

PROCESSO - A. I. Nº 298962.0003/07-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - COMERCIAL DE CEREAIS NUNES LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0325-03/09
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 24/09/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0307-12/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Faltam nos autos elementos capazes de configurar as infrações imputadas ao sujeito passivo. Há dúvida, especialmente, quanto aos valores que porventura seriam devidos. Embora, em princípio, esses vícios pudessem ser saneados, ficou evidenciada nos autos a impossibilidade prática de remediar o procedimento, dada a natureza dos vícios assinalados. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida nos autos do presente PAF que julgou nulo o Auto de Infração.

O lançamento de ofício foi lavrado imputando ao recorrido a prática de quatro infrações que reclamam:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Consta, na descrição dos fatos, que o autuado, na condição de EPP, deixou de arquivar e registrar as notas fiscais constantes das fls. 197 a 518 do PAF, assim como, não as lançou na DME ou no livro Caixa e não as escriturou no livro Registro de Entradas de Mercadorias, todos apresentados à fiscalização. Exercícios de 2003 e 2004. Valor do débito: R\$78.520,29.
2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias de outros Estados. Consta, na descrição dos fatos, que se refere às notas fiscais não escrituradas nos livros Registro de Entradas de Mercadorias e Caixa, bem como na DME correspondente e não mantidas em arquivos, nos meses de março a dezembro de 2004. Valor do débito: R\$19.031,55.
3. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de fora do Estado, nos meses de janeiro, fevereiro, março, maio, junho, julho e setembro de 2004. Valor do débito: R\$3.191,09.
4. Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação ou substituição, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outro Estado, nos meses de fevereiro, maio, junho e agosto de 2004. Valor do débito: R\$112,26.

Chamada a apreciar os autos do PAF em comento, proferiu Decisão de 03/09, pela nulidade do Auto de Infração, cujo voto é transcrito abaixo:

“O Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS, em decorrência de quatro

Created with

omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas não registradas, correspondentes às notas fiscais constantes do demonstrativo de fls. 30 e 37 do PAF.

As infrações 02 e 03 se referem à falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição, na condição de microempresa, referente às aquisições de mercadorias de outros Estados. A infração 04 trata de recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação ou substituição, na condição de microempresa, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outro Estado, nos meses de fevereiro, maio, junho e agosto de 2004.

Nas razões de defesa, o defendente alega que estão ausentes nos autos cópias das notas fiscais especificadas na impugnação às fls. 558 a 566; que seus dados cadastrais foram utilizados por pessoa inescrupulosa e o fornecedor não teve o cuidado de cumprir sua obrigação, ao deixar de exigir do comprador o comprovante de sua inscrição no cadastro do ICMS da Bahia, e isso ocorreu em relação às notas fiscais emitidas pela empresa SOMAMIX DISTRIBUIDORA LTDA. estabelecida em Contagem – Minas Gerais; que o autuante não acostou ao presente processo inúmeras notas fiscais que pudessem dar sustentação ao feito.

Na última informação fiscal prestada às fls. 829 a 833-A, o autuante diz que a infração 01 passa a ter o código 16.05.26, em virtude da aplicação da multa de 5% sobre as aquisições de mercadorias não informadas na DME; quanto à infração 02, o autuante informa que continua a mesma sua classificação, mas houve alterações no seu valor, considerando que no ano de 2003 valores sujeitos à substituição tributária e isentos foram incluídos na infração 01; em relação à infração 03, o autuante esclarece que também houve alteração da codificação para uma melhor classificação das ocorrências, uma vez que na codificação anterior estava classificada a infração como substituição tributária (art. 391-A), enquanto a atual está de acordo com o art. 352-A do RICMS/BA (antecipação parcial). Esclarece que a infração 04 se refere aos valores residuais, porque houve recolhimento a menos do imposto por antecipação tributária, e que foi acrescentada a infração 05, referente ao ICMS antecipação parcial recolhido a menos, em virtude de não ter sido enquadrada na apuração do item anterior.

Reaberto o prazo de defesa, o autuado alega que constatou inconsistências nos demonstrativos elaborados pelo autuante, a exemplo de notas fiscais sequer referidas no Auto de Infração originário; notas fiscais ausentes do PAF, através das quais o autuante se baseou para imputar a cobrança do ICMS nas infrações 01, 02 e 03; diversas notas fiscais sequer destinadas ao impugnante, sendo algumas delas de alto valor; multa que não corresponde aos 5% sobre o valor da nota fiscal (NF 471, emitida em 31/03/2004); o demonstrativo do imposto exigido por substituição tributária faz referência a classe de mercadorias, muitas vezes de maneira errônea (por exemplo: utilidades e outros, G. Alimentícios, colas, anexo 88 item 14, higiene/limp, bebidas, sucos, ceras/mat const). O defendente diz que o autuante não poderia reclassificar as infrações, apresentando feição diversa daquela constata no Auto de Infração.

Observo que além das inconsistências apontadas pelo defendente e da mudança no código e na acusação fiscal das infrações 01 e 03, foram incluídos na infração 02 valores correspondentes a meses que não constaram na exigência fiscal originalmente efetuada, e ainda, houve acréscimo da infração 05, que também não constou no levantamento original, inexistindo qualquer explicação pelo autuante do motivo para as alterações efetuadas sem amparo legal.

Entendo que no estado em que se encontra o presente PAF, não há segurança e liquidez quanto às infrações e aos valores efetivamente devidos, considerando que houve equívocos na lavratura do Auto de Infração. Tais equívocos trazem insegurança quanto ao efetivo débito a ser exigido e cerceamento do direito de defesa.

Saliento que é dever do Fisco determinar com segurança o valor do imposto devido, as datas de ocorrência e de vencimento do tributo exigido, devendo ser comprovada a exatidão dos cálculos efetuados relativos ao valor exigido, e sendo necessário verificar toda a documentação e fazer correções e novos cálculos, implica refazimento da ação fiscal.

De acordo com o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA, é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para determinar com segurança a infração. Assim, existe dúvida, especialmente, quanto aos valores que porventura seriam devidos, e embora, em princípio, esses vícios pudessem ser saneados, ficou evidenciada nos autos a impossibilidade prática de remediar o procedimento, dada a natureza dos vícios constatados, implicando cerceamento de defesa, merecendo ser considerado nula a exigência fiscal, representando-se à autoridade competente para renovar o procedimento fiscal a salvo de incorreções.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.”

Em atendimento ao art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a 3ª JFJ deste CONSEF recorreu de Ofício a esta CJF.

O presente Recurso interposto de ofício pelos julgadores da 3ª JF deste CONSEF tem por objeto reapreciar do Acórdão de nº 0325-03/09 que impõe sucumbência da fazenda pública estadual, na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA.

A Decisão submetida à revisão desta Câmara de Julgamento Fiscal não merece reforma, senão vejamos.

Auto de Infração lavrado em 26/06/2007, exige ICMS que monta em R\$100.855,19. O autuante, em sede de informação fiscal, altera os códigos das infrações 1 e 3, altera os valores das infrações 2 e 4, e acrescenta a infração 5, esta última, referente ao ICMS antecipação parcial recolhido a menos, em virtude de não ter sido enquadrada na apuração da infração 4.

O autuado, em sede de defesa e após informação fiscal, aduz que há inconsistências nos demonstrativos elaborados pelo fiscal autuante, a exemplo de notas fiscais que não são mencionadas no Auto de Infração originário; assevera que o autuante baseou a exigência de ICMS das infrações 1, 2 e 3 em documentação fiscal que não se encontra acostada aos autos; aponta várias notas fiscais que sequer se destinam ao impugnante, sendo algumas delas de alto valor; multa que não corresponde aos 5% sobre o valor da nota fiscal (Nota Fiscal nº 471, emitida em 31/03/2004); contesta o demonstrativo do imposto exigido por substituição tributária, informando que o mesmo faz referência à classe de mercadorias de maneira equivocada, a exemplo de: utilidades e outros, G. Alimentícios, colas, anexo 88 item 14, higiene/limp, bebidas, sucos, ceras/mat const. Por fim, o autuado diz que o autuante não poderia reclassificar as infrações, apresentando feição diversa daquela constante no Auto de Infração.

A 3ª JF verificou que, além das inconsistências apontadas pelo contribuinte, houve, de fato, mudança no código e na acusação fiscal das infrações 1 e 3, e que foram incluídos na infração 2 valores correspondentes a meses que não constaram na exigência fiscal originalmente efetuada. Verificou também que houve acréscimo da infração 5, que não constava no levantamento original, tudo, sem qualquer manifestação ou explicação por parte do autuante.

O art. 18 do RPAF, especificamente em seu inciso IV, “a”, diz claramente que são nulos os lançamentos de ofício que não contiverem elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Diz ainda o inciso II do mesmo diploma legal que também são nulos os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa.

Na mesma esteira, cito ainda a Súmula CONSEF nº 01 que diz, em inteiro teor:

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.

Dizer sobre o Auto de Infração em discussão que está eivado de vícios, não dá a dimensão da agressão aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Não há a menor possibilidade de se determinar com clareza o que se pretende exigir, muito menos o quanto se pretende exigir. Não há coincidência entre os documentos fiscais acostados aos autos e os demonstrativos elaborados. Em verdade, o que existe são notas fiscais que estão presentes nos demonstrativos e que não estão presentes nos autos, dentre outras falhas.

Cabe ao fisco determinar com segurança e clareza o que e quanto está a exigir do contribuinte, de maneira que o direito ao contraditório e à ampla defesa, garantidos constitucionalmente, sejam observados, sob pena de nulidade. Como no presente PAF não há possibilidade, sobretudo, de se determinar os valores porventura devidos, e em razão da impossibilidade prática de remediar o procedimento, dado o volume e a natureza dos vícios constatados, contrariando o art. 18 do RPAF, entendo nula a exigência fiscal.

Assim, com fulcro no art. 18, incisos II e IV, “a”, voto pelo NÃO Ofício para manter a Decisão recorrida.

A rigor do art. 21 do mesmo RPAF/99, recomendo a renovação da ação fiscal, a salvo da falha acima apontada, para, caso se verifique a infração, seja lavrado novo Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **298962.0003/07-3**, lavrado contra **COMERCIAL DE CEREAIS NUNES LTDA**. Recomenda-se a renovação da ação fiscal, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de setembro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS