

A. I. Nº - 079269.0220/06-1
AUTUADO - GIGAFARMA DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ DA ROCHA FALCÃO
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 04.06.2007

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0160-01/07

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. O procedimento fiscal não demonstra de forma clara e compreensível a forma empregada para exigência do imposto. Os fatos apurados demonstraram insegurança do lançamento de ofício. Diligência fiscal, objetivando sanar o feito, não produziu os efeitos pretendidos. É nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal. Inteligência da Súmula nº. 1 do CONSEF. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 25/10/2006, exige ICMS no valor de R\$132.234,30, acrescido da multa de 60%, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades:

01 – deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 [inciso II do art. 353 do RICMS/97], em referência aos meses de junho a agosto de 2006, exigindo ICMS no valor de R\$131.280,81;

02 – deixou de efetuar o recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, correspondente aos meses de junho a agosto de 2006, exigindo ICMS no valor de R\$953,49, conforme documentos e demonstrativos anexos.

O autuado, através de representantes legalmente constituídos, apresentou impugnação às fls. 30 a 37, arguindo como preliminares de nulidade, que o Auto de Infração apresentava irregularidades processuais, sendo a primeira por contrariar os transcritos incisos II, III e IV, do art. 18, do RPAF/99, o que se constitui em preterição do seu direito de defesa, por falta de fundamentação da decisão e devido à carência de determinação, com segurança, da infração e do infrator.

A segunda irregularidade apontada se refere à falta de observação das determinações contidas no art. 28, § 4º, inciso II, do mesmo diploma regulamentar, que se constitui no acompanhamento dos demonstrativos e das provas necessários ao esclarecimento do fato arguido.

A terceira inconsistência teria decorrido da desobediência ao art. 142, § único, do CTN - Código Tributário Nacional, haja vista que a determinação da base de cálculo não foi feita de forma compreensiva, não tendo sido apontados os critérios e métodos adotados, nem a fonte e demais dados necessários ao entendimento por parte do sujeito passivo. Observa que sendo a base de cálculo do imposto a dimensão material do tributo, é a sua demonstração que oferece os critérios para mensurar o fato tributário impositivo, acrescentando que a clareza da forma de apuração do débito decorre dos princípios da legalidade e da verdade material.

Em relação à quarta irregularidade indicada, diz que o art. 142 do CTN define que o procedimento administrativo do lançamento está subordinado aos seguintes atos jurídicos sucessivos: dever da autoridade administrativa de conhecer, concretamente, as hipóteses passíveis de imposição, para determinar, em consequência, o valor devido; dever de proceder ao levantamento com base nos dados concretamente detectados; e no dever de expedir para o contribuinte o respectivo aviso de lançamento (intimação e/ou notificação), acompanhado dos demonstrativos e levantamentos realizados pelo autuante, indispensáveis ao esclarecimento do lançamento.

Argumenta que esses diversos momentos resumem-se num único procedimento lógico, necessário para garantir os interesses recíprocos do Estado e do sujeito passivo da obrigação.

No presente caso, o autuante deixou de fornecer ao impugnante, cópias dos demonstrativos e dos levantamentos realizados, elementos indispensáveis ao esclarecimento dos fatos narrados no Auto de Infração, fato que macula o lançamento, a ponto de torná-lo nulo, por inobservância aos requisitos essenciais previstos em lei e por se constituir em ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório, instituído pelo inciso LV do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

No mérito, ressalta que o dever de pagar um tributo nasce quando um acontecimento realiza a hipótese figurada na norma formulada a partir da Constituição Federal, conforme prescrito em seu art. 155, inciso II, tornando-se necessário, portanto, identificar a figura do tipo tributável.

Para que ocorra o dever jurídico de pagar o tributo, têm que estar presentes os elementos que o tipificam: o pessoal, o material, o espacial e o temporal.

Acrescenta que o procedimento administrativo está subordinado aos princípios da legalidade e da tipicidade serrada, caso em que este último configura o conteúdo material da norma legal. Cita Alberto Xavier, para lembrar que a administração fiscal deve fixar as circunstâncias de fato de que depende o tributo.

Observa que o Estado somente pode exigir que o sujeito passivo cumpra uma prestação pecuniária se, realmente, forem realizadas operações de circulação de mercadorias, não podendo a fiscalização, por mera presunção, declarar a sua ocorrência. Frisa que o autuante não indicou a metodologia, o critério e o meio para chegar ao crédito reclamado.

Pleiteia pela apresentação de todos os meios de prova em direito admitidos, indicando a juntada posterior de documentos, inclusive em contra prova, perícia com arbitramento e formulação de quesitos, além de revisão do procedimento fiscal por fiscal diverso, para que, ao final, o Auto de Infração seja julgado nulo e no mérito seja julgado improcedente.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 44, argüindo que os fatos descritos no Auto de Infração estão embasados nos demonstrativos e documentos anexados ao PAF às fls. 07 a 27, alegando que em nenhum momento houve preterição do direito de defesa, considerando que o contribuinte declarou nas DMAs (fls. 07, 14 e 20) os mesmos valores apurados e demonstrados nos documentos de fls. 08 a 13 e 15 a 27, que são do conhecimento do impugnante, conforme declaração de recebimento em 01/11/2006, da 3ª via do Auto de Infração e, consequentemente, de todos os elementos que o integram.

Salienta que a autuação está respaldada nas disposições dos artigos 371; 125, inciso II, alínea “b”; e 61, do RICMS/97.

Mantém a ação fiscal, sugerindo a procedência do Auto de Infração.

Considerando que o processo administrativo fiscal é regido pelos princípios do contraditório e da verdade material, devendo se fazer acompanhar das provas necessárias à demonstração dos fatos argüidos, para que não se configure em cerceamento ao direito de defesa do autuado; considerando inexistir nos autos a comprovação de que o sujeito passivo houvesse recebido

cópias dos demonstrativos elaborados pelo autuante, em relação aos dois itens da autuação; considerando as alegações do autuado, quanto à falta de demonstração, de forma clara, de como foi efetivada a composição da base de cálculo, não tendo sido apontados os critérios e métodos adotados, nem demais dados necessários ao entendimento por parte do sujeito passivo, de modo a oferecer os critérios para mensurar o fato tributário imponível, para se evitar ofensa aos princípios da legalidade e da verdade material.

Esta 1ª JJF, em pauta suplementar (fl. 49), deliberou que o processo fosse encaminhado à INFAZ Feira de Santana, para que o autuante elaborasse novos Demonstrativos de Cálculo da Antecipação Tributária (fls. 08 a 13, 15 a 19 e 21 a 27), apontando qual a base para o valor apontado como PMC (Preço Máximo de Venda), indicando no rodapé dos demonstrativos uma legenda constando os nomes completos das abreviaturas indicadas nas planilhas, de modo a oferecer possibilidades de entendimento em relação aos cálculos que resultaram nos lançamentos correspondentes.

Em seguida, a Repartição Fazendária deveria entregar ao autuado cópias reprográficas dos novos papéis de trabalho elaborados, da solicitação de diligência e das planilhas de cálculo de fls. 08 a 13, 15 a 19 e 21 a 27. Também deveria ser informado ao sujeito passivo quanto à reabertura do prazo de defesa em 30 (trinta) dias. Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência ao autuante, para que elaborasse nova informação fiscal.

Através de documento constante à fl. 51, o autuado tomou ciência dos demonstrativos anexados às fls. 08 a 13, 15 a 19 e 21 a 27, quando lhe foi concedido o prazo de 10 (dez) dias para se manifestar.

À fl. 71 o autuante informou estar anexando novos demonstrativos às fls. 53 a 70, nos quais inseriu uma legenda com os significados das abreviaturas utilizadas.

De acordo com Intimação e AR – Aviso de Recebimento, constantes às fls. 72/73, o sujeito passivo foi cientificado do resultado da diligência, tendo recebido os novos demonstrativos acostados pelo autuante, ao tempo em que foi informado quanto ao prazo de 10 (dez) dias para apresentar nova manifestação, tendo, porém, permanecido silente.

VOTO

Observo que através do Auto de Infração em lide foram imputadas ao sujeito passivo duas irregularidades, que consistiram na falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária, correspondente às mercadorias enquadradas na substituição tributária relacionadas no inciso II do art. 353 do RICMS/97 e em relação às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, conforme previsão contida no art. 353-A do mesmo diploma regulamentar.

Verifico que o sujeito passivo suscitou preliminares de nulidade que consistiram no seguinte: de que não foram demonstrados, de forma clara e segura, os dados necessários à identificação da exigência tributária imposta, bem como da infração e do infrator; de que o Auto de Infração não se fizera acompanhar dos demonstrativos e das provas necessários ao esclarecimento do fato argüido; que a determinação da base de cálculo não foi feita de forma compreensiva, uma vez que não foram apontados os critérios e métodos adotados, nem a fonte e demais dados necessários ao entendimento por parte do sujeito passivo; e, por último, que não lhe foram apresentados os esclarecimentos indispensáveis ao entendimento do lançamento.

Saliento que em decorrência das falhas processuais acima apontadas, a 1ª JJF, em pauta suplementar, determinou a realização de diligência, para que o autuante elaborasse novos demonstrativos de cálculo da antecipação tributária, apontando como fora encontrado o valor utilizado como preço máximo de venda (PMC), indicando no rodapé dos demonstrativos uma

legenda constando o significado das abreviaturas utilizadas nas planilhas. Fora determinado, igualmente, que tanto os demonstrativos inicialmente apresentados pelo autuante, como aqueles produzidos pelo diligente, fossem entregues ao sujeito passivo, bem como que fosse reaberto o prazo de defesa de 30 (trinta) dias para que o autuado, querendo, se manifestasse.

Em atendimento à citada diligência, foram trazidos aos autos novos demonstrativos. Noto, no entanto, que persistiram algumas inconsistências, que tornam o lançamento repleto de falhas insanáveis, por impossibilitarem ao impugnante o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, desde quando não lhe foram oferecidos os meios necessários ao entendimento das irregularidades que lhe foram atribuídas, conforme segue:

- 1 - o autuante, ao refazer os referidos demonstrativos, não esclareceu como encontrou o valor correspondente ao PMC referente às diversas notas fiscais objeto da exigência tributária, haja vista que não acostou aos autos os elementos de suporte do referido levantamento;
- 2 - não foram elucidados quais os parâmetros utilizados na elaboração dos dados correspondentes às diversas colunas constantes nos referidos demonstrativos, no que se refere às duas infrações, nem foram informados quais os dispositivos legais que prevêm os percentuais aplicados;
- 3 - não foram acostados aos autos as cópias das notas fiscais, nem foram informados quais as unidades da federação de origem das mercadorias relativas aos documentos fiscais objeto da ação fiscal;
- 4 - no atendimento à diligência não foi reaberto o prazo de defesa do sujeito passivo.

Concluo, desta forma, que nos moldes como foi realizado o lançamento, o mesmo foi feito sem observação dos requisitos essenciais em respeito à legalidade e à verdade material, ficando caracterizado que o mesmo foi efetuado em desacordo com as normas que regem a matéria, ou seja, o lançamento não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a base de cálculo e, conseqüentemente, o montante do débito atribuído ao sujeito passivo.

Para consubstanciar meu voto, transcrevo a ementa e parte da fundamentação da Súmula nº. 1 deste Colegiado.

“CÂMARA SUPERIOR

SÚMULA CONSEF Nº 01

ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.

Para se determinar a base de cálculo a salvo de imperfeições, é indispensável que se demonstre nitidamente a mesma, o que há de ser feito de forma compreensiva, apontando o critério ou método adotado pelo fisco, a fonte e demais dados necessários ao entendimento, por parte do sujeito passivo, com fundamento na legislação. Isso porque a base de cálculo do imposto é a dimensão material do tributo, sendo essa demonstração que oferece os critérios para mensurar o fato tributário impositivo. A clareza da forma como foi apurado o débito é decorrência dos princípios da legalidade e da verdade material. Os atos dos autuantes devem-se pautar no contido no Código Tributário Nacional, mais precisamente em seu artigo 142, parágrafo único, bem como no RPAF/99, em seu art. 39, e a descrição da ocorrência dos fatos deve ser feita da forma mais clara e segura possível,

incluindo-se aí a demonstração dos cálculos e a informação dos métodos utilizados para determinar a base de cálculo do imposto.”

Assim, a falta de clareza na apuração da base de cálculo dos valores imponíveis, bem como a ausência da necessária transparência nos papéis de trabalho acostados aos autos, implicam em ofensa ao direito do contribuinte do exercício de ampla defesa, pela incerteza do que a ele esteja sendo imputado, acarretando a nulidade do Auto de Infração, como bem determina o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99 ao estabelecer:

“Art. 18. São nulos:

...

IV - o lançamento de ofício:

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

Recomendo à autoridade fazendária que determine a renovação do procedimento, a saldo de falhas, como determina o artigo 156, do RPAF/99. É evidente que se o interessado na solução do caso, antes de nova ação fiscal, sanar alguma irregularidade porventura existente, se exime de sanções.

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 **079269.0220/06-1**, lavrado contra **GIGAFARMA DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA LTDA.**, representando-se à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal a salvo das falhas apontadas, conforme art. 156, do RPAF/99.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de maio de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR