

A. I. Nº - 299326.0011/06-0  
AUTUADO - FUJIBAG INDÚSTRIA COMÉRCIO ACABAMENTO LIMITADA  
AUTUANTE - ARLINDO AMORIM PEREIRA  
ORIGEM - INFAC INDÚSTRIA  
INTERNET - 08.08.2007

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0227/02-07**

**EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA.** FALTA DE CLAREZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. INOBSEERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, existem regras de direito formal, que determinam como deve proceder o agente fiscal na constituição do crédito. O lançamento efetuado sem que se saiba qual a natureza ou fundamento da imputação e qual o critério adotado na determinação do valor do débito configura-se cerceamento de defesa. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/12/2006, acusa o contribuinte de ter recolhido a menor o ICMS, no valor de R\$18.833,07, no período de janeiro de 2004 a dezembro de 2005, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme demonstrativo às fls.13 a 16. Também consta na descrição do fato que o “Contribuinte efetuou diversas operações com base de cálculo/alíquotas do imposto errada conforme memória de cálculo anexa”.

O sujeito passivo representado por advogado legalmente constituído, em sua defesa às fls.58 a 66, inicialmente transcreveu a infração, e teceu comentários sobre a atividade vinculada do ato administrativo, inclusive citando lição de renomado professor de direito tributário, para argüir a nulidade da autuação, a pretexto de cerceamento de defesa, sob o fundamento de que o lançamento contém vícios que afeta a sua eficácia, com base nas seguintes preliminares.

1. Ausência de descrição clara e precisa dos fatos – alega que o Auto de Infração não contém descrição exata e precisa dos fatos ensejadores da infração, pois não foi indicado precisamente o substrato fático que fundamentou o lançamento. Diz que há uma vaga menção a recolhimentos a menor do ICMS “em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas” e que o “contribuinte efetuou diversas operações com base de cálculo/alíquota do imposto errada conforme memória de cálculo anexa”.
2. Ausência de conformação entre a descrição dos fatos, a autuação e os dispositivos legais indicados – citou ensinamento de Paulo de Barros Carvalho sobre o princípio da tipicidade tributária, e aduziu que a autuação não respeitou a estes postulados. Transcreveu os art.50, 51

e 124, I, do RICMS/97 apontados no AI, para argumentar que os aludidos dispositivos contém diversas situações abstratas, não havendo subsunção do fato descrito à hipótese legal, mas mera indicação arbitrária de artigos de lei. Com esse argumento, entende comprovado que a autuação fere os princípios da tipicidade tributária, da ampla defesa, da motivação do ato administrativo, e da estrita vinculação da atividade administrativa tributária.

No mérito, apontou as seguintes inconsistências no levantamento fiscal alegando que:

1. da planilha acostada ao processo depreende-se que a fiscalização considerou como operações de venda a pessoa física não-contribuinte diversas operações que foram realizadas para produtores rurais regularmente inscritos, conforme consultas ao Cadastro Público de Contribuintes dos Estados de origem anexadas à impugnação (docs.fls.70 a 102).
2. na Nota Fiscal nº 10.205, o valor lançado no levantamento fiscal é diferente do valor da operação (doc.fl.110).
3. nas NFs. 10732; 10917; 11572; 11745; 11746 e 12057, foi considerado indevidamente que as vendas seriam para uso e consumo, pois o adquirente Lanxess Indústria de Produtos Químicos e Plásticos Ltda é empresa industrial e as mercadorias (contendores flexíveis) são por ela empregadas como material de embalagem (docs.fls.84 a 90).
4. quanto às vendas realizadas para as empresas MV Quartzo Ltda e Norcom Compostos Termoplásticos do Nordeste S/A, diz que a fiscalização lançou o imposto em razão das empresas estarem com situação cadastral inapta perante a SEFAZ na ocasião da venda. Diz que as citadas empresas são clientes habituais, e sempre permaneceram estabelecidas no Estado da Bahia, salientando que embora no momento da venda realmente se encontrassem inaptas, regularizaram sua situação em momento imediatamente posterior. Entende que só se configuraria prejuízo ao Fisco se a situação de inaptidão das empresas permanecesse irregular. Informa que as empresas já regularizaram seus cadastros e mantém suas atividades normais.

Por fim, requer a improcedência do Auto de infração.

Na informação fiscal às fls.113 a 114, o autuante rebateu as razões defensivas na forma que segue.

1. Considerando as consultas apresentadas na defesa, foi acatada a alegação defensiva de que se tratam de operações de venda que foram realizadas para produtores rurais regularmente inscritos, com exceção da Nota Fiscal nº 10.544, pois o autuado apenas juntou fax de uma declaração do próprio contribuinte, sem apresentar cópia da consulta ao Cadastro Público de Contribuintes do Estado de origem.
2. Concordou que houve que equívoco na digitação dos valores da NF nº 10205. Informou que o valor correto é: valor total da NF: R\$448,50; base de cálculo do ICMS: R\$390,00; ICMS devido: R\$9,95.
3. Quanto às NFs. 10732; 10917; 11572; 11745; 11746 e 12057, não foi acatado o argumento defensivo de que as mercadorias são empregadas pela adquirente, na condição de empresa industrial, como material de embalagem, pois consta à fl.38 que a atividade do contribuinte é de “serviços de escritório e apoio administrativo”, cod.8211300. Chama a atenção de que dita empresa (Lanxess Indústria de Produtos Químicos e Plásticos Ltda) funciona em duas salas de um centro comercial, sendo incompatível com a atividade industrial.

4. quanto as empresas MV Quartzo Ltda. e Norcom Compostos Termoplásticos do Nordeste S/A, o autuante rebateu a alegação defensiva de que, embora no momento da venda realmente se encontrassem inaptas, mas foram regularizadas sua situação em momento imediatamente posterior, dizendo que este fato não é uma garantia de que o imposto devido para a operação foi recolhido aos cofres públicos.
5. aponta que a Procuração à fl.104 não pode ser considerada como documento idôneo, pois não há identificação de quem a assina.

Foi anexada nova planilha com as exclusões acatadas (fls.116 a 118), pugnando pela procedência parcial do Auto de Infração.

Conforme intimação e AR dos Correios (fls.121 a 122), o autuado foi cientificado a tomar ciência da informação fiscal e da planilha de apuração do débito refeita, sendo-lhe entregue cópias das folhas 113 a 118, tendo o autuado se manifestado às fls.125 a 126, reiterando seus argumentos quanto às notas fiscais nº 10917; 11572; 11745; 11746 e 12057, no sentido de que as mercadorias (contendores flexíveis) são empregadas pela adquirente, na condição de empresa industrial, como material de embalagem. Foram juntadas cópias de extratos de informações sobre a situação cadastral da firma Lanxess e respectivo contrato social.

Quanto às vendas para as empresas MV Quartzo Ltda e Norcom Compostos Termoplásticos do Nordeste S/A, sustenta que tais empresas são clientes habituais, reafirmando sua informação de que já regularizam suas inscrições cadastrais em datas imediatamente posteriores.

Tomando conhecimento da manifestação do contribuinte e dos documentos apresentados, o autuante concordou com a exclusão no levantamento fiscal das notas fiscais nº 10917; 11572; 11745; 11746 e 12057, emitidas para a Norcom, e argüiu que em relação aos demais argumentos não foi apresentado nenhum dado ou fato novo.

O autuante juntou nova memória de cálculo retificada (docs.fl.136 a 139).

Atendendo à intimação à fl.140, o autuado se manifestou às fls. 143 a 144, reiterando os seus argumentos anteriores em relação às questões não acolhidas pelo autuante.

## **VOTO**

A infração que se encontra no Auto de Infração foi assim descrita: “Recolheu a menor ICMS” em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente.” Mais adiante consta “Contribuinte efetuou diversas operações com base de cálculo/alíquotas do imposto errada conforme memória de cálculo anexa”.

Na defesa fiscal o patrono do autuado argüiu a nulidade do lançamento tributário com base na alegação de que não houve a descrição clara e precisa dos fatos; bem assim, que existe ausência de conformação entre a descrição dos fatos, a autuação e os dispositivos legais indicados.

Da forma como se encontra descrita a infração no auto de infração realmente não há como se identificar qual a infração cometida pelo autuado, ou seja, se a infração é concorrente a recolhimento a menor apenas por erro na aplicação da alíquota; ou se por erro na determinação da base de cálculo; ou se ocorreram simultaneamente as duas situações. Também não foi informado qual o fundamento para tais conclusões.

Se for levada em consideração a planilha que serviu de base para o cálculo do débito (docs.fls.13 a 16), constata-se que ela também não se apresenta de forma clara, não possibilitando através de

uma análise imediata identificar a origem dos valores apurados, e portanto, não é auto-explicativa, isto porque, em que pese encontrarem-se especificados, mês a mês, em cada coluna os documentos fiscais que serviram de base para o cálculo e respectivos dados, tais como, CNPJ/CPF; IE; data de emissão, UF de destino; CFOP; alíquota; total da NF; BC ICMS; diferença na base de cálculo; MVA; e o ICMS a recolher, não está identificado no demonstrativo qual o motivo que ensejou o erro do contribuinte na determinação da base de cálculo e/ou na utilização da alíquota.

No levantamento à fl.16, no caso das notas fiscais nº 12111, 12114, 12126, 12155, 12164, 12167, contém um vício, haja vista que é feita uma referência a base de cálculo com inclusão da MVA, com uma observação de que os adquirentes das mercadorias são contribuintes com situação cadastral inapta, porém, não foram consignados os valores do débito de cada nota fiscal, apesar de incluí-los no total do débito. Na última planilha corrigida pelo autuante na informação fiscal (fls.136 a 139), novamente foram omitidos quais os valores do débito de cada nota fiscal. Além disso, no cálculo do débito das notas fiscais nº 9815, 9811, 10138, 10544 relativas a operações interestaduais, encontra-se consignada a alíquota de 12%, e o débito foi calculado à alíquota de 17%.

Portanto, de acordo com a citada planilha não está demonstrado claramente se houve erro na utilização da alíquota e/ou na determinação da base de cálculo. Pelo que constam nos autos, o que se depreende é que a conclusão da fiscalização é de que o imposto foi calculado pelo valor dos produtos quando o correto seria pelo valor total da operação, ou seja, valor dos produtos mais o IPI, por entender que as mercadorias se destinaram as pessoas físicas; não contribuintes; aquisições para consumo; e aquisições por contribuintes com situação cadastral inapta no cadastro fazendário. Porém, o raciocínio que suporta a exigência fiscal não está claro na acusação fiscal, nem na planilha de apuração do débito.

Também assiste razão ao defensor quanto aos dispositivos legais indicados como infringidos, porém, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, na implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal (art.19 do RPAF/99).

Contudo, neste processo, pelas considerações acima, ou seja, pela descrição dos fatos e pelo demonstrativo que lhe dá sustentação, ficou caracterizado cerceamento de defesa do contribuinte, pois, contém um vício que afeta a eficácia do lançamento tributário, ao exigir imposto em decorrência de três premissas: erro na determinação da base de cálculo; erro na aplicação da alíquota; e antecipação tributária sobre as operações realizadas com contribuinte com situação cadastral “inapta”, sem identificar ou demonstrar claramente a motivação para estas conclusões.

Está previsto na legislação tributária que é nulo o lançamento efetuado sem que se saiba qual a natureza ou fundamento da imputação e qual o critério adotado na determinação do valor do débito. Neste processo, pelas considerações acima, deixo de apreciar o mérito, por restar caracterizado o cerceamento de defesa e a falta de liquidez do crédito tributário, impondo a nulidade do Auto de Infração, nos termos do artigo 18, inciso IV, aliena “a”, do RPAF/99.

A repartição fiscal examinará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se o contribuinte, antes de nova ação fiscal, sanar alguma irregularidade porventura existente, se exime de sanções.

Do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **299326.0011/06-0** lavrado contra **FUJIBAG INDÚSTRIA COMÉRCIO ACABAMENTO LIMITADA**. Recomendando a renovação do procedimento fiscal a salvo falhas apontadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de julho de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTÔNIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR