

**A. I. Nº** - 110120.0008/09-9  
**AUTUADO** - FRANCISCO JOSÉ RIBEIRO SOUZA  
**AUTUANTE** - VERA MARIA PIRES PURIFICAÇÃO  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 06.05.2011

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0091-02/11**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. Não há certeza das infrações cometidas (01 e 02), tendo em vista o desconhecimento e inexistência nos autos da indicação de quais notas fiscais e correspondentes mercadorias não foram registradas ou declaradas. É nulo o procedimento que implique cerceamento de defesa ou que não contenha elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração argüida. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/2009, multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$26.106,06, conforme infrações que seguem:

Infração 01 - omitiu entrada de mercadorias no estabelecimento nas Informações Econômico-Fiscais, apresentadas através de DME (Declaração do Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte). Multa no valor de R\$14.842,87;

Infração 02 – deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$11.263,39.

O autuado, às fls. 826 a 832, apresenta a impugnação ao lançamento de ofício, insurgindo-se quanto à forma da autuação, vez que à agregação de dois fatos distintos, numa só narrativa, numa única atribuição valorativa (elemento financeiro) viola o princípio constitucional ao direito de defesa.

Argumenta que da leitura do Auto de Infração é impossível distinguir a fonte utilizada pela autuante para determinar o arbitramento dos valores financeiros objeto da narrativa fática contida no libelo acusatório inicial, tornando o Auto de Infração, em epígrafe, mero arremedo de acusatório fiscal.

Entende que, como não há uma correspondência exata, perfeita e divisível dos elementos financeiros em relação à dualidade fática, houve cerceamento do seu direito de defesa, desrespeitando o mandamento procedimental administrativo que determina que as demonstrações e vinculações: fatos vezes base de cálculo, sejam claras, exatas, objetivas e pertinentes.

Passa a analisar dispositivos indicados pela autuante relativo ao artigo 408-C, inciso IV e artigo 335 do Decreto 6.284/97 e ao artigo 322, incisos e parágrafos do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97 para aplicar penalidades ao contribuinte, não cabendo, à luz dos fatos narrados e/ou descritos, a citação destes dispositivos regulamentares.

Alinha que o autuante ao percorrer tais dispositivos regulamentares de forma imprecisa, para confundir o contribuinte atuado, não parece bom exercício dentro de uma salutar relação fisco-contribuinte.

Pede acolhimento da primeira preliminar de nulidade.

Alinha que a clareza e precisão do enquadramento legal deverão ser associadas à forma de apuração do elemento valorativo, por ser fundamental para a sua aplicação, tornando-se

impositivas, aliás, como prevê o Regulamento que serve de “Bíblia”, tanto para fisco, quanto para contribuinte.

Destaca que a autuante, ao citar os arts. 408-C, inciso IV e artigo 335 do Decreto 6.284/97 e ao artigo 322, incisos e parágrafos do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97 13, apenas capitulou os aspectos que a levou a proceder aos arbitramentos.

Afirma que, em relação à parte que fez a ilustre preposta fazendária a proceder ao arbitramento dos valores supostamente devidos” a redação da narrativa é trôpega - diz apenas que o contribuinte deixou de declarar na DME entradas de mercadorias - não cita a fonte determinativa que a levou a apurar as pressupostas receitas tributáveis ou quaisquer outros elementos identificadores dos documentos fiscais relativos aos valores glosados, contrariando rotinas e costumes relativos aos métodos de Auditoria Fiscal, geralmente praticados, dificultando, ou mesmo impossibilitando o Direito de Defesa do autuado.

Consigna que não há citação exata, precisa, ou determinada do dispositivo regulamentar dito infringido. Se não se sabe do que se é acusado, não há possibilidade fática ou jurídica de defesa, eis que figurou como dispositivo infringido somente os artigos 408-C, inciso IV e artigo 335 do Decreto 6.284/97 e ao artigo 322, incisos e parágrafos do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97, in totum.

Assevera que “não abrirá mão” do pedido de perícia técnica, diante da previsão regulamentar contida no RICMS. Afirma que, caso indeferido o pedido, obrigará ao sujeito passivo alegar, na fase judicial, cerceamento do Direito de Defesa, na fase administrativa que se inicia.

Aduz que, da leitura da “Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal”, não há qualquer referência aos dispositivos regulamentares tipificadores/ incriminadores/punitivos; como se sabe; a clara descrição das infrações cometidas é peça fundamental e inspiradora do auto de infração, se não aponta dispositivos incriminadores/punitivos, não poderá exigir penalidades decorrentes dos fatos.

Alinha que, na peça vestibular - o “Auto de Infração”, em sua folha espelho - foram citados, Enquadramentos Legais para a Razão do Arbitramento os arts. 113, § 3º da Lei 5.172 de 26/10/66 (CTN); art. 4º combinado com o art. 2º da IN SRF 73/96; art 2º e 6º da IN SRF 126 de 30/10/98 combinado com o item da Portaria MF 118/84, art. 5º do DL 2124/84 e art. 7º da MP 16/01 convertida na Lei 10.426 de 24/04/2002.

Complementa, seguindo a mesma trilha argumentativa, que também os artigos 408-C, inciso IV e artigo 335 do Decreto 6.284/97, despontam com alíneas distintas, separáveis, divisíveis; não basta que se cite o agrupamento, há identificar-se a espécie, dentro do gênero; caso contrário, a acusação não se perfaz por completo.

Ataca o mérito argüindo que se não há dispositivo tipificador/punitivo bem colocado quando do feito inicial, portanto não há que se falar em penalidade pecuniária logo, o Auto de Infração desmorona-se por completo.

Requer que, caso vencida a Preliminar de Nulidade de Mérito, numa conotação meramente “AD ARGUMENTANDUM”, que se exclua a parcela intitulada como “MULTA” e suas cominações legais objeto do crédito tributário, apurado pela ilustre Autuante.

Requer a nulidade e se vendida seja acolhida a preliminar de mérito acima esboçada, caso vencidas todas as preliminares de nulidade.

Pede seja deferido o pedido de perícia técnica, já tendo produzido o elenco para tal mister, no bojo da defesa, sendo que, o Assistente Técnico será indicado em momento oportuno.

Pede a ilustre autuante que ao produzir a sua informação Fiscal (contestação), faça-o com clareza de linguagem precisa nas argumentações; abordagem de todos os tópicos da DEFESA (exame

detalhado das Preliminares de Nulidade e da Preliminar de Mérito e outros enfoques); fundamentação fática, jurídica e processual.

Protesta, de logo, por todos os meios probantes aceitos e possíveis em Direito Substantivo ou Adjetivo, especialmente por prova pericial, juntada posterior de documentos, e tudo mais que se fizer necessário ao melhor esclarecimento da demanda administrativa que aqui se inicia.

A autuante, à fl. 825, apresenta informação fiscal, afirmando que as omissões foram detectadas através do cruzamento dos DME e DMA com as informações do SINTEGRA, onde constam as compras efetuadas pelo autuado, consoante, as fls. 85 a 819 todas as notas coletadas, bem como às fls. 06 encontram-se a comparação dos valores que resultou na exigência.

Assim, afirma a autuante, que o lançamento teve como fato gerador a omissão de entradas que foi decretada a menos no DME e DMA, cabendo a aplicação da multa de 5% no período do SimBahia e 10% no período normal.

A 2ª JJF, à fl. 839 dos autos, em pauta suplementar, deliberou que o processo fosse encaminhado à INFAZ DE ORIGEM, para que seja providenciada, através da Inspetoria Fazendária, a entrega ao autuado ou seu representante legal, mediante recibo específico, cópias reprográficas das notas fiscais constantes nos autos, colhidas através do SINTEGRA, assim como os demonstrativos concernentes as infrações apontadas.

A diligência foi atendida conforme recibo à fl. 834 dos autos.

O autuado volta a se manifestar, às fls. 845 a 856 dos autos, alegando há vício insanável que culminará na nulidade da ação fiscal, isto porque, há vício de forma no tocante a base de cálculo do imposto, pois com-se vê na página 1 do auto de infração em tela (doc.02) e na página 1 do demonstrativo de débito (doc. 03). Portanto, falta clareza na ação fiscal, o que não permite ao autuado entender a acusação para que possa exercer seu direito a ampla defesa e no mesmo sentido é nulo o procedimento fiscal que exige imposto referente a mercadorias já submetidas à tributação. Como se vê, equivocou-se a nobre autuante ao exigir ICMS sobre receita já tributada pelo regime da substituição tributária, caracterizando, desse modo, a bitributação.

No mérito afirma que a autuação fiscal é improcedente por inexistir omissão de receita tributável e conseqüentemente inexistir saldo credor de caixa, no campo “aplicações” constam valores que já sofreram tributação e valores que ainda não tinham sido tributáveis. Ocorrem que tais valores que ainda não tinham sido oferecidos à tributação foram informados como receita nas DME’s e pagos o ICMS pelo regime do SimBahia. Logo não há que se falar em omissão de receita tributável.

Em face do exposto, requer seja julgado nula a ação fiscal, ou, se assim não entender este Egrégio Órgão Julgador, requer seja julgada improcedente.

Repete que não há clareza e segurança para se determinar a infração, e conforme o RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal) no seu art. 18, II e IV, prevê a nulidade da autuação quando o fisco cerceia o direito de defesa do contribuinte, *ipsis litteris*:

Apresenta, para amarrar suas arguições os ACÓRDÃOS CJF Nº 0353-11/06, JJF Nº 0318-05/06 JJF Nº 0197/00, ACÓRDÃO JJF Nº 0175/00, e JJF Nº 1905/00, nos quais, por falta de clareza e liquidez do lançamento os autos de infração foram considerados nulos.

Entende que houve bitributação, pois, a exigência recai sobre as mercadorias já submetidas à tributação.

Por outro lado, assegura que os papéis de trabalho, o lançamento encerra em si um patente equívoco consistente na cobrança de imposto sobre mercadorias declaradamente já tributadas quando da remessa das referidas mercadorias.

Traz uma situação hipotética de quando uma pequena empresa qualquer, aufera receita bruta com venda de mercadorias que não sofrem a Substituição Tributária, na ordem de R\$ 70.000,00

(setenta mil reais) e com venda de mercadorias que sofrem a Substituição Tributária na ordem de R\$ 140.000,00 (cento e quarenta mil reais). Tal contribuinte deverá declarar a receita bruta em sua DME, para efeitos do SimBahia, apenas a importância relativa aos produtos que não sofreram a Substituição Tributária e recolherá antecipadamente o ICMS substituto relativo às outras mercadorias caso não tenha havido o recolhimento pelo substituto tributário. Utiliza-se, pois, de dois sistemas de apuração do imposto já que se encontra diante da comercialização de mercadorias de espécies diferentes uma sofrendo antecipação tributária e outras não.

Afirma que o mesmo a dizer do caso em apreço, pois se trata de caso específico de contribuinte enquadrado como empresa de pequeno porte que comercializa produtos cujo ICMS já foi pago pelo substituto tributário.

Argumenta que não merece prosperar a autuação, pois, as mercadorias que já sofreram tributação. Ocorrem que tais valores que ainda não tinham sido oferecidos à tributação foram informados como receita nas DME's e pagos o ICMS pelo regime do SimBahia. Logo não há que se falar em omissão de receita tributável porque a receita tributável informada nas DMEs é superior ao valor das receitas que ainda não tinham sido tributadas.

Apresenta os ACÓRDÃOS JJF N° 0378-03/02, JJF N° 0111-01/04, e JJF n° 0098-01/04.

Deste modo, conclui o autuado, uma vez comprovado que não houve omissão de receita tributável, seja porque a receita obtida pela autuada se originou da venda de mercadorias que já sofreram tributação e da venda de mercadorias que tiveram o imposto pago pelo regime do SimBahia.

Pede a nulidade total do auto de infração.

A autuante apresenta nova informação fiscal, repetindo as informações anteriormente prestadas e acrescentando que não exigiu imposto de mercadorias tributadas pelo regime de substituição tributária, bem como a infração não trata de omissão de receita tributável, cabendo a cobrança sobre a omissão de declaração, exercício de 2004 a 2007 e falta de escrituração nos livros fiscais, em 2008.

Esclarece que a base de cálculo está claramente demonstrada, cabendo a diferença entre os valores do SINTEGRA, DMA e DME.

#### **VOTO**

O presente lançamento de ofício traz duas infrações por descumprimento da obrigação acessória: a primeira acusa o sujeito passivo de omitir a entrada de mercadorias no estabelecimento nas Informações Econômico-Fiscais, apresentadas através de DME (Declaração do Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte) e a segunda por dar entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

A autuante apura as duas infrações comparando os valores das aquisições constantes do SINTEGRA e os totais das entradas na DMA e na DME. Após a análise da metodologia utilizada para a imputação da exigência por descumprimento de obrigação acessória, verifico que a autuante ao comparar os valores das aquisições constantes do SINTEGRA e os totais das entradas na DMA e na DME, não consegue identificar ou mesmo apontar quais as notas fiscais e correspondentes mercadorias foram alvo das exigências, ou seja, omitiu a entrada ou deixou de registrar mercadorias.

Ainda que posteriormente, através de diligência, fossem indicadas tais notas, não caberia, pois as mesmas não foram especificadas para amparar o presente lançamento tributário por descumprimento da obrigação acessória, na medida em que na apuração dos fatos que caracterizaram o descumprimento da mencionada obrigação, não se sabia quais as aludidas notas ou as mercadorias cuja obrigação foi descumprida.

Assim, a falta de clareza argüida pelo autuado é materializada, na medida em que o mesmo não consegue saber quais as notas fiscais e correspondente mercadoria omitiu a entrada no estabelecimento e o registro na escrita fiscal, visto que essas são as infrações apontadas.

Considero nulas as infrações 01 e 02, vez que não há certeza das infrações cometidas, tendo em vista o desconhecimento de quais notas fiscais e correspondentes mercadorias não foram lançadas ou declaradas.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com base no art. 18, IV, “a” do RPAF/BA, pois não há certeza das infrações cometidas (01 e 02), tendo em vista o desconhecimento e inexistência nos autos da indicação de quais as notas fiscais e correspondentes mercadorias não foram registradas ou declaradas. É nulo o procedimento que implique cerceamento de defesa ou que não contenha elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração argüida.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração **nº 110120.0008/09-9**, lavrado contra **FRANCISCO JOSÉ RIBEIRO SOUZA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de abril de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR