve alteração do ICMS normal a recolher. Sobre a vedação de utilização extemporânea de crédito transcreve o art. 101 do RICMS-BA/97 e o inciso II do art. 309 do RICMS-BA/12.

Em relação ao alegado entendimento firmado pelo CONSEF em caso idêntico, esclarece que a autuação referente a infração 04 do auto de infração 2691331212/12-1 não é idêntica, pois, tratou-se de crédito fiscal indevido e apesar de o julgador ter considerado o crédito fiscal como intempestivo, pois o contribuinte se apropriou antes mesmo de efetuar o pagamento da antecipação parcial, mas em função do contribuinte ter efetuado o recolhimento da antecipação parcial antes do início da ação fiscal, a irregularidade apontada foi afastada em relação aos meses em que os pagamentos foram efetuados, mesmo fora do prazo devido.

Continua esclarecendo que esta decisão da 1ª Junta de Julgamento e com a qual não concorda, ainda será objeto de nova apreciação em uma das Câmaras deste Conselho e a seu ver, tem grandes chances de ser revertida, porque neste caso específico o prejuízo ao Erário é evidente com a antecipação dos créditos da antecipação parcial antes do seu pagamento, além de ser totalmente contrária a legislação em vigor.

No que tange à infração 03, afirma que a alegação do autuado de que não foi intimado com a concessão do 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 das irregularidades, devidamente assinadas por um dos sócios proprietário, encontra-se nas fls. 07 a 20 deste PAF.

Quanto à alegação de enquadramento indevido no art. 42, inciso XIII-A, alínea “i” da Lei 7.014/96, alterada pela Lei 10.847/07, e que somente seria cabível 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, assevera que mais uma vez, o contribuinte comete um equívoco em suas alegações, visto que a multa aplicada foi correta, pois o § 6º do art. 261 do RICMS/12, mencionado pelo contribuinte, refere-se ao *caput* deste artigo, ou seja, quando o contribuinte inicialmente ainda não forneceu (enviou) ao fisco os arquivos magnéticos, o que não foi o caso em tela, tendo sido o mesmo intimado para correção dos arquivos apresentados com inconsistências com prazo de 30 dias, conforme § 4º deste mesmo artigo, acompanhado de listagem diagnóstico das irregularidades. Opina pela procedência do auto de infração.

O autuado voltou a se manifestar fls.114/115, juntando comprovantes de pagamento da antecipação parcial, referentes aos meses de fevereiro/2008, setembro e novembro de 2009 fls.116/118 que diz referir-se à infração 02.

VOTO

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 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 II do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.”

O defendente 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 (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.

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 argúi 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.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269133.1202/13-4**, lavrado contra **RODRIGUES & VENTURIM LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$43.840,84**, acrescido da multa de 60% prevista no inciso II alíneas “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 alínea “i”, art. 42 da Lei 7014/96 alterada pela Lei 8.534/02 e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei 9.837/05.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de junho de 2014.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR