

**A. I. N.º** - 020778.1105/07-2  
**AUTUADO** - BUERAREMA – COMERCIAL AGRÍCOLA E AGROPECUÁRIO  
**AUTUANTE** - MANOEL MESSIAS SANTOS DA HORA  
**ORIGEM** - IFMT-DAT/SUL  
**INTERNET** - 01. 09. 2008

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JF N° 0288-01/08

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A exigência fiscal não apresenta segurança em relação à base de cálculo e ao imposto exigido. 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

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 09/11/2007, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$ 3.293,41, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de recolhimento do imposto em operação com mercadorias enquadradas no regime de diferimento, em situação onde não é possível a adoção do referido regime, desacompanhadas de DAE [documento de arrecadação estadual] ou de certificado de crédito. No campo “Descrição dos Fatos” consta que foram encontradas estocadas para comercialização 67 sacas de cacau em amêndoas, adquiridas de diversos produtores indevidamente com o benefício do diferimento, por falta de habilitação para operar nesse regime.

O autuado apresentou impugnação às fls. 15/16, alegando que apesar de à primeira vista estarem presentes os requisitos formais do lançamento, numa verificação mais apurada foram constatados vícios e erros, além de arbitrariedade no procedimento adotado pela fiscalização na apuração da base de cálculo, o que comprometeu a legalidade da constituição do crédito tributário.

Salienta que o vício se caracterizou no fato de que o autuante, investindo a função de fiscal de trânsito, adentrou em seu estabelecimento de forma arbitrária e precipitada, fazendo o levantamento equivocado do estoque, comprometendo o manual de instruções da administração tributária, por se tratar de fiscalização típica de comércio. Assevera que o autuante não atentou para os atos preparatórios da fiscalização de comércio, uma vez que não intimou o contribuinte para que apresentasse, no prazo de 48 horas, os documentos fiscais e contábeis, os quais certamente subsidiariam o correto procedimento fiscal a ser adotado. Entende que essa atitude inibiu qualquer tentativa do impugnante de justificar o fato gerador.

Argumenta que ao efetuar o lançamento baseando-se na falta de habilitação para utilizar o regime do diferimento, o autuante não observou que o contribuinte optara pelo simples nacional, regime lastreado na Lei Complementar nº 127/2007, que tem como natureza jurídica a desoneração das pequenas e microempresas no que se refere às obrigações principal e acessória.

Afirma que ao ingressar no simples nacional tentou obter o regime do diferimento, porém foi informado pela SEFAZ/BA que não teria direito de operar nesse regime, decisão que contraria a natureza do simples nacional, tendo em vista que fora estimulado a aderir ao novo regime com a promessa de desoneração dos encargos tributários. Acrescenta que naquele momento a própria administração tributária estadual não tinha convicção quanto à possibilidade dos contribuintes habilitados para o regime do diferimento continuarem com o benefício, o que se confirma pelo fato

de ainda não terem sido apresentados os motivos que levaram ao indeferimento dos pedidos de enquadramento no regime do diferimento para quem optou pelo simples nacional.

Realça não restar dúvida que o autuante iniciou os procedimentos fiscais de maneira arbitrária, ficando patente que adotou uma atitude de ameaça e de tentativa de extorsão.

Solicita a anulação do Auto de Infração.

Na informação fiscal de fls. 19 a 21, o Auditor Fiscal designado inicialmente esclarece os fatos que circunstanciam a ação fiscal, afirmando que como resultado do levantamento quantitativo de estoque em aberto do exercício de 2007, conforme declaração de estoque (fl. 07) e planilhas em anexo, foi identificada uma omissão de 91 sacas de cacau em amêndoas, que corresponderam a uma omissão de saídas de 24 sacas, cujo imposto foi reclamado através do Auto de Infração nº 020778.1104/07-6, considerando-se a existência de mercadorias estocadas sem documentação fiscal. Através do presente Auto de Infração foi exigido o ICMS relativo à diferença de 67 sacas da mercadoria que entrou no estabelecimento com o benefício do diferimento, sem que o contribuinte estivesse habilitado para tanto.

Contesta a manifestação defensiva contrária ao indeferimento do seu pedido de habilitação para operar no regime de diferimento, realçando que o § 2º do art. 344 do RICMS/BA veda o diferimento do lançamento do imposto quando o destinatário não estiver enquadrado no regime normal de apuração. Isto significa que a atividade de comprador de cacau em amêndoas não admite a condição de microempresa, fato este que motivou a vedação, tendo em vista que uma empresa habilitada para operar no referido regime é depositária de um imposto cujo pagamento fica postergado para outro momento, implicando na necessidade de controles que transcendem aos da microempresa. Afirma que a determinação contida no RICMS/97 não colide com a Lei Complementar nº 127/2007.

Assevera não ter identificado nenhum vício de procedimento no levantamento realizado, que pudesse resultar na nulidade da ação fiscal, desde quando a fiscalização pode ser iniciada, de acordo com o art. 26, inciso I do RPAF/99, pela lavratura do Termo de Apreensão, como ocorreu e não apenas de Termo de Intimação. Ademais não existe a alegada separação entre auditor de trânsito e de comércio, havendo apenas auditores fiscais com competência para fiscalizar os tributos estaduais.

Frisa que a ação fiscal se restringiu às mercadorias encontradas fisicamente, resultando em autêntico favorecimento ao contribuinte, tendo em vista que ao invés de reclamar o imposto referente às 67 sacas, o autuante poderia, através de uma fiscalização de maior profundidade, reclamar o tributo sobre todas as entradas documentadas que não comportavam a adoção do regime de diferimento, devido à falta de habilitação pelo destinatário. Conclui, assim, que a revolta da defesa contra o procedimento, que considerou até uma tentativa de extorsão, não tem fundamento.

## **VOTO**

Na presente ação fiscal foi exigido ICMS, por falta de recolhimento do imposto de responsabilidade por solidariedade do autuado, relativo às aquisições de cacau em amêndoas, feitas junto a produtores rurais não inscritos no Cadastro Estadual do ICMS.

Observo que o impugnante não nega a falta de recolhimento do imposto, mas alega que o Auto de Infração contém vícios, devendo ser anulado, tendo em vista que tratando-se de uma ação típica da fiscalização de estabelecimentos, foi efetuada por um Auditor Fiscal que atua na fiscalização do trânsito de mercadorias, não tendo sequer intimado o contribuinte a apresentar a documentação fiscal que poderia embasar o procedimento fiscal. Argumenta, além disso, ter ocorrido irregularidade na apuração dos valores da base de cálculo.

Pela descrição dos fatos e pelo teor do Termo de Apreensão às fls. 05/06, constato que a autuação decorreu da verificação da existência de cacau em amêndoas estocado para fins de comercialização, mercadoria que fora adquirida de produtores rurais, sendo atribuída a responsabilidade ao autuado pelo pagamento do imposto correspondente à operação antecedente em cujo estabelecimento ocorrera o encerramento da fase de diferimento, considerando que não se encontrava habilitado para operar no mencionado regime.

Analisando as preliminares argüidas, assim como os demonstrativos elaborados pelo autuante, os subsídios contidos na “Descrição dos Fatos” e na descrição da infração, além dos esclarecimentos trazidos pelo Auditor Fiscal que prestou a informação fiscal, verifico que existem inconsistências no levantamento realizado, o que torna a ação fiscal repleta de falhas insanáveis, conforme discorrerei em seguida:

1 – os demonstrativos constantes do Auto de Infração indicam a quantidade do produto existente no estoque, as quantidades e valores relativos às entradas e às saídas da mercadoria no período objeto do levantamento, porém não ficou comprovado nos autos qual o preço da mercadoria utilizado na apuração da base de cálculo do imposto exigido, o que implica cerceamento de defesa;

2 – não obstante tenha sido apurada a ocorrência de operações de entradas e de saídas de mercadorias amparadas pelo regime do diferimento, sem que o pagamento do ICMS devido tivesse ocorrido, tendo em vista que o contribuinte não se encontrava habilitado para operar no referido regime, ainda assim foi exigido o pagamento do imposto relativo apenas às mercadorias encontradas em estoque, o que implica em prejuízo para o sujeito ativo da relação jurídico-tributária. Noto, inclusive, que o Auditor fiscal que prestou a informação fiscal ressaltou que a ação fiscal se restringiu às mercadorias encontradas fisicamente no estabelecimento, salientando que a exigência resultou em autêntico favorecimento ao contribuinte;

3 – apesar da vedação expressa no art. 40, do RPAF/99, foram lavrados em uma só ação fiscal dois Autos de Infração, sem que fossem acostados ao PAF as cópias reprográficas da justificativa para a adoção desse procedimento que teria sido apresentada pelo autuante, da autorização proferida pelo Inspetor Fazendário nem do segundo Auto de Infração.

Concluo que nos moldes como foi apurada a infração, a mesma foi feita sem observação dos requisitos essenciais previstos na AUDIF 207-Auditoria de Estoques, ficando caracterizado que o lançamento foi efetuado em desacordo com as normas que regem a matéria, ou seja, o lançamento não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, conforme dispõe o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99. Saliento, ainda, que a Súmula nº 1 deste CONSEF trata da matéria em questão:

*“SÚMULA Nº 1 “ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.”*

No caso em exame, como a exigência fiscal não apresenta segurança em relação à base de cálculo e ao imposto exigido, em conformidade com o art. 21 do RPAF/99, recomendo à autoridade fazendária que determine a repetição do procedimento fiscal, a salvo de equívocos, para que sejam apurados os valores do imposto a serem recolhidos, efetivamente, pelo autuado.

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

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração **nº 020778.1105/07-2**, lavrado contra **BUERAREMA – COMERCIAL AGRÍCOLA E AGROPECUÁRIO**. Recomenda-se a repetição do procedimento fiscal, a salvo de equívocos, para que sejam apurados quais os valores do imposto a serem exigidos do autuado.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de agosto de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR