

A. I. Nº - 110019.0021/06-5
AUTUADO - ANDRÉ EVARISTO DOS SANTOS
AUTUANTE - DEMÓSTHENES SOARES DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 02/10/2007

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0311-03/07

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Os demonstrativos elaborados pelo autuante não trazem segurança quanto ao fato tido como apurado, bem como em relação à base de cálculo e ao imposto exigido. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2006, refere-se à exigência de R\$17.589,47 de ICMS, acrescido da multa de 60%, tendo em vista que foram indicadas as seguintes irregularidades:

Infração 01: Deixou de efetuar o recolhimento 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 ao RICMS-BA. Aquisições de tintas em outras unidades da Federação, nos meses de janeiro, fevereiro, março, abril e setembro de 2004. Valor do débito: R\$6.802,05.

Infração 02: Efetuou o 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 ao RICMS-BA. Aquisições de tintas de outras unidades da Federação, nos meses de maio, junho, julho, agosto, outubro, novembro e dezembro de 2004. Valor do débito: R\$10.787,42

O autuado apresentou impugnação (fls. 22/23), alegando que as Notas Fiscais de números 050504, 095251, 103434, 034825, 005957, 057057, 080001, 082356, 284642, 060899, 114193, 115585, 121337, 18893, 090620, 301734, 272321, 28227, 507898, 384573, 384574, 510201, 95644, 62512, 36228, 36820, 29479, 72902, 69524, 93680 e 120552 todas foram realmente adquiridas em outras unidades da Federação, mas foram tributadas na fonte e o ICMS por antecipação foi recolhido pelos emitentes, conforme consta nas respectivas Notas fiscais, podendo se constatar nas cópias acostadas aos autos. O defendente afirma que, em decorrência da presente autuação, estaria compelido ao pagamento do imposto pela segunda vez. Em relação às Notas Fiscais de números 049846, 207411, 216027, 228161, 216061, 039283 e 12178, as mesmas foram adquiridas em outras unidades da Federação, mas não fazem parte das mercadorias constantes do Anexo 88 ao RICMS-BA, e suas aquisições ocorreram em períodos em que não havia Antecipação Parcial do ICMS. Quanto às demais Notas Fiscais de números 043363, 026708, 042355, 269713, 249683, 480623, 249684, 046138, 034138, 055958, 035205, 006792, 0050044, 035727, 363060, 362904, 362905, 426657, 027413, 454691, 454846, 454847, 444521, 439614, 075812 e 462545, trata-se de mercadorias que não constam no anexo 88 do RICMS/BA e serviram de base para o conta corrente da empresa e suas antecipações parciais foram pagas conforme DAEs que acostou ao PAF. Finaliza, pedindo a improcedência do presente Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 83/84 dos autos, esclarece que analisou a documentação apresentada pelo autuado e excluiu da exigência fiscal, várias notas fiscais. No mês 03/2004; diz que não foi recolhido o ICMS Antecipação Parcial referente às seguintes Notas Fiscais: NF 26708, emitida em 16/03/2004 (fl. 79), no valor de R\$1.595,03; NF 43363, emitida em 18/03/2004 (fl. 80), no valor de R\$1.512,00; NF 480623, emitida em 19/02/2004, entrada no estabelecimento em março de 2004, no valor de R\$724,73. No mês 05/2004, foi recolhido a menos o ICMS Antecipação Parcial referente à NF 50044, emitida em 21/05/2004 (fl. 68), no valor de

R\$590,31, ICMS devido de R\$59,03, tendo sido recolhido o valor de R\$31,87. No mês 11/2004, o ICMS por Antecipação Tributária referente à Nota Fiscal de nº 27413, emitida em 24/11/04 (fl. 57), no valor de R\$596,46. Elabora novo demonstrativo de débito relativo às infrações 01 e 02, pedindo a procedência parcial do presente Auto de Infração após as retificações efetuadas.

À fl. 85 do PAF, o autuado foi intimado para tomar conhecimento da informação fiscal, constando na própria intimação, a comprovação assinada pelo representante do contribuinte, de que recebeu cópia da mencionada informação fiscal. Decorrido o prazo concedido, o defendente não se manifestou.

VOTO

O presente Auto de Infração acusa a falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas no anexo 88 do RICMS-BA, conforme demonstrativos elaborados pelo autuante, às fls. 09 a 12 do PAF.

Analizando o demonstrativo acostado aos autos, constatei que foi exigido o imposto com aplicação da Margem de Valor Agregado de 35% em todas as notas fiscais objeto de autuação, sendo indicado no demonstrativo em análise que se trata de “apuração do ICMS antecipação tributária, devido nas entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária”.

O autuado diz que houve equívocos no levantamento fiscal, tendo indicado nas razões de defesa diversas notas fiscais, alegando que foram realmente adquiridas em outras unidades da Federação, mas foram tributadas na fonte e o ICMS por antecipação foi recolhido pelos emitentes. Relaciona outras notas fiscais, alegando que se trata de mercadorias que não constam no Anexo 88 do RICMS/BA e que serviram de base para o conta corrente da empresa e suas antecipações parciais foram pagas. Por fim, o defendente alega que em relação às Notas Fiscais de números 049846, 207411, 216027, 228161, 216061, 039283, 039283 e 12178, as mesmas foram adquiridas em outras unidades da Federação, mas não fazem parte das mercadorias constantes do Anexo 88, e suas aquisições ocorreram em períodos em que não havia Antecipação Parcial do ICMS.

Na informação fiscal prestada às fls. 83/84, o autuante disse que decidiu pela exclusão de várias notas fiscais do levantamento por ele efetuado, sem informar os motivos, afirmando que constatou falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS por antecipação parcial na primeira infração e falta de recolhimento da antecipação tributária sobre a NF 27413 (fl. 57), que não consta mercadorias incluídas na substituição tributária, de acordo com a classificação fiscal dos produtos nela relacionados, códigos 3215.1100 e 3215.1900, sendo devida o imposto por antecipação parcial.

Vale ressaltar, que embora o autuado não tenha apresentado qualquer manifestação quanto à informação fiscal e aos novos valores apresentados pelo autuante, houve mudança do fulcro da autuação fiscal, com cerceamento de defesa, e o contribuinte não compreendeu a acusação como exigência de imposto por antecipação parcial, não reconheceu o débito e a irregularidade processual não foi sanada com a informação fiscal, ou seja, o Auto de Infração cobra ICMS por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88, mas o autuante diz que se trata de antecipação parcial e também antecipação tributária em relação a uma Nota Fiscal.

Constato que diversas notas fiscais, efetivamente, se referem às aquisições de tintas em outras unidades da Federação, sendo estas mercadorias incluídas no regime de substituição tributária (Convênio 74/94), e neste caso, a responsabilidade pela retenção do imposto é atribuída ao estabelecimento industrial ou importador. Não é devido o pagamento do imposto por antecipação parcial, haja vista que de acordo com o § 1º do art. 12-A da Lei 7.014/2006, a antecipação parcial não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por isenção, não-incidência, antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.

Além dos produtos sujeitos à substituição tributária, também foram incluídas no levantamento fiscal, outras notas fiscais referentes a mercadorias sobre as quais é devido o imposto por antecipação parcial, a exemplo da Nota Fiscal 249683 (fl. 76). Entretanto, a apuração do imposto devido não foi efetuada de forma compreensível, havendo necessidade de refazimento do procedimento fiscal, por incerteza do valor devido.

De acordo com o art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, é nulo o lançamento de ofício “que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator”.

No caso em exame, os demonstrativos elaborados pelo autuante não trazem segurança em relação ao imposto exigido, e consoante o art. 21, do RPAF/99, recomendo a repetição do procedimento fiscal, a salvo de equívocos, para que seja apurado se, efetivamente, existe diferença de imposto a ser recolhida pelo autuado.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **110019.0021/06-5**, lavrado contra **ANDRÉ EVARISTO DOS SANTOS**, devendo ser renovado o procedimento fiscal a salvo das falhas apontadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de setembro de 2007

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR