

PROCESSO - A. I. Nº 279691.0006/07-5
RECORRENTE - AUDIFAR COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0263-02/07
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 04/12/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0356-12/08

MENTA: ICMS. NULIDADE DE PROCEDIMENTO. INCERTEZA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO E DO MONTANTE DEVIDO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS COMPROBATÓRIOS DA ACUSAÇÃO. Em relação à infração impugnada, não há nos autos elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o montante do valor devido, acarretando, assim, a nulidade desse item do lançamento. Diligência realizada pelo próprio autuante demonstrou a impossibilidade de saneamento do processo. A repartição fazendária deverá repetir a ação fiscal, a salvo de falhas. Nulo o item 1 do Auto de Infração. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 2ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS, no valor total de R\$289.936,47, em razão de quatro infrações, sendo que apenas a Infração 1 é objeto do presente Recurso.

Na Infração 1, o autuado, ora recorrente, foi acusado de ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$249.225,13, nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem em valor superior à estabelecida em lei complementar, convênio ou protocolo – transferências efetuadas com base de cálculo em valor superior ao custo de aquisição.

O contribuinte apresentou defesa e, em relação à Infração 1, alegou que não cometeu a irregularidade que lhe foi imputada, pois, nas transferências de São Paulo para a Bahia, tinham sido observados os preços previstos na Revista ABCFarma, aplicando-se, assim, a base de cálculo estabelecida no Convênio ICMS 76/94. Pede que a infração fosse declarada nula.

Ao prestar a informação fiscal, o autuante manteve a acusação referente à Infração 1, argumentando que o procedimento do autuado não tinha obedecido ao previsto na Lei Complementar nº 87/96 e no Convênio ICMS 03/95.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0263-02/07, a Infração 1 foi julgada procedente. Ao proferir o seu voto, o ilustre relator, inicialmente, teceu considerações acerca da acusação contida no lançamento de ofício, discorreu sobre a figura dos acordos interestaduais (convênios e protocolos) e registrou a importância da estrita legalidade na apuração da base de cálculo do ICMS. Em seguida, concluiu o seu voto, em síntese, da seguinte forma:

[...]

A defesa faz uma série de considerações de ordem financeira, respeitáveis, sem dúvida, mas que não podem ser opostas em face de previsão legal expressa.

Nas transferências interestaduais (saídas de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado pertencente ao mesmo titular) efetuadas por estabelecimento comercial, nos

termos do § 4º, I, do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96, a base de cálculo do imposto é o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria.

Não foram apontados erros de cálculo, de modo que o mérito da lide envolve apenas interpretação jurídica.

Considero correto o lançamento do item 1º.

Inconformado com a Decisão proferida pela primeira instância, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, afirmando que o Acórdão JJF Nº 0263-02/07 merece ser reformado.

Após citar as colunas que compõem o demonstrativo de apuração do imposto cobrado, o recorrente alega que o autuante não explicou “*como chegou ou donde obteve os valores constantes na coluna Custo Tot Transf*”. Frisa que, ao contrário do insinuado pelo autuante, a empresa não apresentou o levantamento dos custos de aquisições dos produtos listados na autuação. Assevera que o lançamento é nulo, pois não possui elementos que possibilitem o exercício da ampla defesa e que demonstrem a origem dos valores cobrados, deixando, assim, de conter os requisitos de competência, finalidade, forma, motivação e objeto. Discorre sobre esses requisitos e cita jurisprudência.

O recorrente menciona que, de forma curiosa, no demonstrativo elaborado pelo autuante, os valores constantes da coluna “DIF BASE CALC” correspondem aos percentuais de 16,15% e 16,75% dos valores constantes da coluna “BC Icms Prop”. Após citar exemplos numéricos, sugere a realização de diligência, para que o autuante explique de onde obteve os valores constantes na coluna “DIF BASE CALC”, bem como esclareça como chegou ao montante do imposto cobrado.

Prosseguindo em seu arrazoado, o recorrente explica que possui filial no Distrito Federal e matriz em São Paulo, sendo que a filial do Distrito Federal funciona como uma central de abastecimento. Diz que, nas transferências de mercadorias, essa filial incorre em custos diretos e indiretos. Frisa que considerou os preços constantes nas revistas ABCFarma, tendo apurado a base de cálculo do imposto em conformidade com o estabelecido no Convênio ICMS 76/94.

Ao finalizar seu Recurso Voluntário, o recorrente solicita que a Infração 1 seja anulada, ou que o processo seja convertido em diligência ao autuante.

Ao exarar o Parecer de fl. 559, a ilustre representante da PGE/PROFIS sugere a conversão do processo em diligência à INFAZ de origem, para que o autuante explique como foi apurada a base de cálculo do imposto cobrado na Infração 1.

Após apreciação em pauta suplementar, decidiu a 2ª CJF converter o processo em diligência à COFEP/DAT-NORTE, para que o autuante prestasse os seguintes esclarecimentos:

- I. explicasse como foi apurada a base de cálculo do crédito fiscal a que se refere a Infração 1, detalhando cada coluna do demonstrativo de fls. 19 a 445;
- II. comprovasse de onde obteve os valores constantes na coluna “DIF BASE CALC” do demonstrativo de fls. 19 a 445.
- III. acostasse ao processo cópia dos documentos empregados na elaboração do citado demonstrativo, especialmente dos dados que tenham sido fornecidos pelo recorrente.

Em atendimento à diligência solicitada, o autuante intimou o recorrente para apresentar, no prazo de trinta dias, cópia das notas fiscais referentes às aquisições dos produtos que foram objeto de transferência para o Estado da Bahia (fls. 569 a 715). Afirmou o recorrente que assim estava sendo dada ao recorrente a oportunidade de exercer o seu direito de defesa, comprovando “*a veracidade ou não dos dados alocados pelo autuante nos demonstrativos que compõem a infração 1*”.

Ao exarar o Parecer de fls. 722 e 723, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que a

diligência realizada pelo autuante “*não aconteceu nos moldes sugeridos pela Procuradoria, tampouco determinada pelo CONSEF, já que não foram trazidos pelo autuante, os elementos que deveriam estar em seu poder, para consubstanciar a base de cálculo por ele indicada, na autuação*”.

Sustenta a Parecerista que, na atual fase do processo, não mais cabe intimar o recorrente para apresentar elementos essenciais à autuação, como os números que foram utilizados na apuração da base de cálculo do imposto. Ressalta que, mesmo que tais números tivessem sido apresentados, a Decisão mais acertada seria a anulação da Decisão recorrida, para a reabertura do prazo de defesa, já que a base de cálculo é elemento essencial da autuação e precisa estar definida.

Explica que, segundo a diligência solicitada, cabia ao autuante comprovar que obteve da empresa os elementos utilizados na formação da base de cálculo do imposto, porém o autuante não apresentou a comprovação e, além disso, tentou transferir essa incumbência ao recorrente. Diz que não há como se subverter a ordem jurídica e se impor, agora, ao contribuinte o dever de apresentar elementos que eram necessários para a execução da ação fiscal e do lançamento.

Conclui a Parecerista que os dados solicitados pela 2ª CJF eram essenciais à autuação, e cabia ao fiscal autuante demonstrá-los. Como essa demonstração não foi feita, não resta alternativa senão decretar a nulidade da Infração 1, por falta de elemento essencial à segurança da determinação da base de cálculo, devendo ser determinada a renovação do procedimento, a salvo de falhas. Opina pelo provimento do Recurso Voluntário, para que seja decretada a nulidade da infração 1.

Em despacho à fl. 725, o doutor José Augusto Martins Junior, procurador assistente da PGE/PROFIS acata o Parecer de fls. 722 e 723.

VOTO

É objeto do presente Recurso Voluntário a Decisão de primeira instância que julgou procedente a Infração 1, na qual o recorrente foi acusado de ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a transferências interestaduais de mercadorias, efetuadas com base de cálculo em valor superior ao previsto na legislação tributária. Para comprovar essa acusação, o autuante apresentou o demonstrativo de fls. 19 a 445.

O recorrente alega desconhecer qual a origem dos valores constantes nos demonstrativos, bem como que, ao contrário do insinuado pelo autuante, não apresentou levantamento dos custos de aquisição dos produtos listados na autuação.

Visando buscar elementos que comprovassem a acusação imputada ao recorrente, o processo foi convertido em diligência para que o próprio autuante explicasse como foi apurada a base de cálculo do imposto cobrado, assim como acostasse ao processo cópia dos documentos empregados na elaboração dos demonstrativos anexados ao Auto de Infração.

Em atendimento à diligência, o autuante se limitou a intimar o recorrente a apresentar as notas fiscais referentes às aquisições dos produtos que foram transferidos para o Estado da Bahia e reabriu o prazo de defesa em trinta dias.

Examinando as peças processuais, constata-se que não há nos autos elementos que comprovem a realização de transferências a preços superiores ao previsto na legislação. O demonstrativo elaborado pelo autuante não está acompanhado de qualquer prova que lhe dê respaldo. Não há nos autos elementos suficientes para se determinar, com segurança, a ocorrência da infração e nem para se definir o exato montante do débito tributário. Mesmo após a lavratura do Auto de Infração, o autuante não conseguiu se desincumbir da sua obrigação de trazer ao processo a comprovação da infração. Em suma, não há nos autos prova da infração imputada ao autuado e nem dados suficientes para se determinar qual o eventual montante do valor devido.

Pelo acima exposto, acolho o abalizado opinativo da ilustre representante da PGE/PROFIS, para declarar a nulidade da Infração 1 por falta de segurança na determinação da infração e do montante do ICMS devido, ao teor do disposto no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, represento à autoridade competente para que providencie o refazimento da ação fiscal quanto à Infração 1, a salvo de falhas.

Voto, portanto, pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e declarar NULA a Infração 1, remanescendo o débito no valor de R\$40.711,34, referentes as demais infrações.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279691.0006/07-5, lavrado contra **AUDIFAR COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$40.711,34**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de novembro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. PGE/PROFIS