

A. I. N° - 232845.0513/11-4
AUTUADO - RICARDO ELETRO DIVINÓPOLIS LTDA.
AUTUANTE - VIRGÍLIO FRANCISCO COELHO NETO
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET 10.10.2012

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0253-04/12

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE DETERMINAR A INFRAÇÃO. É nulo o procedimento fiscal que não indica de forma clara a descrição dos fatos, os dispositivos legais infringidos e a tipificação da multa correlata com a infração cometida. Há insegurança na determinação do ilícito e cerceamento do direito de defesa. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado no dia 09/12/2011, exige ICMS no valor histórico de R\$ 12.794,40, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, Lei 7.014/1996, sob a acusação de falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas em valor inferior ao das saídas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria em exercício fechado (2006), levando-se em conta, para o cálculo do débito, o valor de maior expressão monetária, das saídas tributáveis.

Através de advogada regularmente constituída (procuração e substabelecimento às fls. 101/102), o sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 44 a 62.

Em preliminar de nulidade, com fundamento em doutrina, no art. 5º, LV, CF/1988 c/c art. 2º, RPAF/1999, aduz que o lançamento de ofício foi efetuado em afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório, visto que o autuante apresentou, em termos gerais, um volume de mercadorias em quantidades, sem especificar a que documentos as operações dizem respeito.

Tal fato, por exemplo, impossibilita identificar situações como vendas para entrega futura e compras no dia 31 de dezembro, com retiradas nos dias seguintes. Na sua concepção, a situação é agravada com a indicação não específica dos itens objeto da auditoria (“circulador”, “TV LG 21” etc.), o que torna impossível a identificação das omissões apontadas.

Em seguida, registra que nenhum consumidor compra tais aparelhos sem notas fiscais, fato que sequer pode ser reputado como prática de mercado. Na pior das hipóteses, segundo alega, o autuante deve ser instado a corrigir as incongruências, de maneira que possa exercer o contraditório e a ampla defesa.

No mérito, pondera que os cartões de telefonia (“sim cards”) sofrem tributação sob regime especial, sendo descabido o cálculo apontado na planilha de débito.

O fisco também não teria observado que o Decreto 7.799/2000 trata da sua aplicabilidade nas hipóteses de vendas já contempladas com redução de base de cálculo ou concessão de crédito presumido, quando as normas do mesmo forem mais favoráveis ao contribuinte (fls. 54/55). Assim é que – com relação às vendas de celulares e “sim cards” – o mencionado Decreto lhe é mais benéfico e deve ser aplicado em detrimento do art. 87, XXIV e XXV do RICMS/1997.

Colaciona demonstrativo de comparação à fl. 57 e pede que sejam compensados os créditos na hipótese de haver tributo a recolher. Requerendo diligência, afirma que diversos produtos designados no levantamento estão sujeitos à antecipação parcial, e que os créditos referentes não foram levados em consideração na auditoria de estoques, pelo que pleiteia compensação, com fulcro no art. 155, § 2º, I, CF/1988.

Por fim, reitera o pedido de diligência fiscal, produção de prova pericial e documental.

Na informação, de fls. 107 a 110, o autuante pondera que o levantamento quantitativo de estoques foi realizado tomando por base os documentos encaminhados a esta Secretaria através de arquivos magnéticos e que a defesa é descabida. Isso porque à fl. 42 está anexado comprovante de entrega de mídia eletrônica com dados extraídos dos citados arquivos (fl. 37). Dos referidos dados constam as entradas, saídas, preços médios e resumo de omissões (de entradas e de saídas).

Assevera que a alegação de discriminação incompleta de mercadorias é “desculpa descabida”, uma vez que trouxe aos autos os códigos dos produtos, seguidos das descrições.

Com respeito ao benefício de redução de base de cálculo nas operações com aparelho celular e “sim card”, argumenta que o impugnante não se deu ao trabalho de analisar o levantamento fiscal, no qual foi utilizado o valor correspondente à base de cálculo já reduzida nas notas fiscais.

Pede a procedência da autuação.

VOTO

De acordo com o que já foi acima exposto e com o que está registrado no campo “Descrição dos Fatos” de fl. 01, o Auto de Infração em exame exige ICMS sob a acusação de falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas em valor inferior ao das saídas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria em exercício fechado (2006), levando-se em conta, para o cálculo do débito, o valor de maior expressão monetária, das saídas tributáveis.

Ocorre que há um descompasso entre a acusação e o que foi efetivamente apurado na planilha de fls. 22 a 36, que demonstra serem as omissões de entrada maiores do que as de saída, respectivamente, nos montantes de R\$ 12.794,40 e R\$ 5.763,49.

Peço vénia para extrair algumas palavras e fundamentos do Acórdão CJF 0403-11/11, da relatoria do eminente conselheiro Valnei Sousa Freire, que decidiu situação semelhante à presente.

No presente lançamento de ofício verifica-se a existência de vício insanável que fulmina o Auto de Infração: a não identidade do fato infracional descrito no procedimento administrativo e a situação ensejadora da imputação, o que por si só já causaria a nulidade do ato, 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, mácula que também acarreta prejuízo ao pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

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 nas hipóteses de incorreções, omissões ou inobservância de exigências meramente formais.

Desse modo, impõe-se à decretação da nulidade do lançamento em enfoque, pela situação de incerteza nele existente, 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 da Justiça.

Represento à autoridade competente para que determine a renovação da ação fiscal.

Ante o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232845.0513/11-4**, lavrado contra **RICARDO ELETRO DIVINÓPOLIS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de Outubro de 2012.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA