

A. I. N° - 207106.0004/13-4
AUTUADO - ROBERTO SANTOS DE OLIVEIRA
AUTUANTES - CHARLES BELINE CHAGAS OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 01/10/2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0211-04/13

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. OPERAÇÕES DE AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS RELACIONADAS NOS ANEXOS 88 E 89. Comprovado nos autos que inexistia qualquer parcela a ser recolhida, vez que o lançamento foi baseado em informação equivocada constante na DMA. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 08 de abril de 2013 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 10.453,26, bem como multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração, verificadas nos meses de fevereiro e abril de 2011, e fevereiro de 2012:

Recolhimento a menor do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas nos anexos 88 e 89.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 14 a 18, onde argüi em sua defesa que o Auditor Fiscal não evidenciou com clareza a origem e natureza do crédito tributário, visto que, não listou as notas fiscais que serviram de base de cálculo para determinação do crédito tributário, lançando mão apenas da Declaração de Apuração Mensal do ICMS - DMA para sua determinação. Ante esta falha, originou a apuração de valores indevidos.

Assim, entende que a falta da discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado redundaram em erro do autuante, e que tal fato por si só eiva de nulidade o auto de infração lavrado, pois desobedece ao artigo 142 do CTN, cujo teor transcreve.

A igualdade constitucional que previona a plena defesa faz ver que os lançamentos devem contar com a devida clareza, restando nulo o Auto de Infração, dado que deixa de informar as notas fiscais, emitentes e valores corretos que geraram a emissão do auto de infração, cerceando a plena defesa.

Em vista dos fatos expostos, entende que se torna primordial a declaração de nulidade do lançamento e conseqüente inexigibilidade das multas aplicadas para a perfeita observação dos ditames legais e jurisprudenciais. Se assim não entendido, permite-se a autuada requerer as diligências necessárias para a constatação dos reais valores devidos, evitando assim detrimento aos seus direitos em benefício do locupletamento desmotivado do Estado.

Quanto ao mérito, aduz que o Auditor Fiscal não evidenciou com clareza a origem e natureza do crédito tributário, por se tratar de infração decorrente do recolhimento a menor do ICMS antecipação tributária relacionada nos anexos 88 e 89 do RICMS/BA, vez que deveria levantar todas as notas fiscais que seriam objeto de antecipação tributária, levantar a base de cálculo do ICMS antecipação tributária, apurar o ICMS antecipação tributária devido, verificar se ocorreu algum recolhimento para o período e determinar o crédito tributário, no entanto, bem como não listou as notas fiscais que serviriam de base de cálculo para o ICMS antecipação tributária devido

e determinação do crédito tributário, preferiu apenas lançar mão da Declaração de Apuração Mensal do ICMS - DMA para a determinação do crédito tributário, caminho mais fácil, menos trabalhoso e rápido, porém, passível de erro, como de fato ocorreu, visto que, tal Declaração foi preenchida e apresentada com erros, que foram prontamente retificadas, porém o Auditor Fiscal em seus procedimentos de fiscalização não constatou que ocorrera o erro no preenchimento, e se ao invés da empresa ter informado equivocadamente um débito a maior, tivesse informado um débito a menor, o Fisco nunca teria conhecimento deste fato e teria os seus cofres lesados, pois o autuante não verificou se os débitos declarados estavam corretos, apenas acatou uma informação sem constatar a sua veracidade. Na DMA no campo destinado ao preenchimento do valor do ICMS Antecipação Tributária, além do valor devido por este imposto também foi adicionado o valor devido do ICMS a título de Antecipação Parcial, cujos, comprovantes de recolhimento extraídos do site da Secretaria da Fazenda anexa.

Aborda, a seguir, mês a mês da autuação, declarando o ICMS antecipação tributária devido, com a relação às notas fiscais evidenciadas, calculando documento a documento, o valor efetivamente devido.

Finaliza, requerendo, com base no exposto e nas provas documentais acostadas ao procedimento, permite-se a autuada, na exata forma processual administrativa, seja, face a nulidade da infração pelos motivos acima desfilados, declarada a nulidade do lançamento, ou alternativamente, seja o feito administrativo convertido em diligência a fim de apurar as informações aqui prestadas no tocante aos valores auferidos pela autoridade fazendária aos meses relacionados, comprovando as alegações de erro na apuração aqui alocadas.

Informação fiscal prestada às fls. 86 e 87, pelo próprio autuante, afirma que após a verificação realizada nas notas fiscais de entrada, constatou que o contribuinte trabalha com materiais, máquinas industriais e ferramentas, e que as poucas mercadorias sujeitas à substituição tributária tiveram o imposto devidamente antecipado.

Por tais razões, entende que o lançamento deva ser julgado improcedente, acatando-se a alegação defensiva.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização: Recolhimento a menor do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas nos anexos

Analisando-se as questões preliminares suscitadas pela defesa, em sua peça apresentada, frente ao fato de que o autuante não evidenciou com clareza a origem e natureza do crédito tributário, violando o disposto no artigo 142 do CTN, não posso acolhê-la, diante dos conceitos de anulabilidade e nulidade.

A nulidade e a anulabilidade são formas de invalidade do negócio jurídico, surgem quando um determinado negócio jurídico não é celebrado no cumprimento das normas legais, dando origem à existência de um vício no negócio que pode provocar uma reação de ordem jurídica impedindo que o negócio seja viável.

Parte da doutrina entende que em verdade, existem duas categorias de nulidade: a absoluta e a relativa, ou seja, os atos ou negócios jurídicos ou são nulos, ou são anuláveis.

A nulidade absoluta é gerada pelo ato nulo, e em acontecendo, o ato não tem valor algum, não produz efeito algum porque, em verdade, nunca existiu.

O ato nulo produz a nulidade absoluta, ou de pleno direito. Ele é destituído de qualquer valor, não existindo, juridicamente. Ele não produz nenhum efeito jurídico, isto porque não chega sequer a se formar, por ausência de um de seus elementos essenciais. Nessa condição, ele não

pode ser ratificado. Qualquer interessado pode alegar a nulidade, e o julgador, ao conhecê-la, deve declará-la de ofício.

O ato nulo não produz efeito em tempo algum, porque tal ato nunca existiu. Nulo é todo ato a que faltam alguns dos requisitos ou formalidades que a lei impõe como essenciais à sua validade, ou que foi formado em desacordo com uma disposição proibitiva da lei, estando previsto no artigo 166 do Código Civil.

Já o ato anulável é aquele que tendo sido praticado sem conformidade com os preceitos legais, pode ser judicialmente anulado. Fica a cargo de a parte interessada solicitar a anulação ou não do mesmo. Enquanto o ato não for declarado ineficaz, produz normalmente todos os efeitos, pois antes disso será tido como válido.

Isto é, havendo um negócio jurídico anulável os seus efeitos permanecem normalmente até o momento em que se declara judicialmente a nulidade. Portanto, ato anulável é válido enquanto não desfeito, estando sua previsão no artigo 171 do Código Civil.

Ao declarar um negócio nulo a lei pretende erradicar esse negócio do mundo do direito extinguindo todos os efeitos que o mesmo haja produzido, já o negócio anulável pode subsistir no ordenamento jurídico, a lei limita-se a verificar que houve alguém que celebrou o negócio em condições que não satisfazem os requisitos exigíveis.

A lei reserva a nulidade para sancionar os negócios que apresentam vícios mais graves e a anulabilidade para os negócios de vícios menos graves.

Quanto ao caso concreto, o fato das notas fiscais não ter sido entregues em cópia ao sujeito passivo, a rigor, por si só, não ensejam a declaração de nulidade, vez que sanável, por exemplo, via realização de diligência e reabertura de prazo para defesa, o que não traria qualquer prejuízo, quer para o processo, quer para o contribuinte autuado, inexistindo o alegado cerceamento de defesa.

Por outro lado, diante do conteúdo da informação fiscal prestada, fica prejudicado o pedido de realização de diligência.

Por tal motivo, não acolho a arguição preliminar.

Quanto ao mérito, a acusação fiscal é de recolhimento a menor do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas nos anexos 88 e 89.

Analisando os autos, observo que consta nos mesmos (fl. 05) documento denominado “*Demonstrativo ICMS pago a menor substituição tributária*”, no qual o autuante apenas e tão somente lista os períodos, o valor do imposto devido, aqueles valores efetivamente recolhidos e a diferença entre ambos, que redundaria no débito lançado.

Já à fl. 06, consta documento emitido pelo sistema da Secretaria da Fazenda “*Resumo Fiscal Completo*”, dando conta de divergência entre o ICMS Substituição Tributária - Antecipação informado na DMA e o recolhido, nos períodos e valores arrolados na autuação, o que confirma a alegação defensiva de que o Auto de Infração tinha sido baseado em tal informação, a qual não refletia os valores corretos, e que implicou em retificação da DMA.

Já nas fls. 08 a 11, foram acostadas folhas das DMA’s dos meses de fevereiro e abril de 2011 e fevereiro de 2012, onde constam valores que eventualmente seriam devidos pelo sujeito passivo.

Pesa também, o fato de ao prestar a informação fiscal, o próprio autuante observar, diante do exame da argumentação defensiva da autuada, bem como dos documentos fiscais que, efetivamente cometeu equívoco no lançamento, pois o débito inexistia, diante da retificação realizada na DMA.

Por tais razões, julgo o Auto de Infração improcedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207106.0004/13-4**, lavrado contra **ROBERTO SANTOS DE OLIVEIRA**.

Sala de Sessões do CONSEF, 12 de setembro de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA