

PROCESSO - A. I. N° 269114.0601/10-7
RECORRENTE - A.C. DE PAULA NETO (D.H. INFORMÁTICA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5º JF nº 0325-05/10
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 28/03/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0077-11/12

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS-DME. OMISSÃO DE DADOS. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. As inconsistências identificadas nos atos processuais evidenciam a existência de vícios que fulminam a ação fiscal. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PREJUDICADO**. Decretada, de ofício, a **NULIDADE** do Auto de Infração. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, proferida através do Acórdão nº 0325-05/11, que julgou Procedente o Auto de Infração epigrafado, lavrado em 18/06/2010, para exigir multa no valor de R\$21.126,66, correspondente a 5% sobre o valor comercial das mercadorias, no importe de R\$422.733,12, tendo em vista a omissão de entradas das mercadorias no estabelecimento nas Informações Econômico-Fiscais apresentadas através de DME (Declaração do Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte), constando que as omissões foram quantificadas com base nas diferenças entre os valores lançados na DME (2005) e aqueles decorrentes do somatório das notas fiscais de entradas, no mesmo exercício.

O autuado formalizou impugnação (fl. 234), concentrando sua defesa na tese de que a empresa não fez constar, na DME 2005, o total da diferença encontrada pela fiscalização, porque ditas mercadorias eram destinadas à Locação e, assim, consideradas como Ativo Imobilizado, portanto não tendo a finalidade de comercialização, sendo dispensadas do recolhimento de ICMS.

À fl. 247, o autuante apresentou a manifestação fiscal de praxe, contestando as alegações defensivas do contribuinte e mantendo integralmente o Auto de Infração.

Em seguida, a Junta de Julgamento Fiscal julgou Procedente o lançamento do processo administrativo fiscal, com Decisão de teor adiante transcrito:

“O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir MULTA, tendo em vista a omissão de entrada de mercadorias no estabelecimento apurada através da falta de registro dessas entradas nas Informações Econômico-Fiscais apresentadas através de DME (Declaração do Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte) no exercício 2005 e porque deixou de recolher ICMS nos prazos regulamentares na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA).

O autuado retifica a DME, anteriormente apresentada, fls. 232, argumentando que a diferença verificada não faz referência às mercadorias adquiridas para comercialização, mas destinadas à locação, dispensadas da tributação para recolhimento do ICMS.

Da análise das peças processuais, constato que o preposto fiscal elaborou demonstrativo relacionando as notas fiscais de entrada e apuração da base de cálculo da multa, inseridos às fls. 05/07, tendo por fonte as próprias notas fiscais, também encartadas nos autos. Verifico, pois, que as próprias alegações defensivas depõem a favor do acerto da ação fiscal, de sorte que a aludida Declaração de Movimento Econômico de Microempresa e de Empresa de Pequeno Porte precisou ser alterada, após o final dos trabalhos da fiscalização e lavratura do presente Auto de Infração, consignando o valor da diferença apurada, conforme consta da nova DME, fls. 235,

considerando que tal documento deve constituir-se exato reflexo do movimento econômico do estabelecimento autuado, acorde § 2º. Art. 235, RICMS, abaixo transcrito:

Art. 335. Os contribuintes inscritos na condição de microempresa ou de empresa de pequeno porte deverão apresentar, até o dia 28 de fevereiro de cada ano, a Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e de Empresa de Pequeno Porte (DME) e, quando for o caso, a sua Cédula Suplementar (CS-DME), relativamente ao período do ano anterior em que a empresa esteve enquadrada no SIMBAHIA.

§ 2º - Na DME serão informados os valores das receitas e dos pagamentos ou aquisições, do período do ano em que a empresa esteve enquadrada no SIMBAHIA, bem como os dados relativos aos estoques inicial e final do período considerado, devendo constituir-se em resumo e exato reflexo dos valores constantes nos documentos fiscais relativos a operações e prestações ocorridas no período de referência.

Entendo não lograr êxito de afastar a multa imposta pelo descumprimento da obrigação acessória, a apresentação a destempo da DME supra referida, fls.235, nem mesmo as razões da defesa de que a diferença encontrada não se refere às mercadorias adquiridas para comercialização, mas que destinaram à locação e consideradas como Ativo Imobilizado, estando dispensadas de tributação do ICMS.

E, isto, porque o contribuinte efetivamente não informou, no período regular e no campo próprio o total das suas aquisições, conforme já identificado através das notas fiscais juntadas aos autos pela fiscalização, fls. 14/227, não obstante a obrigação de informar os dados relativos a todas as aquisições, sejam mercadorias destinadas à comercialização, como também àquelas destinadas ao consumo e ativo do estabelecimento.

Sobre a alegação defensiva de que as mercadorias não foram adquiridas para comercialização, mas destinadas à locação e classificadas como ativo imobilizado, pelo mesmo motivo anterior, a arguição não se sustenta; nenhuma prova foi trazida ao PAF atestando a imobilização dos bens ou que estes serviram efetivamente à locação, sobretudo, porque as mercadorias constantes das notas fiscais não registradas pelo autuado se reportam à atividade comercial do estabelecimento, CFOP 47.51-2.00, comércio varejista especializado de equipamentos e suprimentos de informáticas.

Ainda assim, considerando os valores retificados, parece inverossímil que, da totalidade das receitas apresentadas pela microempresa (R\$ 5333.565,05), no exercício em discussão, R\$ 422.733,12 (justamente o valor colhido pela fiscalização) represente aquisições para locação e apenas ¼ desse valor, R\$ 110.831,93, corresponda a compras para comercialização, sendo esta a atividade principal do estabelecimento autuado.

Sem apresentar provas, o autuado limitou-se tão-somente a negar o descumprimento da obrigação acessória, o que não obsta a incidência da multa, à luz do art. 143, RPAF BA.

Posto isso, incide o autuado na penalidade por descumprimento de obrigação acessória prevista no artigo 42, XII-A, da Lei 7.014/96, e tal penalidade está amparada nas disposições contidas no artigo 408-C, IV do RICMS-BA, vigente à época da ocorrência dos fatos, que transcrevo abaixo:

“Art. 408-C. As microempresas, as empresas de pequeno porte e os ambulantes são dispensados do cumprimento de obrigações tributárias acessórias, exceto quanto às seguintes:

(....)

IV - apresentação, anualmente, por parte das microempresas e das empresas de pequeno porte, da Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (DME), Anexo 82, na forma e prazos do art. 335.”

“Art. 42

(...)

XII-A - 5% (cinco por cento) do valor comercial das mercadorias entradas no estabelecimento durante o exercício, quando não tiver sido informado na Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (DME).”

Assim, para os valores omitidos, não informados na DME pelo sujeito passivo, foi exigida a penalidade inculpada no artigo 42, XII-A, da Lei 7.014/96, de 5% do valor comercial das mercadorias entradas no estabelecimento durante o exercício. Portanto, considero correto o procedimento do autuante e não acolho os argumentos do sujeito passivo de que tais notas fiscais foram adquiridas para locação.

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.”

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 269/275), arguindo, inicialmente, preliminar de nulidade da Decisão de Primeira Instância, por cerceamento de direito de defesa, em face da JJF não lhe ter dado vista acerca da informação fiscal, com inobservância de princípio constitucional da ampla defesa.

Aduziu que a quebra do contraditório pelo acórdão é ostensiva e transcreveu o art. 5º, LV, da Constituição Federal, como suporte da sua fundamentação.

Prosseguindo, argumentou que, independentemente das razões de mérito, caberia suscitar a nulidade da peça inicial, ante a discrepância entre o histórico da autuação e o dos seus anexos e, ainda, a inadequação ao caso dos autos dos artigos do RICMS apontados como infringidos.

Afirmou que, nas peças anexas à autuação, o atuante refere-se a uma suposta multa a recolher, pela omissão de entradas de mercadorias nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DME, tomando como base o somatório das notas fiscais de entrada.

Ressaltou que a matéria do Auto de Infração em apreço já foi objeto de outra autuação identificada pelo nº 269114.0501/08-0, a qual foi arquivada por determinação deste Conselho.

Ainda mais, sustentou que a multa no percentual de 5% imposta no auto é descabida, porquanto efetivada, tempestivamente, as DMEs, conforme comprova a documentação residente nos arquivos da repartição fazendária, e que, inclusive, foi apresentada declaração retificadora, não podendo, portanto, nos termos do artigo 930, parágrafo único, do RICMS/97, se excluir a espontaneidade do sujeito passivo, o que torna indevida a imposição da multa em questão.

Asseverou que, na pior das hipóteses, em face do exposto, se comprovada a incorreção das declarações nas DMEs, deveria ser aplicada a multa de R\$140,00, prevista no art. 42, XVIII, “c”, da Lei nº 7.014/96.

Por último, teceu considerações sobre a ausência de prejuízo ao erário baiano, bem como comprovada a inexistência de má-fé, fraude e/ou dolo, o que viabilizaria a redução ou cancelamento da multa, conforme estabelece o art. 42, XXII, § 7º, da Lei nº 7.014/96, com a nova redação dada pela Lei nº 8.534/02.

Assim, requereu o acolhimento do Recurso, a fim de que fosse cancelado o débito fiscal reclamado, por ser juridicamente inválida a exigência contida no Auto de Infração.

A ilustre representante da PGE/PROFIS, Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, na sua manifestação, após breve análise da matéria, emitiu Opinitivo pela declaração de nulidade do procedimento, sob o seguinte fundamento:

“Da análise dos autos, verifico que o Recorrente cita, ainda que superficialmente, uma Decisão do CONSEF em relação a outro AI, em que se vislumbrou a nulidade procedimental.

Em busca da referida Decisão, percebo que há no presente processo um dos mesmos fatos que motivaram a decretação da nulidade, qual seja, descumprimento pelo FISCO do prazo para manifestação da empresa a respeito de notas fiscais indicadas pelo atuante.”

Em seguida, transcreveu a ementa e trecho do acórdão CJF Nº 0254-12/09, para aclarar o seu posicionamento, observando que a ação fiscal teve início em 18/06/2010, tendo sido, no mesmo dia em que o contribuinte foi intimado a apresentar livros e documentos, lavrado contra si o presente Auto de Infração.

Assim, no mesmo dia em que o contribuinte foi intimado a se manifestar sobre documentos fiscais no prazo de 48 horas, a autuação foi lavrada (18/06/2010), portanto, não sendo respeitado o prazo concedido.

Concluiu, então, a ilustre procuradora que *“em consonância com a manifestação do CONSEF em outro processo da mesma empresa, adoto os fundamentos ali constantes, acima transcritos, para que seja declarada a nulidade do procedimento, recomendando-se a instauração de nova fiscalização a salvo de falhas.”*

Consigna à fl. 287 dos autos o despacho da procuradora assistente Dra. Aline Solano Souza Casali Bahia, acompanhando integralmente os termos do Parecer de fls. 284/286, da lavra da procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, na linha da nulidade do procedimento.

VOTO

O Auto de Infração explicitado imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, decidindo a JJF pela procedência do Auto de Infração, o qual aplicou ao contribuinte a penalidade no percentual de 5% sobre os valores omitidos nas declarações de Informações Econômico-Fiscais, entendimento que gerou a irresignação do sujeito passivo, manifestada através de Recurso Voluntário, visando promover a reforma do julgado.

Ocorre que, ao examinar as peças processuais constantes da procedimentalidade, constatei a existência de questão ensejadora de decretação da nulidade da autuação, a qual pode e deve ser apreciada, de ofício, por este CONSEF, por se tratar de matéria de ordem pública, logo independentemente de provocação das partes e do ingresso em juízo.

Com efeito, a descrição dos fatos e documentos fiscais lastreadores da autuação indicam ter o autuante efetuado o lançamento tributário de ofício, contendo uma série de inconsistências que acarretam a fragilidade do procedimento adotado na ação fiscalizadora.

Assim, analisados os documentos que compõem a sequência adotada pelo autuante na ação fiscal, observa-se que consta, à fl. 08 dos autos, um documento intitulado “Termo de Início de Fiscalização”, tendo o representante legal da empresa autuada dele tomado ciência no dia 18/06/2010 e, naquela mesma data, consigna a fl. 09 um Termo de Intimação para apresentação de Livros e/ou Documentos, com ciência do autuado.

Ainda mais, contém a fl. 10 um outro Termo de Intimação entregue ao representante legal da empresa autuada no dia 18/06/2010, ou seja, na mesma data em que foi iniciada a ação fiscal, com o seguinte teor: *“Nos termos da legislação vigente, fica o contribuinte acima qualificado, intimado a apresentar a esta Fiscalização, nesta Inspeção, na data indicada abaixo, contestação aos demonstrativos oferecidos para conferência e os documentos correspondentes. Após este prazo, não havendo manifestação da empresa, será lavrado o Auto de Infração.*

Data: 22/06/10 Hora: 10:00h Local: Infaz Varejo” (grifos do relator).

Daí, fácil é se perceber que o autuante, através de Termos de Intimação, fixou prazos de manifestação diversos, o primeiro de 48 horas, enquanto o segundo para se encerrar às 10 horas do dia 22/06/2010, não tendo, contudo, os respeitado, porquanto lavrou o Auto de Infração na mesma data em que intimou o sujeito passivo, isto é, em 18/06/2010.

Sequenciando o quadro de inconsistências presentes na autuação, encontra-se, às fls. 05 a 07, demonstrativo listando notas fiscais e mencionando o recebimento de cópia desse relatório pelo autuado também no dia 18/06/2010, sem indicação da origem ou da forma de obtenção das cópias reprográficas das notas fiscais presentes no processo já naquela data, ressaltado o aspecto de que, compulsando as cópias acossadas ao feito, nota-se que quase a sua totalidade se reporta às 2ª via fixa e 5ª via contabilidade, pertencentes ao fornecedor e não ao destinatário, no caso o sujeito passivo.

De outra parte, tal fato se contrapõe a uma declaração datada de 18/06/2010 (fl. 11 do PAF), portanto, na data da lavratura da autuação e das intimações, assinada como cientificado o representante legal do autuado, em papel timbrado da Secretaria da Fazenda, nos seguintes termos: *“Declaro, para os devidos fins, que as fotocópias das notas anexas ao Auto de Infração nº 269114.0601/10-7, tiveram como origem notas fiscais originais fornecidas pela empresa autuada.”*

Nesse contexto, comungo do entendimento emanado pela PGE/PROFIS, no sentido de existir, no caso versado, vício insanável que fulmina o Auto de Infração, posto que presentes procedimentos incorretos na ação fiscal, principalmente o descumprimento, pelo FISCO, do prazo concedido para manifestação da empresa, o que, por si só, já ensejaria a nulidade do lançamento, a teor do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, segundo o qual é nulo o lançamento de ofício que não contenha elementos suficientes para se determinar, com segurança, a natureza da infração cometida e, de igual sorte, acarretando prejuízo ao pleno exercício do contraditório, por gerar insegurança jurídica.

Registre-se que a regra do § 1º do art. 18 do RPAF é inaplicável ao caso em discussão, porquanto tal norma apenas admite o saneamento do Auto de Infração na hipótese de incorreções, omissões ou inobservância de exigências meramente formais.

Desse modo, impõe-se a decretação da nulidade do Auto de Infração pela situação de incerteza nele ocorrente, além do cerceamento do amplo e constitucional direito de defesa do sujeito passivo, não se apresentando saneável, por configurar situação de evidentes discrepâncias identificadas no bojo do Auto de Infração, alusivas aos atos processuais praticados pelo fiscal atuante.

Destaco, por fim, que, apesar de representar um aparente atraso na tramitação do processo administrativo fiscal, em face do retrocesso, tal posicionamento, entretanto, pode configurar economia futura para o Estado da Bahia, ao evitar possíveis honorários sucumbenciais, os quais, provavelmente, ocorreriam em uma demanda no âmbito da Justiça.

Concludentemente, acompanhando o entendimento manifestado através de Decisão proferida por este Órgão julgador em autuação idêntica, voto pela decretação, de ofício, da NULIDADE do presente Auto de Infração, julgando PREJUDICADO o Recurso Voluntário e, nos termos do art. 156 do RPAF, represento à Autoridade Fiscal competente para instaurar novo procedimento fiscal no estabelecimento do autuado, isento de falha.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, decretar **NULO** o Auto de Infração nº 269114.0601/10-7, lavrado contra **A.C. DE PAULA NETO (D.H. INFORMÁTICA)**, recomendando à autoridade competente a repetição da ação fiscal, a salvo das mencionadas falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de março de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÊ - REPR. DA PGE/PROFIS