

A. I. N° - 232151.3024/16-9
AUTUADO - ELS COMÉRCIO DE CONFECÇÕES EIRELI - EPP
AUTUANTE - RUBEM FRANCELINO DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO- INTERNET 27.03.2017

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0015-02/17

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Não há elementos nos autos que determinem, com segurança, o cometimento imputado ao sujeito passivo das infrações que lhe foram imputadas. Além disso, a infração apontada no PAF decorre da apuração e cálculos que não estão explicitados nos autos. A tipicidade do fato tributário é cerrada e a descrição da infração lançada de ofício, não pode ser genérica. Inovação na acusação com mudança no fulcro da autuação. Nulidade do lançamento com fundamento no artigo 18, inciso II, RPAF/99. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Por outro lado, o lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Os elementos constantes dos autos indicam que a exigência do imposto não foi precedida de formalização de Termo de Início de Fiscalização, diante da emissão de nova Ordem de Serviço em data muito posterior àquela originária, a qual foi cancelada. Não há previsão normativa para saneamento deste vício. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 19 de agosto de 2016 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$ 69.670,44 além de multa no percentual de 60%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **07.21.01.** Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado da Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referentes as aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no valor de R\$212,60, correspondente ao mês de janeiro de 2013.

Infração 02. **07.21.02.** Efetuou o recolhimento a menor do ICMS antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado da Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referentes as aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de fevereiro de 2013, e fevereiro de 2014, no montante de R\$ 515,08.

Infração 03. **07.21.03.** Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado da Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referentes as aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no total de R\$ 68.942,76, relativo aos meses de dezembro de 2012, janeiro, fevereiro, abril, junho, julho, setembro a novembro de 2013,

janeiro, março a novembro de 2014, janeiro a março, maio, junho, agosto a novembro de 2015 e janeiro a maio de 2016.

A empresa autuada, por intermédio de seus advogados, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 24 a 42, na qual, inicialmente, requer que, sob pena de nulidade, todas as intimações e notificações relativas ao feito fossem encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais na ação administrativa que ora se instaura, tudo conforme poderes especificados na procuração apensada ao feito.

A título de preliminar, suscita a nulidade da autuação, eis que levada a efeito por “autoridade incompetente”, na medida em que entende ser o lançamento de ofício ato privativo dos Auditores Fiscais, consoante decisão transcrita em Ementa, relativa ao Acórdão JJF N° 0076-03/12, indicando que tal matéria foi inclusive objeto de “ação direta de constitucionalidade”, ainda pendente de julgamento, que contou com os favoráveis pareceres anexos, da OAB, Ministério Público Federal e da Advocacia Geral da União.

Como segunda preliminar, pede a nulidade da ação fiscal e, por via conexa, do Auto de Infração, ante a ausência do necessário “termo de início da fiscalização”, instrumento que, ao menos, não foi submetido ao profissional que subscreve a presente defesa, o que, de acordo com a decisão abaixo, igualmente conduz à nulidade da ação fiscal, na forma da decisão contida no ACÓRDÃO CJF N° 0326-12/11, cuja Ementa igualmente transcreve.

No caso em tela, esclarece ter sido emitido o “termo de intimação para apresentação de livros e documentos”, o que serviria para substituir o “termo de início”. Ocorre que tal termo se encontra datado de 04/04/16, sendo o lançamento concluído em 30/08/16, com o “visto da autoridade competente” e com a intimação da empresa autuada.

Fala que, ainda que se faça uso da data da sua lavratura, ocorrida em 19/08/16, o “termo inicial” perdeu o prazo de validade, de 90 dias, sem renovação. Assim, a condução da ação fiscal afrontou o disposto no artigo 28, parágrafo 1º, do RPAF/99, impedindo, mediante o lançamento ora impugnado, o exercício do seu direito a eventual “denuncia espontânea”. Transcreve o mencionado diploma regulamentar.

Assevera ter sido o Auto de Infração lavrado sem a instauração de nova ação fiscal, o que, diante da expiração do prazo daquela instaurada, se fazia necessário. Assim, o direito foi ofendido, sendo nula a presente autuação. Destaca que existem muitos erros no lançamento de valores, inclusive duplicados, conforme indicará, e a nulidade ensejará o direito ao pagamento parcial, caso a Autuada entenda ser devedora de alguma importância.

Ainda em preliminar, pede a nulidade do lançamento de ofício, por ofensa ao artigo 18, inciso I e IV, “a”, do RPAF/99, ou seja, por insegurança na determinação das infrações e cerceamento do direito de defesa, posto não ter recebido uma demonstração clara e individualizada das operações em relação às quais não teria feito pagamentos ou teria feito a menor. Como também trabalha com produtos sujeitos à “substituição tributária” (calçados), a omissão pode acobertar a exigência de “antecipação parcial” sobre tais produtos, o que não encontra amparo na Lei 7.014/96, artigo 12-A, parágrafo 1º, inciso III.

Com efeito, a acusação fiscal é de que a Autuada teria deixado de recolher antecipação, efetuado o recolhimento a menor de antecipação e ainda deixado de efetuar o pagamento de antecipação parcial, em aquisições interestaduais. Contudo, diz não ter encontrado no corpo do Auto de Infração, nem na “descrição dos fatos e nem na redação da ocorrência”, a fundamentação dos pedidos, ou seja, as motivações que levaram à conclusão da ausência dos pagamentos ou pagamentos a menor.

Menciona, ainda, o fato de que no corpo do Auto de Infração, o Autuante indica que a apuração estaria discriminada na “planilha 05” (cópia anexa), composta de sete páginas, contudo tal planilha espelha apenas dados sintéticos, não constando da mesma a identificação dos fatos geradores, mediante respectivos documentos fiscais.

Não obstante, observa que na citada “planilha” foram feitos “cálculos” incompatíveis com as operações realizadas pela empresa, com cobranças que atingem cargas tributárias superiores às que seriam devidas, e sem a dedução dos “créditos” listados nas mesmas. É possível exemplificar em relação ao item 03 do lançamento, os valores lançados para os meses de junho/13 e janeiro/14, junho/14, agosto/14 e setembro/14, meses em que os percentuais de “antecipação parcial”, foram fixados, respectivamente, em 11,75%, 16,03%, 15,86% e 15,87%.

Aponta que na mesma planilha lista “créditos”, o que torna ainda mais insegura a imposição, posto que a Autuada, na qualidade de optante pelo Simples Nacional, não faz uso de créditos fiscais pelas aquisições de mercadorias para revenda, sendo obrigada a pagar a antecipação parcial relativa à diferença entre as alíquotas interna e interestadual destacada nos documentos de origem. Como suas aquisições, na qualidade de franqueada, normalmente são oriundas do Espírito Santos, cujas notas possuem destaque de ICMS de 12%, os pagamentos devem ser apurados tendo como base 5%, observadas as regras dos artigos 274 e 275, do RICMS.

Destaca que a Autuada é uma loja “franqueada”, da INBRANDS S.A. (CNPJ 09.054.365/0057-07), e adquire as mercadorias que comercializa nessa condição. O que não é oriundo da INBRANDS, não é adquirido para comercialização (materiais de embalagem, normalmente). E nas aquisições à sua Franqueadora, paga a “antecipação parcial” na forma estabelecida pelo artigo 12-A, da Lei 7.014/96, copiada em seu texto.

Embora não mencionada no corpo do Auto de Infração, cita ter recebido também outra “planilha 05”, intitulada “Resumo para a constituição de crédito tributário-sintético”, composta de 41 páginas, que também possui apenas “informações sintetizadas”, tendo sido adotada para imposições em dois Autos de Infração (falta de pagamento e pagamento a menor), impondo à Autuada separar fatos distintos e seus valores. Para permitir a livre compreensão e defesa, haveria que se apresentar a demonstração clara para cada ocorrência, e ainda esclarecimentos acerca dos valores atribuídos a título de “créditos” e consequentes “diferenças”.

Menciona o fato de que a citada planilha, por outro lado, também foi adotada para a lavratura do Auto de Infração 2321513026/16-1 cuja cópia anexa, que inclui, consoante infração 01, sobre idêntico período, cobrança relativa a “pagamento a menor de antecipação parcial”.

Fala que fatos distintos foram misturados, assim como existem divergências entre os valores denominados “ICMS a lançar”, entre a “planilha 05” e o Auto de Infração, mesmo se considerados os montantes “distribuídos entre as duas autuações”, inclusive no que concerne à “dedução de créditos”.

Não vislumbra na autuação qualquer explicação acerca da apuração da base de cálculo, bem como existem vícios nos montantes apurados (bases de cálculo e ICMS devido), impropriedades que contaminarão qualquer “título executivo” acaso constituído, pelo que deve ser declarada a nulidade da ação fiscal e, consequentemente, do Auto de Infração. Aduz ter o CONSEF firmado “Súmula” sobre a matéria, exigindo clara e comprehensiva comprovação do método utilizado na apuração, posição esta que balizou um dos mais recentes julgados sobre a matéria, a saber, trazendo decisão contida no ACORDÃO JJF Nº 0158-03/16, cuja Ementa transcreve.

Como última preliminar de nulidade da autuação, mais uma vez por cerceamento do direito de defesa, sustenta que a ação fiscal foi amparada na OS 505390/16, sendo esta a mesma utilizada para a lavratura do Auto de Infração nº 2321513026/16-1, conforme anunciado à fl. 01 do próprio Auto de Infração que se defende. Tal procedimento ofende o disposto no artigo 40, do RPAF/99, cujo teor colaciona.

Argumenta que o RPAF/99, como visto, prevê a possibilidade da lavratura de mais de um lançamento sobre o mesmo período fiscalizado (não se reportando expressamente à mesma OS), apenas quando o procedimento excepcional visa a facilitação da defesa. No caso presente, ocorreu justamente o contrário, sendo os dois Autos de Infração lavrados para dificultar o exercício do amplo direito de defesa.

Conforme consignado na folha inicial do lançamento, as planilhas apresentadas referem-se às duas autuações, como também ambas envolvem cobranças pertinentes a “antecipação parcial” (cópia do AI 2321513026/16-1 anexa). Os períodos também são coincidentes. E como a ação fiscal transcorreu de forma uníssona, estando as duas atuações compostas apenas por quatro itens, deveria ter sido lavrado apenas um Auto de Infração, considerando ainda que o RPAF/99 não prevê a conexão das ações administrativas fiscais.

Aduz que a análise apartada das autuações impede o Julgador de vislumbrar possível “bis in idem”, no que tange à única infração lançada no presente Auto mencionado, em confronto com a presente autuação, especialmente no que tange à Infração 03. E se os demonstrativos são os mesmos, é evidente que existem fatos geradores idênticos. E, como visto, acima, esse método adotado lhe causou muitos transtornos, ensejando outros vícios insanáveis na apuração.

Por todos os fatos e fundamentos acima narrados, pede que seja decretada a nulidade de toda a ação fiscal, como também do lançamento ora defendido.

No mérito, mesmo com a visão ofuscada e diante da completa ausência de explicações acerca da motivação que originou as supostas diferenças nos recolhimentos, a Autuada pode afirmar que é improcedente a exigência fiscal, na monta “histórica” de R\$ 69.670,44.

Esclarece ser optante pelo “Simples Nacional”, estando sujeita, por força do disposto no artigo 321, inciso VII, “b”, do RICMS/BA (ordem oriunda da Lei Complementar 123/06), do pagamento da “antecipação parcial” sobre suas aquisições interestaduais para revenda. Transcreve o escólio legal.

Fala, se por um lado a autuação pode ter recaído sobre “mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária”, especialmente “calcados”, e, também, sobre “materiais de embalagem”, ofendendo o artigo 12-A, parágrafo primeiro, inciso III, da Lei 7.014/96, não se pode sequer atribuir validade ao lançamento, como faz supor o intitulado “RELATÓRIO DE MERCADORIAS COM CRÉDITO MÁXIMO ADMITIDO RESTRINGIDO PELA LEGISLAÇÃO”, posto que não se apropria de quaisquer créditos fiscais, inclusive para efeito de pagamento da “antecipação parcial”.

Explica a rotina seguida pela Autuada, no que concerne à “antecipação parcial”, que se encontra adstrita ao disposto no artigo 12-A, da Lei 7.014/96, ou seja, paga a “antecipação” mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do artigo 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição de origem das mercadorias, tudo conforme documentos e demonstrativos anexos (DAES, demonstrativos de apuração e amostragem de NFs). Quando pertinente, fala ter aplicado a redução prevista no artigo 274 do RICMS, questionando qual o erro cometido, então, que não foi apontado no Auto de Infração? Qual a ação ou omissão, por sua parte, que sustenta as alegadas diferenças, se a mesma se encontra impedida de se apropriar de quaisquer créditos?

Afirma estar anexando as notas fiscais que, por amostragem, paga a antecipação parcial considerando a diferença entre as alíquotas destacada na documentação fiscal de origem e as internas, inclusive não se apropriando de créditos, seja pela aquisição, seja na “antecipação” paga, devido à sua condição cadastral de Simples Nacional. Os pagamentos realizados, portanto, estão em perfeita harmonia com a lei do ICMS, não havendo fulcro legal para a manutenção do lançamento ora impugnado, de acordo com suas palavras.

Tece, a seguir considerações sobre a “antecipação parcial” e o fato de não se confundir com a “substituição tributária”, sendo apenas um “adiantamento do imposto devido em cada período de apuração” e, na forma do próprio artigo 321, inciso VII, “b”, do RICMS (adotado como enquadramento legal no Auto de Infração), os pagamentos, no período citado no lançamento, observados os artigos 274 e 275, do RICMS, conforme vigências, foram feitos pelos percentuais de 5% e 6%, observada a diferença entre a “alíquota interna” (17% ou 18%) e “interestadual” (12%). E os montantes pagos não foram “creditados” nos fechamentos mensais, eis que a Autuada possui vedação na apropriação dos mesmos valores pagos.

Ainda que se aplicasse ao Contribuinte do Simples Nacional “limitações a créditos” (não se limita aquilo que não se usa), vale repetir que a Autuada é uma EPP, optante pelo Regime Especial Unificado de Apuração de Tributos e Contribuições – Simples Nacional. Como tal, e para tanto, possui limitações no faturamento, ou seja, na geração de receitas, não pode fazer uso de créditos fiscais, não estando alcançada pela disposição da Lei 7.014/96, artigos 28 e 29.

Portanto, apesar de ter garantias legais que ensejam a redução da sua carga tributária, o contribuinte optante pelo Simples Nacional de imediato vê essa concessão lhe ser condicionada a não apropriação de créditos fiscais pelas suas compras. Como se sabe a antecipação parcial é apenas um “adiantamento” ao Estado, de parte daquilo que lhe será devido. No caso do Simples Nacional, a carga tributária “futura” é sempre menor que a alíquota do Simples, o que poderia até ensejar discussão sobre a legalidade da imposição, no caso do optante pelo Simples Nacional.

Argumenta deva ser observado, ainda, posto que não considerado na ação fiscal e, assim, na autuação, que, até 31/12/14, fazia uso do disposto no artigo 275, do RICMS, época que que fazia jus ao limite ali estabelecido (e seguido, conforme demonstrativos anexos). O lançamento, pela “planilha 05”, faz atribuição de “créditos” médios de 1%, extrapolando a limitação regulamentar e cometendo grande impropriedade legal, pois, como já dito, se encontra impedida de se “apropriar de créditos fiscais”, e mudando o foco da discussão, o contribuinte do Simples Nacional, de forma “cumulativa”, se encontra adstrito ao disposto no artigo 321, VII, “b”, do RICMS, transscrito.

Além da carga tributária em consonância com seu faturamento, deve pagar a antecipação parcial, quando adquirir mercadorias para comercialização em outros estados, no caso específico lhe sendo agregada carga adicional de 5%. E o valor pago a esse título não serve para a compensação futura, sendo esta vedação mais uma imposição legal daquela sistemática de tributação diferenciada.

Diz que não se pode negar, assim, mesmo optante pelo Simples Nacional, a norma faz uma rigorosa exceção, atribuindo ao contribuinte optante por tal sistemática obrigação própria daqueles que se encontram no regime normal de apuração. Significa que, em relação ao fato que dá origem à obrigação do pagamento da antecipação parcial (aquisição interestadual), o contribuinte é equiparado ao contribuinte do regime normal.

Nesse diapasão, entende deve ser analisado que a obrigação de pagamento da “antecipação parcial”, na prática, não subsiste, pois, o Simples Nacional prevê alíquotas menores, as quais importam em carga tributária, nas vendas internas, que não suportam o pagamento dos valores cobrados, que parecem seguir a carga tributária de 10%. É exatamente o que consta do Parecer DITRI e decisão do CONSEF, anexos, que determinaram a observância da “redução e base de cálculo” para o pagamento da antecipação parcial, sendo certo que a redução de base de cálculo implica em carga tributária menor (como ocorre em relação aos Contribuintes do SIMPLES NACIONAL).

Menciona que tal interpretação encontra amparo, também, no disposto no artigo 268, parágrafo 3º, do RICMS/12, que limita o alcance da “antecipação” conforme a carga tributária efetiva, reproduzindo tal dispositivo.

Fala que ainda que se mantenha a contraditória e onerosa cobrança, em relação ao contribuinte cujo espírito da lei prevê medidas de “proteção”, feita a equiparação, pela via da imposição do fato gerador da antecipação parcial, ou seja, da obrigação, ser evidente que os demais efeitos não podem ser negados, especialmente no que tange a eventuais benefícios previstos, decorrentes do mesmo fato gerador, de forma conjunta, na legislação, e que a Lei 7.014/96, ao prever a multa por infração, nos casos de não pagamento da antecipação parcial (60%, conforme artigo 42, inciso II, “d”), o parágrafo primeiro do mencionado artigo 42, determina que, no caso do contribuinte do regime normal, se o imposto não for recolhido antecipadamente, porém o foi nas saídas subsequentes, a própria parcela do ICMS não será exigida. Nesse caso se aplica apenas a multa de 60%, sobre o valor do imposto.

Diz estar a regra legal expressa no artigo 42, inciso II, § 1º da Lei 7.014/96, e se a lei equipara o contribuinte do Simples Nacional para fins de pagamento da antecipação parcial, e o faz lhe impondo fato gerador próprio do regime normal, a “sequência” da norma, parte punitiva, também deve ser aplicada por equiparação, inclusive a teor do artigo 112, incisos I a IV, do Código Tributário Nacional, e o contribuinte do Simples Nacional não se apropria do valor pago a título de antecipação parcial, nem de forma proporcional ao que paga de ICMS sobre suas vendas, mesmo agindo, na hipótese específica, pelo regime normal de apuração. A parte infracional do sistema legislativo não pode ser analisada de forma apartada, impondo ônus maior ainda.

Na sua visão, se a lei permite que seja aplicada apenas a multa, para o contribuinte sujeito ao regime normal, e outra categoria de contribuinte fica obrigado a fazer algo próprio desse regime, no fato específico o contribuinte do Simples Nacional deve ser tratado, em todo conjunto legislativo, e não apenas para a obrigação, como se do regime normal fosse. Portanto, caso existam valores efetivamente devidos a título de antecipação parcial, requer tratamento igualitário, com a exclusão das parcelas de ICMS e imputação da multa de 60% sobre o montante das mesmas.

Ante o exposto, ao tempo em que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de demonstrativos e documentos, ouvida da PGE/PROFIS, e revisão para que seja alcançada a verdade material, determinando a regularidade, ou não, dos pagamentos realizados pela Autuada no período fiscalizado, a título de antecipação, total e parcial, tendo em vista, inclusive, o artigo 12-A, da Lei 7.014/96 (inclusive deixando clara a fórmula utilizada na autuação), assim como acerca da inclusão de produtos sujeitos ao regime de substituição tributária e materiais de embalagem, pede pela nulidade ou improcedência da ação fiscal e do Auto de Infração, ou, no máximo, que lhe seja aplicada a multa de 60%, conforme fundamentação legal esposada, sobre os valores que comprovadamente, via instrução do PAF, se provarem devidos. Acaso superadas as questões prejudiciais, sendo trazido algum esclarecimento sobre as cobranças (notadamente no item 03), de logo protesta pela reabertura do prazo de defesa.

Informação fiscal constante às fls. 324 a 328, prestada por estranho ao feito, pelo fato do autuante estar em gozo de licença, esclarece que há sim, competência para a lavratura do Auto de Infração, nos termos contidos no artigo 107 e parágrafos da Lei 3.956/81 (COTEB), fruto da alteração prevista pela Lei 11.470/09.

Quanto a ausência do Termo de Início de Fiscalização, argumenta que o teor do artigo 26 do RPAF/99, permite que tal Termo dê início à ação fiscal, bem como o Termo de Apreensão ou Arrecadação de Mercadoria, Bem Livro ou Documento, além de intimação, por escrito, ao contribuinte seu preposto ou responsável para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização, não se havendo falar em transgressão ao artigo 142 do CTN ou nulidade processual neste aspecto.

Em relação à perda de prazo de validade do Termo de Início de Fiscalização, indica que “...foi emitida *Ordem de Serviço 502329/16 em 04 de abril de 2016 juntamente para fiscalizar outra empresa e depois foi excluída dessa Ordem de Serviço, para ser fiscalizada sozinha em outra posterior, a O. S. 5053390/16. O autuante somente aproveitou a mesma intimação para iniciar efetivamente a fiscalização, que só se deu em 26/07/2016, data de emissão da nova O. S., não prejudicando o direito de uma eventual “denúncia espontânea”.*”

Fala que os cálculos apresentados estão em consonância com o artigo 352-A do RICMS/BA, sendo apresentados os demonstrativos da constituição dos créditos tributários, inclusive entregues e conferidos pela contabilidade da empresa, não havendo nenhuma nulidade no que chama “...peça protelatória produzida pela defesa do autuado”.

Esclarece serem os seguintes os cálculos apresentados:

Os Demonstrativos para a constituição de crédito tributário foram baseados naqueles anexados às fls. 313 a 318, marcados em amarelo tanto na coluna recolhimentos como na “ICMS a lançar”,
ACÓRDÃO JJF Nº 0015-02/17

neles constando o mês e ano, o valor não recolhido e/ou recolhido a menor, e a diferença a ser recolhida, e/ou não recolhimento.

Quanto ao “Relatório Mercadorias com crédito Máximo Admitido Restringido pela Legislação”, assevera que conforme Decreto 14.213 de 22/11/12, em anexo às fls. 320 a 323, o qual dispõe sobre a vedação de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou Protocolo, nos termos da Lei Complementar Federal 24, de 07/01/75.

Menciona que no seu artigo 2º e Parágrafo Único fala sobre o estorno da parte correspondente ao benefício fiscal, mantendo apenas a parte do crédito efetivamente cobrado na unidade federada de origem, e segundo o §2º do artigo 1º também se aplica ao cálculo do imposto devido por substituição tributária, vide relatório à fl. 319.

Assegura que o Recolhimento a Menor da Antecipação Parcial baseou-se nos demonstrativos anexados às fls. 306 a 310 que acompanham a informação fiscal prestada.

Quanto ao “Relatório Mercadorias com Crédito Máximo Admitido Restringido pela Legislação”, o Decreto 14.213/12 dispõe sobre a vedação de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias.

Aborda, a seguir, o “Relatório 5 - Resumo para Constituição de Crédito Tributário Sintético”, o qual separa as infrações da Antecipação Parcial e da Antecipação Total.

A título de exemplo, fala que na fl. 313, embora esteja também incluída a infração “falta de recolhimento do ICMS”, por antecipação ou substituição tributária, infração 07.21.01, inclui também nesse resumo a infração 07.21.02 “ICMS recolhido a menor” por antecipação ou substituição tributária, grafado em amarelo, não ficaram misturadas, como afirmou a autuada, as duas infrações.

Indica que em verdade, o que ocorreu foi a cobrança nos meses de 02/2016, 03/2016 e 04/2016, relativos à infração 03 de valores equivocados, razão pela qual elabora demonstrativo dos meses e valores históricos corrigidos.

Em relação a preliminar de nulidade da autuação por cerceamento do direito de defesa, alega que a O.S número 505390/16 também amparou outro Auto de Infração (2321513026/16-1) e que tal procedimento ofendeu o artigo 40 do RPAF/99, cujo teor refere-se apenas a possibilidade de lavrar mais de um Auto no mesmo período fiscalizado, o autuado questiona aí que o direito de defesa foi cerceado pela inexistência de mais de uma O.S para o mesmo período, sendo que tal argumento não encontra amparo legal, pois a Ordem de Serviço é emitida para um período determinado com roteiros preestabelecidos, respeitando o princípio da decadência.

Fala que caso haja mais de uma infração detectada pela fiscalização para o mesmo contribuinte, cujos roteiros estejam numa mesma O.S, que atinja o valor histórico de mais de R\$200.000,00, o próprio sistema SLCT (Sistema de Lançamento de Crédito Tributário) desmembra os Autos para facilitar o amplo direito de defesa, justamente o contrário daquilo alegado na defesa.

Por fim, solicita a procedência parcial do lançamento, visto que a defesa não conseguiu elidir a totalidade da ação fiscal.

Cientificado do teor da Informação Fiscal, às fls. 330 e 331, o sujeito passivo retorna ao feito (fls. 334 a 339), para se manifestar, no sentido de que renova todos os termos de sua defesa, solicitando, novamente, que todas as intimações e notificações relativas ao feito fossem encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais da Autuada na ação administrativa.

Assim, ratifica as preliminares suscitadas anteriormente, assim como as arguições relativas ao mérito da autuação.

Como novidade, argumenta que além das preliminares já expostas, encontra-se presente agora a motivação para a nulidade do feito, por cerceamento do direito de defesa, na medida em que a

“informação”, prestada por Agente “estranho ao feito”, apresenta novos fundamentos (nova causa de pedir), notadamente no que concerne ao Decreto 14.213/12.

Desse modo, ao seu ver, a condução processual deveria ser no sentido da “reabertura do prazo de defesa”, e não apenas a concessão do prazo de 10 dias para sua manifestação, vez que tal prazo, a teor do artigo 127, §º, do RPAF/99, se aplica quando apenas fatos novos, ou novas demonstrações, não se aplicando aos fundamentos que constituem o fulcro do pedido.

Fala que o ato praticado pela INFRAZ não encontra amparo no artigo 131, do RPAF/99, sendo assim em detrimento do Contribuinte, entendendo competir ao CONSEF, através do Relator designado, a teor dos artigos 137 e 138, §º, do RPAF/99, a avaliação e determinação da reabertura do prazo.

Por outro lado, observa ter sido a “informação fiscal” prestada com afronta ao artigo 127, §º, do RPAF/99, posto que não foram abordados todos os aspectos da defesa. A Fiscal abordou apenas questões prejudiciais, que serão, a seguir, comentadas.

Aduz que a “informação” igualmente fortalece a preliminar, por ofensa ao artigo 18, inciso I e IV, “a”, do RPAF, ou seja, por insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa, diante da confissão pela funcionários responsável pela informação, de ter sido utilizado um só demonstrativo para apurações diversas e que *“equivocadamente, foi a cobrança duplicada em alguns meses”*.

E os valores indevidamente lançados no Auto de Infração, cujo instrumento poderá servir de base para futura constituição de “título executivo”, compõem o mesmo, não podendo ser “extraídos” mediante simples demonstrativo no corpo da “Informação Fiscal”, sendo a regularidade somente alcançada mediante a nulidade da autuação e novo e regular lançamento, sem os valores duplicados, os quais, cujos lançamentos no demonstrativo elaborado no Auto de Infração foram confessados, acarretam incerteza e falta de liquidez ao lançamento de ofício.

Fala que ao tentar esclarecer os confusos “relatórios”, a Agente acrescenta alusão ao Decreto 14.213/12, fundamento que não constava na inicial e sobre o qual a Autuada não foi instada a se defender. A análise da norma, sua aplicabilidade e legalidade, haveria, no mínimo, que ser feita mediante a concessão de novo prazo de defesa, se posicionando no sentido de que o mérito da defesa não foi contestado, e que um Decreto não poderia criar restrição ao artigo 12-A, da Lei 7.014/96, que determina a dedução do imposto destacado no documento fiscal. E. no caso da Autuada, que é optante pelo Simples Nacional, não há que se falar em “crédito” e sim em dedução de parcela já destacada, pois a carga tributária não pode ser ainda mais majorada.

No que tange à última alegação da Agente, o sistema da SEFAZ, que delimitaria valor até 200 mil reais, não pode ir de encontro ao sentido da norma, no caso o artigo 40, do RPAF/99. No caso em tela, inclusive diante da utilização de uma só “demonstração” para conclusões por ocorrências diversas, o procedimento afetou o direito de defesa e pode mascarar o “*bis in idem*”.

Ao tempo em que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de demonstrativos e documentos, ouvida da PGE/PROFIS, solicita a revisão para que seja alcançada a verdade material, determinando a regularidade, ou não, dos pagamentos realizados no período fiscalizado, a título de antecipação parcial, tendo em vista o artigo 12-A, da Lei 7.014/96, renovando que as razões de mérito não foram enfrentadas pela Agente designada, pedindo a nulidade ou improcedência da ação fiscal e do Auto de Infração, ou, no máximo, que lhe seja aplicada a multa de 60%, sobre o montante efetivamente devido, conforme fundamentação legal esposada.

Encaminhado mais uma vez para a responsável pela prestação da Informação Fiscal, esta se manifesta (fls. 343 a 344), repetindo, basicamente, os mesmos argumentos já postos na intervenção anterior, solicitando a procedência parcial do lançamento.

VOTO

O lançamento constitui-se em três infrações arroladas pela fiscalização, objeto de defesa por parte da empresa autuada.

Em sede defensiva, a autuada trouxe uma série de arguições, que ao seu ver invalidariam o lançamento através da decretação de sua nulidade.

Antes, porém de qualquer apreciação, esclareço, quanto à solicitação para que as comunicações e intimações fossem feitas na pessoa de seus advogados, nada impede que tal prática se efetivasse, e que as intimações possam ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, o qual guarda e respeita o quanto estabelecido no Código Tributário Nacional, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Quanto a nulidade vislumbrada pelo sujeito passivo pelo fato do lançamento ter sido efetuado por “autoridade incompetente”, na medida o lançamento de ofício seria ato privativo dos Auditores Fiscais, e que tal matéria foi inclusive objeto de “ação direta de inconstitucionalidade”, ainda pendente de julgamento, que contou com os favoráveis pareceres anexos, da OAB, Ministério Público Federal e da Advocacia Geral da União, valem algumas considerações.

Em primeiro lugar, observo que a atribuição para a constituição do crédito tributário encontra-se prevista no artigo 107 e parágrafos da Lei 3.956/81, que vem a ser o Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB), em alteração prevista pela Lei 11.470/09, de 08 de abril de 2009, DOE de 09 de abril de 2009, efeitos a partir de 01 de julho de 2009, “verbis”:

“Art. 107. Compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização e arrecadação dos tributos estaduais.

§ 1º A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais.

§ 2º Compete aos Auditores Fiscais a constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

§ 3º Compete aos Agentes de Tributos Estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional”.

O próprio sujeito passivo entabula a sua defesa, apontando em diversos momentos ser empresa optante pelo regime de apuração previsto no chamado Simples Nacional, e nesta condição, a fiscalização compete, sim, aos Agentes de Tributos Estaduais, na forma do § 3º acima transcrita, tendo, pois, quanto a esse aspecto, o devido respaldo legal.

O fato de, conforme mencionado na peça defensiva, haver em andamento uma “ação direta de inconstitucionalidade”, ainda não julgada, mesmo que com favoráveis pareceres da OAB, Ministério Público Federal e da Advocacia Geral da União, não invalida a eficácia do disposto legal acima mencionado, até o seu julgamento definitivo e o seu trânsito em julgado.

Da mesma forma, o Acórdão trazido como parâmetro pelo sujeito passivo não pode ser acolhido, diante do fato de não ser este o entendimento deste Conselho, o qual tem julgado nulos aqueles procedimentos que afrontam a Lei, o que não vem a ser o presente caso. Por tais razões, não acolho tais argumentos.

Outra preliminar suscitada, diz respeito ao fato de entender a defesa ter sido emitido o “termo de intimação para apresentação de livros e documentos”, o que serviria para substituir o “termo de início”, ocorre que tal termo se encontra datado de 04/04/16, sendo o lançamento concluído em 30/08/16, com o “visto da autoridade competente” e com a intimação da empresa autuada, sendo contraditado pela responsável pela informação fiscal de que “...foi emitida Ordem de Serviço 502329/16 em 04 de abril de 2016 juntamente para fiscalizar outra empresa e depois foi excluída dessa Ordem de Serviço, para ser fiscalizada sozinha em outra posterior, a O. S. 5053390/16. O autuante somente aproveitou a mesma intimação para iniciar efetivamente a fiscalização, que só se deu em 26/07/2016, data de emissão da nova O. S., não prejudicando o direito de uma eventual “denúncia espontânea””.

É preciso deixar bem claro, duas situações distintas: a primeira delas, é simplesmente a falta de Termo de Prorrogação de Fiscalização, sendo assente o entendimento neste Conselho de que a tal ausência não implica em nulidade, e a este respeito posso mencionar os Acórdãos CJF 0093-12/03, CJF 0053-11/09, CJF 0435-11/10, CJF 0075-11/11, CJF 135-12/11 e CJF 0061-12/12, sendo que neste último destaco trecho do voto da relatora, acolhido por unanimidade:

“...Não existe qualquer discordância de que os atos da fiscalização estão vinculados à lei. Também inquestionável que o contribuinte não pode restar a mercê de uma fiscalização que não tem término. E, de igual forma, concordo com o recorrente de que o art. 28, do RPAF/BA socorre a administração tributária, bem como o contribuinte. E, por fim, os Termos de Prorrogação de Fiscalização elaborados pelo autuante após término do início da fiscalização sem ter dado conhecimento dos mesmos à empresa, não se prestam a ter validade. Entretanto, a questão tem entendimento outro que não aquele apresentado pela empresa. O art. 28, do RPAF/BA determina:

Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrita diretamente em livro do próprio contribuinte;

§ 1º O procedimento de fiscalização deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável mediante comunicação escrita da autoridade competente por iguais períodos consecutivos, sendo que esgotado o prazo sem que haja prorrogação ou lançamento de ofício, o sujeito passivo poderá exercer o seu direito à denúncia espontânea, se for o caso.

Ou seja, é na própria norma contida no art. 28 do referido Regulamento que existe a determinação de que não havendo, como no caso presente, termo de prorrogação apresentado à empresa, ela poderá exercer seu direito de denunciar espontaneamente o imposto porventura existente e não apresentado à tributação, não implicando tal fato em nulidade dos atos praticados.

Em assim sendo, o argumento do recorrente de que ficou sem saber se estava ou não sob fiscalização para poder recolher o tributo, cerceando o seu direito de exercer tal procedimento, não tem qualquer pertinência, inclusive observo que sabedor dessas disposições legais conforme se depreende da defesa apresentada. E nesta esteira, entendo ineficaz toda a argumentação apresenta de que a JJF se prendeu à literalidade das determinações do art. 18, do RPAF/BA para pronunciar a sua Decisão. Em primeiro, este não se aplica na presente lide e, em segundo, as determinações do art. 18 são claras e expressas, não sendo caso de interpretação literal de suas determinações. Por tudo exposto, a arguição de nulidade aventada pelo recorrente não pode ser aceita”.

Se estivéssemos, pois, diante de apenas e tão somente da hipótese de não prorrogação da fiscalização, ou o não conhecimento da prorrogação ao contribuinte, sem dúvida se rejeitaria a tese da defesa.

Todavia, diante dos esclarecimentos prestados pela responsável pela informação fiscal acima, e que me permito transcrever mais uma vez, de que “...foi emitida Ordem de Serviço 502329/16 em 04 de abril de 2016 juntamente para fiscalizar outra empresa e depois foi excluída dessa Ordem de Serviço, para ser fiscalizada sozinha em outra posterior, a O. S. 5053390/16. O autuante somente aproveitou a mesma intimação para iniciar efetivamente a fiscalização, que só se deu em 26/07/2016, data de emissão da nova O. S., não prejudicando o direito de uma eventual “denúncia espontânea”, e aí estamos diante da segunda situação enunciada linhas acima, no início da apreciação desta preliminar.

Fato é que, diante das informações prestadas, a Ordem de Serviço originária, a qual estabelecia a realização de trabalhos de fiscalização (502329/16), e que serviu como base para a emissão de Termo de Início de Fiscalização em 04 de abril de 2016, foi substituída por outra (5053390/16), emitida em 26 de julho de 2016, tendo, nas palavras da própria informante, o autuante “aproveitado” da intimação relativa à Ordem de Serviço não mais válida, pois “caduca” e “vencida” para efetuar a fiscalização, sem que tivesse feito nova intimação ao contribuinte, o que cria duas situações, ambas curiosas: a primeira, uma Ordem de Serviço emitida sem o correspondente Termo de Intimação ou Termo de Início de Fiscalização. A segunda, um Termo (dito aproveitado), emitido antes do início da fiscalização propriamente dita, o que vem a ser uma situação inusitada ao meu entender. A prevalecer a tese do Fisco, bastaria ter uma Ordem de Serviço única, e os Termos de Início de Fiscalização ou de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos ser “aproveitados” indefinidamente, o que viria a trazer insegurança jurídica.

É certo que a Ordem de Serviço é um documento interno, emitido pela Administração, para determinar quem deve ser objeto de ação fiscal, e os possíveis roteiros de auditoria aplicáveis às peculiaridades e particularidades de cada empresa. Todavia, como ato administrativo, ele deve se sujeitar ao comando normativo, obedecer a critérios e elementos legais, vez que peça vestibular para a constituição do crédito tributário.

Isso pelo fato de Rui Barbosa Nogueira (Direito Financeiro, Curso de Direito Tributário. 3^a ed., José Bushatsky Editor, pág. 67), esclarecer que sendo “*ramo autônomo do direito, nem por isso o direito tributário deixa de manter relações com outras disciplinas jurídicas, em especial com o direito administrativo, do qual o tributário se teria desgarrado*”. Assim, ambos caminham juntos, de braços dados, não se podendo desvincular um do outro.

A este respeito assim ensina Helly Lopes Meireles (Direito Administrativo Brasileiro, 36^a ed., 2010, pág. 162): “*A preterição de atos preparatórios ou a sua realização em desconformidade com a norma legal que disciplina o procedimento administrativo pode acarretar a nulidade do ato final, desde que se trate de operações substanciais ou de requisitos de legalidade do ato principal*”.

É de bom alvitre que se estabeleça que o Termo de Início de Fiscalização possui a finalidade jurídica de dar ao contribuinte ciência de que ele está sendo fiscalizado.

No dicionário Aurélio, em sua edição eletrônica, o vocábulo “termo”, dentre outras acepções, significa “Limite, em relação ao tempo e ao espaço; fim” “Declaração exarada em processo”. Tais termos de Início e de Encerramento são, por conseguinte, as balizas ou postes de demarcação que indicam o momento em que se inicia e o dia em que tem por fim a fiscalização. Eles determinam, estabelecem, fixam o lapso temporal em que a empresa se encontrava sob fiscalização.

O ato do lançamento tributário tem um rito, devidamente estabelecido pela legislação vigente. O lançamento tributário, acorde comando inserido no CTN, não pode ser praticado livremente pelo Fisco, sendo ato vinculado, sujeito à observância dos ditames da lei, tanto de natureza material quanto formal. Sob o aspecto material, ou de mérito, cabe verificar se o tributo é ou não devido, se há ou não provas do cometimento das infrações ali arroladas. Do ponto de vista formal, deve-se observar a forma, método ou critério a ser seguido na efetivação do lançamento, inexistindo hierarquia entre um ou outro aspecto.

De igual importância para a apuração do fato em si é a forma como tal fato deve ser autuado. Se um aspecto formal deixa de ser observado, o procedimento fica viciado e sua eficácia comprometida, caso, tenha representado prejuízo para a parte.

Ele não se configura como mera formalidade, sem qualquer efeito prático ou jurídico. O referido Termo é elaborado para fazer parte do direito de defesa. O contribuinte não pode ser surpreendido com um Auto de Infração sem saber, antecipadamente, que está efetivamente sob

ação fiscal, o que se insere no conceito do princípio da segurança jurídica, um dos mais importantes do Processo Administrativo Fiscal e vertente do princípio do devido processo legal.

Invoco como embasamento para tal posição, decisão prolatada pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão CJF 0326-12/11, no qual destaco o seguinte trecho do voto condutor daquela decisão adotada por unanimidade:

“....o início da uma ação fiscal marca o momento em que o Estado, por meio de seus agentes, interfere no comportamento tributário do contribuinte, podendo resultar deste ato a apuração de irregularidades e o consequente lançamento do crédito tributário. Por isto é que o ato administrativo da constituição desse crédito é ato vinculado à lei (art. 142, do CTN).

E, para o surgimento deste início é necessário que o contribuinte tenha conhecimento prévio da fiscalização, conhecimento este que se dá através de intimação para apresentação de livros e documentos fiscais, entre outras modalidades (art. 26, do RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99, para ficarmos adstritos a norma legal do Estado da Bahia), intimação esta somente dispensada em casos especiais que a norma tributária indica (art. 29 da citada norma regulamentar). Esta intimação é imprescindível ao estabelecimento e desenvolvimento válido da relação processual. É pela intimação que se estabelece o contraditório, cientificando-se o acusado da imputação que sobre ele possa pesar e propiciar fazer sua defesa, mesmo quando da fiscalização e/ou posteriormente, da maneira mais ampla possível (art. 5º, LV, CF). E mais, ela, de igual forma, é marco inibidor da denúncia espontânea.

Portanto, deve ser indicado, formalmente e legalmente, o início de qualquer procedimento fiscal para que não haja desobediência aos requisitos do devido processo legal. É de fundamental importância que não haja qualquer mácula ao princípio constitucional da ampla defesa. Por estas razões é que o RPAF/BA (Dec. nº 7.629/99) determina no seu art. 28, entre outros procedimentos:

Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrita diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

E, não podendo o contribuinte quedar, sem qualquer segurança jurídica, a mercê do fisco, a norma tributária estabelece prazo de término para qualquer procedimento fiscal, conforme determinações contidas no art. 28, VII, do RPAF/BA, não podendo ser extrapolado os prazos nele indicados”.

No caso presente, bastaria que o autuante oficializasse a emissão de nova Ordem de Serviço, mediante lavratura de novo Termo de Início de Fiscalização, ou expedição de nova Intimação para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais, o que não ocorreu, à vista não somente das provas dos autos, como, de igual forma, pelo esclarecimento prestado pela responsável pela informação fiscal, sendo, do mesmo modo, impossível neste momento processual sanar tal omissão de qualquer outra forma, inclusive por meio de diligência.

Nesta ótica, não foi respeitado aspecto essencial, ainda que formal, do lançamento, que era justamente o conhecimento ao sujeito passivo de que nova ação fiscal teria sido desencadeada,

em função do cancelamento da Ordem de Serviço e emissão de uma nova, em data que transcendia os noventa dias de que fala a norma regulamentar. O que, ao meu entender, concorre para a nulidade do lançamento.

Ainda que esse argumento não fosse suficiente para a decretação da nulidade do feito, e frente ao apelo defensivo, que pede a nulidade do lançamento de ofício, por ofensa ao artigo 18, inciso I e IV, “a”, do RPAF/99, ou seja, por insegurança na determinação das infrações e cerceamento do direito de defesa, analisando a mídia encartada no lançamento, à fl. 15, observo que os elementos nos quais se baseou a autuação, inclusive como afirmado na informação fiscal, encontram-se na planilha denominada “Resumo para constituição Crédito Tributário”.

Analizando a mesma, vejo que a mesma contém a indicação dos documentos que serviram de base para as infrações, sendo que na fl. 02, estão listados os documentos fiscais e respectivas chaves de acesso, constando no cabeçalho a indicação “*Antecipação Parcial - Falta de recolhimento do ICMS relativo às entradas neste estado da Bahia, das mercadorias relacionadas nos Documentos Fiscais abaixo listados, em razão de Antecipação Parcial e ou Antecipação Total do ICMS das operações subsequente. Operação de circulação*”.

Nela estão listadas, como dito, diversos documentos fiscais, totalizados mês a mês, iniciando por janeiro de 2013, no qual se encontra indicado a nota fiscal de número 32.353, emitida em 31 de janeiro de 2013, com chave de acesso 35130167472829000168550010000323531000714071, com imposto devido de R\$77,80.

No demonstrativo de débito de fl. 02 do lançamento, tal valor encontra-se como ocorrido em dezembro de 2012, o que leva à situação de exigência fiscal antes mesmo da emissão do documento fiscal.

Não se pode argumentar que a responsável pela informação fiscal elaborou novo demonstrativo em relação a tal infração, vez que em sede de informação fiscal a mesma assegurou: “...o que ocorreu foi a cobrança nos meses de 02/2016, 03/2016 e 04/2016”.

Poderia aqui listar uma série de outras discrepâncias, conforme observado, todavia, à vista de tais elementos, que vejo como suficientes, e o fato de que uma diligência, neste momento processual se mostra inviável, à vista daquilo já exposto, e por implicar em novo procedimento de fiscalização, me leva à conclusão de que o Auto de Infração como lavrado, traz insegurança quanto as infrações efetivamente apuradas, suas ocorrências e valores, diante da flagrante nulidade verificada, que se enquadra na hipótese prevista no artigo 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99, que diz ser nulo lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Ainda analisando a mesma, vejo que contém a indicação dos documentos que serviram de base para as infrações, sendo que na fl. 02, estão listadas as notas fiscais com respectivas chaves de acesso, constando no cabeçalho a indicação “*Antecipação Parcial - Falta de recolhimento do ICMS relativo às entradas neste estado da Bahia, das mercadorias relacionadas nos Documentos Fiscais abaixo listados, em razão de Antecipação Parcial e ou Antecipação Total do ICMS das operações subsequente. Operação de circulação*”.

A responsável pela informação fiscal, ao elaborar novo demonstrativo sintético para a infração, não discriminou as notas fiscais remanescentes, valendo-se, inclusive à fl. 311 de relatório emitido pela Central de Operações Estaduais para efeito de programação fiscal, sem discriminação de metodologia de apuração do valor “destacado em amarelo” de R\$ 96,50 a título de “valor glosado”, apenas em função de uma nota fiscal, sem indicar os “valores glosados” dos demais documentos listados no mencionado “relatório”.

Ainda que não fosse pelo fato apontado pela defesa de que os demonstrativos que embasaram a autuação, na verdade é apenas um, no qual estão as parcelas da antecipação parcial não recolhida, objeto do presente lançamento, como, de igual forma, as parcelas da antecipação parcial recolhida a menor, objeto do lançamento contido no Auto de Infração 232151.3026/16-1,

observo que inexiste qualquer discriminação acerca dos cálculos realizados para se obter os resultados apontados, o que vem a se configurar em grave equívoco por parte não somente do autuante, como, de igual forma, pela responsável pela informação fiscal que poderia, aproveitando o fato de ter realizado ajustes, elaborar demonstrativos nos quais apontasse os valores dos documentos, aqueles devidos a título de antecipação parcial, as alíquotas aplicadas, os créditos fiscais concedidos, etc., o que não aconteceu. Na informação fiscal constam apenas os valores totais que entende devidos, sem qualquer discriminação da forma de apuração do imposto tido como devido.

Da mesma forma, ao trazer à baila o Decreto 14.213/2012, o qual dispõe sobre a vedação de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou Protocolo, nos termos da Lei Complementar Federal nº 24, de 07 de janeiro de 1975, incorreu a fiscalização em franca mudança de fulcro da autuação, o que implica em cerceamento do direito de defesa, diante do fato de que, em qualquer momento da autuação tal diploma normativo foi sequer mencionado como motivador da autuação, apenas o sendo por ocasião da informação fiscal.

Tal procedimento, não tem tido acolhida neste órgão, motivando decisões como a da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, à unanimidade, através do Acórdão CJF 0376-12/15. Desta forma, chego à conclusão de que o Auto de Infração como lavrado, além dos equívocos já pontuados acima, traz insegurança quanto a infração efetivamente apurada, suas ocorrências e valores e da confusão estabelecida pelo autuante na sua constituição, diante da flagrante nulidade verificada, que se enquadra na hipótese prevista no artigo 18, inciso II, o qual diz serem nulos os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa.

Por tais razões, julgo o Auto de Infração nulo, cabendo à autoridade fazendária avaliar a possibilidade de refazimento da ação fiscal, atendidos os requisitos legais, e sanear os equívocos aqui apontados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº **232151.3024/16-9** lavrado contra **ELS COMÉRCIO DE CONFECÇÕES EIRELI – EPP**.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto 7.629/99, alterado pelo Decreto 13.537/11, com efeitos a partir de 20 de dezembro de 2011.

Sala de Sessões do CONSEF, 16 de fevereiro de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR