

A. I. N° - 110120.0009/12-5
AUTUADO - CONTERWAL ACESSÓRIOS INDUSTRIAIS LTDA. - ME
AUTUANTE - VERA MARIA PIRES PURIFICAÇÃO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 27.10.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0166-05/16

EMENTA: ICMS. 1. ICMS LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. A impugnante nada opôs ao lançamento efetuado, limitando-se a aduzir razões relativamente à nulidade da outra infração imputada, resultando, com isso, em uma aceitação tácita do lançamento efetuado pelo fisco. Infração caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. A autuante não empreendeu o cálculo do tributo devido, mas apenas totalizou os valores apurados na escrita do contribuinte (Livro Registro de Entradas), de onde obteve o total a ser recolhido mensalmente pela própria impugnante. A autuada limitou-se a suscitar questões de nulidade processual, deixando de debater o mérito da autuação e omitindo-se de alegar e provar a quitação do tributo lançado. Ao fazê-lo, arcou com o risco de, sucumbindo nas questões preliminares, restar-se desamparado no debate do cerne da questão. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/09/2012, exige créditos tributários no valor de R\$141.270,05, além dos acréscimos moratórios, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 (02.01.01) – Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de março de 2010 a março de 2011 e julho a dezembro de 2011, em montante de R\$58.103,87. Multas propostas de 50% e 60% sobre o valor do imposto;

Infração 02 (07.15.03) – Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída tributada normalmente, nos meses de janeiro de 2010 a janeiro de 2011 e março de 2011, em montante de R\$83.166,18.

Constam dos autos: Demonstrativo do ICMS Normal Não Recolhido (folha 10); Cópias do Livro Registro de Apuração do ICMS (folhas 11 a 36); Cópias dos Termos de Abertura e Encerramento do Livro Registro de Entradas (folhas 37 a 38); Demonstrativos da Antecipação Parcial Não Recolhida, acompanhados de Cópias do Livro Registro de Entradas (folhas 39 a 190); Impugnação (folhas 194 a 205); informação fiscal (folhas 208 a 214); intimação da informação fiscal (folha 216); manifestação da autuada (folhas 218 a 221); nova informação fiscal (folhas 223 a 225).

A autuada apresenta impugnação às folhas 194 a 202, contestando o presente lançamento, fundamentada nas razões a seguir.

A respeito da infração 02, preliminarmente, pugna pela nulidade em razão da falta de clareza e precisão da descrição da conduta praticada (falta da entrega dos arquivos magnéticos), conforme determina o art. 8, § 3º do RPAF.

Ainda em preliminar a respeito da infração 02, destaca que o roteiro de auditoria aplicado pelo Fisco Estadual não permite que se determine, com segurança, a infração, pois há vício irreparável na determinação da base de cálculo e não há nos autos elementos suficientes para se determinar a infração. Isto porque, explica, não consta nos papéis de trabalho elaborado pela autuante o correto roteiro de auditoria utilizado para fins de encontrar o chamado “ICMS ANT PARCIAL”, tal como a alíquota utilizada e a base de cálculo, com o fito de constatar com precisão o valor da multa moratória da infração correspondente, alvo da exigência fiscal em comento.

Alega, ainda em sede de preliminar, que a fiscal autuante relaciona inúmeras operações de entrada que o contribuinte autuando desconhece a origem e que de fato não consta registrado no Livro de Entrada colacionado aos autos pela própria autuante para demonstrar a materialidade da infração. Destaca, ainda, que a fiscal não entregou ao autuado os arquivos magnéticos dos demonstrativos que carrega a exigência fiscal em comento, conforme determina o § 3º, art. 8, do RPAF, cujo texto transcreve.

Afirma que a obrigação legal prevista na norma citada visa, justamente, assegurar o pleno exercício ao direito de defesa do contribuinte, bem como o exame profundo pela fiscalização das razões trazidas pelo autuado. Argumenta que a falta de observância do ditame ali previsto inibe o exercício pleno de direito de defesa do contribuinte, importando, assim, na nulidade da infração nos termos do RPAF, cujo art. 18 reproduz em apoio à sua tese.

Alega que, no nosso ordenamento jurídico, o direito de defesa está consolidado na Lei Maior, mediante a aplicação conjunta dos princípios da ampla defesa e do contraditório no inciso LV do seu artigo 5º, cujo texto transcreve. Prossegue, lecionando que o Princípio do Contraditório contém o enunciado de que todos os atos e termos processuais (ou de natureza procedimental) devem primar pela ciência bilateral das partes, e pela possibilidade de tais atos serem contrariados com alegações e provas, conforme lição de Rui Portanova. Transcreve a doutrina de Vicente Greco Filho e Ovídio Baptista da Silva em apoio ao seu ponto de vista.

Aduz que o texto constitucional foi claro ao expressar o alcance do princípio para fora do âmbito processual civil. Assim é que a bilateralidade passa a ser necessária não apenas para os procedimentos judiciais, mas também para os administrativos.

Leciona que, nesse mesmo delineamento, insurge-se o Princípio da Ampla Defesa, que traduz a liberdade inerente ao indivíduo (no âmbito do Estado Democrático) de, em defesa de seus interesses, alegar fatos e propor provas, conforme lição de Rui Portanova. Neste aspecto, mostra-se evidente a correlação entre a Ampla Defesa e o Amplo Debate (Princípio do Contraditório), não sendo concebível falar-se em um sem pressupor a existência do outro – daí a inteligência do inciso LV, do artigo 5.º Constitucional, em agrupá-los em um dispositivo. A Ampla Defesa abre espaço para que o litigante exerça, sem qualquer restrição, seu direito de defesa.

Cita a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro em apoio à sua tese. Nesse sentido, afirma restar elucidado no decorrer desta peça que todo e qualquer ato da autoridade fiscal que resulte na imputação de uma penalidade, exige-se que seja obedecido o devido processo legal, permitindo um adequado direito de defesa, sob pena de invalidação do lançamento tributário, pelo que se pugna nulidade da autuação.

No que se diz respeito exclusivamente à infração 02, alega que a exigência fiscal em comento padece de nulidade, pois para apurar a multa moratória do ICMS-antecipação pago na saída e não na entrada, deveria a nobre autuante apurar com precisão o valor do imposto (ICMS) que deveria ter sido pago antecipadamente, para, assim, aplicar a multa moratória de 60%, alvo da exigência fiscal em comento. Alega, entretanto, que não é possível constatar nos papéis de trabalho elaborado pelo nobre preposto da fazenda os elementos essenciais para a constatação do valor devido a título de “ICMS ANT PARCIAL”, tais como a alíquota utilizada e a base de cálculo, com o fito de constatar com precisão o valor da multa moratória da infração correspondente.

Assim, conclui que não há elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, pelo que pugna pela sua nulidade, conforme reza o art. 18 do RPAF, cujo texto transcreve.

Defende a ideia de que se deve rechaçar qualquer "imperatividade" às suposições dos atos administrativos imputados, em especial as infrações destacadas, devendo ser declaradas nulas em razão de não conter elementos suficientes para determinar a infração, assim reza o RPAF, no art. 18º, inciso IV, alínea "a".

Ressalta, assim, que no Direito Tributário, é nulo o Auto de Infração impreciso sem a devida quantificação, vez que se converte em FICÇÃO, ferindo o princípio do Ato regrado ou Vinculado à Lei (CTN, art. 97, I e II, 114, 116, I, 141, 142, 144; CF/88, arts. 5º II; 37 "caput", 150, I). Com efeito, a referida imputação é desprovida de elementos como exige o RPAF, Dec. Nº 7.629/99, em seus artigos 2º, caput, 39, inciso III e IV, alínea "b" e 39, inciso IV, que transcreve.

Cita a Súmula nº 01 do Consef e transcreve a jurisprudência dessa corte, em apoio à sua tese.

Ante o exposto, solicita que seja declarada nula a infração 02, por ausência de elementos suficientes para constatar a infração, com base nos fatos acima descritos.

No que se refere ao mérito da infração 02, destaca que a fiscal autuante relaciona inúmeras operações de entrada que o contribuinte autuado desconhece a origem e que de fato não consta registrado no Livro de Entrada colacionado aos autos pela própria fiscalização para demonstrar a materialidade da infração.

Dessa forma, entende que falta motivo para que a autuante lavre o respectivo auto. Cita a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello e de Hely Lopes Meirelles em apoio ao seu ponto de vista.

Conclui, destarte, que não havia motivo para que se procedesse a lavratura do auto de infração, posto que é premissa exata que o auto de infração, ou a notificação fiscal, que se embasam em motivos falsos, inexistentes ou mesmo inidôneos, são atos administrativos sem motivação, e assim, nulos.

Transcreve a doutrina de Seabra Fagundes para defender o ponto de vista de que o lançamento do crédito tributário configura ato de vontade pelo qual o poder público aplica a lei a fato jurídico tributário, determinando situação jurídica individual e concreta.

Afirma que a lei tributária atribui ao agente administrativo um poder vinculado, o MAIS VINCULADO POSSÍVEL, no exercício do qual serão praticados ATOS PLENAMENTE VINCULADOS. Essa, aliás, é a expressão utilizada no art. 3º do CTN, que define o tributo como "prestação pecuniária, compulsória, cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada". Assim, o objeto do lançamento, como ato de vontade da administração (a saber, a declaração da ocorrência do fato jurídico, a identificação do sujeito passivo da obrigação, a determinação da base de cálculo e da alíquota para apuração do montante a pagar e os termos da exigibilidade) já está predeterminado na lei tributária, vale dizer, "in casu sub examine", expressamente previsto os dispositivos de lei que autorizam a imputação de responsabilidade quando ocorrer infração a eles, inexistindo margem de liberdade de escolha para o agente que pratica o ato (autuante).

Transcreve literatura acerca da matéria para defender a ideia de que a validade e eficácia do ato administrativo estão condicionadas à sua prática em motivos reais, idôneos e existentes, "in casu", a responsabilidade do autuado, carecendo de motivos que sustentassem a autuação.

Ex positis, conclui que não havia motivo para que a autuante imputasse a infração em comento, ao menos no valor ora apontado, pois resta demonstrado que inúmeras operações relacionadas pela fiscal autuante não consta registrado no Livro de Entrada do contribuinte.

Por todo exposto e por tudo o mais que consta dos autos, a autuada requer, que este Egrégio Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF julgue procedente o pedido para fins de desconstituir o crédito tributário in foco, decretando a nulidade, acaso acolhida a preliminar, ou no mérito, a improcedência do lançamento tributário que resultou na lavratura do Auto de Infração de Nº 110120.0009/12-5.

Nestes termos, pede deferimento.

A autuante presta informação fiscal às folhas 208 a 214, tecendo as considerações a seguir.

Quanto à alegação defensiva de que a fiscalização não entregou ao contribuinte cópias dos demonstrativos anexados ao presente Auto, rebate, afirmando que foram entregues ao contribuinte cópias dos demonstrativos e documentos que serviram para determinar a base de cálculo do presente Auto de Infração, conforme consta do Auto de Infração (fl. 01).

Informa que os demonstrativos do ICMS Antecipação Parcial não recolhido e as cópias do livro Registro de Entradas de Mercadorias (REM) encontram-se anexados ao presente Auto às fls. 38 a 190. Já quanto às notas fiscais que serviram de base de cálculo da multa, informa que estão marcadas por caneta marca texto nas cópias do livro REM anexados ao processo.

Quanto ao cálculo do ICMS Antecipação Parcial relativo aos exercícios de 2010 e 2011, assegura que obedeceu a fórmula “total da nota fiscal vezes alíquota de 17% menos crédito de ICMS destacado na nota”. Informa que *“o citado cálculo, referente aos meses de janeiro a agosto de 2010 e novembro a dezembro de 2010 encontra-se calculados e marcados na coluna observações, no livro REM anexado ao processo”*. Já os cálculos relativos aos meses de setembro e outubro de 2010, janeiro e março de 2011, informa que está anexado ao presente processo às fls. 209 a 214.

Quanto à infração 01, afirma que o contribuinte nada contestou.

Intimada acerca da informação fiscal produzida (folha 216) e da anexação de novos documentos pela fiscalização, a autuada manifestou-se às folhas 218 a 221, arrazoando o que segue.

Quanto à alegação da autuante de que fez entrega dos demonstrativos de débito, alega que a declaração unilateral da autuante, nesse sentido, não prova a referida entrega, considerando, principalmente, que a observação consta no corpo do próprio auto de infração anotado no momento de sua lavratura.

Nesse sentido, indaga: “como o contribuinte recebeu os demonstrativos antes da lavratura do auto de infração? Conclui ser lógico que a afirmação da autuante é incongruente, pois afronta a própria ordem dos atos administrativos do Processo Administrativo Fiscal”.

Dessa forma, o autuado repisa que não recebeu os demonstrativos que basearam a exigência fiscal. Reafirma que tal obrigação legal visa, justamente, o pleno exercício ao direito de defesa do contribuinte, bem como o exame profundo pela fiscalização das razões trazidas pelo autuado. A falta de observância do ditame ali previsto inibe o exercício pleno de direito de defesa do contribuinte, importando, assim, na nulidade da infração nos termos do RPAF, cujo teor transcreve, mais uma vez.

Reitera todos os termos da impugnação apresentada às folhas 194 a 205, inclusive voltando a transcrever a doutrina de Rui Portanova, Vicente Greco Filho, Ovídio Baptista da Silva e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Nestes termos, pede deferimento.

Às folhas 223 a 225, a autuante presta uma nova informação fiscal, aduzindo as razões a seguir.

Quanto à alegação de desconhecimento da origem das entradas das mercadorias, rebate, afirmando que tais notas fiscais foram lançadas no livro Registro de Entradas de Mercadoria do contribuinte, cujas cópias foram anexadas ao presente processo. Informa que os lançamentos destas notas fiscais encontram-se marcados com marca-texto, bem como o ICMS Antecipação Parcial respectivo cujo cálculo foi efetuado pelo próprio contribuinte e lançado na coluna Observação do citado livro fiscal. Como nos meses setembro e outubro de 2010 e janeiro e março de 2011 o ICMS Antecipação Parcial não aparece lançado no livro Registro de Entrada de Mercadoria na coluna Observação. Informa que elaborou os cálculos e anexa ao processo às fls. 209 a 214, cujas cópias foram entregues ao contribuinte conforme consta na Intimação de fl. 216.

Apresenta uma lista, com a localização (nº da folha) dos demonstrativos mensais do ICMS Antecipação Parcial e as cópias do livro Registro de Entrada de Mercadorias.

Quanto à alegação de que não recebeu os demonstrativos antes da autuação, assegura que o contribuinte recebeu os demonstrativos do Auto de Infração no ato da assinatura, ou seja, em 16/10/2012. Quando da assinatura do Auto, informa que observou que no corpo deste existia a informação da entrega dos demonstrativos ao contribuinte, conforme folha 01.

Em sessão realizada no dia 30/10/2014, a Junta de Julgamento Fiscal, após exames das peças que compõem o presente PAF, e orientada pelo princípio da busca da verdade material, deliberou por encaminhar o presente auto de infração em diligência à INFAZ VAREJO da DAT METRO, com vistas a que fosse promovida a entrega ao sujeito passivo, mediante recibo, dos demonstrativos de débito acostados às folhas 49, 50, 60, 61, 74, 81, 82, 91, 92, 101, 109, 110, 120, 121, 130, 131, 140, 141, 154, 155, 165, 175 e 183, explicativos da metodologia adotada para apurar o total da base de cálculo mensal, determinando que fosse reaberto o prazo de defesa por 30 (trinta) dias.

Frustrada a tentativa de cientificação pelos Correios (justificada à folha 262), a repartição fiscal fez a entrega dos documentos na repartição fiscal. Considerando a ausência de identificação do representante da pessoa jurídica, signatária do recibo de entrega dos documentos, à folha 256, consta nova solicitação de diligência, solicitada pela JJF, determinando que fosse expedida nova intimação, dando ciência ao sujeito passivo da informação fiscal produzida pelo autuante (folhas 49, 50, 60, 61, 74, 81, 82, 91, 92, 101, 109, 110, 120, 121, 130, 131, 140, 141, 154, 155, 165, 175 e 183), identificando e qualificando a pessoa recebedora e signatária da peça processual citada, reabrindo-lhe o prazo de defesa.

Cumprida a diligência mediante edital, publicado no DOE do dia 30/03/2016 (conforme folha 267), o sujeito passivo manteve-se silente.

Esse é o relatório.

VOTO

Preliminarmente, constato que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e sua base de cálculo apurados em conformidade com a legislação regente da matéria, cujos valores se encontram contidos nos demonstrativos de débito (folhas 10 a 190). Houve, ademais, indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além da indicação dos dispositivos da legislação infringidos.

Enfrento, a seguir, as preliminares relativas à Infração 02.

Quanto à alegação de nulidade por falta de clareza na descrição dos fatos, não há como se dar guarida a tal afirmação, pois o descritivo padrão registrado no sistema SEAI (folha 02) é claro o suficiente para dar conhecimento ao sujeito passivo acerca da sua conduta. Sem contar o fato de que os demonstrativos auxiliares complementam a descrição dos aspectos quantitativos e qualitativos do lançamento, espancando quaisquer dúvidas. Rejeito, portanto, a alegação suscitada.

Quanto à alegação de nulidade por falta de segurança na base de cálculo, noto que a autuante acostou, ao processo, os demonstrativos de débito, denominados “DEMONSTRATIVO DA ANTECIPAÇÃO PARCIAL NÃO RECOLHIDA”, mediante os quais individualizou cada lançamento efetuado, informando o número da nota fiscal, a sua data de emissão e o ICMS antecipação parcial devido, conforme folhas 39, 40, 49, 50, 60, 61, 74, 81, 82, 91, 92, 101, 109, 110, 120, 121, 130, 131, 140, 141, 154, 155, 165, 175 e 183. Relativamente a tal demonstrativo, as diligências determinadas pelo relator permitiram ao sujeito passivo tomar pleno conhecimento da metodologia adotada, tendo sido reaberto o prazo de defesa, conforme folhas 241 e 256, cumpridas à folha 267.

Não há, assim, qualquer indeterminação da base de cálculo já que os valores se encontram devidamente especificados e determinados.

A autuada alega, também, que desconhece a origem das operações autuadas, relativamente à infração 02, chegando a afirmar que tais documentos não se encontram registrados no Livro Registro de Entradas, conforme se pode depreender da leitura de sua peça defensiva, cujo trecho destaco a seguir.

“No que se refere ao mérito da infração de nº 02, convém destacar que a nobre fiscal autuante relaciona inúmeras operações de entrada que o contribuinte autuando [autuado] desconhece a origem (grifos acrescidos) e que de fato não consta registrado no Livro de Entrada colacionado aos autos pela própria infração para demonstrar a materialidade da infração. “

Ora, soa desarrazoada essa alegação, pois os documentos fiscais relacionados pela autuante se encontram lançados na escrita fiscal da impugnante, conforme se pode constatar pelo exame das cópias do livro Registro de Entradas, às folhas 41 a 190, acostadas pelo preposto fiscal. Nas folhas citadas, há, inclusive, o destaque dos valores lançados, em caneta marca-texto, evidenciando que foram transpostos dali para os demonstrativos de débito elaborado. A base de cálculo foi apurada, portanto, pelo próprio contribuinte, o qual calculou e lançou, tendo deixado, contudo, de recolher.

Quanto à alegada falta de entrega, ao autuado, dos arquivos magnéticos referentes aos demonstrativos de débito, a regra prevista no § 3º do art. 8º do RPAF não impõe que seja feita a entrega dos arquivos magnéticos ao contribuinte, mas determina que os mesmos sejam acostados ao processo. A sua inobservância, inclusive, não acarreta a nulidade processual, pois tem como objetivo tutelar a organização do processo, não ferindo direito subjetivo do sujeito passivo. Ademais, nunca é demais ressaltar que o levantamento de débito foi extraído do livro fiscal do autuado.

Diante do exposto, afasto as alegações de nulidade suscitadas.

Quanto à infração 01, observo que a autuante acostou ao processo o demonstrativo de débito (folha 10), mediante o qual empreendeu os cálculos relativos à apuração do *quantum debeatur*. Às folhas 11 a 36, anexou cópias do livro Registro de Apuração do ICMS, no qual é possível encontrar os saldos devedores do imposto apurados mensalmente. Desincumbiu-se, assim, do seu ônus processual de evidenciar o surgimento da obrigação tributária principal, transferindo, por conseguinte, a responsabilidade ao sujeito passivo, o qual teria que provar a ocorrência do fato extintivo da obrigação tributária citada.

Noto que a impugnante nada opôs ao lançamento efetuado, limitando-se a aduzir razões relativamente à nulidade da infração 02, resultando, com isso, em uma aceitação tácita do lançamento efetuado pelo fisco. Tenho, assim, como procedente a infração 01, com base no art. 140 do RPAF.

Quanto ao mérito da infração 02, a autuante procedeu ao cálculo do tributo devido, apenas totalizando os valores apurados na escrita do contribuinte (livro Registro de Entradas), de onde obteve o valor a ser recolhido mensalmente pela própria impugnante. Logrou êxito, assim, em provar o surgimento da obrigação tributária principal. A autuada limitou-se a suscitar questões de nulidade processual, deixando de debater o mérito da autuação e omitindo-se de alegar e provar a quitação do tributo lançado.

Ao deixar de deduzir argumentos quanto ao mérito da autuação relativa à infração 02, arcou com o risco de, sucumbindo nas questões preliminares, restar-se desamparado no debate do cerne da autuação. Assim, não tendo colacionado provas de que recolheu o imposto lançado, tenho por procedente a infração 02.

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE o auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **110120.0009/12-5**, lavrado contra **CONTERWAL ACESSÓRIOS INDUSTRIAIS LTDA. - ME**, devendo ser intimado o autuado para

efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$58.103,87**, acrescido das multas de 50% sobre R\$2.985,22 e de 60% sobre R\$55.118,65, previstas no art. 42, incisos I, “a” e II, alínea “f” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$83.166,18**, prevista no inciso II, “d”, do art. 42, da cita da Lei, e dos acréscimos moratórios previstos na legislação.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de setembro de 2016.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO – JULGADOR