

**A. I. Nº** - 193999.1022/13-9  
**AUTUADO** - COMERCIAL DE ALIMENTOS SAN MARTIM LTDA.  
**AUTUANTE** - SÍLVIO ROGÉRIO REIS CRUZ  
**ORIGEM** - IFMT NORTE  
**INTERNET** - 06. 07 .2014

### **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0150-01/14**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, existem regras de direito formal, que determinam como deve proceder o agente fiscal na constituição do crédito. É nulo o lançamento efetuado sem que se saiba qual a natureza ou fundamento da imputação e qual o critério adotado na determinação do valor do débito. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 15/11/2013, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$30.017,05, acrescido da multa de 60%, em decorrência de falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária – parcial ou total, conforme o caso – antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado. Consta na “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração que foi constatada irregularidade no veículo placas EFV -0736 e JSV – 8756, DANFES 3346, 33465, 333346, com suas chaves de acesso respectivas. Consta ainda se tratar de falta de recolhimento, antes da entrada no Estado do ICMS sobre mercadorias adquiridas em outra unidade da Federação, para comercialização, por contribuinte descredenciado.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 20 a 30) arguindo a nulidade do Auto de Infração.

Destaca como primeiro ponto que é detentor do Termo de Acordo para redução de base de cálculo, de acordo com Parecer nº 2489/2008 de 13/02/2008, conforme cópia que anexa aos autos.

Como segundo ponto reporta-se sobre o descredenciamento. Diz que, em verdade, houve uma falha interna do próprio órgão da SEFAZ-BA, já que tinha um parcelamento tramitando normalmente e com seu credenciamento devidamente ativo para antecipação tributária.

Diz que como é cediço, para as empresas obterem a anistia fiscal é necessário haver a interrupção do parcelamento. Esclarece que solicitou a época, a interrupção dos parcelamentos existentes, para obter o benefício da anistia fiscal da Lei nº 12.903/2013, bem como a emissão dos DAES para recolhimento no prazo legal ou obtenção de novo parcelamento.

Alega que neste íterim sofreu a lavratura do Auto de Infração, restando claro que não pode ser responsabilizado por um ato que não deu causa, mas sim pela SEFAZ/BA.

Como terceiro ponto, afirma que a exigência do imposto no valor de R\$30.017,05, apurado da base de cálculo no valor de R\$176.570,92 não procede, pois mesmo descredenciado da antecipação parcial é

detentor do termo de acordo atacadista, Decreto nº 7799/2000, sendo reduzida a sua base de cálculo a 10%.

Assevera que se os produtos discriminados nas notas fiscais arroladas na autuação são originários do Estado de Alagoas com destaque de ICMS a alíquota de 12%, não há cobrança a se fazer de antecipação parcial, mas sim o estorno de 2% de créditos na apuração de ICMS da sua conta corrente fiscal.

Relativamente às Notas Fiscais nº 33464 e 33466, afirma que nada recolheu por se tratar de notas originárias do Estado de Alagoas, sendo detentor do “termo de acordo do comercio atacadista 7799/2000”.

Destaca a total ausência de má-fé de sua parte, já que recolheu em 08/01/2014, o ICMS antecipação tributária espontaneamente, referente à Nota Fiscal nº 33465 de 13/01/2013, no valor de R\$2.960,73 mais multa de R\$78,46 perfazendo o total de R\$3.039,19, conforme anexo.

Ressalta que a cobrança do imposto é indevida, em face à demonstração das notas fiscais que anexa, não deixando margem a dúvidas que o valor devido a recolher é de R\$2.960,73, já devidamente recolhido na data de 08/01/2014 referente aos produtos da Antecipação Tributária da Nota Fiscal nº 33465, código de receita 1145.

Conclui requerendo a total nulidade e improcedência do Auto de Infração, por todos os motivos expostos e comprovados.

Prosseguindo, no que denomina de mérito, reitera que a exigência fiscal é indevida não podendo ter sido incurso no levantamento efetuado, gerando mais uma causa de nulidade “ab initio”, corroborando as alegações de iliquidez e incerteza do Auto de Infração.

Diz que se verifica que a aplicação da multa, sem a devida observância das normas legais induziu o autuante a erro, sendo que tal fato por si só eiva de nulidade o Auto de Infração por desobedecer ao art. 142 do CTN, cuja redação reproduz.

Aduz que a igualdade constitucional, que prevê a ampla defesa, faz ver que os lançamentos devem contar com a devida clareza, restando nulas as notificações, dado que deixa de informar as notas fiscais, emitentes e valores corretos que fundamentaram a emissão da notificação, cerceando o direito de plena defesa.

Afirma que não possuindo as condições de executabilidade forense, onde a liquidez e certeza devem e precisam restar provados, resta nula a notificação, devendo tal qualidade lhe ser atribuída pela autoridade administrativa, sob pena de vê-la decretada pelo Poder Judiciário. Nesse sentido cita e reproduz posição jurisprudencial.

Sustenta que, em face dos fatos aduzidos, torna-se primordial a declaração de nulidade do Auto de Infração e, conseqüente inexigibilidade da multa aplicada para a perfeita observação dos ditames legais e jurisprudenciais.

Continuando, discorre detalhadamente sobre alguns princípios da maior importância para o processo administrativo fiscal, precisamente sobre os princípios da verdade material; da tipicidade cerrrada; da razoabilidade e proporcionalidade.

Finaliza a sua peça defensiva requerendo a nulidade do Auto de Infração e, no mérito, a sua improcedência. Requer, ainda, o direito de provar tudo quanto alegado, por todos os meios admitidos em direito.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 50 a 53) esclarecendo que, no dia 15/11/2013 lhe foi apresentado pelo transportador do veículo placas EFV-0736 e JSV-8756 os DANFES 33464, 33465 e 33466 (fls. 08, 09 e 10) para acobertar o transporte das mercadorias neles constantes. Acrescenta que ao verificar a situação cadastral do contribuinte destinatário das mercadorias constatou que este se encontrava em situação irregular perante o Fisco estadual, sendo a irregularidade descrita, conforme documento acostado aos autos à fl. 12.

Registra que tendo sido constatado que o autuado não havia feito o recolhimento do ICMS devido pela antecipação parcial das mercadorias que lhe eram destinadas, foi lavrado o presente Auto de Infração para exigência a ser feita conforme preconiza o RICMS/BA, sendo o enquadramento na alínea “a”, “b”, “d” e “g” do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto 13.780/12, c/c o inciso I, §4º, do art. 8; art. 12-A; §6º do art. 23 e art. 32 da Lei 7.014/96, e a tipificação da multa de 60% no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96.

Contesta a alegação defensiva de que o Auto de Infração não é claro quanto à descrição dos motivos que levaram a sua lavratura, afirmando que é de todo descabida, pois basta ler a sua descrição no Auto de Infração no campo Descrição dos Fatos, que é de uma clareza que não deixa margem para qualquer dúvida do porque da autuação.

Consigna que o art. 19 do RPAF/99 disciplina que a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Sustenta que a alegação de nulidade não procede, tendo em vista que a ação fiscal contém os elementos suficientes para determinar a infração e o infrator.

No que tange à alegação defensiva de que é detentor de termo de acordo previsto no Decreto 7799/2000, diz que esta afirmação procede, porém este mesmo decreto em seu parágrafo único traz uma série de condicionantes para a concessão do referido benefício fiscal, conforme transcrição que apresenta dos arts. 7º e 7º-A, parágrafo único.

Manifesta o entendimento de que o contribuinte só tem direito ao benefício, Termo de Acordo, se, preliminarmente, atender os pré-requisitos estabelecidos, o que, na época da concessão do benefício atendia, porém na época da autuação não. Diz que a autoridade que concedeu o benefício teria que, assim que o contribuinte teve débito inscrito em Dívida Ativa, obrigatoriamente, denunciar o Termo de Acordo e cassá-lo, até que o contribuinte voltasse a atender ao disposto no referido Decreto.

Ressalta que o Auto de Infração foi lavrado no interregno entre a concessão do benefício, quando o contribuinte estava apto, e quando o mesmo estava inapto ao benefício, pois possuía Dívida Ativa, que, pelo Decreto 7799/2000, o impediria de ter o seu pleito deferido, nos termos da lei.

Quanto à alegação de que exigibilidade da referida dívida estava suspensa, o mesmo não acostou aos autos nada que comprove tal afirmação.

Conclui que a ação fiscal foi conduzida dentro das normais legais atinentes aos princípios tributários constitucionais, inexistindo qualquer afronta aos princípios da Administração Pública e de acordo com os artigos 108 e 112 do CTN, razão pela qual, mantém a autuação.

## VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de infração à legislação do ICMS imputada ao autuado, decorrente de falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária, parcial ou total, conforme o caso, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado. Consta na “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração que a exigência fiscal diz respeito às Notas Fiscais (DANFES) 3346, 33465, 333346 [33346].

Verifico que o autuado argui a nulidade da autuação, afirmando que houve uma falha interna do próprio órgão da SEFAZ-BA, já que tinha um parcelamento tramitando normalmente e com seu credenciamento devidamente ativo para antecipação tributária.

Ainda argui a nulidade do lançamento, alegando que mesmo descredenciado da antecipação parcial é detentor do Termo de Acordo atacadista, Decreto nº 7799/2000, sendo reduzida a base de cálculo a 10% nas saídas que realiza, de forma que, como as mercadorias são originárias do Estado de Alagoas com destaque de ICMS a alíquota de 12%, não há cobrança a se fazer de antecipação parcial, mas sim o estorno de 2% de créditos na apuração de ICMS da sua conta corrente fiscal.

De fato, procede a arguição de nulidade aduzida pelo impugnante, haja vista que o lançamento de ofício em exame contém vícios que o invalidam.

Primeiro, porque reúne no mesmo lançamento mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária “antecipação total” e sujeitas ao regime de “antecipação parcial”, sendo apontada uma única base de cálculo, ou seja, a base de cálculo foi apurada somando-se os valores das notas fiscais arroladas na autuação, portanto, sem observar a especificidade de cálculo de cada regime de tributação.

Observo que, apesar de não se apresentar como um fator determinante de nulidade da autuação, no cálculo do ICMS apontado como devido no demonstrativo de débito do Auto de Infração não foi concedido qualquer crédito fiscal, mesmo as notas fiscais sendo idôneas e o imposto estar destacado em cada uma delas.

Segundo, porque assiste razão ao autuado quando diz que mesmo descredenciado da antecipação parcial é detentor do Termo de Acordo atacadista, Decreto nº 7799/2000, fazendo jus à redução da base de cálculo a 10% nas operações de saídas de mercadorias que realiza, de modo que, como as mercadorias são originárias do Estado de Alagoas com destaque de ICMS a alíquota de 12%, não há exigência a ser feita referente ao ICMS antecipação parcial, mas sim o estorno de 2% de créditos fiscais na apuração de ICMS da sua conta corrente fiscal.

É cediço que o lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, razão pela qual deve a autoridade fiscalizadora observar rigorosamente os termos da legislação tributária. Assim é que, além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, existem regras de direito formal, que determinam como deve atuar o agente fiscal na constituição do crédito.

O lançamento de ofício efetuado que não permita saber qual a efetiva natureza ou fundamento da imputação e qual o critério adotado na determinação do valor do débito, resulta em incerteza e iliquidez, sendo, conseqüentemente, nulo.

Diante do exposto, considero nulo o Auto de Infração em lide com fulcro no art. 18, IV, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

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 193999.1022/13-9, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS SAN MARTIM LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de julho de 2014.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR