

PROCESSO - A.I. N° 269103.0011/01-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ECC COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFRAZ IGUATEMI
INTERNET - 10.08.04

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0257-11/07

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.
Representação proposta com base nos art. 119, II, da Lei n° 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 reenquadrada 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 n° 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