

PROCESSO	- A. I. Nº 206891.0016/11-9
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- LOJAS INSINUANTE LTDA. (DUKEL)
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0161-04/12
ORIGEM	- IFEP COMÉRCIO
INTERNET	- 29/11/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0363-11/12

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CONTRADIÇÃO ENTRE OS FATOS OBJETO DOS LEVANTAMENTOS FISCAIS E OS DESCritos NO AUTO DE INFRAÇÃO. FALTA DE SEGURANÇA QUANTO À INFRAÇÃO APONTADA. É nulo o lançamento de ofício que não contenha elementos suficientes para se determinar com segurança a infração (art. 18, IV, “a” do RPAF/BA). Restou incerta a descrição dos fatos quanto à ocorrência da infração de utilização indevida de crédito fiscal ou de apuração a menos do que o devido do imposto incidente nas operações de transferências interestaduais de mercadorias. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 4ª 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 lavrado em 19/10/11, para exigir ICMS no valor de R\$1.348.975,47, acrescido da multa de 60%, sob a acusação de utilização indevida de crédito fiscal nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem, superior a estabelecida em lei complementar, convênio ou protocolo (01/01/06 a 31/12/06).

A 4ª JJF, decidiu pela nulidade do Auto de Infração, conforme transcrição abaixo.

O Auto de Infração epigrafado imputa ao contribuinte o cometimento de ilícito à legislação do ICMS, tendo sido consignado no corpo da peça inicial que a suposta irregularidade foi à utilização indevida de crédito nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pelo estado de origem, registrada em montante superior ao estabelecido em lei complementar.

Ocorre que, ao examinar as peças constantes dos autos, de acordo com o que foi argumentado pelo sujeito passivo, constatei a existência de questão ensejadora de decretação da nulidade.

Com efeito, as informações dos auditores fiscais, assim como os demonstrativos (fls. 11 a 31) e documentos lastreadores da autuação indicam que os prepostos do Estado efetuaram o lançamento tributário de ofício com fulcro nas saídas de mercadorias, e não nos ingressos, como qualquer leitor entenderia ao analisar a descrição inicial (fl. 04).

Válido ressaltar que no campo “Enquadramento” de fl. 05 estão destacados os artigos 93, § 5º, II e 97, VII, ambos do RICMS/1997, relativos a crédito fiscal, enquanto os elementos do processo, em especial os levantamentos de fls. 11 a 25, demonstram que a exigência recaiu sobre transferências originárias do estabelecimento autuado, cujas bases de cálculo as autoridades fiscais entenderam serem menores do que as pertinentes.

Ou seja, há um evidente descompasso entre a descrição do ilícito, o enquadramento legal e aquilo que em verdade motivou o ato administrativo, situação que estiola os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, encartados no art. 2º, RPAF/1999, e que reclama a nulidade prevista no art. 18 do mesmo Regulamento.

Não se deve esquecer o vício concernente à inobservância da obrigação conferida ao servidor público de motivar todos os atos que edita, sejam gerais, sejam de efeitos concretos. O princípio da motivação, entre os

demais, é um dos mais importantes, uma vez que sem a mesma não há o devido processo legal, pois a fundamentação surge como meio interpretativo da Decisão que levou à prática do ato impugnado, sendo também verdadeiro meio de viabilização do controle da legalidade. Motivar significa mencionar o dispositivo legal aplicável ao caso concreto e relacionar de forma comprehensível os fatos que efetivamente levaram à sua aplicação.

Observo que apenas na informação fiscal de fls. 244 a 252 foi dito que “este PAF somente possui uma infração: exclusão ou estorno do valor do frete- CIF (...).” Tal afirmação não constou da peça vestibular.

No mesmo documento (fls. 244 a 252) há referências ininteligíveis a incidentes que não ocorreram neste processo: juntada de documentos de fls. 487, 582 e 215, defesa de fls. 257 a 715 (fl. 250) e diligência (fl. 248), erros que demonstram desobediência ao comando do § 6º do art. 127 do RPAF/1999.

Nos termos do que expôs o impugnante à fl. 108, verifico que, de fato, foi levado a efeito um peculiar e equivocado método para determinar a base de cálculo do tributo nas transferências entre estabelecimentos do mesmo grupo. Dos valores das entradas mais recentes foram retirados os totais atinentes ao ICMS destacado nos documentos de entrada, ao passo em que foi incluído o mesmo tributo no cômputo das saídas, falha reconhecida na informação de fls. 278/279.

Sendo assim, além do equívoco referente aos cálculos, em razão dos quais os próprios autuantes pleitearam a nulidade, no presente lançamento de ofício, verifica-se a existência de vício insanável que fulmina o Auto de Infração, que é a não identidade do ato infracional descrito no lançamento, o que por si só caracteriza a nulidade, a teor do art. 18, IV, “a” do RPAF/1999, segundo o qual é nulo o lançamento de ofício que não contenha elementos suficientes para se determinar, com segurança, a natureza da infração cometida, o que também acarreta prejuízo ao pleno exercício da ampla defesa e do contraditório.

Nos termos do artigo 39, inciso III do RPAF/1999, a descrição dos fatos deve ser feita de forma clara e precisa. 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 na hipótese de incorreções, omissões ou inobservância de exigências meramente formais.

Desse modo, impõe-se a decretação da nulidade pela situação de incerteza existente, nesse passo, acarretando o cerceamento do amplo e constitucional direito de defesa do sujeito passivo, não sendo saneável por configurar situação de dúvida em que não se pode determinar, com segurança, a infração porventura verificada na ação fiscal.

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

Represento à autoridade competente para que determine a renovação da ação fiscal observado o prazo decadencial, haja visto que o equívoco que culminou com a nulidade do lançamento se reveste em erro material.

Concludentemente, comungando com o entendimento já manifestado, através de diversas decisões proferidas por este Órgão em situações idênticas (Acórdãos CJF 0055-11/11, 0390-11/11, 0397-11/11 etc.), voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

Autuado e autuantes foram cientificados do resultado do julgamento e não se manifestaram.

VOTO

Verifico que a 4ª JJF fundamentou a Decisão pela nulidade do Auto de Infração em razão de haver contradição entre os fatos objeto do levantamento fiscal e descrito na infração.

Pela análise dos elementos contidos no processo verifico que acusa “utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem, superior a estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolo”.

No enquadramento foi indicado os artigos 93, § 5º, II e 97, VII, ambos do RICMS/97, que trata de limite a ser “admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado: II - quando, em operação interestadual, a legislação da unidade federada de origem fixar base de cálculo superior à estabelecida em lei complementar ou em convênio ou protocolo, ou quando o imposto houver sido recolhido com base em pauta fiscal superior ao valor da operação” e também da vedação do crédito “VIII - nas situações do § 5º do art. 93, relativamente à parte excedente”.

Embora tenha sido indicado logo a seguir da descrição dos fatos “*VIDE DETALHAMENTO CONSIGNADO NO PRÓPRIO TEXTO DESTE AUTO DE INFRAÇÃO*”, observa-se que foi descrito na fl. 3 que o trabalho diz respeito à verificação da base de cálculo nas operações de saídas em transferências interestaduais oriunda do estabelecimento autuado – CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO – localizado neste Estado, também foram descritas ementas de decisões do CONSEF/BA e do Superior Tribunal de Justiça acerca de crédito fiscal e de formação de base de cálculo.

O estabelecimento autuado, em sua defesa (fls. 102/111), requereu a declaração de nulidade sob o argumento de que o lançamento de ofício não continha elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator, o que foi contestado pelos autuantes na primeira informação fiscal (fls. 244/252).

Na manifestação acerca da informação fiscal (fls. 268/273), a empresa reiterou o pedido de nulidade, argumentando que a infração é descrita como utilização indevida de crédito fiscal o que conduza interpretação de que utilizou crédito fiscal a mais que o devido nas operações de recebimento por transferência, mas que na página 2 do Auto de Infração é descrito que se trata de operações de saída interestadual com base nas entradas mais recentes e que a “*cobrança refere-se ao ICMS debitado a menor no livro de saídas*”.

Na segunda informação fiscal (fls. 278/279), os autuantes reconheceram “*ter ocorrido um erro FORMAL quando da composição da BASE DE CÁLCULO*” passando a seguir a demonstrar como foi apurada a base de cálculo nas operações de transferências. Concordaram com a nulidade suscitada, para que pudessem renovar o procedimento fiscal a salvo de falhas.

Ao contrário do que foi manifestado pelos autuantes, o equívoco que culminou com a nulidade do lançamento se reveste em erro material, pois há incerteza quanto à constituição da base de cálculo e descrição da infração.

Pelo exposto, conforme apreciado na Primeira Instância, impõe-se a decretação da nulidade do lançamento por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator (art. 18, IV, “a” do RPAF/BA) o que implicou em cerceamento do direito de defesa do sujeito passivo.

Portanto não merece qualquer reparo à Decisão proferida pela 4ª JJF, motivo pelo qual, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 206891.0016/11-9, lavrado contra LOJAS INSINUANTE LTDA. (DUKEL).

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de novembro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

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