

PROCESSO - A.I. Nº 269103.0011/01-1  
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECORRIDO - ECC COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA  
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS  
ORIGEM - INFAZ IGUAATEMI  
INTERNET - 10.08.04

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0257-11/07

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta com base nos art. 119, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), fundamentada no fato de que existe vício insanável na determinação da base de cálculo do imposto, o que implica na nulidade do Auto de Infração, à luz do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

A PGE/PROFIS, com fundamento nos art. 119, II, da Lei 3.956/81 (COTEB), representou à esta Câmara de Julgamento Fiscal para que fosse decretada a nulidade do presente Auto de Infração.

A Representação proposta contém o seguinte teor:

*“Da análise minudente dos documentos e informações carreados aos autos, avulta que o autuado apresentou, em 13 de março de 2000, a DME (Declaração de Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte) relativa ao exercício de 1999 (fls. 32). Naquela DME, consoante informado pelo autuado (fls. 28/29) e ratificado pela Administração Fazendária (fls. 30), houve erro na digitação do valor da receita bruta do período, apontando-se o valor de R\$ 501.305,25 (quinhentos e um, trezentos e cinco reais e vinte e cinco centavos), ao revés de R\$ 50.135,25 (cinquenta mil, cento e trinta e cinco reais e vinte e cinco centavos), que seria correto, com inclusão de um zero a mais entre os dígitos três e cinco.*

*Em função do equívoco vislumbrado na indicação da sua receita bruta, o autuado foi automaticamente reequadrado como empresa de pequeno porte – EPP. Tendo sido intimada para cancelamento da inscrição estadual, em virtude de não utilizar equipamento emissor de cupom fiscal – ECF, que lhe seria exigível na condição de EPP, tomou ciência do equívoco havido em sua DME, pelo que apresentou uma DME retificadora em 28.11.2000 (fls. 34).*

*Outrossim, havendo deixado de recolher o ICMS relativo ao período de junho/2000 a fevereiro/2001, apresentou denúncia espontânea, apontando como devidos valores apurados segundo as alíquotas previstas para as empresas de pequeno porte, e não aqueles previstos para as microempresas, no art. 386-A do RICMS (Regulamento do ICMS), aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.*

*Visto que o autuado não recolheu aos cofres públicos os valores apontados na denúncia espontânea, foi lavrado o Auto de Infração n.º 269103.0011/01-1, imputando-lhe a prática de infração consistente na falta de recolhimento de ICMS apurado na condição de **empresa de pequeno porte** enquadrada no Simbahia.*

*Entendemos, todavia, que o Auto de Infração assim lavrado não merece prosperar. A própria Administração Fazendária evidenciou, às fls. 30 e 49, a existência de erro na indicação da receita bruta do contribuinte, quando da apresentação da DME, pelo que seu correto enquadramento seria na condição de microempresa faixa 2 (ME-2), como expressamente se vê à fl. 30.*

*Neste contexto, impossível submeter à cobrança judicial crédito tributário apurado segundo as normas atinentes às empresas de pequeno porte, em cujos requisitos o autuado não se enquadra. Verificada a efetiva omissão de recolhimento de ICMS, deverá a Administração Fazendária lavrar Auto de Infração, mas apurando os valores devidos segundo os critérios aplicáveis às microempresas faixa 2 (ME-2).*

*De todo o exposto, representa esta Procuradoria Fiscal ao Egrégio CONSEF pela nulidade do Auto de Infração, com supedâneo no art. 119, II, da Lei n.º 3.956, de 11 de dezembro de 1981 (COTEB).”*

O Procurador Chefe, em exercício, da PGE/PROFIS, concluiu pelo deferimento do pedido de representação e encaminha o PAF a este CONSEF.

## **VOTO**

De fato, os produtos “balas e bombons”, mesmo fazendo parte do rol das mercadorias sujeitas à substituição tributária nas operações internas, não estão elencados nos incisos do art. 1º, da Portaria nº 270/93, e o pagamento do imposto antecipado deve ser feito até o dia 10 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, o que significa dizer que, no momento da ação fiscal, este prazo ainda não havia expirado.

Assim, tais produtos não poderiam compor a base de cálculo do imposto, na forma que foi lançado no presente Auto de Infração.

No entanto, discordo do posicionamento da representante da PGE/PROFIS, pois é possível definir qual a base de cálculo correta, uma vez que, no demonstrativo à fl. 3, os valores foram separados “por produto”. Tal incorreção não levaria à nulidade do Auto de Infração.

Contudo, quanto ao enquadramento da infração, os autuantes incorreram em vício insanável, pois, tanto a acusação como os dispositivos ditos infringidos se reportam à falta de retenção do ICMS nas operações de saída de mercadorias, sujeitas à antecipação tributária, sendo que, no presente caso, a operação é aquisição interestadual.

Não é possível utilizar as regras esculpidas no § 1º, do art. 18, do RPAF/99, porque qualquer correção implicaria em mudança na determinação da natureza da infração, e no seu art. 19, pois a descrição dos fatos não evidencia o enquadramento legal.

Destarte, o meu voto é pelo ACOLHIMENTO da presente Representação, para julgar o Auto de Infração NULO. Determino, também, a repetição dos atos, a salvo de falhas, na forma preceituada pelo art. 21 do RPAF.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de julho de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS