

PROCESSO - A. I. Nº 152240.0020/10-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - RGS DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0145-03/11
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 22/11/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0345-11/12

EMENTA: ICMS. NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. INSUBSTÂNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO PARA DECRETAR NULA A AUTUAÇÃO. A Decisão de primeira instância que comete equívoco na fundamentação e deixa de apreciar débitos reconhecidos pelo contribuinte é nula de pleno direito, por deficiência de fundamentação. Decretada, de ofício, a nulidade da Decisão proferida pela JJF. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento Fiscal para proferir nova Decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Processo foi encaminhado a esta Câmara em razão do Recurso de Ofício, o qual objetiva o exame da Decisão exarada pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF nº 0145-03/11, que julgou Nulo o Auto de Infração nº 152240.0020/10-4, lavrado em 18/03/2010, reclamando a cobrança do ICMS, no valor de R\$83.660,56, acrescido da multa de 50%, decorrente das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$76.428,26, em face de antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Demonstrativos sintéticos às fls. 14 a 16 e analíticos às fls. 17 a 40 e recibos do contribuinte de fls. 23 e 40.

INFRAÇÃO 2. Falta de recolhimento do ICMS, na quantia de R\$7.232,30, em razão de antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Demonstrativos sintéticos às fls. 237, 242 e 252. Demonstrativos analíticos às fls. 238, 240, 243, 246, 250, 253, 255, 258 e 261.

O autuado, tempestivamente, apresentou sua impugnação (fls. 268 a 278), tendo o autuante prestado a informação fiscal de praxe às fls. 296/298.

Em seguida, o processo foi convertido em diligência ao autuante (fls. 302/303), ocorrendo o seu pronunciamento às fls. 305/306, acompanhado de demonstrativos (fls. 308 a 377), enquanto o contribuinte sobre ele se manifestou às fls. 382/391.

Sequenciando, a 3ª JJF dirimiu a lide administrativa posta à sua apreciação, assim se posicionando:

O Auto de Infração foi lavrado em razão das duas imputações descritas no Relatório que antecede este voto.

Analisoando os autos deste processo, verifico que os dados dos documentos e dos demonstrativos acostados pelo Fisco, e os dados das informações fiscais prestadas tanto antes, quanto depois, da diligência determinada por esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal, deixam dúvidas quanto à auditoria realizada e quanto à natureza das infrações imputadas pelo Fisco, conforme visto a seguir.

Observo que ocorre a descrição inexata das imputações, e a indicação incorreta dos dispositivos normativos relacionados às mesmas, vez que foi citado, como suporte das acusações fiscais, a falta de recolhimento do

ICMS, o enunciado da primeira Infração indicando que se tratava de imposto devido por antecipação parcial, e o enunciado da segunda Infração indicando que se tratava de imposto devido por substituição tributária. Contudo, no campo “Enquadramento legal” da primeira Infração, à fl. 01 dos autos deste processo, dentre outros está citado o artigo 352-A do RICMS/BA, que trata do ICMS devido por antecipação parcial, e no campo equivalente da segunda Infração, à fl. 02 dos autos, dentre outros está citado o artigo 386, inciso I, do mesmo Regulamento, dispositivo este que trata do imposto devido por substituição tributária. E contradiatoriamente, nos cabeçalhos dos demonstrativos analíticos do levantamento fiscal que foram acostados pelo preposto fiscal ao Auto de Infração, para as duas imputações estão indicados ao mesmo tempo os artigos 352-A e 353 do RICMS/BA, embora o primeiro dispositivo seja atinente ao imposto devido por antecipação parcial, e o artigo 353 trate apenas de imposto devido por substituição tributária.

Assim, embora em ambos os dispositivos normativos exista a antecipação do momento do pagamento do ICMS, a base e condições para a ocorrência de tais antecipações tributárias têm fundamentos completamente distintos, que não devem ser confundidos entre si.

Detectado o equívoco cometido no preenchimento destes cabeçalhos de demonstrativos fiscais originalmente elaborados pelo autuante, esta 3ª Junta determinou que o preposto fiscal o corrigisse, explicitando que, caso fossem citados dispositivos normativos em tais cabeçalhos, para cada imputação deveria ser citado, no demonstrativo respectivo, a norma relativa à infração detectada. Ou seja, para a infração de falta de recolhimento de imposto devido por antecipação parcial, não poderia ser citado dispositivo atinente à substituição tributária, e vice-versa.

Contudo, o equívoco de indicação de dispositivos normativos persistiu nos novos demonstrativos fiscais elaborados após a solicitação desta 3ª Junta.

Isto não seria causa de nulidade, se a imputação houvesse ficado definida de maneira inequívoca para o contribuinte. Porém, como no enunciado da Infração 02 está descrita a imputação como: “Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, ou substituição tributária, na condição de empresa optante (...)", para a imputação 02 existe uma dubiedade que poderia ter sido esclarecida com a complementação dos dados na descrição dos fatos, e não o foi. A falta de clareza mencionada foi agravada com o preenchimento incorreto dos demonstrativos analíticos relativos à Infração 02.

Por outro lado, o autuante afirma que a ação fiscal realizada baseou-se em planilhas elaboradas pelo contribuinte. A ação fiscal deve ser desenvolvida pelo Fisco com base nos documentos fiscais do contribuinte, e não nas planilhas por estes elaboradas.

Ademais o Fisco não explicita os motivos pelos quais, segundo afirma na informação fiscal, notas fiscais “sinalizadas” pelo sujeito passivo não foram consideradas quando da realização dos cálculos do levantamento fiscal. Assinalo, também, que a ausência de tais notas fiscais no processo inviabiliza a sua análise por esta 3ª Junta.

Ressalto que os dados dos demonstrativos sintéticos originalmente acostados aos autos pelo Fisco não refletem com exatidão os valores lançados no demonstrativo de débito do Auto de Infração. Observo, por oportuno, que a informação fiscal traz dados pouco claros acerca dos valores que foram excluídos, e que restaram a ser lançados para cada uma das imputações, em decorrência de cada operação objeto das duas infrações, quando da revisão do lançamento fiscal originalmente realizado.

Assim, diante do conjunto das inexatidões de dados da presente ação fiscal, resta impossibilitado que seja determinado, com segurança, o cometimento das infrações apontadas, e o valor real do débito porventura existente e a ser lançado de ofício, em razão das operações praticadas pelo contribuinte nos exercícios de 2007 a 2009.

É nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal, que implique em cerceamento de defesa, ou que não contenha elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração apontada e a base de cálculo do imposto exigido, conforme dispõe o artigo 18, inciso II, e inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99. Por conseguinte, devido às inexatidões expostas, que constituem falhas que não foram sanadas quando da realização de diligência neste sentido, por determinação desta 3ª Junta, concluo pela nulidade da ação fiscal.

Por tudo quanto exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração. Recomendo a realização de nova ação fiscal, nos termos do artigo 156 do RPAF/99, em procedimento a salvo de incorreções.

Porquanto a desoneração do sujeito passivo ultrapassou o valor do limite previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 3ª JJF recorreu de ofício de sua Decisão.

VOTO

Consoante descrito no relatório, apresenta-se como objeto do Recurso de Ofício sob comento a Decisão da 3ª JJF que julgou Nulo o Auto de Infração epigrafado, onde se cobra ICMS referente à

falta de recolhimento devido por antecipação parcial, reportando-se às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado (infração 1), bem assim pela ausência de recolhimento do imposto, devido por antecipação ou substituição tributária, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado (infração 2), considerando o autuado na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional.

Após exame atencioso dos autos, constato que, efetivamente, a Decisão recorrida merece reforma, porquanto não se concretizam, nos fundamentos elencados pela JJF, máculas capazes de inquinar de nulo o Auto de Infração, na medida em que inocorrente qualquer das hipóteses estatuídas no art. 18, e seus incisos, do RPAF/99.

Na realidade, considero insubsistentes os motivos apresentados pela Junta para decretar a nulidade, posto que, além de não ser vedada à utilização de demonstrativos e planilhas elaborados pelo contribuinte, mostrando-se possível ser considerados documentos hábeis a instruir lançamento de ofício, no caso versado, o fiscal elaborou suas próprias planilhas de débito.

A par disso, no que tange ao equívoco do auditor no enquadramento dos dispositivos legais infringidos, incide, na espécie concreta a norma do art. 19 do RPAF, a qual desautoriza a decretação da nulidade quando a descrição dos fatos se revela suficiente para revelar o enquadramento legal.

Finalmente, verifica-se que, às fls. 41/42, 76/80, 199/200 e 234/236 o contribuinte reconheceu, expressamente, a existência de débitos sob a mesma rubrica, ou seja, alvo do presente lançamento de ofício.

Tal constatação, sob o prisma da verdade material, deveria ter sido, após apreciação, alvo de diligência, a qual se apresenta inviável nesta oportunidade processual, sob pena de supressão de instância.

Ante o exposto, voto pelo Provimento do Recurso de Ofício, para anular a Decisão recorrida, devendo os autos retornar à 1ª Instância para adoção das medidas cabíveis de saneamento e instrução do processo, inclusive diligência objetivando a verificação dos pagamentos eventualmente realizados pelo sujeito passivo e dos débitos já confessados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício formalizado e decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **152240.0020/10-4**, lavrado contra **RGS DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo o processo retornar à Primeira Instância para que se proceda a novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de outubro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

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