

A. I. Nº - 232151.0250/12-5
AUTUADO - CASA DEZ COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - RUBEM FRANCELINO DE SOUZA
ORIGEM - IFMT/METRO
INTERNET - 10.07.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0127-02/13

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A autuação contém vício jurídico que afeta a sua eficácia, pois acusa a falta de antecipação parcial nas aquisições de mercadorias oriundas de outro Estado, porém lança o imposto referente mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária com aplicação de MVA, ou seja, a descrição do fato não condiz com a infração imputada, bem como a capitulação legal. É nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal, que implique cerceamento de defesa. Auto de Infração **NULO**. Representada a autoridade fazendária para instauração de novo procedimento no estabelecimento do autuado. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 19/05/2012, acusa a falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$20.817,93, referente à antecipação tributária, antes da entrada no território deste Estado, sobre mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado, conforme Termo de Ocorrência Fiscal e documentos às fls. 04 a 12. Em complemento consta: *O contribuinte, por está DESCREDCENCIADO, deixou de recolher na primeira repartição fiscal do percurso, o ICMS devido, referente antecipação parcial das mercadorias oriundas de outra unidade da federação, conforme DANFE 67669/67672 de MOET HENNSSY DO BRASIL VINHOS DEST LTDA.*

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, em sua defesa às fls.39 a 44, aduz que o auto de infração descreve que o contribuinte supra qualificado, por estar supostamente descredenciado à época da ação fiscal, teria deixado de recolher ICMS, referente à antecipação tributária, antes da entrada no território do Estado da Bahia, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, conforme Danfe 67669/67672, de Moet Hennssy do Brasil Ltda.

Em seguida, preliminarmente protesta pela NULIDADE DA REVELIA aplicada ao presente auto de infração, tendo em vista que a ciência do Autuado somente foi efetuada no dia 17/10/2012, sendo a presente defesa absolutamente tempestiva, não havendo do que se falar em réu revel, conforme se observa dos sistemas da Sefaz/BA, em flagrante descumprimento ao princípio do contraditório, do devido processo legal, princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Ressalta que, o prazo fatal para apresentação da presente defesa se encerraria em 16/11/12 (sexta-feira), contudo, em razão do feriado do dia 15/11/12, não houve expediente nas repartições da Sefaz/BA, estendendo-se o último dia do prazo para a data de 19/11/12 (segunda-feira), próximo dia útil, portanto.

No mérito, alega que o lançamento tributário é improcedente, pois houve uma repetição de indébito, visto que efetuou parte dos pagamentos antes da lavratura do Termo de Ocorrência Fiscal, ocorrida em 19/05/2012 e do seu respectivo Auto de Infração, ambos com data de lavratura consignada em 19/05/2012 e ciência do contribuinte em 17/10/2012.

Observa que às fls. 25, 26 e 27 constam cópias dos DAE's referentes à antecipação parcial das Notas

Fiscais de nº 67669 e 67672 em 11/05/2012, data anterior à ação fiscal, no montante de R\$5.487,60 (cinco mil, quatrocentos e oitenta e sete reais e sessenta centavos), acostado às fls. 27 e pago em 11/05/12 (comprovante às fls. 25), bem como, o DAE no montante de R\$742,52 (setecentos e quarenta e dois reais e cinquenta e dois centavos), acostado às fls. 27 e pago no dia 11/05/12 (comprovante às fls. 25).

Explica que, ainda que a ponderação no sentido de que a antecipação parcial teria sido feita a menor em razão de um suposto descredenciamento à data dos fatos, o que não resta comprovado nos autos, consta à fl. 32 (comprovante de pagamento à fl. 29), consta ainda, a complementação do ICMS devido pela antecipação das notas 67669 e 67672, no valor de R\$11.059,43 (onze mil, cinquenta e nove reais e quarenta e três centavos), com pagamento realizado em 23/05/12, a ser acrescido aos demais pagamentos anteriores.

Além destes pagamentos citados acima, informa que foi efetuado ainda na mesma data o pagamento da quantia de R\$696,77 (seiscentos e noventa e seis reais e setenta e sete centavos), cujo DAE também se encontra à fl. 32 e o respectivo comprovante de pagamento à fl. 28.

Chama a atenção para o seguinte:

- a) *O efetivo recolhimento dos DAE's de antecipação parcial, conforme documentos acostados às fls. 25, 26, 27, 28 e fls. 32.*
- b) *Inexistência de comprovação nos autos de descredenciamento do sujeito passivo no período indicado no presente Auto de Infração, o que se constitui em indubitável cerceamento de defesa*
- c) *Recolhimento de parcela complementar da antecipação do ICMS de R\$ 11.059,43 (onze mil, cinquenta e nove reais e quarenta e três centavos), às fls. 29, com pagamento realizado em 23/05/12.*
- d) *Recolhimento de parcela complementar da antecipação do ICMS de R\$ 696,77 (seiscentos e noventa e seis reais e setenta e sete centavos), às fls. 28, com pagamento realizado em 23/05/12.*

Ao final, requer que o Auto de Infração seja considerado nulo, sem prejuízo da preliminar arguida, especialmente em decorrência do descumprimento do contraditório (pela falta de comprovação do descredenciamento à época dos fatos), ou caso contrário, pugnou pela aplicação de multa sobre a parcela remanescente, uma vez que, os recolhimentos a serem observados nas páginas mencionadas se deram em data anterior à ciência do autuado.

Requer o direito de provar tudo quanto aqui alegado, por todos os meios admitidos, inclusive laudos periciais expedidos por perícia técnica designada por este órgão, revisões fiscais, documentos ou testemunhas, na melhor forma da lei.

Na informação fiscal às fls. 62 e 63, o autuante aduziu que:

- a) o contribuinte descredenciado recebendo mercadorias sujeita a antecipação total conforme infração 54.05.08 desacompanhada de DAE ou GNRE, relativo a antecipação total mercadorias do tipo bebidas conforme NCM220410100, oriundas do Estado do RS da empresa Industrial Moet Hennessy com CNPJ 43993591/0004-09;
- b) o contribuinte Casa Dez Comércio Ltda teve inicialmente cobrado seu imposto com base de cálculo total por não haver sido localizado a época da lavratura pagamento oficializado pelo sistema Sefaz;
- c) constatado o erro, foi reconhecido e corrigido conforme memória de cálculo 01, fl. 64, o imposto devido e pago tempestivamente considerando o desconto de 20%, dados a data do fato gerador da empresa cuja condição era de EPP, restando então um diferença conforme memória de cálculo 02, fl. 65, onde reflete o valor a ser pago já fora do prazo legal sem o desconto concedido na memória de calculo 01, fl. 64, resultando um imposto devido de R\$12.647,78 e multa de R\$7.588,67, sendo o total R\$20.236,45.

O preposto fiscal rebateu a alegação defensiva quanto a comprovação do descredenciamento à época do fato gerador, esclarecendo que no documento à fl. 06 do processo, datado de 19/05/2012, atesta o

resultado da consulta feita no site da SEFAZ.

Quanto ao pedido do autuado para que sejam reconhecidos todos os pagamentos incluindo os intempestivamente como crédito imediato a data do fato gerador, diz que o pedido do defendente poderá ser objeto de crédito se devidamente peticionado deduzindo assim o valor constante da memória 02.

Dizendo que foram dadas todas as garantias ao direito de defesa, assim como na descrição do fato está clara a motivação da autuação, não há porque se falar em nulidade, já que este tem todos os requisitos essenciais e estão presentes ao auto, admitindo apenas que há correção dos valores apurados, pugna pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

De acordo com o que consta no Auto de Infração, a infração imputada ao contribuinte supra foi *“Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado”*.

Já na descrição dos fatos, foi informado que: *O contribuinte, por está DESCREDENCIADO, deixou de recolher na primeira repartição fiscal do percurso, o ICMS devido, referente antecipação parcial das mercadorias oriundas de outra unidade da federação, conforme DANFE 67669/67672 de MOET HENNESSY DO BRASIL VINHOS DEST LTDA.*

Verifico que a infração constatada na primeira repartição da fronteira (Posto Fiscal Honorato Viana), sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, através dos DANFES nº 67669 e 67672, emitidos em 09/05/2012 por Moet Hennessy do Brasil – Vinhos e Destilados Ltda, na cidade de Garibaldi Estado do Rio Grande do Sul, sendo a mercadoria apreendida no dia 19/05/2012, conforme Termo de Ocorrência Fiscal nº 232151.0008/12-0, fls.04 e 05, uma vez que o autuado se encontrava descredenciado para postergar o recolhimento para o mês seguinte ao da entrada da mercadoria no estabelecimento. O auto de infração foi lavrado em 19/05/2012 e o autuado foi cientificado da autuação em 17/10/2012.

Conforme DANFE acima citados, a mercadoria objeto da presente lide é Vinho, sendo a autuação enquadrada no artigo 12-A e 32 da Lei nº 7014/96 e artigo 332, inciso III, alínea “b” e §§ 2º e 3º do RICMS aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, que tratam de exigência de antecipação tributária parcial. Analisando o enquadramento legal com a descrição do fato constante no Termo de Ocorrência Fiscal, fl. 04, que fundamenta a autuação, se depreende que efetivamente a exigência fiscal diz respeito a *“antecipação tributária parcial”*.

Analizando a Memória de Cálculo à fl. 08 verifico que o preposto fiscal utilizou indevidamente para determinação da base de cálculo a MVA de 64% prevista para aquisição de mercadorias de Unidade da Federação não signatária de Acordo interestadual, conforme previsto no item 5.4. do Anexo do ICMS do RICMS/2012, apurando o valor que foi lançado no demonstrativo de débito. Portanto, se a intenção da fiscalização foi lançar no auto de infração o valor correspondente ao ICMS – ST, deveria ter feito a acusação fiscal nesse sentido, e não imputar a falta de recolhimento da antecipação parcial.

Verifico que este fato causou qualquer prejuízo à defesa do contribuinte, haja vista que, ao defender-se o impugnante trata de base de cálculo da substituição tributária, matéria totalmente diferente da que imputada no auto de infração. Por consequência os argumentos trazidos pela defesa de que não houve falta de recolhimento do ICMS por substituição tributária vai de encontro com o fulcro da autuação, uma vez que, repito, este não foi o motivo da autuação, conforme demonstrado acima.

Desta forma, verifico que para a formalização do presente lançamento tributário, a descrição dos fatos não condiz com a infração imputada, bem como a capitulação legal, além das infrações terem consequências jurídico-tributárias distintas, já que na infração imputada a substituição tributária encerra as fases de tributação nas operações subsequentes e, no elemento pessoal do fato gerador,

coloca o sujeito passivo na condição de responsável por substituição tributária. Já a infração constante da descrição dos fatos o recolhimento do imposto por antecipação parcial não encerra as etapas de tributação, portanto, como incorrendo em falta de cumprimento do devido processo legal.

Nestas circunstâncias, concluo pela nulidade do ato administrativo do lançamento, por ir de encontro com as disposições contidas nos incisos II e IV, aliena “a” do artigo 18, RPAF/BA, por cerceamento do direito de defesa e por falta ao lançamento elementos suficientes para se determinar com segurança a infração.

Cumpre observar que o autuado, em relação às notas fiscais objeto da autuação, trouxe ao processo a comprovação de que havia efetuado a antecipação tributária nos seguintes valores (Valor Principal): em 11/05/2012, os valores de R\$5.487,60 e R\$742,59, total de R\$6.230,19, docs. fls. 25 a 27; e em 23/05-2012, os valores de R\$10.915,35 e R\$687,69, total de R\$11.603,04.

Nos termos do artigo 156 do RPAF/99, representa-se à autoridade fazendária competente no sentido da instauração de novo procedimento fiscal no estabelecimento do autuado, a salvo de incorreções, para verificação da regularidade do cumprimento da obrigação tributária principal em questão.

Ante o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 232151.0250/12-5, lavrado contra **CASA DEZ COMÉRCIO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de junho de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA