

**A. I. Nº.** - 180597.0000/08-9  
**AUTUADO** - VALADARES TECIDOS LTDA.  
**AUTUANTE** - ARISTÓVIO FERNANDES PINHEIRO DA FONSECA  
**ORIGEM** - INFAZ IPIAÚ  
**INTERNET** - 26. 11. 2009

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0392-01/09

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. A imputação diz respeito à falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte inapto, enquanto restou comprovado nos autos tratar-se de aquisição de mercadorias para uso e consumo do estabelecimento autuado. A autuação foi feita de modo equivocado. Por implicar mudança do fulcro da imputação, não há como dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 12/06/2008, foi lançado o crédito tributário correspondente à exigência de ICMS no valor de R\$2.904,73, em decorrência de ter o contribuinte deixado de recolher ICMS relativo da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a junho, agosto e dezembro de 2006, janeiro, fevereiro, abril a julho, outubro e novembro de 2007. Multa de 60%.

O autuado impugna o lançamento às fls. 16 a 20, salientando que a acusação não se sustenta. Em primeiro lugar, destaca que as mercadorias, como asseverado pelo AI, foram destinadas a consumo do estabelecimento, mas a Lei Estadual nº 8.967 de 29 de dezembro de 2003, que trata da antecipação parcial do ICMS diz não ocorrer a referida incidência da antecipação parcial nos seguintes casos:

- . mercadorias isentas (listadas no art. 14 do RICMS);
- . mercadorias que sejam enquadradas na substituição tributária, seja por antecipação ou retenção (listadas no art. 353, inciso II do RICMS);
- . mercadorias imunes (listadas no art. 6º do RICMS);
- . MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO DA EMPRESA OU PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO;
- . mercadorias que possuem alíquota interna de 7%, a exemplo dos produtos da cesta básica;

Realça que na elaboração da planilha para a lavratura do Auto de Infração, o autuante utilizou a data de emissão das notas fiscais e incluiu somente como recolhido o valor pago da antecipação do ICMS, não verificando o recolhimento da diferença de alíquota de ativo fixo e material de uso e consumo no livro de apuração do ICMS, que também anexa, e que ele, impugnante, elaborou as

devidas planilhas, tomando em consideração os dados omissos nas planilhas da fiscalização, considerando, inclusive, a data da entrada das notas e incluindo nos campos específicos, de acordo com os valores apurados no RAICMS.

Esclarece ainda que se pode observar que nas planilhas existem alguns valores positivos de centavos por arredondamento do próprio sistema, e em alguns meses há saldo devido em virtude da aplicação da diferença de alíquota sobre o valor dos produtos e não do valor total da nota fiscal com o acréscimo do IPI.

Ante o que expõe, requer seja declarado insubsistente o Auto de Infração ao tempo que pede que todo e qualquer aviso, notificação, intimação, etc., oriunda e resultante do PAF seja encaminhada para os escritórios dos seus procuradores, situado à Rua Sergipe, nº 1.492, bairro Funcionários, Belo Horizonte, MG, CEP: 30.130.171.

À fl. 156 o autuante prestou informação a qual foi considerada insuficiente e, submetido a pauta suplementar, o PAF foi encaminhado em diligência à Infaz de origem para que, conforme pedido de fl. 158, o autuante prestasse Informação Fiscal com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação, inclusive se pronunciando a respeito dos documentos juntados pelo contribuinte às fls. 36 a 154, e a Inspetoria atendendo à determinação do §3º do art. 8º do RPAF, fornecesse ao autuado cópia da nova Informação Fiscal concedendo prazo de 10 dias para manifestação.

À fl. 161 o autuante atendeu ao pedido de diligência dizendo:

1. que o AI refere-se, de fato, a exigência por falta de recolhimento de ICMS – antecipação parcial, relativa às aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, mas que, por equívoco, a infração fora transcrita como falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento;
2. que a tese da defesa centra-se na impossibilidade da exigência de antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo fixo da empresa ou para uso ou consumo do estabelecimento, o que, de fato, seria pertinente. Contudo o próprio autuado se contradiz ao corrigir a planilha inicialmente elaborada na ação fiscal e anexada ao AI, onde ele, autuado, se reconhece como devedor das diferenças verificadas nessa planilha, apenas observado que nela deveriam ser considerados como créditos os supostos recolhimentos de ICMS por diferença de alíquotas descritos nos livros de apuração do ICMS e, dessa forma, querendo provar a inexistência de diferenças de ICMS a recolher;
3. que o autuado entendeu perfeitamente que a exigência refere-se exatamente à falta de antecipação parcial, quando considera os valores e cálculos demonstrados na planilha como consistentes e os mantém intactos na planilha, requerendo apenas que os valores dos supostos recolhimentos de ICMS por diferença de alíquotas fossem considerados como créditos para compensação das diferenças verificadas, o que é incompatível, dado tratar-se de situações jurídicas tributárias diversas.

Conclui que o erro na indicação do fato gerador ora corrigido não invalida a ação fiscal, até mesmo porque o próprio autuado reconhece como devidas as diferenças apuradas nas planilhas originais, não subsistindo sua única pretensão de compensar essas diferenças com os “supostos recolhimentos” por diferenças de alíquotas, aliás, recolhimentos que diz não confirmados, com o que mantém os cálculos e valores originais, pedindo a procedência da autuação.

Intimado para ciência da Informação Fiscal, o autuado volta aos autos nas fls. 178 a 181 dizendo que o autuante expressamente reconhece que laborou em equívoco e pretende modificar o fato ensejador, motivador da lavratura do Auto de Infração após formada a *litescontestatio*, o que se revela verdadeiro absurdo.

Aduz que este tema, inclusive, já foi objeto de diversas manifestações das Câmaras de Julgamento do CONSEF, como demonstra o acórdão CJF Nº 0031-12/03, cuja ementa transcreve.

Salienta a inadequada afirmação de que a empresa “entendeu” a questão, porque atos administrativos, como lançamentos fiscais, não podem ficar ao alvedrio das pessoas, sob pena de interferir nas normas previstas no artigo 37, da Constituição Federal, entendendo que a modificação das razões do auto torna a peça absolutamente nula, ante o cerceio de defesa.

## VOTO

Versa o presente Auto de Infração sobre a falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

O autuado impugnou o lançamento destacando que as mercadorias, como asseverado pelo AI, foram destinadas a consumo do estabelecimento, mas a Lei Estadual nº 8.967 de 29 de dezembro de 2003, que trata da antecipação parcial do ICMS diz não ocorrer a referida incidência da antecipação parcial nos seguintes casos de mercadorias destinadas ao ativo fixo da empresa ou para consumo do estabelecimento, no que tem inteira razão, aliás, como admitido pelo próprio autuante na Informação Fiscal.

Realçou que na elaboração da planilha para a lavratura do Auto de Infração, o autuante utilizou a data de emissão das notas fiscais e incluiu somente como recolhido o valor pago da antecipação do ICMS, não verificando o recolhimento da diferença de alíquota de ativo fixo e material de uso e consumo no livro de apuração do ICMS, que também anexou, e que ele, impugnante, elaborou novas planilhas, tomando em consideração os dados omissos nas planilhas da fiscalização, considerando, inclusive, a data da entrada das notas e incluindo nos campos específicos, de acordo com os valores apurados no RAICMS.

Em Informação Fiscal, o autuante disse que o AI refere-se, de fato, a exigência por falta de recolhimento de ICMS – antecipação parcial, relativa às aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, mas que, por equívoco, a infração fora transcrita como falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, mas que isso não invalida o lançamento, pois o autuado entendeu perfeitamente que a exigência refere-se exatamente à falta de antecipação parcial, quando considera os valores e cálculos demonstrados na planilha como consistentes e os mantém intactos na planilha que elaborou, requerendo apenas que os valores dos supostos recolhimentos de ICMS por diferença de alíquotas fossem considerados como créditos para compensação das diferenças verificadas, o que é incompatível, dado tratar-se de situações jurídicas tributárias diversas.

Ora, percebe-se então, do exposto nos autos, uma flagrante incoerência entre a imputação fiscal e o fato real, cujo direito aplicável é distinto do tipificado pelo autuante na ocorrência infracionária. A imputação diz respeito à exigência de diferença entre as alíquotas internas e interestaduais em operações interestaduais de aquisição de mercadorias para uso e consumo com previsão legal no art. 1º, §2º, inciso IV do RICMS-BA, e a matéria fática é a falta de recolhimento de ICMS por antecipação parcial decorrentes de operações interestaduais de compras de mercadorias destinadas à comercialização com previsão no art. 352-A do RICMS-BA.

Embora o contribuinte tenha, de fato, pautado sua defesa em relação à antecipação parcial do ICMS, nesta situação, a lide não pode prosseguir tendo em vista a verificação de vício que inquina o lançamento de absoluta nulidade com base no art. 18, II e IV, “a” do RPAF/99 (Dec. nº 7.629/99), uma vez que haveria mudança do fulcro da autuação e este Colegiado tem por dever observar o princípio constitucional do devido processo legal.

Do devido processo legal, pois a acusação não foi de falta de antecipação parcial de ICMS em operações interestaduais de aquisição de mercadorias adquiridas para fins de comercialização, fato real cujo equívoco de enquadramento foi reconhecido pelo autuante, e sim de exigência de imposto por diferença entre as alíquotas internas e interestaduais.

Assim, a infração como apontada no Auto de Infração não subsiste e considerando que a descrição da infração e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real, por implicar em mudança de fulcro da autuação no transcurso processual, impossível de ser ajustada como pretendeu o autuante na sua Informação Fiscal, a lide não pode prosseguir em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

Do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, e com base no art. 156, do RPAF/99 represento à autoridade competente para analisar e instaurar novo procedimento fiscal a salvo de erros, se for o caso, visando resguardar o interesse do erário deste Estado.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO**, o Auto de Infração **nº 180597.0000/08-9**, lavrado contra **VALADARES TECIDOS LTDA**, recomendando a renovação do procedimento fiscal.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de novembro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR