

A. I. Nº - 232854.0004/11-1  
AUTUADO - FENÍCIA ELETRODOMÉSTICOS LTDA.  
AUTUANTE - MARCELO AUGUSTO CUNHA DE OLIVEIRA  
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA  
INTERNET - 10. 12. 2013

### 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0294-01/13

**EMENTA:** ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. LIVRO FISCAL. DESENCONTRO ENTRE O VALOR RECOLHIDO E A ESCRITA FISCAL. NULIDADE. O demonstrativo fiscal elaborado pelo Fisco discrimina operações de aquisição de mercadorias e apuração de ICMS antecipação parcial prevista no art. 12-A, Lei 7.014/96; não foi cumprida adequadamente diligência fiscal que objetivava sanear defeito processual. Procedimento fiscal incompatível inquina a exigência de nulidade por inadequação, cerceamento do direito de defesa e agressão ao devido processo legal. Nulo o ato de imposição de multa, cuja motivação não represente, adequadamente, a infração a que corresponde a penalidade aplicada. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado, em 30/03/2012, para reclamar ICMS consubstanciado na apuração da seguinte irregularidade: *“Recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS”*. Período janeiro/fevereiro, maio/outubro e dezembro 2007; janeiro/ fevereiro, maio, agosto e outubro 2008. Valor R\$ 7.230,82 – Multa de 60%.

Na impugnação defensiva, fl. 24, alega o autuado que o Auditor Fiscal não lhe entregou cópias das notas fiscais da infração aludida e assim não consegue entender a acusação, pois as vezes, as mercadorias não chegam ao destino, uma vez que as próprias fábricas faz o cancelamento.

Pede a improcedência do auto de infração ou que fiscal estranho ao feito proceda uma revisão.

O Auditor Fiscal presta Informação Fiscal, fl. 27, aduzindo que desenvolveu a fiscalização através dos livros e documentos do próprio autuado e que é uma inverdade a alegação de que não recebeu os documentos fiscais. Afirma que uma funcionária do estabelecimento acompanhou o fechamento dos trabalhos e que entregou o demonstrativo das notas fiscais não encontradas, além de estar à disposição do autuado no PAF e na repartição fiscal.

Diligência Fiscal, fl. 31, para o autuante informar como capturou os documentos que fundamentaram a exigência (fls. 6/19), entregando cópia dos demais documentos que não esteja em poder do autuado.

Em Parecer sobre a diligência, fl. 624, o autuante diz que os demonstrativos anexos foram resultado das informações colhidas dos sistemas CFAMT e SINTEGRA confrontados com o livro Registro de Entradas. As notas fiscais que não estavam registradas compuseram o demonstrativo. Diz que as vias originais dos documentos estão em poder do autuado que, durante a ação fiscal, disponibilizou uma funcionária para auxiliá-lo no seu trabalho.

O órgão julgador converte o PAF numa segunda diligência, fl. 630, tendo em vista que, apesar da afirmação do preposto do Fisco que o levantamento foi feito em conjunto com funcionário do

atuado, não consta dos autos, qualquer informação, nesse sentido, nem que o mesmo tenha recebido cópias de tais notas fiscais, conforme o pedido da diligência anterior.

Objetivando extremar a busca da verdade material e viabilizar o pleno direito de defesa do contribuinte, integralizando o devido processo legal, princípios caros ao Direito Tributário, os membros da 1ª junta de Julgamento Fiscal pedem para que seja efetuada a entrega, mediante recibo de cópias de tais notas e respectivo demonstrativo de débito, que sustenta o levantamento fiscal, confrontando com os anexos originais de fls. 06/19, excluindo os valores que não estejam comprovados por documento fiscal ou escriturados no livro do contribuinte.

O Novo Parecer, diz o preposto do Fisco que os responsáveis pelo estabelecimento criaram dificuldade na “entrega” dos documentos, não atendendo intimação direta; enviou os documentos por AR e, finalmente, intimou por Edital. Explica que se trata de antecipação parcial feita a menor e não falta de antecipação, eis que em alguns períodos houve a diferença de R\$ 0,01 ou R\$ 0,02. Diz que anexou cópia do livro Registro de Entradas comprovando que as notas fiscais estão registradas e são de conhecimento do atuado.

É o relatório.

#### **VOTO**

Cumpra o presente Processo Administrativo Fiscal - PAF a exigência de crédito tributário, no valor de R\$ R\$ 7.230,82, em face ao quanto descrito e relatado nas linhas precedentes.

A lide cinge-se na cobrança do imposto que fora recolhido a menos, após o confronto entre os valores recolhidos e aqueles registrados no livro Apuração de ICMS, em decorrência de levantamento fiscal acostado aos autos, às fls. 06/19. Em rigor, o Auditor Fiscal fez um levantamento do ICMS antecipação parcial (art. 352-A, RICMS/BA-97) devido pelo contribuinte atuado, confrontando-o com os valores já recolhidos, no mesmo código de receita.

A alegação defensiva limitou-se a arguição de que o Auditor Fiscal não lhe entregou cópias das notas fiscais da infração aludida, não conseguindo compreender a acusação, considerando ainda que, às vezes, as mercadorias não chegam ao destino, sendo cancelada na própria fábrica.

Objetivando dirimir as dúvidas persistentes e extremar a busca da verdade material, princípio caro ao Direito Tributário, o PAF é convertido em diligência em duas oportunidades, a fim de entregar cópias das notas fiscais colhidas pelo Fisco no CFAMT e SINTEGRA e excluir do levantamento a parcela da exigência que não esteja devidamente comprovada, fl. 630.

O Auditor do Fisco argui, no primeiro momento, que esclareceu as pendências com preposta do atuado e que os documentos fiscais ficaram à disposição do contribuinte na repartição fiscal (fl. 27); no segundo momento, que retirou do seu demonstrativo, as notas fiscais sem registro no livro de Registro de Entrada; após o último pedido de diligência, que teve dificuldade na intimação do contribuinte, que tentou em seguida por AR e através Edital.

Constato que a exigência presente na inicial dos autos encontra-se assim anunciada: “*recolhimento a menor em decorrência de desencontro entre o valor recolhido e o escriturado n livro Registro de Apuração de ICMS*”. Contudo, o ilícito tributário atribuído ao sujeito passivo faz referência ao ICMS antecipação parcial recolhido a menos, conforme demonstrativo de débito elaborado pelo atuante, acostado aos autos, às fls. 06/19.

Considerando as circunstâncias que envolveram a exigência, no caso em concreto, o lançamento de ofício não pode subsistir por evidente desatenção ao devido processo legal.

Não se trata de simples equívoco fiscal na constituição do crédito tributário com ausência de prejuízo no direito de defesa do atuado, uma vez que as duas exigências têm natureza jurídica diversa e a obrigação tributária a ser cumprida pelo sujeito passivo ocorrerá também de forma diversa. O ICMS antecipação parcial é uma exigência específica, que cria obrigação tributária nova para o contribuinte, tanto é assim, que a determinação do seu recolhimento foi veiculado pela Lei de

nº 8.967/03 e incide especificamente nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição (art. 12-A, Lei 7.014/96).

Assim, da análise do dispositivo acima mencionado, conclui-se que o elemento essencial para a incidência da antecipação parcial é a aquisição interestadual com o intuito de comercialização, para revenda posterior. A exigência descrita no Auto de Infração é diversa, surgindo a partir do confronto entre os valores recolhidos e escriturados no livro Registro de Apuração de ICMS.

Ademais, as duas diligências designadas, na tentativa de sanar as lacunas processuais, não lograram êxito, uma vez que o próprio diligenciador afirma que houve dificuldades na entrega das notas fiscais que instruíram o levantamento fiscal, por isso o intimou por AR (aviso de recebimento) e por Edital, sem contudo, acostar tais comprovações nos autos.

Posto isso, a exigência em tela apresenta claro prejuízo ao direito de defesa do autuado, incidindo em nulidade por não conter o lançamento de ofício os elementos para determinar com fidelidade a infração cometida e o valor da sua base de cálculo. Nulo, pois, é o lançamento tributário descrito na inicial, no valor de R\$ 7.230,82. Desta forma, nula é a presente exigência por desconformidade na determinação da infração, além da existência de preterição do direito de defesa, nos termos do art. 18 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99).

Diante do exposto, o Auto de Infração é NULO.

É o voto.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232854.0004/11-1**, lavrado contra **FENÍCIA ELETRODOMÉSTICOS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de novembro de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIM IRMÃO - JULGADOR