

A. I. Nº - 217438.0012/12-0
AUTUADO - BORTOLON COMERCIAL DE FRUTAS E VERDURAS LTDA.
AUTUANTE - MARIA CELESTE DE ARAÚJO MOURA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET 05.08.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0149-04/13

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. As operações internas de peras e maçãs são isentas de ICMS, no período objeto da autuação o que resulta na não obrigatoriedade do pagamento de antecipação parcial, no modo em que está sendo exigido na presente autuação. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 19/11/2012, exige ICMS sob a acusação de falta de recolhimento do imposto por antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, com o objetivo de comercialização. Valor: R\$19.577,66. Multa: 60%. Período: Fevereiro, maio a dezembro 2008, janeiro a maio, agosto a dezembro 2009.

O contribuinte impugna o lançamento às fls. 114 a 118. Diz ser empresa de pequeno porte do Simples Nacional dedicada ao comércio atacadista de frutas, verduras, raízes, tubérculos, hortaliças e legumes frescos. Transcreve o §1º do art. 352-A e art. 14, I, “b”, do RICMS/BA, para dizer que a exigência fiscal decorre de aquisição interestadual de peras e maçãs, cuja venda interna posterior seria isenta de ICMS, razão pela qual requer a improcedência do auto de infração.

Na informação fiscal (fls. 127 a 128), a Agente de Tributos Estaduais autuante afirma que o autuado não efetuou o recolhimento de ICMS por antecipação parcial nas aquisições interestaduais de peras e maçãs para comercialização, conforme previsto no art. 352-A, c/c art. 14, I, “b”, do RICMS/BA, efeitos de 11/12/07 a 13/08/10. Aduz que de acordo com o § 1º do art. 352-A, o contribuinte somente é desobrigado de antecipar parcialmente o ICMS sobre mercadorias acobertadas por isenção nas saídas internas subsequentes, situação não comprovada pelo autuado. Diante desse fato, conforme fls. 129-132, o intimou a apresentar as notas fiscais de saídas para levantamento das operações de vendas das peras e das maçãs que adquiriu em operações interestaduais. O resultado do levantamento demonstrou que o autuado realizou vendas para Sergipe, fato que se enquadra no art. 14, I, “b”, do RICMS/BA, pois não há isenção sobre as entradas dessas mercadorias, nesse caso.

Elaborou demonstrativo quantificando as peras e as maçãs vendidas em operações interestaduais, de forma que em 2008 verificou saída de 477 caixas de peras e 557 caixas de maçãs e em 2008, 822 caixas de peras e 1914 caixas de maçãs, conforme fls. 134-137.

Considerando a variação de preço (muitas vezes associada ao tipo de pera e maçã) nas NFS de entradas e a falta de especificação da mercadoria nas NFS de saídas, estabeleceu um preço médio, conforme fls. 138-141, de modo que determinou a base de cálculo com base no preço médio anual encontrado entre os valores de compras e a quantidade efetivamente vendida em operações interestaduais. Submeteu essa base de cálculo à alíquota resultante da diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual de

procedência da mercadoria, conforme demonstrativo de fl. 133, apurando o valor de R\$10.707,14 que entende corresponder ao ICMS da antecipação parcial efetiva, situação que entende enquadrada na previsão de exceção à regra de isenção citada. Pede abertura de vista do valor da exigência fiscal ajustada ao contribuinte com entrega dos novos demonstrativos.

Às fls. 235-239, dizendo que as notas fiscais anexadas ao AI comprovam que as operações seguintes foram realizadas para comerciantes, portanto, amparadas pela isenção, o autuado se manifesta repetindo a alegação defensiva e ressalta que as operações internas e interestaduais com maçãs e peras são isentas. Repete o pedido de improcedência do Auto de Infração.

Às fls. 242-243 a ATE autuante ratifica a informação fiscal anteriormente prestada.

VOTO VENCIDO

Compulsando os autos, dada à atividade vinculada tanto da fiscalização quanto deste órgão julgador e, em especial, para atender manifestação do princípio inquisitório que permeia o procedimento fiscal, observo neste caso fatos vícios que, embora não alegados, tenho, por dever de ofício, que conhecer em derrogação do princípio dispositivo que rege o processo, pois representam acumulação que, inexoravelmente, conduzem à nulidade absoluta deste auto de infração, senão vejamos.

A acusação fiscal inicial é “falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial referente a aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização”. O contribuinte a impugnou demonstrando tratar-se de mercadorias cuja comercialização interna é isenta e, portanto não sujeita à antecipação tributária. Por ocasião da informação fiscal a ATE autuante reconheceu pertinência parcial no argumento defensivo, mas por tratar-se de peras e maçãs, cuja comercialização interestadual é tributável (RICMS/BA: art. 14, I, “b”), conforme acima relatado, através de metodologia não prevista na legislação tributária a que sua atividade está vinculada, ajustou o valor exigido pela infração, considerando passível de antecipação de ICMS pela aquisição interestadual, as peras e maçãs cuja saída subsequente se deu em operações interestaduais.

Pois bem. Neste PAF se discute um lançamento tributário de ofício, ato/instrumento administrativo necessário à constituição do crédito tributário decorrente de uma obrigação tributária principal que, para que seja exigível necessita que o lançamento em apreço esteja pleno de liquidez e certeza, o que, neste caso, só se alcança com o trânsito em julgado do PAF. Para tanto é preciso admitir que o lançamento em lide não se limita à peça fundamentadora deste processo, o auto de infração, mas a todo o PAF, a este integrando todas suas peças e, no que nos interessa, especialmente, a informação fiscal.

Isto posto, suficiente já é para identificarmos claros vícios de nulidade absoluta do lançamento tributário em apreço, senão vejamos.

A um, porque o art. 352-A reza que 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. Portanto, mesmo nos casos de mercadorias tributáveis, a base de cálculo para a exigência tributária é sempre a da entrada da mercadoria e não média anual dos preços contidos em notas fiscais de saídas como, de moto próprio, a ATE autuante estabeleceu no ajuste que efetuou;

A dois, porque, obviamente, sendo desconhecida a comercialização interestadual futura das peras e maçãs que têm isenção na comercialização interna, impossível é para o contribuinte previamente efetuar a antecipação parcial de ICMS relativa às mercadorias tributáveis por venda interestadual;

A três, porque a despeito de as operações interestaduais com peras e maçãs serem tributáveis (acusação que restou pertinente no PAF, com a descrição dos fatos na informação fiscal), fato que merece procedimento fiscal específico para exigência tributária uma vez que ocorreram sem destaque de ICMS, neste caso há incongruência entre a descrição dos fatos no auto de infração e a infração que restou acusada, conforme informação fiscal.

Ora, entre outros requisitos, o art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF diz que o Auto de Infração conterá: **III** - a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributária principal e acessória, de forma clara, precisa e sucinta; **V** - a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, relativamente a cada situação: **a)** em que se fundamente a exigência fiscal, relativamente à ocorrência do fato gerador da obrigação principal ou acessória; **b)** tidos como infringidos; **c)** em que esteja tipificada a infração com a multa correspondente;

Tendo em vista que sob pena de não se sustentar, o Auto de Infração deve descrever cada fato em separado (descrição dos fatos) e identificá-los no tempo (data de ocorrência) em perfeita consonância e harmonia com a infração constatada, reconheço que o cotejo entre os fatos (operações interestaduais de mercadorias tributáveis como isentas) com a infração apontada (falta de recolhimento de ICMS por antecipação tributária) indica insegurança do lançamento na determinação da infração, confunde o processo por nele inadvertidamente inserir matéria alheia ao objeto da autuação e dificulta o exercício do contraditório direito de defesa do contribuinte autuado. Portanto, considerando que os vícios acima apontados absolutamente contamina este lançamento tributário, uma vez não pode ser sanado na forma prevista no parágrafo 1º do art. 18 por implicar em mudança de fulcro da autuação, com fundamento no inciso IV, “a” desse artigo, de ofício, declaro nulo este auto de infração, ao tempo que com fundamento no art. 156 do RPAF, represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal a salvo de falhas.

Infração NULA.

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

VOTO VENCEDOR

Peço vênia para discordar do entendimento do ilustre Relator, deste processo administrativo fiscal, e o faço com base na seguinte fundamentação:

Diz o art. 155, § único do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), que quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Com base neste dispositivo, voto pela improcedência do Auto de Infração, como exponho a seguir:

No mérito, o que se busca na presente lide é que o Estado alcance o ICMS decorrente da antecipação parcial, de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, cujas aquisições com a finalidade de comercialização foram efetuadas por empresa inscrita no Simples Nacional.

Não resta dúvida de que, consoante o art. 352-A do RICMS/97, a antecipação parcial ocorre 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 art. 61, inciso IX, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

Contudo essa regra geral encontra exceção no seu § 1º que dispõe que “A Antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por: I -isenção, II - não incidência, III- antecipação ou substituição tributária que encerre a fase de tributação [...]”

Neste caso, o levantamento fiscal de antecipação parcial/total, (fls. 19 a 25) descreve que as mercadorias são peras e maçãs, como constam nas notas fiscais de aquisições, cópias anexas fls.

Peras e maçãs, nas operações internas, no Estado da Bahia, são isentas de ICMS, em conformidade com o art. 14, I, “b” do RICMS, e no período autuado, fevereiro a dezembro de 2008, janeiro a maio, agosto a dezembro 2009, somente estavam sujeitas à tributação as operações interestaduais dessas frutas.

Portanto, as operações internas de peras e maçãs são isentas de ICMS, no período objeto da autuação o que resulta na não obrigatoriedade do pagamento de antecipação parcial, no modo em que está sendo exigido na presente autuação. Concluo que a infração atribuída ao sujeito passivo não procede.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por não-unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **217438.0012/12-0**, lavrado contra **BORTOLON COMÉRCIO DE FRUTAS E VERDURAS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de julho de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR/VOTO VENCIDO

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA/VOTO VENCEDOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR