

A. I. N° - 110019.0024/06-4
AUTUADO - FOTOSYSTEM COMÉRCIO E SERVICOS FOTOGRÁFICOS LTDA.
AUTUANTE - DEMOSTHENES SOARES DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - INFAT VAREJO
INTERNET - 22.08.07

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0239-04/07

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. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2006, reclama o valor de R\$ 349.254,74, sob acusação de recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS-BA/97. Conforme Demonstrativo de Apuração do ICMS Antecipação Tributária, devido nas Entradas de Mercadorias Enquadradas no Regime de Substituição Tributária, oriundas de outras unidades da Federação, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Contribuinte. Sendo aplicada multa de 60%;

O autuado, tempestivamente, fls. 35 a 37, impugna o auto de infração aduzindo as seguintes argumentações:

Diz que o autuante cobrou antecipação parcial de notas fiscais, cujo imposto foi pago na época devida, conforme cópias dos DAEs pagos anexos a presente defesa e discriminados no anexo I (pág. 04 a 09), fls. 39 a 44, portanto, afirma ser a cobrança indevida.

Enfatiza que foi também, cobrada, antecipação parcial em notas fiscais de mercadorias com Substituição Tributária, cujo imposto foi retido na fonte pelo fornecedor e acrescentado ao custo da Autuada que foi pago pela defendant no ato da compra, não havendo imposto a ser recolhido nesta operação conforme descrição no anexo 2, fls. 45 a 55. Acrescenta, ainda que a fiscalização também incluiu no seu levantamento, notas fiscais relativas a operações de Simples Remessas, notas fiscais de logísticas.

Informa ser uma empresa mista que, além de revender produtos (Máquinas, Filmes, Pilhas, Álbuns, etc.), também presta Serviços de Revelação, Foto Acabamento, Truncagem, etc. e, para isso, adquire materiais para aplicação aos serviços tais como: Filme Fotográfico, Bobina de Polietileno, Papel Fotográfico, Toner, Dispersante, Concentrante Reforçador, Branqueador, etc.

Ressalta que esses produtos em 2004 não pagavam antecipação parcial por não ser destinados à comercialização, conforme enunciado no artigo 352-A, que foi acrescentado pela alteração nº. 52 Decreto 8.969 de 12.02.2004, DOE de 13.02.2004 com efeito a partir de 01.03.04. Observa que o Art. 352-A diz: "Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo, prevista no inciso IX do artigo 61, deduzindo o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição."

Ressalta que a legislação de que trata a antecipação parcial teve sua vigência iniciada em 01/03/04, e que fora cobrado o imposto antecipado de notas fiscais emitidas em 12/2003 e 01/04 e 02/04, quando ainda não existia a lei, conforme elenca no anexo 3 de sua defesa colacionado às fls. 49 a 55.

Assevera que adquiriu materiais que foram aplicados aos serviços em todo ano calendário 2004, não recolheu antecipação parcial, porque não era devido, visto que a lei que rege o assunto foi modificada pela alteração nº 66 (Decreto nº. 9.547 de 20/09/2005, DOE de 21/09/2005), no entanto o autuante cobrou esta antecipação conforme descrição no anexo 3 da defesa, fls. 49 a 55.

Diz que o autuante está exigindo o pagamento de uma dívida inexistente, sem prova alguma em sua lavratura. Prossegue aduzindo que a prova de fato jurídico, segundo o art. 212 do novo código civil, somente ocorre mediante: confissão, documento, testemunha, presunção e perícia. Acrescenta que, no entanto, todos esses itens citados, o próprio código civil contém restrições, e que, no presente caso, não confessou dívida, pois a mesma não existe, os documentos solicitados pela fiscalização foram entregues como fora solicitado e não há prova testemunhal de que a autuada tenha cometido, dolo ou fraude. Ademais, insiste ainda o autuado que não ocorreu presunção e que o art. 219 diz que as declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários. Prossegue, esclarecendo que não fora solicitado perícia contábil e não foi feita. Portanto, não há prova de dívida apresentada pelo autuante, asseverando ser um contribuinte regular no pagamento de suas obrigações e que nunca cometeu nenhum dolo, nenhuma fraude, até que se prove através de fatos concretos.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração, tendo em vista que nele não restou comprovado dolo ou fraude alguma, ou qualquer tipo de omissão, afirmado que apenas ocorreu um equívoco do autuante.

O autuante ao proceder sua informação fiscal, fl. 73, observa, inicialmente, que o presente Auto de Infração exige ICMS antecipação parcial no montante de R\$ 349.254,74, no exercício de 2004.

Diz que o autuado contestou parte da exigência sob a alegação da inclusão de notas fiscais cujo imposto já havia sido pago na fonte, por substituição tributária, não ter sido abatido do valor já recolhido sob a mesma especificação da receita e exigência no período de janeiro e fevereiro, sem previsão legal.

Afirma que ao analisar as alegações defensivas, tendo em vista constatar a procedência relativa ao ICMS já retido na fonte, das notas fiscais nºs 134156, 11337, 144523, 183561, 191707, 196478, 3078, 3215 e 10480, procedera as respectivas exclusões do valor apurado inicialmente.

Assevera que, em relação aos DAEs colacionados às fls. 56 a 68, abateu os valores comprovadamente recolhidos.

Apresenta uma planilha constando as alterações e ajustes supra aludidos, inclusive com a exclusão dos valores atinentes aos meses de janeiro e fevereiro de 2004, lançados em seu demonstrativos de apuração, fls. 09 a 23, reduzindo o valor da lançamento para R\$ 230.771,80.

Conclui opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

Verifica-se que às fls. 74 a 181, o autuante colaciona aos autos relação das notas fiscais fornecidas pelo CFAMT e as próprias notas fiscais.

O órgão preparador procede à intimação, fl. 182 e 183, fornecendo ao autuado cópias da informação fiscal e das notas fiscais juntadas aos autos pelo autuante.

O autuado ao tomar conhecimento da informação fiscal prestada, manifesta-se, fl. 187, reproduzindo o conteúdo da informação fiscal, fl. 73, informando que não contestara parte da exigência, e sim o Auto de Infração em sua totalidade, conforme sua peça defensiva acompanhada dos anexos e cópias dos DAEs recolhidos.

Conclui requerendo a anulação do Auto de Infração.

O autuante pondera as alegações defensivas acerca da informação fiscal por ele prestada, na forma a seguir sintetizada.

Inicialmente observa que o autuado contesta o crédito tributário sob alegação de que algumas notas fiscais tiveram o imposto recolhido, conforme diz fazer prova através dos DAEs de fls. 56 a 68, alegando também que algumas notas fiscais, cujo imposto é exigido na ação fiscal, teve o imposto cobrado e retido pelo fornecedor das mercadorias.

Reafirma que em sua informação fiscal retificou o montante do crédito tributário exigido, excluindo as notas fiscais que, comprovadamente, tiveram o imposto retido na fonte, assim como considerou os recolhimentos apresentados às fls. 56 a 68, apresentando novo Demonstrativo do Débito, fl. 73, exigindo o ICMS no valor de R\$ 230.771,80 (duzentos e trinta mil setecentos e setenta e um reais e oitenta centavos).

Informa que depois de analisar os termos da manifestação impetrada pelo autuado, fl. 187, constatou que nada de novo fora apresentado capaz de modificar os valores já retificados por ele em sua informação fiscal, fl. 73.

Conclui pela procedência parcial do Auto de Infração.

VOTO

Versa o presente Auto de Infração, conforme descrito na fl. 01, sobre recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS-BA/97. Sendo o enquadrado legal atinente a infringência dos art. 371, inciso I, alínea “a”; art. 125, inciso I, alínea “a”, combinado com o art. 61, todos do RICMS-BA/97.

A defesa alegou que fora cobrado antecipação parcial de notas fiscais cujo imposto já havia sido recolhido, apresentando cópias dos DAEs, fls. 56 a 68, e relação discriminando os mesmos, fls. 39 a 44, além de incluir notas fiscais de mercadorias enquadradas no regime de substituição, cujo imposto já havia sido retido na fonte pelo fornecedor. Observou, também, que a antecipação parcial somente passou a ser devida, por se tratar de empresa de atividade mista, prestadora de serviço, após a entrada em vigor da alteração nº 52 Decreto 8.969 de 12/20/04, com efeito a partir de 01/03/04, portanto, afirma que a cobrança nos meses de janeiro e fevereiro de 2004 é indevida.

O autuante acolheu as alegações defensivas e com base na relação apresentada e nas cópias dos DAEs colacionados aos autos, procede às retificações cabíveis, excluindo, inclusive os valores apurados nos meses de janeiro e fevereiro de 2004, quando passou a vigorar a Alteração nº 52 Decreto 8.969 de 12/02/04.

Da análise das peças que compõem os autos emergiram as seguintes constatações:

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.

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.

Por conseguinte, recomendo à autoridade fazendária a realização de novo procedimento fiscal, a salvo de falhas e incorreções, nos termos do art. 21 do RPAF-BA/99.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

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 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.

Esta Junta 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-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de agosto de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

TEREZA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA