

A. I. Nº 019803.0135/06-8
AUTUADA I DA SILVA RIBEIRO COMERCIAL
AUTUANTE LUCIENE MENDES DA SILVA PIRES
ORIGEM INFAZ ITABUNA
INTERNET - 20/03/2007

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0057-05/07

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA 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.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 23/11/2006, exige ICMS no valor de R\$6.357,20 com multa de 60% em razão dos fatos assim descritos: “Trata-se de mercadorias da Antecipação Parcial, e não há registro das Notas Fiscais nos livros apresentados. Notas Fiscais citadas na planilha em anexo. Requisitamos as mesmas no CFAMT”.

A infração, por sua vez, foi caracterizada pelo seguinte motivo: “Contribuinte credenciado não lançou no livro de entrada e nem fez recolhimento no prazo previsto pela Port. 114/04, que seria 25 do mês subsequente ao da entrada no estabelecimento”.

A infração foi enquadrada no artigo 125, inciso II, parágrafos 7º e 8º c/c 911 e 913 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, e Portaria nº 114/04, sendo que a multa aplicada de 60% sobre o valor do imposto foi a do art. 42, inciso II, alínea "d", item 1, da Lei nº 7.014/96.

A autuada apresentou defesa (fls. 27 a 38) dentro do prazo legal de trinta dias contados da ciência, requerendo o reconhecimento da nulidade do Auto de Infração pelos vícios apontados, ou perícia que revise os procedimentos ou o reconhecimento de sua improcedência, pelos seguintes motivos:

1. O total de imposto e de multa exigidos pelo Auto de Infração nº 019803.0135/06-8 não foram discriminados com clareza, pois os demonstrativos que o acompanham são obscuros no tocante a “valor histórico do débito, data da ocorrência, data de vencimento, valor da multa e valor relativo a eventuais acréscimos moratórios”;
2. Houve outras ações fiscais que resultaram em lavraturas de mais seis autos de infração nos dias 17/11, 20/11 e 23/11, cujos números estão citados na fl. 28, todos contendo o mesmo tipo de exigência contra a autuada relativamente a períodos de apuração do mesmo exercício fiscalizado, o que contraria o disposto nos artigos 38 a 40 do RPAF/99;
3. O texto legal contido no art. 18 do RPAF/99 decreta nulidade dos atos praticados por servidor incompetente, as decisões proferidas com preterição do direito de defesa, bem como o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator e também aquele que configure ilegitimidade passiva;
4. A doutrina de José Eduardo Soares de Melo exige subsunção do fato impositivo à imagem normativa para que as relações jurídicas fiquem adstritas às imposições tributárias; o ensinamento de Aliomar Baleeiro é no sentido de que o sujeito passivo pode contestar a imputação e provar o contrário; para Ruy Barbosa Nogueira, o auto de infração é um breve

relatório da ocorrência que será levado ao conhecimento da autoridade julgadora para se instaurar a instância contenciosa; segundo Celso Antonio Bandeira de Mello a relação existente entre a Administração e a lei é uma relação de subsunção; e que a legalidade do lançamento tributário será alcançada e mantida com a conjugação de outros princípios, a imparcialidade, oficialidade, informalidade, verdade material e garantia de defesa; Gilberto Ulhoa Canto não admite o erro de direito que funcionários fiscais cometem no exercício de suas atribuições, para que não se altere a situação individual criada pelo lançamento em favor do contribuinte; Rubens Gomes de Souza, citado por Souto Maior Borges, preceitua a impossibilidade de substituir a conceituação jurídica, mesmo sem erro do fisco, porque seria admitir discricionariedade no lançamento; A Súmula 227 do TFR não autoriza a revisão do lançamento por mudança de critério jurídico adotado pelo fisco; a orientação fiscal não pode variar para aquele que já adquiriu Direito Público subjetivo, por ato administrativo regular, de não recolher determinado tributo (A. R. Sampaio Dória); A Digesta exige a prova de quem faz a alegação do fato; Finalmente, ensina Luis Eduardo Schoueri: “Assegurar defesa ampla é possibilitar que o litigante comprove não se ter concretizado a hipótese abstratamente descrita pelo legislador para a imposição da sanção legal.” (pp. 28 a 31);

5. Houve lavratura de sete autos de infração na conclusão de uma única ação fiscal, contrariando disposições dos Arts. 38 a 40 do RPAF, pois faltam a justificativa e a autorização exigidas pelo Art. 40 do RPAF/99;

6. Ação fiscal foi desenvolvida no estabelecimento da autuada, mediante intimação, referente a fatos ocorridos no exercício de 2005, mas o modelo de auto de infração lavrado é do trânsito de mercadorias;

7. O contraditório e a ampla defesa foram impossibilitados em toda sua extensão;

8. O Termo de Apreensão e Ocorrências nº 019803.0127/06-5, datado de 23.11.2006, contém assinatura ilegível e não identificável, tanto do depositário, quanto de quem tomou ciência, como também há ausência de outros requisitos;

9. Algumas das mercadorias adquiridas naquele mês de novembro de 2005 eram “deterioráveis em poucos dias ou meses e, por conseguinte, não poderiam se encontrar intactas no estabelecimento ou sob guarda da Autuada. Por razões inquestionáveis, as mercadorias correspondentes, não mais se encontravam no estabelecimento porque foram vendidas no curso do exercício de 2005”;

10. Os critérios utilizados na apuração são falhos, viciados na forma, por isto nulos, e os documentos não resistem à análise criteriosa de substância legal, o que torna imprestável o Termo de Apreensão e Ocorrências (pp. 32/33);

11. Os elementos que identificam a infração estão ausentes, porque:

a) A data de ocorrência 23.11.2006 constante no Auto de Infração é incompatível com as datas elencadas no “Demonstrativo de Cálculo de ICMS devido por antecipação e não recolhido”, anexado ao Auto de Infração. (fl. 07 e 08);

b) O demonstrativo não contém as datas das notas fiscais, sua origem, identificação do remetente, tipo de mercadoria e alíquota interna aplicável;

c) Falta do Termo de Início de Fiscalização exigido pelo Art. 28 do RPAF;

d) Não consta a data de ocorrência da infração no Demonstrativo anexado ao Auto de Infração;

e) As mercadorias sujeitas a antecipação parcial estão englobadas indistintamente no demonstrativo, juntamente com mercadorias sujeitas a substituição tributária e mercadorias da cesta-básica;

- f) Os valores correspondentes a acréscimos moratórios mencionados no demonstrativo não foram claramente elucidados;
- g) A data de vencimento constante no quadro total de débito foi substituída por valor numérico de origem desconhecida (fl. 03);
- h) Os valores históricos dos supostos débitos não estão especificados no Auto de Infração;
- i) Os créditos fiscais destacados nas notas fiscais enumeradas na planilha que serviu de base para o Auto de Infração não foram considerados;
- j) Houve “bitributação” porque não foram abatidos do lançamento os valores recolhidos relativos a antecipação parcial;

12 O Auto de Infração não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

13. A autuante agiu em desacordo com as normas vigentes por falta de autorização do Inspetor Fazendário;

NO MÉRITO, aduz que não poderia apreciá-lo porque seu direito de ampla defesa foi cerceado. E mais, que as questões tributárias devem ser tratadas com seriedade; se a data de ocorrência fosse 23/11/2006, o recolhimento do ICMS devido pela antecipação parcial seria 25.12.2006; que as mercadorias ingressaram no estabelecimento nos meses do exercício de 2005, foram registradas com apropriação dos créditos, e houve recolhimento do imposto referente a antecipação parcial; o ICMS foi escriturado e recolhido em cada operação de saída, não havendo débitos porque não houve prejuízo para o fisco estadual. Diz, também, que as entradas de mercadorias registradas nas DMAs de cada mês, são superiores às saídas registradas no mesmo exercício, e confirma ser “inegável que a autuada promoveu a saída destas mercadorias, no curso do exercício de 2.005, efetuando em cada operação tributável, o lançamento do imposto correspondente em sua totalidade” (Grifei).

Afirma a necessidade de perícia na forma do Art. 145 do RPAF/89 diante dos erros apontados pela defesa, para anular a validade e consistência dos demonstrativos que embasaram a exigência fiscal, pelo que formulou seis quesitos.

Na informação Fiscal (fls. 41 a 44), o autuante informa que a base de cálculo foi apurada na planilha de fl. 7 de acordo com o disposto no inciso IX do Art. 61 do RICMS, BA. acrescenta que “Os autos reclamam o imposto por antecipação parcial e, muito embora, apresentem alguns vícios de procedimento que a autuada reiteradas vezes fulmina e condena; os princípios de direito aplicáveis ao processo administrativo impõe o informalismo, a legalidade objetiva e a verdade material e indicam o caminho para o deslinde da questão: o imposto, que evidentemente é devido, teria sido pago por outra forma e seria a presente cobrança bitributação?” Aduz, também, que outro procedimento poderia ser instaurado para apurar os erros excessivamente extravagantes.

Quanto a nota fiscal 88.701 relativa a aquisição de leite em pó instantâneo, opina que não deveria fazer parte do citado demonstrativo (fl. 7) porque existe redução de base de cálculo do ICMS, prevista no art. 87, XXI, do RICMS/97, cuja alíquota finalmente aplicável, após a redução, corresponde a 7%, não devendo ser reclamado o imposto sobre ele, o leite em pó;

Observado que o total dos acréscimos moratórios é outro aspecto obscuro porque o Art. 137 do RICMS/97 deixou de sujeitar à atualização monetária os débitos vencidos a partir de 1º de janeiro de 200 e que a defesa não apresentou os recolhimentos relativos ao período de 2005 porque, efetivamente, não os recolheu.

VOTO

Trata-se de auto de infração lavrado por falta de recolhimento do ICMS – antecipação tributária referente a aquisições de mercadorias não registradas no livro Registro de Entrada de Mercadorias.

Analisadas a impugnação e a informação fiscal conjuntamente com os documentos acostados ao Processo Administrativo Fiscal - PAF, verifico que:

1. A data da ocorrência da infração descrita na fl. 01 (Auto de Infração) é 23/11/2006, a mesma data de sua lavratura. Ora, se as aquisições ocorreram no decorrer do ano de 2005, não poderia a data da ocorrência do fato gerador ser a mesma data do dia do lançamento tributário, o dia da lavratura do Auto de Infração no ano de 2006.
2. Na mesma linha, a autuante colocou um valor numérico “10.171,52” como data de vencimento. Evidentemente, este valor não corresponde a nenhuma data. É outra falha do lançamento;
3. Na fl. 07 e na fl. 08, vejo dois demonstrativos de cálculos de ICMS devido por antecipação e não recolhido. Mas os valores de ambos são diferentes. Qual dos dois demonstrativos deve servir de base para o Auto de Infração? Vejo que o valor do demonstrativo de fl. 07 corresponde ao valor lançado. Mas há uma dúvida: qual a finalidade do demonstrativo de fl. 08?
4. A informação fiscal não esclareceu quem deu ciência ou recebeu a cópia do Termo de Apreensão (fls. 05 e 06). E mais, há diversas cópias de notas fiscais referentes a várias mercadorias. Entretanto, o Termo se refere a apreensão de uma única mercadoria: Leite em pó, e, como modelo/marca da mercadoria apreendida, consta “Dvs mercadorias discriminadas nas N. fiscais citadas na planilha em anexo”. Ocorre que tem duas planilhas, uma na fl. 07 e outra na fl. 08, deixando a dúvida de qual das duas é a correta. E não é só. As duas planilhas trazem acréscimos moratórios para compor o total de ICMS a ser lançado por meio do Auto de Infração. As duas parcelas não podem ser fundidas numa só, como se fosse o resultado do valor das aquisições (Base de Cálculo) multiplicado pela alíquota interna, para se encontrar o ICMS devido. Além de a natureza de uma parcela ser diferente da natureza da outra, o art. 352-A, c/c art. 61, IX do RICMS/97, não autoriza inclusão de acréscimos moratórios na apuração do ICMS para efeito de antecipação tributária.

Ademais o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF – estabelece no art. 41 que o Auto de Infração far-se-á acompanhar de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará obrigatoriamente e também dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüido. Mas se os demonstrativos são inconsistentes ou contrários à legislação, não podem sustentar com segurança um auto de infração. Diz, ainda o RPAF que o demonstrativo do débito tributário deve discriminar, em relação a cada fato, a data da ocorrência do cometimento ou do fato gerador e a data em que deveria ocorrer o pagamento, se diferente daquela (art. 39, IV, “a”), e que o débito, para efeito de intimação, será expresso apenas pelo valor do tributo e pela indicação das penalidades. Os valores das multas, da atualização monetária e dos acréscimos moratórios incidentes serão apurados no momento do pagamento. (art. 39, § 3º).

Com efeito, o procedimento adotado pela autuante contraria as regras do Art.39 do RPAF/97, e também a Súmula no 1 acatada pelo CONSEF, fato que não é acolhido pelo direito. Estes aspectos aos quais me detive são suficientes para o meu convencimento. Entendo, por conseguinte, que

estes desencontros apontados não podem ser corrigidos, e o procedimento fiscal deve ser renovado sem falhas ou incorreções, como prevê o art. 156 do RPAF.

Pelo exposto, voto pela NULIDADE do presente Auto de Infração, devendo o procedimento ser renovado a salvo de equívocos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO**, o Auto de Infração n.º 019803.0135/06-8, lavrado contra **I DA SILVA RIBEIRO COMERCIAL**, representando à autoridade competente, como determina o artigo 156, do RPAF/99, para que proceda a renovação do procedimento fiscal, a salvo de equívocos.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de março de 2007

MÔNICA MARIA ROTERS – PRESIDENTE

RAIMUNDO OLIVEIRA DOS SANTOS – RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR