

A. I. Nº - 207185.3010/16-1
AUTUADO - BURITI COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - PAULO ROBERTO MENDES LIMA
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 14. 03. 2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0007-01/18

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. Faltam elementos capazes de configurar com segurança a infração imputada ao sujeito passivo. Acolhida a alegação defensiva de que os demonstrativos elaborados pela Fiscalização são imprecisos e padecem de elementos suficientes para determinar a infração, implicando no cerceamento do direito de ampla defesa e do contraditório. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 21/12/2016, formaliza a exigência de ICMS no valor histórico total de R\$1.070.082,87, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e /ou exterior. Período de ocorrência: maio a dezembro de 2013, janeiro a março, junho a dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou Defesa. Discorre sobre a tempestividade da peça defensiva. Reporta-se sobre os fatos que ensejaram a autuação.

Salienta que no “Demonstrativo Resumo de Débito Relativos a Substituição (Antecipação) Tributária” elaborado pelo autuante consta que: *“Constatou-se que o contribuinte não elaborou e não apresentou à fiscalização, Planilhas relativas à apuração mensal e por operação, da substituição tributária (antecipação), devida, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras Ufs. Entretanto, constatou-se que na escrituração do Livro REM, as citadas operações, foram registradas, constando na coluna "Observações", os valores da substituição tributária, em cada operação. Partindo-se desses registros, procedeu-se ao confronto de valores da substituição tributária, informada pelo contribuinte, nos Livros REM, com os valores de recolhimentos constantes dos bancos de dados da SEFAZ. Procedeu-se ao somatório mensal dos valores da substituição informada em cada operação, apurando-se os valores constantes da Planilha abaixo, relativamente ao período de Maio/2013 a Dezembro/2015: Observações: 1) Valor total mensal da substituição declarada p/contribuinte, foi obtido a partir do somatório mensal dos valores constantes da coluna "Observações", dos Livros REM, conforme planilhas anexas, de reprodução dos Livros REM, referentes a 05/2013 a 12/2015.2) Os valores de recolhimentos apurados mensalmente, foram obtidos a partir de dados do INC/SEFAZ - Relação de DAEs - Anos 2013, 2014 e 2015 (cópias anexas).Em Planilhas anexas, juntamos cópias dos Livros REM de 2013 a 2015, constando os valores declarados”.*

De início, o impugnante destaca que em nenhum momento o autuante solicitou planilhas de apuração mensal e por operação da substituição tributária (antecipação), conforme se observa inclusive no Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos. Afirma que caso fosse de fato requerido disponibilizaria prontamente em que pese não ser um demonstrativo obrigatório.

Preliminarmente, argui a nulidade do crédito tributário por falta de elementos para se determinar com segurança a infração e cerceamento do direito de defesa.

Alega que não recebeu e desconhece qualquer planilha do chamado “somatório mensal dos valores constantes na coluna “Observações”, os valores da substituição tributária, em cada operação” em que pese ter sido citado pelo autuante no item 01 do campo de observações do “DEMONSTRATIVO RESUMO DE DÉBITOS RELATIVOS A SUBSTITUIÇÃO (ANTECIPAÇÃO) TRIBUTÁRIA:”, padecendo, assim, o lançamento de certeza, devendo, assim, ser reputado nulo, nos termos do art. 18, inciso II e IV, “a” do RPAF, cuja redação reproduz.

Assevera que não há nos autos, ou lhe foi entregue, qualquer planilha auxiliar que realiza o “somatório mensal dos valores constantes na coluna “Observações”, os valores da substituição tributária, em cada operação”, muito menos realiza a apuração do ICMS por antecipação total do imposto, descrevendo as mercadorias com código NCM e realiza cálculo da exigência fiscal com elementos indispensáveis para definir o valor devido como o valor contábil dos produtos, a MVA aplicada, a alíquota e o crédito fiscal.

Apresenta as seguintes indagações:

- como verificar a exatidão da cobrança promovida pelo autuante se não é realizado qualquer papel de trabalho descrevendo as mercadorias com código NCM e realiza cálculo da exigência fiscal com elementos indispensáveis para definir o valor devido como o valor contábil dos produtos, a MVA aplicada, a alíquota e o crédito fiscal;
- as eventuais anotações no campo de observações representam lançamentos fiscais;
- como verificar a exatidão dos valores mensais apurados no resumo se não existe uma planilha auxiliar com a apuração do ICMS por substituição e somatório por notas fiscais.

Assevera que o Auto de Infração padece de segurança se não há papéis de trabalhos descrevendo as mercadorias com código NCM e realiza cálculo da exigência fiscal com elementos indispensáveis para definir o valor devido como o valor contábil dos produtos, a MVA aplicada, a alíquota e o crédito fiscal, baseando a exigência fiscal em informações auxiliares inservíveis para fins de lançamentos fiscais, padecendo, assim, a infração de liquidez e certeza.

Sustenta que é notório que os demonstrativos são imprecisos e padecem de elementos suficientes para determinar a infração, implicando no cerceamento ao direito de defesa segundo o entendimento da mais lúdima jurisprudência do CONSEF. Neste sentido, invoca e reproduz excertos do Acórdão CJF Nº 0410-11/10.

Afirma que os papéis de trabalho representam um evidente atentado ao princípio da ampla defesa e do contraditório por apresentar apenas os resumos mensais e não realizar a apuração do ICMS por substituição produto por produto. Tece amplas considerações sobre o direito de defesa e do contraditório, invocando, neste sentido, a Constituição Federal e ensinamentos da doutrina.

Conclusivamente, sustenta que o Auto de Infração deve ser julgado nulo por falta de elementos para se determinar com segurança as infrações e ofensa ao direito de ampla defesa e do contraditório na elaboração dos papéis de trabalho do autuante.

Adentra no que denomina de mérito da autuação. Alega falta de motivo para imputar que efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e /ou exterior, considerando que os valores constantes na coluna “Observações” do livro Registro de Entrada são em verdade as importâncias do imposto retidos nos respectivos documentos fiscais e pagos pelos fornecedores, mediante GNRES ou na sua própria conta corrente ao Estado da Bahia.

Tece ampla abordagem sobre o princípio da motivação. Invoca e reproduz lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles, bem como dos Tribunais Superiores.

Observa 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. Registra

que segundo Seabra Fagundes, há cinco elementos a considerar no ato administrativo, no caso: a manifestação de vontade, o motivo; o objeto do ato; a finalidade; a forma.

Salienta que a lei tributária atribui ao agente administrativo um poder vinculado no exercício do qual serão praticados atos plenamente vinculados, conforme inclusive o art. 3º do CTN. Assinala que a validade e eficácia do ato administrativo estão condicionadas a sua prática em motivos reais, idôneos e existentes, carecendo de motivos que sustentassem a autuação. Diz que pelo que se constata, não havia motivo para que o autuante lhe imputasse a infração.

Finaliza a peça defensiva requerendo que o Auto de Infração seja julgado nulo ou, no mérito, improcedente.

O autuante prestou Informação Fiscal. Contesta a arguição defensiva de nulidade da autuação.

Afirma que o argumento defensivo não procede quanto a suposta “imprecisão dos demonstrativos elaborados pelo Autuante”. Esclarece que na ausência de Planilhas de Memória de Cálculo da substituição, que não foram fornecidas pelo autuado no curso da ação fiscal, e como prova disso, também nem foram apresentadas na Defesa apresentada, baseou os cálculos da substituição tributária devida em cada mês, conforme Planilha “Demonstrativo Resumo de Debitos Relativos a Substituição (Antecipação) Tributaria” – fls. 13 e 14, do PAF, nos dados declarados pelo próprio contribuinte, na coluna “Observações” dos Livros REM, dos exercícios de 2013 a 2015 – conforme fotocópias dos Livros REM, às fls. 35 a 583 dos autos.

Sustenta que, assim sendo, a fiscalização utilizou exatamente dados declarados pelo contribuinte, o que prova a total possibilidade da defesa, que, efetivamente não foi prejudicada como alega.

Ressalta que os registros de débitos relativos à substituição (antecipação), na coluna “Observações” do Livro REM, embora não obrigatório, constitui elemento auxiliar da escrita fiscal, sendo recomendável, inclusive, no que tange ao disposto no art. 217, § 7º, do RICMS/BA/12, Decreto 13.780/2012.

Afirma que, desse modo, a descrição dos fatos e as planilhas acostados aos autos, e fornecidas ao autuado por ocasião da Intimação via postal com “AR.”, conforme “Intimação da Lavratura”, fl. 585, contrariando o que sustenta o autuado em sua Defesa, são elementos mais que suficientes para se determinar com segurança, a infração, devendo ser descartada a hipótese de nulidade arguida.

Diz que o autuado reconhece taxativamente os débitos apontados na infração, haja vista que não apresentou qualquer contestação efetiva aos dados de débitos e pagamentos citados na planilha “Demonstrativo Resumo de Debitos”, acostado às fls. 13/ 14 dos autos.

No que tange ao mérito, diz que o autuado limitou-se a alegar que os débitos registrados na coluna “Observações” do livro REM, corresponderiam a débitos destacados pelos remetentes nas Notas Fiscais oriundas de outras Unidades da Federação. Salienta que mesmo na Defesa o autuado limitou-se também a juntar um número considerável de fotocópias de DANFES, sem identificação das folhas de registro, datas e meses, dos livros REM correspondentes. Acrescenta que, além disso, o autuado em sua Defesa, não explicitou em planilha, os valores supostamente pagos através de GNRES ou recolhidos pelos remetentes.

Finaliza a peça informativa mantendo o Auto de Infração.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de infração à legislação do ICMS imputada ao autuado, decorrente de recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e /ou exterior.

Inicialmente, cabe apreciar a nulidade arguida pelo impugnante por falta de elementos para se determinar com segurança a infração e cerceamento do direito de defesa e do contraditório.

O exame dos elementos atinentes ao levantamento levado a efeito pela Fiscalização, bem como das razões defensivas e contestação do autuante, permite concluir que, efetivamente, não há como dar prosseguimento a lide, haja vista a existência de vício que inquina de nulidade o lançamento de ofício em questão.

Verifico que procede a alegação defensiva de que não há nos autos, ou lhe foi entregue, qualquer planilha auxiliar que realiza o “somatório mensal dos valores constantes na coluna ‘Observações’, os valores da substituição tributária, em cada operação”, muito menos realiza a apuração do ICMS por antecipação total do imposto, descrevendo as mercadorias com código NCM e realiza cálculo da exigência fiscal com elementos indispensáveis para definir o valor devido como o valor contábil dos produtos, a MVA aplicada, a alíquota e o crédito fiscal.

As indagações apresentadas pelo impugnante, abaixo reproduzidas, podem ser respondidas da seguinte forma:

(i) *como verificar a exatidão da cobrança promovida pelo autuante se não é realizado qualquer papel de trabalho descrevendo as mercadorias com código NCM e realiza cálculo da exigência fiscal com elementos indispensáveis para definir o valor devido como o valor contábil dos produtos, a MVA aplicada, a alíquota e o crédito fiscal;*

- de fato, a ausência dos elementos aduzidos pelo impugnante não permitem qualquer verificação sobre a exatidão da exigência fiscal. Não é possível dizer se a matéria, efetivamente, diz respeito a recolhimento a menos do imposto; falta de recolhimento; ou mesmo se há imposto devido a recolher;

(ii) *as eventuais anotações no campo de observações representam lançamentos fiscais;*

- por certo que anotações no campo “Observações” do livro Registro de Entradas de Mercadorias, conforme previsto no art. 217, § 7º, do RICMS/BA/12, Decreto 13.780/2012, por si só, não podem servir de fundamento para considerar que o ICMS devido por substituição tributária foi apurado corretamente pelo contribuinte. Os registros feitos pelo contribuinte no campo “Observações” do livro REM não são definitivos, ou seja, devem ser objeto de verificação e análise fiscal para que possa a Fiscalização confirmar ou não os valores indicados pelo contribuinte. Cabe indagar: os valores anotados pelo contribuinte no campo “Observações” do livro REM estão definitivamente corretos; a autuação não deveria ter sido precedida de uma análise dos livros e documentos fiscais respectivos, a fim de que os valores anotados no campo “Observações” pudessem ser confirmados ou não;

(iii) *como verificar a exatidão dos valores mensais apurados no resumo se não existe uma planilha auxiliar com a apuração do ICMS por substituição e somatório por nota(s) fiscal(is).*

- efetivamente, a ausência de planilha/demonstrativo contendo a discriminação das notas fiscais arroladas na autuação, as mercadorias sujeitas à antecipação tributária com o código NCM, o Estado de origem das mercadorias, a MVA aplicada, se for o caso, a alíquota aplicada, o crédito fiscal, não permitem se determinar com certeza e segurança o cometimento da infração imputada ao autuado, cerceando o seu direito de ampla defesa e do contraditório.

Observo que o próprio autuante ao contestar a arguição de nulidade da autuação, diz que baseou os cálculos da substituição tributária devida em cada mês, conforme Planilha “Demonstrativo Resumo de Débitos Relativos à Substituição (Antecipação) Tributária” – fls. 13 e 14, do PAF, nos dados declarados pelo próprio contribuinte, na coluna “Observações” dos livros REM, dos exercícios de 2013 a 2015.

O impugnante alega que os débitos registrados na coluna “Observações” do livro REM, corresponderiam a débitos destacados pelos remetentes nas Notas Fiscais oriundas de outras Unidades da Federação. Neste sentido, colacionou aos autos uma quantidade considerável de DANFES. A análise dos DANFES colacionados pelo impugnante, feita por amostragem, permitiu constatar que, efetivamente, no campo próprio consta o destaque do ICMS devido por Substituição Tributária, feito pelo remetente.

Dessa forma, assiste razão ao impugnante quando sustenta que os demonstrativos elaborados pela Fiscalização são imprecisos e padecem de elementos suficientes para determinar a infração, implicando no cerceamento do direito de ampla defesa e do contraditório.

Diante do exposto, acolho a nulidade arguida, haja vista que faltam elementos capazes de configurar com segurança a infração imputada ao sujeito passivo, implicando, desse modo, em ausência de certeza e liquidez do lançamento e cerceamento do direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte. Infração nula com fundamento no art. 18, IV, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas, conforme manda o art. 21 do RPAF.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **207185.3010/16-1**, lavrado contra **BURITI COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA**.

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 CONSEF, 16 de fevereiro de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR