

PROCESSO - A. I. Nº 110019.0024/06-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - FOTOSYSTEM - COMÉRCIO E SERVIÇOS FOTOGRÁFICOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0239-04/07
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 13/11/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0395-12/07

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Os demonstrativos de apuração acostados aos autos não trazem segurança em relação à irregularidade e base de cálculo do imposto exigido, devendo ser considerado nulo o lançamento de ofício por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e a base de cálculo. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto nos termos do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, tendo em vista a Decisão da 4ª JJF que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado em razão de recolhimento a menor do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas no Anexo 88 do RICMS-BA/97. Foi lançado imposto no valor de R\$ 349.254,74.

O autuado apresentou defesa, alegando que foi cobrada antecipação parcial referente a aquisições, cujo imposto foi pago, conforme fotocópia de DAEs que acostou às fls. 56 a 68. Também afirmou que foi cobrada antecipação parcial relativamente a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e a operações de simples remessas. Ressaltou que, por ser uma empresa de atividade mista, somente passou a ser obrigado a efetuar a antecipação parcial a partir de 01/03/04, quando entrou em vigor da Alteração nº 52 do RICMS-BA. Solicitou a improcedência da autuação.

Na informação fiscal, o autuante, inicialmente, explicou que o Auto de Infração exige ICMS devido por antecipação parcial, no montante de R\$349.254,74, no exercício de 2004. Excluiu da autuação os valores comprovados pelos DAEs acostados na defesa e os pertinentes a aquisições cujo imposto foi retido na fonte. Apresentou novo demonstrativo, onde apurou o valor remanescente de R\$230.771,80. Solicitou a procedência parcial do Auto de Infração.

Considerando que o autuante acostou ao processo relação do CFAMT e notas fiscais (fls. 74/181), o autuado foi notificado acerca da informação fiscal, recebeu cópia desses novos documentos e teve o prazo de lei para pronunciamento. Nessa oportunidade, o autuado reiterou as alegações já expendidas na defesa.

Ao proferir o seu voto na Decisão recorrida, o ilustre relator inicialmente descreveu a acusação imputada ao autuado, as alegações defensivas e as explicações contidas na informação fiscal. Em seguida, o relator ressaltou que:

- 1. a acusação fiscal é de recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição nas aquisições de outros estados relacionadas no Anexo 88 do RICMS-BA/97, com o enquadramento legal na alínea “a” do inciso I do art. 371, além do art. 125, inciso I, alínea “a”, combinado com o art. 61 todos do RICMS-BA/97;*
- 2. o demonstrativo elaborado pelo autuante, fls. 09 a 24, que discrimina a apuração do imposto exigido de janeiro a dezembro de 2004, cujo título na primeira página, fl. 09, consta “Demonstrativo de Apuração do ICMS Antecipação Tributária, devido nas Entradas de Mercadorias enquadradas no Regime de Substituição Tributária”, já nas demais*

páginas consta o título “Demonstrativo de Apuração do ICMS Antecipação Parcial, devido nas Entradas de Mercadorias destinadas a Comercialização”, sendo aplicada em toda a planilha para apuração do ICMS devido a MVA de 40%;

- 3. constam do demonstrativo elaborado pelo autuante, fls. 09 a 24, notas fiscais de operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária remetidas por contribuintes de estados signatários do Protocolo ICM 15/85 – filmes fotográficos, a exemplo da Nota Fiscal nº 756952, fl. 78, cuja responsabilidade pelo recolhimento do imposto é do remetente; notas fiscais de operações com mercadorias alcançadas pelo regime normal de tributação, a exemplo da Nota Fiscal nº 144524, fl. 91, câmara fotográfica, sujeita a antecipação parcial; notas fiscais de remessa por conta e ordem de terceiros – CFOP 6.949, remetida por /armazém Geral, a exemplo da Nota Fiscal nº 355173, fl. 81, cujo recolhimento do ICMS é de responsabilidade da empresa que emitiu a Nota Fiscal nº 106833, conforme consta no campo “Dados Adicionais”;*
- 4. o próprio autuante em sua informação fiscal, fl. 73, afirma que Auto de Infração exige antecipação tributária.*
- 5. o autuado junta demonstrativo discriminando “DAEs Antecipação Pagos”, fls. 39 a 44 - anexo 1, “Entrada com Substituição Tributária” – anexo 2, fls. 45 a 48, “Entradas Material Aplicado” – anexo 3, fls. 49 a 55. Além de colacionar aos autos cópias dos DAEs recolhidos, fls. 56 a 68.*

Prosseguindo, o relator votou pela nulidade do lançamento e recomendou o refazimento da ação fiscal. Ao fundamentar o seu voto, o relator assim se pronunciou:

Das considerações supra expendidas, tem-se que o procedimento fiscalizatório realizado não observou os pressupostos de validade do lançamento, haja vista que relacionou no demonstrativo de apuração da exigência fiscal, objeto do presente Auto de Infração, ocorrências com infringências distintas e com apuração da base cálculo de forma única, ou seja, com a inclusão da MVA em todas as operações, quando deveria ser aplicada somente na Antecipação Tributária.

Entendo que deveria o lançamento ser segregado em infrações distintas, para cada uma das infringências cometidas pelo autuado, pois, na forma como fora procedido pela fiscalização, restou evidenciada a imprecisão na acusação fiscal. Eis que, o próprio autuante, apesar de enquadrar a infração como recolhimento a menos do ICMS Antecipação Tributária – alínea “a” do inciso I do art. 371 do RICMS-BA/97, se refere na informação fiscal como sendo a exigência em questão relativa a Antecipação Parcial. Comprometendo, assim, a imprescindível clareza da caracterização da infração que obstaculiza o exercício da ampla defesa pelo contribuinte.

Os demonstrativos elaborados pelo autuante não trazem segurança em relação à base de cálculo e ao imposto exigido. Por isso, comungo com a tese de que, a falta de clareza na apuração da base de cálculo dos valores imponíveis, bem como a ausência de especificidade para cada uma das infringências cometidas pelo autuado, implicam em ofensa ao direito do contribuinte do exercício de ampla defesa, pela incerteza do que a ele esteja sendo imputado.

Desta forma, nos moldes como fora apurada a infração, a mesma foi feita sem observação dos requisitos essenciais em respeito à legalidade e à verdade material, ficando caracterizado que o lançamento não fora efetuado consoante legislação que disciplina a matéria, ou seja, o lançamento não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança a infração imputada, acarretando a nulidade do Auto de Infração, como bem determina a alínea “a” do inciso IV do art. 18 do RPAF-BA/99.

Ante o exposto, considero inadequada a forma de apuração da exigência fiscal objeto da infração 01 efetuada pela fiscalização, e considero eivado de nulidade o presente lançamento de ofício.

Considerando que o valor da desoneração do sujeito passivo ultrapassava o limite previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 4ª JJF recorreu de sua Decisão.

VOTO

De acordo com a acusação contida no Auto de Infração, no lançamento de ofício em análise o recorrido foi acusado de ter recolhido a menos ICMS devido por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por antecipação, relativamente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS-BA.

No demonstrativo de fls. 9 a 24, o imposto cobrado foi calculado de acordo com a metodologia prevista para a antecipação tributária prevista no art. 371, I, “a”, do RICMS-BA. Apesar de na primeira página desse demonstrativo constar que o imposto ali apurado é referente ao ICMS devido por antecipação tributária, nas demais páginas está consignado que o imposto cobrado é pertinente à antecipação parcial (art. 352-A do RICMS-BA).

Na informação fiscal, fl. 73, o autuante expressamente diz que o Auto de Infração exige ICMS referente à antecipação parcial, porém, à fl. 194, diz que o imposto cobrado é devido por substituição tributária.

Ao se examinar as notas fiscais acostadas às fls. 78 a 181, constata-se que as aquisições relacionadas na autuação são referentes à mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e a mercadorias não enquadradas nesse citado regime, porém sujeitas à antecipação parcial. Em suma, em um único demonstrativo foram listadas mercadorias sujeitas à antecipação tributária prevista no art. 371, I, do RICMS-BA, bem como mercadorias em relação às quais é devida a antecipação parcial prevista no art. 352-A do RICMS-BA.

Apesar de ser um procedimento não muito recomendável, é possível que em um mesmo demonstrativo se apure o ICMS devido por antecipação tributária e o devido por antecipação parcial. Contudo, as apurações devem obedecer aos critérios previstos, uma vez que, cada apuração tem o seu método próprio. Além disso, cada um desses valores deveria ser cobrado em infrações distintas.

No caso em tela, a apuração utilizou o mesmo critério para as duas infrações e o imposto foi cobrado sob uma mesma acusação. Esses fatos cerceiam o direito de defesa, trazem insegurança na determinação do fato gerador do imposto e do montante devido. Assim, considero que a Decisão da Primeira Instância, ao julgar Nulo o Auto de Infração e recomendar o refazimento da ação fiscal, foi a mais acertada para a situação em tela.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para homologar a Decisão recorrida, recomendando à repartição fazendária competente, nos termos do art. 21 do RPAF/99, o refazimento da ação fiscal a salvo de falhas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº 110019.0024/06-4, lavrado contra **FOTOSYSTEM - COMÉRCIO E SERVICOS FOTOGRÁFICOS LTDA.**, recomendando-se à repartição fiscal de origem o exame concernente à necessidade de renovação do procedimento fiscal.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de outubro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTI – REPR. DA PGE/PROFIS