

A. I. Nº - 233085.0075/14-0
AUTUADO - BARTOLOMEU BRITO VIEIRA JUNIOR-ME
AUTUANTE - PAULO SÉRGIO NEVES DA ROCHA
ORIGEM - INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 10.05.2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0071-05/17

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. EMPRESA DE PEQUENO PORTE OPTANTE - SIMPLES NACIONAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Acolhida a nulidade arguida. Após a informação fiscal, restou demonstrado que não houve a falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial no período originalmente fiscalizado (maio e junho de 2015 e janeiro de 2016), sendo detectada a irregularidade nos meses de outubro, novembro, dezembro de 2015, janeiro, fevereiro, março e abril de 2016. Impõe-se a nulidade da autuação, por ter sido praticada com preterição ao direito de defesa, em razão da inobservância do devido processo legal. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 09/05/2016, reclama o valor de R\$60.772,60, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente da falta de recolhimento do imposto referente a antecipação tributária parcial de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno, nos meses de maio e junho de 2015 e janeiro de 2016, acrescido da multa de 60%. Infração 07.21.03.

O autuado em sua defesa, fls. 45 a 68, após transcrever o teor da infração esclarece que a intenção da defesa é demonstrar equívocos procedimentais existentes no trabalho fiscal levado a efeito pelo autuante.

Menciona entendimentos entendimentos sobre o princípio da verdade material, inserido no art. 2º do RPAF/99 e no art. 2º do Regimento interno do CONSEF, princípio da inquisitoriedade, princípio da tipicidade cerrada, que no seu entendimento devem ser aplicados na análise dos fatos relacionados no Auto de Infração.

Afirma existir diversos vícios insanáveis no processo, provocado pelo preposto fiscal; vícios estes que implicam na nulidade do Processo Administrativo Fiscal, nos termos do art. 18 do RPAF/99 aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Com base no § 1º do citado artigo do RPAF/99 solicita a realização de diligência ou perícia fiscal, esclarecendo que é condição *sine qua non* para que um Auto de Infração seja objeto de revisão fiscal, que incorreções ou omissões existentes nele sejam EVENTUAIS, e que a não observância de certas exigências, digam respeito àquelas de natureza MERAMENTE FORMAIS. Portanto, não sendo apenas eventuais as omissões ou incorreções, não cabendo qualquer tipo de revisão fiscal, sendo caso de nulidade do Auto de Infração.

Enfatiza que o Auto de Infração possui omissões e incorreções de natureza grave e não apenas “eventuais”, e as exigências não observadas pelo autuante no seu trabalho não são meramente formais, aproximando-se sim, sem qualquer dúvida, de exigências de natureza substancial.

Pede a nulidade do Auto de Infração.

Prossegue afirmando que na remota hipótese da Junta de Julgamento não acolher este pedido, devem ser apreciados e deferidos, se assim entender, os pedidos de diligência e perícia.

Pontua dizendo que ao encerrar o trabalho fiscal, o autuante forneceu ao autuado, além do Auto de Infração, uma cópia do demonstrativo de débito, discriminando, mês a mês as parcelas de ICMS antecipação parcial. Entretanto, afirma que com base nestes elementos não é possível elaborar uma defesa que pudesse apresentar todos os argumentos defensivos aplicáveis à questão, pois os demonstrativos fiscais fornecidos não são, em si próprios, autoexplicativos, nem são claros.

No que tange à Infração de nº 01 assevera que o autuante não esclareceu como chegou à base de cálculo do imposto descrito no auto de infração. A base de cálculo difere do somatório das notas fiscais elencadas, pelo agente autuante.

Para corroborar a sua afirmativa traz como exemplo a nota fiscal nº 1.908 (anexo 03) em que o agente autuante utilizou para cálculo do imposto a base de cálculo no valor de R\$15.220,58, sendo que o valor total da nota fiscal foi de R\$25.870,00. Entende que o autuante deveria ter anexado um relatório de como chegou a essa base de cálculo. Não o fazendo, cerceou o direito de ampla defesa.

Ressalta que por conta desta irregularidade ficou prejudicado no exercício do sagrado direito de defesa, por não lhe ter sido permitido de forma clara e suficiente, o perfeito entendimento do teor da autuação impossibilitando, assim, o exercício do contraditório.

Assim, ao agredir a garantia do contraditório pleno, o autuante impossibilitou o exercício do direito de defesa, violentando a possibilidade de questionamento aprimorado quanto ao mérito da infração, o que, por consequência, implica na caracterização da nulidade da autuação.

Informa que sob o aspecto do cerceamento do direito de defesa, existem inúmeras decisões, inclusive a nível federal, que amparam a sua pretensão de nulidade, especialmente quando o cerceamento é oriundo de descumprimento de formalidade impeditiva do exercício da ampla defesa. Cita como exemplo o Ac. 303-25. 277, Rel. Hélio Loyolla de Alencastro, publicado no DOU de 10/03/89 e Ac. 104-6. 427, publicado no DOU de 31/08/89.

Sustenta que está evidente, com apoio jurisprudencial, que a ação fiscal foi eivada de inteira nulidade, não podendo perpetrar-se à luz dos princípios do processo administrativo fiscal, que recomendam a perfeita constituição do crédito tributário, em especial, no que se refere à necessidade de que sejam atendidos os corolários jurídicos ao direito tributário, a exemplo do princípio da ampla defesa, a fim de que seja preservado o contraditório e se faça o devido processo legal.

Conclui que o crédito tributário não ficou constituído de forma legítima, por não ter se assentado dentro do mais estrito princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, o que implica, de forma inexorável, em sua nulidade.

Informa que este Conselho, através de suas Juntas e Câmaras tem se manifestado constantemente a favor do contribuinte quando é cerceado o seu direito de defesa. Transcreve várias Resoluções referentes ao tema.

No mérito, pede que os julgadores se atentem para a existência da disposição contida no art. 155, parágrafo único, do RPAF/99, a qual determina o julgamento pela improcedência do Auto de Infração, mesmo merecendo o ato de lançamento ser objeto de nulidade.

Afirma que o autuante, não obstante sua reconhecida capacidade técnica, e seu empenho profissional, na execução da fiscalização, equivocou-se, ao exigir o imposto no valor apontado no Auto de Infração em epígrafe.

Assevera que apesar da acusação inserida no Auto de Infração constar a falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial nos meses de maio/junho de 2015 e janeiro de 2016, as notas fiscais destacadas pelo autuante são de períodos completamente distintos conforme anexo 01 que elaborou.

Cita como exemplo NFe nº 1.908, que foi emitida em 19/11/2015 no valor total de R\$25.875,00. Assevera que o fato gerador do tributo é dado pela materialização do direito no nascimento da

obrigação tributária, sendo ela principal ou acessória. Dessa forma, não seria possível cobrar o imposto ICMS antecipação parcial no mês de maio de 2015, visto que o fato gerador do tributo ocorreu em novembro de 2015.

Outro ponto importante a destacar seria no que tange ao vencimento da obrigação, que se postergaria para o mês subsequente, nesse caso dezembro de 2015. Logo, os acréscimos moratórios estariam calculados erroneamente.

A alíquota cobrada sobre o ICMS antecipação parcial também está equivocada, visto que em desacordo com o art. 321, inciso VII, alínea “b”, § 1º do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/12, cujo teor transcreveu.

Esclarece que as compras foram realizadas no Estado de São Paulo, tendo como alíquota interestadual 7% (sete por cento) e a alíquota interna no Estado da Bahia no período apurado era de 17% (dezessete por cento), sendo a diferença então 10% (dez por cento). O valor da alíquota cobrada pelo autuante foi de 17% (dezessete por cento) considerando a alíquota interna apenas.

Assevera que o autuante agiu assim sucessivamente com todas as notas discriminadas por ele nos meses de 2015 e 2016.

Requer a nulidade da Infração, por motivo de insegurança da natureza da infração, da fixação do valor da base cálculo e respectiva alíquota, o que permitirá à Secretaria refazer a ação fiscal de maneira correta e cumprindo com o princípio da verdade material. Transcreve diversas Resoluções do CONSEF.

Por fim reconhece que em alguns meses houve a entrada de notas fiscais vindas de outro estado e não recolheu o ICMS antecipação parcial à Secretaria da Fazenda; Que algumas dessas notas fiscais foram devolvidas no período por não se tratarem de compras por ele efetuadas e que o agente autuante não as considerou para retirar da base de cálculo. Informa que está apresentando um demonstrativo com o valor real do débito referente aos exercícios de 2015 e 2016, que poderá ser verificado na informação fiscal.

Finaliza reafirmando que o autuante cometeu erros, enganos e equívocos como, caracterizar a infração de forma imprecisa e por presunção a base de cálculo do imposto, presunção esta sem procedência, que a descrição em consequência destes enganos cometidos ficou confusa, genérica e que os demonstrativos não apontam, como chegou a tais valores, entre outras incorreções, citadas na presente impugnação.

Requer a nulidade do Auto de Infração.

O autuante ao prestar a informação fiscal às fls. 99 a 100, inicialmente fala sobre o princípio da legalidade e diz que a mesma está prevista no artigo 142 do CTN, cujo teor transcreveu.

Após, esclarece que o sistema utilizado pela SEFAZ-BA, o SEAI, reflete fielmente os requisitos exigidos no Código Tributário Nacional e os fatos geradores foram demonstrados através das notas oriundas de outros estados da federação, sujeitas ao pagamento da antecipação parcial, e que foram considerados os DAES porventura recolhidos. O imposto devido foi calculado, identificado o sujeito passivo, a capitulação legal e a aplicação da penalidade devida, como dispõe a lei, portanto descabida a alegação defensiva de que a legalidade objetiva não foi observada pela autoridade fiscal.

Quanto à alegação da falta de aplicação da verdade material disposta no RPAF assevera que os fatos geradores efetivamente ocorreram, ou seja, as compras foram efetuadas em outros estados havendo, pois o fato gerador da cobrança da antecipação parcial, não procedendo a pretensa anulação de notas fiscais cujos fatos geradores ocorreram após o início do procedimento fiscal.

Entende que o ônus da prova foi exercido pelo fisco, que anexou as notas fiscais sujeitas a antecipação parcial, não elididas pelo autuado. Informa que a fiscalização constatou que o contribuinte não mais exercia suas atividades no local há mais de 01 ano, e por esta razão efetuou o cancelamento da inscrição estadual, via FLC, tornando-o INAPTO e posteriormente prontificou-se a providenciar a sua reinclusão, mas não foi possível em razão da existência do Auto de Infração.

Fala que o princípio da inquisitoriedade foi amplamente obedecido pelo Fisco, não se adstringindo as provas carreadas pelas partes. Como exemplo cita que retirou, do sistema SIGAT todos os pagamentos de DAES oriundos da antecipação parcial, para conceder os devidos créditos, embora este não houvesse apresentado todos os DAES pagos.

Afirma que não há como prosperar as preliminares de nulidades, pois foram obedecidos os requisitos previstos no artigo 142 do CTN, e no RPAF, não havendo ofensa ao contraditório e a ampla defesa. Diz também ser descabida a alegação do contribuinte de que não recebeu a demonstração da base de cálculo pois os demonstrativos da autuação (págs. 05 a 08) demonstram as notas fiscais utilizadas, forma de cálculo, alíquotas, CFOP e todos os demais dados que ensejaram a autuação.

Ressalva que o contribuinte declarou ter recebido todas as peças da autuação, conforme recibo magnético de fl. 35 e que o próprio contribuinte anexou todas as notas fiscais objeto da acusação.

Diz que em relação à impugnação do contribuinte relativa ao demonstrativo de fl. 108 reconhece uma inversão, pelo sistema, das datas de entrada das notas fiscais na empresa, gerando uma distorção nos demonstrativos de fls. 05 a 08. Ressalta, todavia, que tal erro não alterou o valor devido no Auto de Infração, mas apenas alguns acréscimos moratórios, multa e juros, alguns para mais, outros para menos.

Solicita uma nova atualização pelo sistema de crédito tributário, reabrindo-se o prazo em prol do contraditório e da ampla defesa e junta novos demonstrativos e mídia eletrônica.

Finaliza mantendo os demais termos da autuação e pede a procedência da autuação.

O Contribuinte foi intimado através de Edital de Intimação de nº 16/2016 do Diário Oficial de 11 de novembro de 2016, para tomar ciência da Informação Fiscal e concedido o prazo de 10 dias para se manifestar, conforme se observa no documento de fl. 50, porém não se manifestou.

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de, na condição de inscrito no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, não ter recolhido ICMS devido por antecipação parcial em operações de aquisições interestaduais.

O impugnante, preliminarmente, argui a nulidade do Auto de Infração em razão da falta de clareza da infração imputada, reclamando que os demonstrativos elaborados pela fiscalização são incompreensíveis, não tendo sido observados os princípios da ampla defesa e do contraditório. Alega que não foi fornecida a metodologia para a apuração da base de cálculo do imposto, pois o montante informado no referido demonstrativo difere do somatório das notas fiscais indicadas pelo autuante, cerceando o seu direito de defesa. Cita como exemplo a nota fiscal nº 1908 em que o agente fiscal utilizou para cálculo do imposto a base de cálculo no valor de R\$15.220,58, quando a nota fiscal indica o valor de R\$25.870,00.

Não assiste razão o autuado, pois de acordo com o demonstrativo de fl. 04, o cálculo do valor devido da Antecipação parcial foi feito na forma prevista no art. 12-A da Lei 7.014, e obedeceu a seguinte forma de cálculo: (Alíquota Interna x Valor da Operação) – (Imposto Destacado). No caso sob análise, em relação à nota fiscal eletrônica nº 1908, cópia à fl. 71, foi aplicada a alíquota interna de 17% sobre o valor dos produtos (R\$25.875,00) e abatido o imposto destacado de R\$1.811,25, resultando no valor devido de R\$2.587,50. Tal valor é o que está informado corretamente no Auto de Infração. Esclareço que o valor da base de cálculo inserido no Auto de Infração de R\$15.220,58 é decorrente da divisão do imposto devido pela alíquota interna de 17%, efetuada pelo programa de emissão do Auto de Infração, chamado SEAI.

Tendo em vista que o cálculo do imposto devido está matematicamente correto e demonstrado em planilhas que foram entregues ao contribuinte, conforme recibo assinado por preposto da empresa, não acolho a nulidade arguida sob esse fundamento.

Argui, também, o impugnante, a nulidade do Auto de Infração sob o fundamento de que foram computadas notas fiscais emitidas em datas posteriores às inseridas no Auto de Infração nos meses de maio/junho de 2015 e janeiro de 2016, gerando incerteza e imprecisão. Cita como exemplo a ocorrência informada no Auto de Infração do mês de maio de 2015, relativa à nota fiscal nº 1908, emitida em 19/11/2015 no valor de R\$25.875,00.

No que tange a essa arguição de nulidade, constato que assiste razão ao impugnante.

Isso porque, o próprio fiscal autuante ao prestar a Informação Fiscal diz que: “*reconhece ter havido uma inversão, pelo sistema, das datas de entrada das notas fiscais na empresa, gerando uma distorção nos demonstrativos de fls. 05 a 08*”. Elabora novos demonstrativos às fls. 122/124, 115/116, considerando as reais datas inseridas nos documentos fiscais alterando as datas dos fatos geradores para outubro, novembro, dezembro de 2015, janeiro, fevereiro, março e abril de 2016.

Analizando os papéis de trabalho acostados no momento da lavratura do presente Auto de Infração, verifico que a ação fiscal foi referente originalmente ao período de maio, junho de 2015 e janeiro de 2016 (fls. 04 a 08). Em consequência, o refazimento dos demonstrativos na informação fiscal resultando em fatos geradores completamente distintos do original, configura inovação que somente pode ser objeto de exigência em outro lançamento de ofício, sob pena de absoluto cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, o que permite concluir que procede a argumentação defensiva, quanto à nulidade arguida.

Diante do exposto, o Auto de Infração é nulo, consoante determina o art. 18, II do RPAF/99.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo à autoridade fiscal competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 233085.0075/14-0, lavrado contra **BARTOLOMEU BRITO VIEIRA JUNIOR-ME**.

Recomenda-se à autoridade fiscal competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do Conseg, 18 de abril de 2017.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR