

A. I. Nº - 232251.0002/17-0
AUTUADO - MS MÓVEIS E DECORAÇÕES EIRELI - EPP
AUTUANTE - MARIA SALETE NEIVA LEMOS VIDAL
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 16/10/2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0150-01/18

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. Inexistência no levantamento levado a efeito pela Fiscalização de demonstrativo dos cálculos que permita entender como a autuante apurou os valores do imposto considerado devido. É nulo o procedimento que implique cerceamento de defesa ou que não contenha elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração. Acolhida a nulidade arguida. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/11/2017, formaliza a exigência de ICMS no valor total histórico de R\$137.658,53, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: *Efetua o recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.* Período de ocorrência: março a novembro de 2014.

Consta no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração que: *Somente foi apurada a Antecipação Parcial do exercício de 2014, devido a receita bruta da empresa, apurada pelas vendas em Notas Fiscais eletrônicas, em dezembro de 2014 ter ultrapassado o limite previsto na Lei Complementar 123/2006 do Simples Nacional, conforme demonstrativo, anexo, “MEMÓRIA DE CÁLCULO DO LIMITE 4%”.*

O autuado, por intermédio de advogada legalmente constituída, apresentou defesa (fls. 42 a 55 dos autos). De início, requer que todas as intimações referentes ao presente Auto de Infração sejam encaminhadas à Dra. Renata A. Cavalcante, OAB/BA N. 17.110, no endereço, Rua Alfredo Guimarães, n. 05, Amaralina, Salvador/BA, CEP: 41.900-426, sob pena de nulidade. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação.

Sustenta que a autuação não pode prosseguir, haja vista que se trata de cobrança em duplicidade do imposto efetivamente devido, e que já foi pago.

Afirma que para fundamentar os valores apurados como devidos na autuação, a autuante apresentou uma planilha denominada “RESUMO MENSAL”, na qual traz números totalmente desconexos e ininteligíveis, tornando o entendimento do contribuinte totalmente prejudicado quanto aos valores cobrados e, conseqüentemente, impossibilitando o seu regular direito constitucional de ampla defesa, o que torna o lançamento totalmente nulo.

Consigna que para apontar como o valor total do débito foi apurado, a autuante apresenta na planilha “RESUMO MENSAL” as legendas que transcreve.

Assinala que segundo a legenda que fundamenta a referida planilha, os valores constantes na coluna H, ou seja, os valores apontados como devidos e não recolhidos, são oriundos da seguinte operação: (C – D – E – F) OU G, se houver a opção pelo limite de 4%.

Assevera o autuado que ao tentar elaborar a operação acima, os valores apurados são completamente diferentes dos valores constantes na coluna H, supostamente devidos, o que torna impossível a sua defesa, pois não se pode elaborar uma defesa sobre matéria que não está minimamente inteligível e expressa de forma lógica.

Afirma que todos os itens da planilha se encontram com valores divergentes. Aponta o primeiro item referente ao mês 03, que apurou como supostamente devido o valor de R\$15.123,43. Alega, no entanto, que ao realizar a operação apontada na legenda da planilha, tem-se o seguinte:

* (C – D – E – F) OU G, se houver a opção pelo limite de 4%, ou seja: * R\$79.581,84 – R\$9.572,00 – 0,00 – R\$23.164,58 = R\$46.845,26 ou R\$22.942,21, sendo este valor da coluna G.

Diz que dessa forma, se verifica que o valor apurado pela operação indicada pela autuante deveria totalizar R\$46.845,26 ou R\$22.942,21, porém, o valor constante na coluna H é R\$15.123,43, sendo este o valor apontado como devido e exigido na autuação.

Aduz que como pode se defender de uma autuação que não está clara, onde não é possível entender como se apurou o valor apontado no lançamento como sendo devido, uma vez que está fundamentada em cálculos constantes numa planilha completamente ininteligível, onde os valores apurados mediante a operação indicada não estão corretos. Acrescenta que por mais cálculos que faça, não é possível entender como a autuante apurou os valores finais indicados na coluna H, da planilha “RESUMO MENSAL – Recolhimento a menor - Antecipação parcial”.

Assevera que desse modo, resta evidente a nulidade absoluta do lançamento, haja vista que prejudica irremediavelmente o seu direito de ampla defesa, previsto, inclusive, no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, princípio também incorporado pela legislação tributária estadual, conforme expressamente elencado no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, o qual determina que todos os processos administrativos deverão atender ao princípio da ampla defesa, entre outros, conforme exposto no artigo 2º do referido Regulamento, aprovado pelo Decreto 7.629/1999. Reproduz o dispositivo regulamentar retro aduzido.

Acrescenta que no mesmo Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, como forma de garantir o direito constitucional de ampla defesa dos contribuintes, há previsão de que os atos praticados pelas Autoridades Fazendárias, entre eles os lançamentos tributários, serão nulos, se praticados com ofensa ao direito de ampla defesa do contribuinte, conforme expresso no artigo 18 do referido diploma regulamentar, cuja redação reproduz.

Ressalta que a nulidade existente é completamente insanável, devendo o lançamento ser extinto imediatamente por este CONSEF, uma vez que, de acordo com o § 1º, do artigo 18 do RPAF, a retificação das incorreções mencionadas não pode ser realizada, já que se refere exatamente à forma como foi apurado o valor do suposto débito, eivando de nulidade absoluta o cálculo em questão. Reproduz o § 1º, do art. 18 do RPAF/99.

Diz que assim sendo, conforme entendimento já pacificado neste CONSEF, os lançamentos que ferem o direito de ampla defesa dos contribuintes não devem prevalecer no mundo jurídico, não merecendo melhor sorte a presente autuação. Neste sentido, transcreve a ementa do Acórdão JF Nº 0172-05/08.

Conclusivamente, diz que resta evidente que o seu direito de defesa foi ferido irremediavelmente, o que ocasiona a nulidade absoluta do Auto de Infração.

No mérito, sustenta a improcedência total da autuação, em face de haver recolhido integralmente o imposto.

Registra que a instituição da antecipação parcial ocorreu com a Lei nº 8.967, de 29/12/2003 com efeitos a partir de 01/03/2004, que produziu alteração na Lei nº 7.014/96, a Lei do ICMS do Estado da Bahia, sendo introduzido o art. 12-A. Reproduz o referido dispositivo legal.

Acrescenta que a antecipação parcial também se encontra insculpida no RICMS/2012, Decreto nº 13.780/12, nos seus artigos 273, 274 e 275, cujo teor transcreve.

Diz ser evidente a obrigatoriedade de o contribuinte proceder ao recolhimento do ICMS por antecipação parcial, nas aquisições provenientes de outras Unidades da Federação, na qualidade de empresa optante do Simples Nacional, assim como o fez, procedendo ao recolhimento do imposto efetivamente devido.

Esclarece que utilizou, ainda, os benefícios previstos nos artigos 273 a 275 do RICMS/2012, Decreto nº 13.780/12, conforme autorizado pela legislação, uma vez que procedeu aos regulares recolhimentos do tributo devido, dentro do prazo legal, além de se encontrar habilitado para

proceder aos recolhimentos no dia 25 do mês subsequente. Diz que tudo está em conformidade com o quanto previsto na legislação tributária estadual e atendendo aos requisitos legais para tanto.

Afirma que a autuante ao elaborar o lançamento, deve considerar as reduções utilizadas pelo contribuinte, de forma legal, uma vez que atendeu a todos os requisitos legais. Alega, no entanto, que não se pode saber se os benefícios fiscais foram considerados ou não pela autuante, haja vista que não é possível entender como o valor apontado na autuação como devido foi apurado.

Assinala que este CONSEF, em situações parecidas, tem entendido que os benefícios contidos nos artigos acima mencionados devem ser reconhecidos e considerados pela Fiscalização, desde que utilizados dentro do quanto estabelecido pela legislação e preenchidos os requisitos legais, o que, de fato, houve na utilização pela empresa. Acrescenta que a empresa encontra-se credenciada para recolhimento do imposto no dia 25 do mês subsequente e recolheu o tributo dentro do prazo regulamentar, não havendo qualquer motivo legal para descon sideração dos benefícios utilizados regularmente. Neste sentido, invoca e reproduz a ementa do Acórdão JF N° 0217-05/13.

Alega, ainda, que também deve ser verificado se a autuante considerou as notas fiscais de entradas referentes às operações de entrada não sujeitas à incidência do ICMS, haja vista que a empresa possui inúmeras notas fiscais de entrada com CFOPs que dizem respeito a entradas não tributadas pelo ICMS, no caso:

- 2353 - Aquisição de serviço de transporte por estabelecimento comercial
- 2403 - Compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária
- 2910 - Entrada de bonificação, doação ou brinde
- 2911 - Entrada de amostra grátis
- 2915 - Entrada de mercadoria ou bem recebido para conserto ou reparo
- 2916 - Retorno de mercadoria ou bem remetido para conserto ou reparo
- 2949 - Outra entrada de mercadoria ou prestação de serviço não especificado

Assevera que desse modo, resta evidente que o levantamento realizado pela autuante encontra-se eivado de inúmeras ilegalidades. Inicialmente, porque se verifica absolutamente nulo, tendo em vista estar embasado em planilha completamente ininteligível e equivocada, o que impossibilita o seu direito de defesa. Além disso, deve-se verificar se deixou de reconhecer o benefício utilizado legalmente pela empresa de redução dos valores pagos a título do ICMS por antecipação parcial, conforme autorizado pela legislação tributária estadual, já mencionada.

Diz ser imprescindível verificar se a autuação imputa cobrança indevida do ICMS por antecipação parcial, se tiver incluído no levantamento do imposto supostamente recolhido a menos, notas fiscais relativas a operações de entradas que não estão sujeitas à incidência da cobrança do imposto.

Alega a necessidade de realização de diligência. Consigna que se não fosse a nulidade absoluta do lançamento, requer, ainda, a realização de perícia por preposto fiscal estranho ao feito, a fim de que este possa verificar as alegações aduzidas, mediante a análise de todos os documentos acostados aos autos na peça defensiva, o que não foi feito até o presente momento.

Afirma que tem direito à realização de perícia por fiscal estranho ao feito, sob pena de cerceamento do direito de defesa, inclusive conforme previsto no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto n. 7.629/199, consoante o § 3º do art. 123, cuja redação transcreve.

Acrescenta que este CONSEF, como forma de regularmente instruir o presente feito, deve acolher o seu pleito e encaminhar os autos à ASTEC, para que outro preposto fiscal possa verificar a legalidade da autuação, em virtude de tudo o quanto alegado e comprovado, nos termos do art. 131 do RPAF, cuja redação reproduz.

Explica que requer que seja verificada toda sua documentação fiscal, a fim de que seja atestado que recolheu todo o imposto devido nas operações de entradas das mercadorias sujeitas à

cobrança do ICMS por antecipação parcial, não restando qualquer valor de imposto a pagar, sendo, portanto, totalmente improcedente o lançamento que se refere a essas situações.

Aduz que desse modo, resta evidente a necessidade da realização de perícia, para que seja revisto o presente lançamento, impossibilitando, assim, que lhe seja exigido imposto efetivamente indevido, uma vez que não há qualquer valor de imposto a recolher, conforme equivocadamente apontado pela autuante, nos itens impugnados.

Finaliza a peça defensiva requerendo a nulidade do Auto de Infração. Requer, ainda, caso não seja reconhecida a nulidade, a realização de perícia por preposto fiscal estranho ao feito, a fim de que seja verificada a veracidade dos argumentos apresentados, bem como para que seja verificada toda a documentação acostada na peça defensiva, além de toda a documentação fiscal da empresa, disponível para análise da Fiscalização, com a abertura de prazo para que a empresa apresente outros documentos necessários à realização da perícia, caso sejam solicitados pelo preposto fiscal. Requer, por fim, a improcedência do Auto de Infração.

A Informação Fiscal foi prestada por preposto fiscal estranho ao feito (fls. 56/57), em face à aposentadoria da autuante. O preposto fiscal designado consigna que o Auto de Infração em discussão foi lavrado em conformidade com os preceitos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, conforme índice anexado à folha inicial do processo, no qual constam todos os elementos requeridos pelo artigo 39 do RPAF/99, pois, além da inicial ao Auto de Infração, apresenta Intimação, Termo de Arrecadação de Documentos, Dados Cadastrais, Demonstrativos “RESUMO MENSAL”, Demonstrativo Memória de Cálculo, Relação de DAEs Pagos, Recibos de Arquivo Eletrônicos, CD-R contendo demonstrativos e DANFES, além de Documentos de identificação do representante legal.

Ressalta que mesmo assim, o autuado requer a nulidade do lançamento, alegando não encontrar lógica nos números constantes das colunas C- D- E- e F, fl. 07, cuja composição dos valores perfazem os montantes objeto da autuação, cobrados na coluna H.

Assevera o preposto fiscal que a veracidade das alegações defensivas *ficou realmente comprovada, após investigação feita, por este fiscal, no referido demonstrativo de cálculos representado na página 07.*

Finaliza a peça informativa consignando que: *Assim, depois e criteriosa análise e considerando os motivos da alegação do requerente, visando salvaguardar o princípio constitucional da ampla defesa e contraditório, opino acolhimento do pleito do defendente, aceitando a declaração de Nulidade do procedimento fiscal, ficando resguardado a direito de a Fazenda Pública voltar a constituir o crédito tributário em questão, dentro do prazo de 5 anos consoante artigo 173 do CTN – Código Tributário Nacional, Lei 5.172/66 de 25/10/1966.*

VOTO

A acusação fiscal é de que o autuado recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Em caráter preliminar, o impugnante argui a nulidade do Auto de Infração.

Alega que para fundamentar os valores apurados como devidos na autuação, a autuante apresentou uma planilha denominada “RESUMO MENSAL”, na qual traz números totalmente desconexos e ininteligíveis, tornando o entendimento totalmente prejudicado quanto aos valores exigidos e, conseqüentemente, impossibilitando o seu regular direito constitucional de ampla defesa, o que torna o lançamento totalmente nulo.

Observa o impugnante que segundo a legenda que fundamenta a planilha “RESUMO MENSAL”, os valores constantes na coluna H, ou seja, os valores apontados como devidos e não recolhidos, são oriundos da seguinte operação: (C – D – E – F) OU G, se houver a opção pelo limite de 4%.

Afirma o autuado que ao tentar elaborar a operação acima, os valores apurados são completamente diferentes dos valores constantes na coluna H, supostamente devidos, o que torna

impossível a sua defesa, pois não se pode elaborar uma defesa sobre matéria que não está minimamente inteligível e expressa de forma lógica.

Afirma que todos os itens da planilha se encontram com valores divergentes. Aponta o primeiro item referente ao mês 03, que apurou como supostamente devido o valor de R\$15.123,43. Alega, no entanto, que ao realizar a operação apontada na legenda da planilha, tem-se o seguinte:

* $(C - D - E - F)$ OU G, se houver a opção pelo limite de 4%, ou seja: * R\$79.581,84 – R\$9.572,00 – 0,00 – R\$23.164,58 = R\$46.845,26 ou R\$22.942,21, sendo este valor da coluna G.

Diz que dessa forma, se verifica que o valor apurado pela operação indicada pela autuante deveria totalizar R\$46.845,26 ou R\$22.942,21, porém, o valor constante na coluna H é R\$15.123,43, sendo este o valor apontado como devido e exigido na autuação.

Alega que como pode se defender de uma autuação que não está clara, onde não é possível entender como se apurou o valor apontado no lançamento como sendo devido, uma vez que está fundamentada em cálculos constantes numa planilha completamente inteligível, onde os valores apurados mediante a operação indicada não estão corretos. Acrescenta que por mais cálculos que faça, não é possível entender como a autuante apurou os valores finais indicados na coluna H, da planilha “RESUMO MENSAL – Recolhimento a menor - Antecipação parcial”.

Constato que assiste razão ao impugnante. De fato, o lançamento de ofício em exame, na forma como realizado, não permite compreender a metodologia utilizada pela autuante para chegar aos valores do ICMS apontados como devidos, na coluna “H” da planilha “RESUMO MENSAL” que elaborou.

Relevante observar que o próprio preposto fiscal estranho ao feito que prestou a Informação Fiscal - em face da aposentadoria da autuante – consignou que após investigação que realizou no referido demonstrativo de cálculos, confirmou a veracidade das alegações defensivas e opinou pela nulidade da autuação.

Diante disso, considerando a inexistência no levantamento levado a efeito pela Fiscalização de demonstrativo dos cálculos que permita entender como a autuante apurou os valores do imposto considerado devido, o que implica cerceamento de defesa, acolho a nulidade arguida, com fundamento no art. 18, IV, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Recomendo à autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas, consoante manda o art. 21 do RPAF/99.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 232251.0002/17-0, lavrado contra MS MÓVEIS E DECORAÇÕES EIRELI – EPP. Recomenda-se a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, I, “a”, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 20/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de agosto de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR