

A. I. Nº - 019803.0131/06-2
AUTUADO - I DA S RIBEIRO COMERCIAL.
AUTUANTE - LUCIENE MENDES DA SILVA PIRES
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 11. 04. 2007

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0054-04/07

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Lançamento em desacordo com as normas que regem a matéria. Os fatos apurados demonstraram insegurança do lançamento de ofício. É nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 20/11/2006, para constituir o crédito tributário no valor R\$6.580,67, em decorrência de falta de recolhimento do ICMS por contribuinte credenciado, referente a antecipação parcial, no prazo regulamentar, no dia 25 do mês subsequente ao da entrada no estabelecimento, previsto na Portaria 114/04, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação.

O autuado apresentou defesa, fls. 26 a 38, ressaltando que, na mesma ação fiscal, nas datas de 17/11, 20/11 e 23/11/2006, a autuante lavrou outros 06 (seis) autos de Infração nº 019803.0125/06-2, 019803.0126/06-9; 019803.0127/06-5, 0198803.0128/06-1, 019803.0132/06-9 e 019803.135/06-8, todos contendo o mesmo tipo e exigência contra o autuado, relativamente a períodos de apuração do mesmo exercício fiscalizado, o que contraria as orientações das normas disciplinadas contidas nos artigos 38 a 40 do Decreto nº 7.629/99.

Prosseguindo, transcreveu o art. 18 do RPAF/99 e doutrina sobre nulidade, relação jurídica, legalidade administrativa, lançamento tributário.

Argumenta que a autuante inovou no Processo, em relação à legislação que regula a matéria, ao lavrar uma série de 07 (sete) Autos de Infração, ao concluir uma única ação fiscal no estabelecimento do autuado, contrariando disposições dos artigos 38 a 40, do decreto nº 7.629/99. Pois, somente “em casos especiais, mediante justificativa circunstanciada do auditor fiscal, o Inspetor fazendário poderá autorizar a lavratura de 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, anexando-se a cada Auto cópia da justificativa e da autorização”.

Insurgiu-se contra o Termo de Apreensão e Ocorrências anexado ao Auto de Infração, no qual consta assinatura ilegível e não identificável do suposto depositário e de quem tomou ciência do mesmo, em 24/11/2006. O referido termo não dispõe de elementos fundamentais para possibilitar a identificação dos motivos que levaram à sua lavratura, a especificação das mercadorias supostamente apreendidas, as circunstâncias da apreensão, a identificação correta do transportador e de quem assinou como depositário, em nome do autuado. Aduz que consta no documento como data de ocorrência o dia 20/11/2006, data incompatível com as operações elencadas no demonstrativo de cálculo do ICMS, anexado ao auto.

Diz que a autuante não especificou no citado demonstrativo, os casos de mercadorias não sujeitas à antecipação parcial, englobando num todo, notas fiscais relativas a mercadorias sujeitas à substituição tributária e mercadorias da cesta básica. Diz ainda que no total do ICMS a recolher

engloba valores correspondentes a acréscimos moratórios e não foi especificado no auto o valor histórico dos débitos lançados. Acrescenta que não foram observados os recolhimentos relativos à antecipação parcial efetuados nas épocas próprias.

Argumenta que, como a apuração procedida pela autuante está embasada em documentos destituídos de substância legal, porque desprovidos de elementos indispensáveis e por conter vícios de forma, requereu o reconhecimento da imprestabilidade do Termo de Apreensão e Ocorrências.

Prosseguindo, cita os elementos que se encontram ausentes para se identificar, com segurança, a infração:

- a) A autuante identificou como “data de ocorrência” o dia 17/11/2006, data incompatível com as operações elencadas no “Demonstrativo de Cálculo do ICMS devido por Antecipação e não Recolhido”, que ocorreram no exercício de 2005, estando também em desacordo com a data de início da ação fiscal (25/10/2006);
- b) O referido demonstrativo não contém elementos que possibilitem identificar as datas corretas das notas fiscais, os remetentes, o tipo de mercadoria, a alíquota interna aplicável, nem especifica a data de ocorrência da suposta infração;
- c) Não foi elaborado o Termo de Início de Fiscalização, contrariando a norma do art. 28, do RPAF/99;
- d) No demonstrativo não foram especificados os casos de mercadorias não sujeitas à antecipação parcial, tendo incluído notas fiscais relativas a mercadorias sujeitas à substituição tributária pelo remetente e mercadorias da cesta básica, a exemplo de sal de cozinha e macarrão;
- e) O “Total do ICMS a Recolher” descrito no citado demonstrativo e transportado para o quadro “Total do Débito” do Auto de Infração engloba valores correspondentes a “acréscimos moratórios”, cuja forma de cálculo não foi claramente elucidada;
- f) Na “Data de Vencimento” constante no quadro “Total do Débito” consta um valor numérico de origem desconhecida;
- g) Não foi especificado no Auto de Infração o “valor Histórico” dos supostos débitos lançados;
- h) No quadro “Total do Débito” não foram especificados os valores dos créditos fiscais destacados nas notas fiscais;
- i) Como a autuante não computou os recolhimentos relativos à antecipação parcial efetuados nas épocas próprias, incorreu no procedimento arbitrário da bitributação.

Assevera que restar caracterizado o cerceamento ao direito da ampla defesa, o que inquinia de nulidade o Auto de Infração, por “não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator”. Requereu, desse modo, a decretação da nulidade do Auto de Infração, em toda a sua extensão, bem como de seus anexos e demonstrativos.

Ressalta estarem prejudicados a análise do mérito, o contraditório e o exercício da ampla defesa, princípios assegurados ao contribuinte, desde a Carta Magna até as normas inferiores, inclusive o CTN e o COTEB.

Assegurou que estando frustrada a tentativa arbitrária de impor-lhe exigências de imposto, multa e acréscimos moratórios, por cerceamento ao amplo direito de defesa, é inevitável que este CONSEF decretará a nulidade do Auto de Infração, por ter se constituído numa peça fiscal imprestável para os fins aos quais se propunha, por estarem totalmente ausentes os requisitos indispensáveis à identificação clara e objetiva da infração apontada.

Afirmou ter ficado inerte quanto à discussão do mérito, pois o mesmo somente seria possível por meio de ficção, uma vez que uma peça tão contaminada de vícios não resistirá à apreciação da preliminar de nulidade argüida.

Asseverou que as questões tributárias devem ser tratadas com seriedade, não podendo o contribuinte ficar à mercê de ataques arbitrários, infundados e desprovidos de comprovação efetiva, como se o imposto devido fosse objeto de “adivinhações” ou presunções não comprovadas, por parte dos prepostos fiscais.

Observou que sendo ultrapassadas as preliminares argüidas, discutirá o mérito apenas de forma superficial, considerando as evidências de improcedência da exigência tributária. Assinalou que a primeira controvérsia latente consiste na data de ocorrência apontada pela autuante como sendo o dia 17/11/2006, uma vez que seguindo o prazo previsto pela legislação para o recolhimento do ICMS devido pela antecipação parcial, seria o dia 25/12/2006, sendo o que se pode inferir da “Descrição dos Fatos” e pelo que prevêm as normas pertinentes. Assim, não poderia ser exigido o imposto em 17/11/2006, uma vez que a data determinada na norma seria 25/12/2006.

A segunda controvérsia assinalada se refere à simulada apreensão das mercadorias, considerando que efetivamente as aquisições foram efetuadas em meados de 2005, tendo sido registradas, com apropriação dos créditos destacados nas notas fiscais, acrescidos dos valores relativos à antecipação parcial, que comprovadamente foram recolhidos; mesmo admitindo-se a absurda hipótese de que tais recolhimentos não tenham ocorridos, o autuado não os teria utilizado; como o impugnante promoveu a saída das mercadorias, efetuou em cada operação tributável, o lançamento do imposto em sua totalidade; em suma, foi escriturado e recolhido nas épocas próprias, o ICMS total devido em cada operação, o que significa dizer que o Estado não teve qualquer prejuízo com a forma de recolhimento adotada, constituindo-se a cobrança extemporânea da “antecipação parcial” numa bitributação.

Ressalta que de acordo com os dados declarados nas DMA's de cada mês, registrou no exercício de 2005 um total de entradas da ordem de R\$ 3.254.429,90, enquanto que o total de saídas no mesmo período foi de R\$ 7.286.008,96.

Requer a realização de perícia e, de acordo com o art. 145, § único, do RPAF/99, indicou a sua assistente técnica, a contadora Sra. Gilmara dos Santos Silva, que poderá ser encontrada em seu estabelecimento. Formulou os seguintes quesitos, que considerou de fundamental importância:

Ao final, solicita o reconhecimento de nulidade do Auto de Infração, e se ultrapassadas as preliminares argüidas, que seja autorizada a perícia por fiscal estranho ao feito ou decretada a improcedência da autuação.

O Auditor fiscal designado presta a informação fiscal, fls. 41/44, argumentando que o auto reclama o imposto por antecipação parcial e muito embora apresente alguns vícios de procedimento, os princípios de direitos aplicáveis ao processo administrativo impõem o informalismo, a legalidade objetiva, a verdade material e indicam o caminho para o deslinde da questão. O imposto que é devido, teria sido pago por outra forma e seria a presente cobrança de bitributação?

Afirma que no demonstrativo de débitos, fl. 07, foi incluída a nota fiscal nº 86.546, relativa a aquisição de Leite em Pó e aplicada a alíquota de 17% sem atentar para a redução de base de cálculo prevista no art. 87, inciso XXI do RICMS. A alíquota aplicável seria 7 não havendo, portanto o que antecipar não sendo devido o imposto reclamado sobre ele.

Salienta que outro aspecto obscuro é o total dos acréscimos moratórios, uma vez que segundo o § 137 do RICMS/BA, os débitos tributários não mais estarão sujeitos a atualização monetária, então esta diferença não é devida à prática da correção inexistente. Aduz que o fato é que a defesa não

apresentou os recolhimentos relativos ao período de 2005, mas argumenta que estariam embutidos em seu regime normal de apuração. Diz que pelo que consta nos autos, é impossível verificar essa assertiva e nesse sentido, é fundamental o pedido de perícia fiscal solicitada.

Assevera que não é devida a diferença apontada no demonstrativo elaborado pela autuante, correspondente aos acréscimos moratórios, haja vista que de acordo com o art. 137, § 1º, do RICMS/BA, os débitos tributários não mais estão sujeitos à atualização monetária; acrescentou que mesmo que fosse aplicada a taxa referencial prevista no art. 138-B, desse Regulamento, os reajustes seriam da ordem de 22,05% e 20,51% e não de 31,998% e 30,488%.

Ao finalizar, afirmando que o autuado não apresentou os comprovantes de recolhimento referentes ao exercício de 2005, argumentando que os valores estariam embutidos nos pagamentos efetivados pelo regime normal de apuração. Tendo em vista as peças constantes dos autos não possibilitam verificar essa assertiva, considerou ter fundamento o pedido de perícia fiscal para que, restando comprovado o pagamento do imposto, possam ser aplicados a multa e os acréscimos legais correspondentes, haja vista que o pagamento do ICMS relativo à antecipação parcial não é uma prerrogativa do contribuinte.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS em razão da falta de recolhimento do ICMS, referente a antecipação parcial, na primeira repartição fazendária do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação.

O regime de antecipação parcial tem sua incidência prevista em relação às aquisições interestaduais para fins de comercialização, conforme dispõe o art. 12-A da Lei 7.014/97, incluído pela Lei 8.967/03, o qual transcrevo para um melhor entendimento:

“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.

§ 2º O regulamento poderá fazer exclusões da sistemática de antecipação parcial do imposto por mercadoria ou por atividade econômica.”

§ 3º Nas operações com álcool poderá ser exigida a antecipação parcial do imposto, na forma que dispuser o regulamento.

Em sua defesa o contribuinte suscitou preliminares de nulidade, sob a alegação de que não foram demonstrados, de forma clara e segura, os dados necessários à identificação da exigência tributária imposta; insurgiu-se contra a utilização de acréscimos moratórios e quanto ao fato de na mesma ação fiscal terem sido lavrados sete Autos de Infração; contrapôs-se ao Termo de Apreensão e Ocorrências anexado ao Auto de Infração, no qual consta assinatura ilegível e não identificável do suposto depositário das mercadorias; alegou, ainda, que não tendo sido computados os recolhimentos relativos à antecipação parcial efetuados nas épocas próprias, o procedimento fiscal incorreu em cobrança arbitrária, que resultou em bi tributação. Argüiu, enfim, ter ficado impossibilitado de exercer o direito do contraditório e da ampla defesa.

Entendo razão assistir ao contribuinte, devendo ser acolhido o pedido de nulidade do Auto de Infração em lide, ante a existência de vícios insanáveis.

O Termo de Apreensão e Ocorrências, emitido em 17/11/2006, se refere à apreensão de “diversas mercadorias discriminadas nas N. Fiscais citadas na planilha em anexo”, entretanto considerando que essas notas fiscais se referem aos meses de junho e julho de 2005, portanto dezesseis meses antes da ocorrência da pretensa apreensão, subentende-se que, efetivamente, o referido termo não se prestou à apreensão das mercadorias em questão. Outro fato controverso se refere à “ciência” apostada nesse termo pelo detentor que vem a ser também o fiel depositário das mercadorias, haja vista que não consta dos autos a sua identificação;

No Demonstrativo de Cálculo de ICMS Devido por Antecipação e não Recolhido, consta uma coluna referente aos acréscimos moratórios, considerados de acordo com a taxa SELIC, cujo percentual foi aplicado sobre o valor do imposto apurado, para então apontar o valor total do ICMS devido em relação a cada nota fiscal, sendo esses montantes lançados no Auto de Infração;

A exigência tributária no caso da lide se refere ao ICMS relativo à antecipação tributária parcial, caso em que a data de recolhimento do imposto é o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento. Apesar dessa constatação, as notas fiscais objeto da ação fiscal se referem aos meses de junho e julho de 2005, enquanto que no Auto de Infração foi considerada como Data de Ocorrência o dia 17/11/2006, portanto o dia no qual o lançamento foi efetivado;

Apesar da vedação expressa no art. Art. 40, do RPAF/99, foram lavrados em uma só ação fiscal e em relação ao mesmo período fiscalizado, uma série de Autos de Infração, sem que fossem acostados ao PAF as cópias da justificativa apresentada pela autuante, da autorização proferida pelo Inspetor Fazendário nem dos demais Autos de Infração, já tendo sido anulado por este Conselho os Autos abaixo indicados:

2ª Junta de Julgamento Fiscal:

ACÓRDÃO N° 0049-02/07

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSEVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. É nulo o procedimento desprovido de elementos que determinem, com segurança, o cometimento imputado ao infrator. Constatada a imprestabilidade do Termo de Apreensão; de erro na apuração do débito, e de lavratura de mais de um auto de infração na mesma ação fiscal sem autorização da autoridade fazendária, dificultando o exercício do direito de defesa. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

5ª Junta de Julgamento Fiscal:

ACÓRDÃO N° 0057-05/07

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSEVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. É nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal, que implique cerceamento de defesa ou que não contenha elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração apontada. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

Logo, os fatos acima impõem que seja decretada a autuação em lide, como bem determina o art. 18, II inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99 ao estabelecer:

“Art. 18. São nulos:

I -...;

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;

III -;

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;”

Diante do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

Represento à autoridade competente, como determina o artigo 156, do RPAF/99, para que proceda à renovação do procedimento fiscal, a salvo de equívocos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 019803.0131/06-2, lavrado contra **I DA S RIBEIRO COMERCIAL**, devendo ser renovado o procedimento fiscal a salvo das falhas apontadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de março de 2007

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA