

A. I. N° - 124157.0825/10-0
AUTUADO - SEARA ALIMENTO S/A
AUTUANTE - ANTÔNIO JOSÉ DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT DAT SUL
INTERNET - 20. 12. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0384-01/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. 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 antecipação parcial, ao passo que a matéria fática é referente à antecipação tributária “total”. A autuação foi feita de modo equivocado. Por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/02/2010, exige do autuado ICMS no valor de R\$ 6.552,77, acrescido da multa de 60%, em decorrência de falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado. Consta na “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração que se refere à aquisição de mercadorias tributáveis (café vácuo), por contribuinte descredenciado, conforme DANFE 32363, sem o recolhimento do ICMS devido pela operação na primeira repartição fiscal do percurso, conforme preceitua o RICMS/BA.

O autuado, através de representante legalmente constituído, apresentou defesa às fls. 30 a 39, afirmando que a autuação não merece prosperar, em razão do imposto exigido não ser devido por estar dispensada do recolhimento antecipado na entrada de produtos in natura no Estado da Bahia, conforme prevê o RICMS/97.

Argui, em caráter preliminar, a nulidade do Auto de Infração, sustentando que o procedimento de fiscalização está repleto de vícios não passíveis de serem sanados.

Alega que a descrição da infração não possui relação com a suposta conduta que teria praticado, haja vista que consta na descrição do Auto de Infração que agiu em desacordo com a legislação ao adquirir café vácuo da filial localizada em outra unidade da Federação, contudo, não se trata a mercadoria indicada na autuação de produto comercializado pela empresa, uma vez que tem como atividade a fabricação de produtos de carne, preparação de subprodutos do abate, dentre outros. Portanto, a principal atividade que exerce na condição de filial é o comercio atacadista de carnes bovinas e suínas.

Reafirma que a mercadoria descrita na autuação não está dentro do rol de mercadorias relacionadas com a atividade frigorífica que desempenha, sendo latente a nulidade da autuação.

Destaca que as mercadorias objeto da presente autuação são cortes de frango, não tendo relação alguma com a mercadoria apontada na descrição dos fatos da infração.

Ressalta que o relato da infração deve ser claro, preciso e específico, contendo a correta descrição dos fatos e correta indicação da infração, eis que estes são de vital importância para a lavratura do Auto de Infração, o que não ocorre no caso em discussão.

Observa que o Auto de Infração deve ser lavrado de modo que o autuado tenha conhecimento de seu conteúdo, a fim de que possa exercer seu direito de defesa.

defesa, pois se este não compreender a imposição que lhe é imputada, não poderá se defender adequadamente.

Diz que, nesse passo, o direito a ampla defesa, garantia constitucional fundamental, restou totalmente prejudicado na autuação em comento.

Frisa que descabe a alegação de que os atos praticados pelos agentes da administração pública gozam da presunção de legitimidade e boa-fé, o que supriria a deficiência e até mesmo, como é o caso, a completa ausência de embasamento fático e legal de seus atos exarados.

Reitera que a autuação despida de clareza, descrição minuciosa, demonstração e comprovação dos fatos alegados é nula de pleno direito, não sendo possível atribuir ao ato administrativo a presunção de legitimidade.

Consigna que o levantamento fiscal deve colher provas objetivas suficientes para embasar a autuação, demonstrando exatamente as causas e as razões dos fatos imputados que supostamente caracterizam a infração tributária, não podendo, simplesmente, atuar no campo subjetivo e de forma deficiente na comprovação e demonstração de sua exigibilidade.

Diz que os princípios da legalidade estrita e tipicidade impedem que as normas sejam interpretadas extensivamente a favor do sujeito ativo da relação tributária. Aduz que a tipicidade do fato tributário pressupõe, por conseguinte, uma descrição rigorosa dos seus elementos constitutivos, cuja integral verificação é indispensável para a produção dos efeitos, ficando comprometido o lançamento de ofício, se em contraste com esses requisitos, como ocorre no presente caso, em que não houve a descrição correta da suposta infração, sendo totalmente impertinente os artigos mencionados.

Assevera que o ato administrativo impugnado acarreta cerceamento de defesa e viola os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, logo, há nulidade do auto de lançamento, visto que a contribuinte não comercializa o tipo de mercadoria indicada no relato da infração, restando claro que o Auto de Infração deve ser declarado integralmente nulo.

Rechaça o mérito da autuação, dizendo que o autuante lavrou o Auto de Infração por suposta falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, com respaldo nos artigos 125, inciso II, alínea “f” e 352-A, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 e Portaria 114/04, cujos textos transcreve.

Sustenta que não procede a exigência fiscal, pois estava desobrigado de efetuar o recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, haja vista que a mercadoria que ensejou a lavratura do Auto de Infração foi adquirida por filial da mesma empresa, estando sujeita ao previsto no artigo 355, inciso I do RICMS/BA, cujo teor transcreve.

Salienta que, conforme pode ser verificado na DANFE nº 32.363, que acompanhou a mercadoria objeto da autuação, adquiriu cortes de frango in natura da unidade da empresa situada em Santa Catarina, portanto, tratando-se de operação que se enquadra na hipótese do dispositivo regulamentar acima referido, não ensejando antecipação parcial do imposto.

Observa que o RICMS/BA estabelece que o recolhimento do imposto originário da operação realizada será postergado para momento futuro, ficando o destinatário responsável pela retenção de ICMS referente às operações internas subsequentes.

Reitera que a remessa de mercadoria de filial localizada em outro Estado para filial situada no Estado da Bahia não exige a antecipação parcial de ICMS, pois há dispositivo no RICMS/BA que dispensa o contribuinte o recolhimento desse imposto na entrada de produtos in natura, restando evidente que não há imposto a ser recolhido, pois o fato praticado não se enquadra na hipótese de incidência que prevê o recolhimento antecipado de ICMS. Acrescenta que, contrariamente à operação que culminou equivocadamente na autuação se enquadra na hipótese de não recolhimento antecipado do ICMS.

Afirma que o Auto de Infração é improcedente, pois restou claro que o procedimento adotado não infringiu a legislação em vigor, pois está dispensado de recolher antecipadamente ICMS devido na entrada de produtos *in natura* no Estado da Bahia.

Prosseguindo, diz que a multa de 60%, prevista na alínea “f” inciso II do artigo 42 da Lei 7.014/96, apontada no Auto de Infração é indevida e excessiva, haja vista que não descumpriu a obrigação principal, tampouco deveres instrumentais, sendo que o imposto estadual não é devido na operação referente a nota fiscal objeto da autuação, conforme explanado. Acrescenta que o referido percentual é inconstitucional, por ser desproporcional e confiscatória, representando excesso de exação porque pune exageradamente o contribuinte que age com evidente boa-fé. Invoca a Constituição Federal, reproduzindo os seus artigos 150, inciso IV, 5º, XXII e XXIII, LV, LIV, e LVII 170, II e III, assim como lições de Hugo de Brito Machado e Sacha Calmon Navarro Coelho, e decisões do Supremo Tribunal Federal referentes ao RTJ 74/320; 78/610; 79/478-490; 96/1354, para fundamentar os seus argumentos. Assevera que a multa deve ser anulada, motivando a própria desconstituição da autuação. Conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, a sua improcedência.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 49 a 51, na qual contesta os argumentos defensivos, afirmando que o autuado realizou operação de Transferência de Mercadorias Tributadas através do DANFE de sua emissão nº 32363, contemplando diversos produtos comestíveis, no caso, coxa, sobrecoxa e file de peito de frango, com destino à sua filial localizada na cidade de Simões Filho/BA, descumprindo exigência da legislação pertinente, pelo fato, de nesta data, encontrar-se na condição de “Descredenciado”, conforme se verifica às fls. 09/10 dos autos. Portanto, deixou de efetuar o pagamento do ICMS devido pela operação na primeira repartição fazendária da divisa ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, como exige o art. 125, II, “a”, “b” RICMS/BA, cujo teor transcreve. Reproduz, ainda, os artigos 911, §1º, 915, II, “d” do mesmo Diploma regulamentar.

Continuando, diz que o impugnante alega que o produto “Café a Vácuo”, não faz parte de cesta de mercadorias comercializadas pela sua empresa, porém, com relação aos produtos, coxa, sobrecoxa e filé de peito de frango, constantes do DANFE nº 32363 e relacionados no Termo de Apreensão nº 124157.0825/10-0 de 22/02/10, aduz que os referidos produtos não estão sujeitos à antecipação parcial do ICMS.

Salienta que, muito embora o texto do Auto de infração em lide conste, equivocadamente, a descrição do produto “Café a Vácuo”, isto não invalida o lançamento, haja vista que no Demonstrativo anexo ao Auto de Infração de fl. 02 do PAF, e no respectivo Termo de Apreensão, consta a descrição correta dos produtos alvo da autuação.

Rechaça a alegação defensiva de que os produtos oriundos da Transferência constante do DANFE nº 32363 não estão sujeitos à Antecipação do ICMS, afirmando que o RICMS/BA, claramente, determina que é devido o ICMS referente à Antecipação Parcial quando se tratar de mercadorias destinadas diretamente à comercialização sem passar por qualquer processo de industrialização/beneficiamento.

Transcreve, no intuito de confirmar o seu entendimento, texto extraído do site www.sefaz.ba.gov.br- Antecipação Tributária- Principais Dúvidas”, conforme abaixo:

“4. Quando ocorre o FATO GERADOR da Antecipação Parcial?

- Nas entradas interestaduais de mercadorias p/comercialização, inclusive a título de transferências entre estabelecimentos da mesma empresa. Conforme art. 352-A do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284, de 14 de março de 1997.

OBS (1): Se uma indústria, além de adquirir mercadorias para industrialização, adquire mercadorias diretamente para comercialização, incide a Antecipação

Sustenta que, conforme destacado acima, está caracterizada a incidência do ICMS sobre mercadorias tributadas destinadas para comercialização, mesmo tendo sido promovidas a título de transferência entre as filiais das empresas, sendo totalmente lícito o crédito tributário exigido através do Auto de Infração ora demandado. Finaliza mantendo integralmente o Auto de Infração.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre a exigência de ICMS referente à antecipação parcial, na primeira repartição fazendária da divisa ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

Do exame das peças que compõem o presente processo, verifico que não há como prosperar o presente lançamento de ofício, haja vista que contém vícios que o inquinam de nulidade, conforme passo a discorrer.

Observo que, apesar do Auto de Infração indicar como produto objeto da autuação “café vácuo”, a mercadoria efetivamente transportada foi “*coxa, sobrecoxa e filé de peito de frango*”, conforme o Termo de Apreensão nº 124157.0825/10-0.

Certamente tal equívoco poderia ser ultrapassado, considerando que o autuado tomou ciência do mencionado Termo de Apreensão, inclusive, apresentou defesa rechaçando a exigência sobre tais produtos, mesmo tendo argüido a nulidade pela indicação de “café a vácuo” no Auto de Infração.

Contudo, constato que incorreu em equívoco o autuante ao efetuar o lançamento para exigir o ICMS relativo à antecipação parcial, tendo em vista que as mercadorias arroladas na autuação, no caso, “*coxa, sobrecoxa e filé de peito de frango*”, estão enquadradas no regime de substituição tributária, consoante o art. 353, inciso II, item 9 do RICMS/BA, abaixo reproduzido:

“Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

(...)

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

(...)

9 - produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino, e suíno, em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados, exceto charque - NCM 0201, 0202, 0203, 0206, 0207, 0209.00 e 0210 (Lei nº 7.753/00);”

Isto porque, a teor do art. 352-A, § 1º inciso III do RICMS/BA, abaixo transcrito, não se aplica a antecipação parcial às mercadorias cujas operações sejam acobertadas por antecipação ou substituição tributária:

“Art. 352-A. 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 a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobert

(...)

III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação, exceto nas aquisições de álcool de que trata o art. 515-D.”

Devo registrar que o texto extraído do site da SEFAZ/BA, relativo à “*Antecipação Tributária-Principais Dúvidas*”, cuja transcrição foi feita pelo autuante no intuito de confirmar o seu entendimento de que cabe a antecipação parcial, em razão das mercadorias se destinarem à comercialização, não merece qualquer reparo.

Em verdade, a resposta se apresenta correta, haja vista que é devido o ICMS referente à antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização. Contudo, o entendimento do autuante é que está equivocado, haja vista que a condição indispensável para exigência do ICMS referente à antecipação parcial, assim como à antecipação “total” é de que as mercadorias sejam destinadas à comercialização.

Na realidade, pode ser dito que uma situação afasta a outra, isto é, se a mercadoria adquirida para comercialização estiver enquadrada no regime de substituição tributária ou antecipação que encerre a fase de tributação, não é exigível o ICMS referente à antecipação parcial. Da mesma forma, se for tributada normalmente é cabível a exigência do ICMS relativo à antecipação parcial.

É certo que, no presente caso, 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 antecipação parcial, ao passo que a matéria fática é referente à antecipação tributária “total”. Portanto, a autuação foi feita de modo equivocado. Assim, por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa

Diante do exposto, considero nulo o Auto de Infração com fulcro no art. 18, inciso IV, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, ao tempo em que, represento a autoridade competente, para instaurar novo procedimento fiscal, a salvo de falhas, conforme manda o art. 21 do RPAF/99.

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 124157.0825/10-0, lavrado contra SEARA ALIMENTO S.A.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE-RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR