

A.I. Nº - 232188.0089/21-3
AUTUADA - SEIKOMAR DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA
AUTUANTE - SÉRGIO RICARDO SOUSA ALVES
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13/05/2024

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0042-06/24-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL NULIDADE. Não restou caracterizada a infração imputada ao sujeito passivo, mostrando-se eivada do vício de nulidade a autuação, nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF/BA. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 10/02/2021, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 42.404,33.

Infração 01 – 54.05.08 Falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadoria procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal. Enquadramento Legal: Alínea “b” do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, c/c, do arts. 12A da Lei nº 7.014/96, com tipificação da multa prevista na alínea “d”, inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O Autuado apresenta defesa, na qual inicialmente, destaca o bom relacionamento mantido entre o Fisco e o contribuinte, ora autuado, ao longo do período da fiscalização. Justo, também, que se faça referência, neste momento, acerca da reconhecida capacidade técnica dos prepostos fiscais da SEFAZ-BA. Pede o contribuinte que seja feita realização de perícia ou diligência para em busca de novas provas.

Antes de discutir o mérito da lide, o sujeito passivo demonstrará a existência de diversos vícios insanáveis neste processo, provocados pelo ilustre autuante; vícios estes que, conforme os nobres representantes deste órgão julgador irão constatar, implicam na nulidade da infração da presente Auto de Infração, nos termos do art. 18 do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

De acordo com o art. 18, inciso 1º, da RPAF/99, um AUTO DE INFRAÇÃO que apresente “eventuais” incorreções ou omissões”, ou que esteja viciado pela “não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação”, não deve, de logo, ser julgado nulo. Neste sentido, 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, e não sendo as exigências observadas de caráter meramente formal, **não** cabe qualquer tipo de revisão fiscal. É caso de nulidade do Auto de Infração. Esta é a regra imposta pelo Inciso 1º do art. 18 do RPAF/99.

Assim é que, após a leitura completa da presente Impugnação, ficará claro para os membros desta JFF, que este Auto de Infração, possui omissões e incorreções de natureza grave (e não apenas “eventuais”), e as exigências não observadas pelo autuante, nos seus trabalhos, não são meramente formais, aproximando-se sim, sem qualquer dúvida, de exigências de natureza substancial.

É certo que, para uma acusação ser levada adiante, é imprescindível não só que o Fisco a descreva de forma clara, precisa e sucinta, mas que, acima de tudo, sejam trazidas à luz as provas necessárias à demonstração dos fatos arguidos pelo autuante, que dariam suporte fático à mesma. No caso da presente Auto de Infração, percebe-se claramente que os fatos arguidos pelo i. autuante, para fundamentar, faticamente, a infração 01 foi o seguinte:

Falta de recolhimento do ICMS referente a Antecipação Tributária Parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadoria procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal. Pergunta: Essa mercadoria sofre Antecipação Tributária Parcial? - Lógico que não, porque essa mercadoria sofre a tributação por antecipação tributária.

Ocorre que o preposto fiscal não atendeu ao que determina o art. 28, inciso 4º, II, da RPAF, e nem ao mandamento do disposto no art. 46 da RPAF/99, já que os fatos por ele arguidos precisariam estar acobertados por provas matérias trazidas aos autos, o que não aconteceu.

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:

(...)

Inciso 4º O RPAF far-se-á acompanhar:

I – (...)

II – dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato arguido.

Vale ressaltar que diante desta omissão comprobatória por parte do autuante, ficou o sujeito passivo impedido de, no mérito, exercer o contraditório e a ampla defesa, já que o mesmo não tem como se certificar dos fatos arguidos pelo autuantes, no que diz respeito à situação cadastral dos clientes (destinatários das mercadorias) da empresa autuada. Neste sentido, à vista do previsto no art. 18, II, e IV, “a”, do RPAF/99, não há outro caminho, senão o de julgar NULA a infração 01.

Art. 18 São nulos:

II – os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa:

(...)

IV – o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

Neste contexto, vejamos como a doutrina trata a questão, no caso de fato gerador descrito de forma equivocada, obscura ou incompreensível.

ALBERTO XAVIER, in Do Lançamento: Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário, Ed. Forense, 2º edição, pg. 161/162, lembra:

“o significado imediato deste constitucionalmente reconhecido(e , portanto, vinculativo para todos os Estados) é a exigência de que o exercício do poder jurídico-público se faça nos termos de um procedimento justo (fair procedure). Tal implica para o particular afetado, em princípio, o direito de conhecer os fatos e o direito invocado pela autoridade, o direito de ser ouvido pessoalmente e de apresentar provas e, ainda, de confrontar as posições dos adversários (...).”

É nesta mesma linha de entendimento que segue o Professor HUGO DE BRITO MACHADO, em seu livro Curso de Direito Tributário, Ed Malheiros, 14ª edição, pg. 348:

Pontua que a infração deve estar bem descrita pelo autuante na Notificação Fiscal a fim de possibilitar ao contribuinte, que se defenda amplamente.

Entre os requisitos acima enumerados, deve ser destacada, por sua grande importância, a descrição do fato que, no entender do autuante, configura infração da legislação tributária. Essa descrição há de ser objetiva clara e tão completa quanto necessária a que o autuado possa saber de que realmente está sendo acusado, pois a não ser assim, não terá condições para o exercício da plena defesa que lhe assegura a Constituição Federal. ”

Este próprio CONSEF, nas suas decisões, tem deixado claro que não é aceitável que uma acusação contida em um Auto de Infração seja obscura e, conseqüentemente, não retrate com clareza qual o seu verdadeiro teor. É neste sentido, portanto, que seguem as decisões prolatadas por este Conselho, senão vejamos: Faz recortes de ementas do CONSEF.

“Empresa autuada: Garcia Peres e Cia. Ltda.; Acórdão: 0520/99; AUTO DE INFRAÇÃO: 07096860/95; 5ª JJF; Relatora: Dra. Mônica Maria Roters; DOE: 25.10.99

EMENTA: ICMS. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. DOCUMENTAÇÃO FISCAL CONSIDERADA INIDÔNEA POR DIVERGÊNCIAS NAS QUANTIDADES DAS MERCADORIAS ENCONTRADAS. IMPRECISÃO QUANTO AS DIVERGÊNCIAS APONTADAS. Inexistência de demonstrativo para apuração da base de cálculo do imposto. É nulo o procedimento que não contenha elementos suficientes para se determina, com precisão a infração argüida. AUTO DE INFRAÇÃO Nulo. Decisão unânime”

EMENTA-CONSEF

“Empresa autuada: Usina Itaigara de Açúcar e Alcool S/A; Acórdão: 0787/99; AUTO DE INFRAÇÃO 206892.0016/99-5; 4ª JJF; Relato: Dr. José Bezerra Lima Irmão; DOE 11.11.99.

EMENTA: ICMS. CREDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITO ENTRE DIVERSOS ESTABELACIMENTOS NESTA CAPITAL IMPUTAÇÃO INSEGURA.

Descrição do fato de forma imprecisa e contraditória. AUTO DE INFRAÇÃO Nulo. Decisão unânime.

Pede-se que, ainda na fase de instrução do julgamento deste AUTO DE INFRAÇÃO, os autos sejam convertidos em diligência até a Secretaria deste CONSEF, objetivando-se o acostamento das íntegras das decisões, devidamente autenticadas, cujas Ementas aqui foram oferecidas, visando-se enriquecer os elementos de convicção dos representantes deste órgão julgador”

Afirma que o percentual das multas foge das margens de multas aplicadas no país, ainda mais em um contexto de crise que vivemos, o que prejudica de forma considerada a continuidade dos trabalhos por parte dos comerciantes e empresários. Com isso, tendo como base a multa de 60% do valor de uma infração que gira em torno de R\$ 42.404,327, daria R\$ 25.442,60 só de multa que o contribuinte tem a pagar. Pontua que o valor da multa é maior do que o valor devido para o pagamento do tributo, o que evidencia que a multa se torna um obstáculo para o cumprimento integral da obrigação tributária. A jurisprudência já tem se posicionado de outra forma, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA MORATÓRIA. CONFISCO. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Redução da multa de 60% para 20% de acordo com a Lei nº 9.430/96. Entende-se ser possível a redução da multa de 60% para 20% de acordo com a Lei nº 9.430/96, conforme entendimento deste Tribunal: "5. Legitimidade da aplicação retroativa, com fundamento no artigo 106, II, c, do CTN, do artigo 35 da Lei 8.212/1991, que remeteu a fixação do percentual da multa ao artigo 61, parágrafo 2º, da Lei 9.430/1996, o qual a limitou em 20%. Precedentes. (AC 2006.01.99.005727-0/MG, Rel. Juiz Federal Fausto Mendanha Gonzaga, Conv. Juiz Federal Leão Aparecido Alves, 6ª Turma Suplementar, e-DJF1 p.265 de 18/01/2012) - O valor de 20% atribuído à multa é razoável para desestimular o contribuinte à prática de transgressões à ordem jurídica e está em consonância com o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 61 da Lei 9.430/1996. No caso dos autos, a multa moratória foi fixada em 30% e deve ser reduzida." (AC 2004.40.00.006756-9/PI, Rel. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma, e-DJF1 p.451 de 15/04/2011) 2. Ao caso aplica-se a lei nova mais benéfica (art. 106, II, c, do CTN) que é a redação do art. 35 da Lei 8.212/91, dada pela Lei 11.941/2009 que manda aplicar a multa prevista no § 2º do art. 61 da Lei 9.430/96."(EDAC 2001.01.99.047483-7/GO, Rel. Desembargador Federal Leomar Barros Amorim De Sousa, Conv. Juiz Federal Cleberson José Rocha (conv.), Oitava Turma, e-DJF1 p.2242 de 17/12/2010). 2. Súmula 648 do STF. "A

norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela EC 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar". Compatibilidade dos artigos 84 da Lei 8.981/1995 e 13 da Lei 9.065/1995 com o artigo 161, parágrafo 1º, do CTN. Precedentes desta Corte e do STJ. 3. Tendo em vista a sucumbência recíproca, cada parte arcará com as respectivas custas processuais, isento o INSS, bem como com os honorários advocatícios de seus patronos. 4. Apelação da Embargante parcialmente provida.

(TRF-1 - AC: 68384 MG 2000.01.00.068384-1, Data de Julgamento: 10/07/2012, 5ª TURMA SUPLEMENTAR, Data de Publicação: e-DJF1 p.922 de 20/07/2012)."

Diante tanta falta de clareza nesse Auto de Infração, entretanto, fica até difícil compreender a finalidade dessa incompreensível notificação, mas mesmo assim atuada estará explicando o cálculo correto das mercadorias.

O Objeto dessa autuação a Nota Fiscal nº 269093 e 269094, datadas 02 de fevereiro de 2021, emitida pela empresa Companhia do Boi Comércio de Carnes Eirelli. Sendo o contribuinte detentor de Regime Especial, 8587/202, de 31/10/2022, para aquisição de embutidos, jarkebeef, charques e produtos comestíveis resultante do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, caprino e ovino, que se encontra devidamente válido.

DO PEDIDO

Por último, consubstanciado nos elementos materiais e jurídicos ora apresentados, requer o autuado, sem prejuízo de outros pedidos já feitos no bojo da presente Impugnação, que seja reconhecida a NULIDADE e a IMPROCEDÊNCIA da infração ora defendidas, nos exatos termos presentes nesta Impugnação. O preposto Fiscal designado para prestar informação, Almir de Santana Assis, opina pela improcedência da autuação.

Distribuído o Processo Administrativo Fiscal - PAF para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo. Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído.

VOTO

O Auto de Infração em lide exige ICMS no valor de R\$ 42.404,33 e é composta de 01 (uma) Infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

Trata-se de Auto de Infração lavrado pela Falta de recolhimento do ICMS referente a Antecipação Tributária Parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadoria procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal

Consoante peças e elementos constantes nos autos, constata-se que a formalização do procedimento de fiscalização se deu por meio da lavratura de Termo de Apreensão 2321881003215, em 10/02/2021, de acordo com o documento de fls. 3/4. Inicialmente rejeito o pedido de diligência indefiro, uma vez que entendo que os elementos constantes do PAF são suficientes para minha convicção.

Quanto à alegação de que as multas fogem das margens de multas aplicadas no país, este órgão julgador não tem competência para declarar a inconstitucionalidade de seus dispositivos legais, conforme dispõe o art. 167 do RPAF/BA. Examinando o Anexo 1 do RICMS, verifico que as mercadorias adquiridas estão sob o Regime de Substituição Tributária, conforme o item 11.25.1

Após análise das peças processuais, chego à conclusão de que assiste razão ao contribuinte quanto a nulidade do lançamento. Não restou caracterizada a infração descrita – 54.05.08- Falta de

recolhimento do ICMS referente à Antecipação Parcial, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias procedentes de outras unidades da federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação tributária. Para corroborar com esse entendimento, o demonstrativo dos cálculos da infração, juntados aos autos (fl. 04), foram elaborados para a hipótese de Antecipação Tributária Total, inclusive com a indicação de MVA.

Isto posto, conforme se constata no lançamento ora em discussão, a conduta infracional descrita na infração não coincide, como o fato violador da obrigação tributária. Concluo, após o exame acima colocado, que a existência defeituosa da acusação, é o fato motivador de nulidade do procedimento fiscal, de acordo com o art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Dessa forma, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232188.0089/21-3**, lavrado contra **SEIKOMAR DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de fevereiro de 2024.

VALTERCIO SERPA JUNIOR – PRESIDENTE/JULGADOR

MAURICIO SOUZA PASSOS – RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR