

A. I. Nº - 022581.0004/13-3
AUTUADO - SIMARON PEREIRA GOMES
AUTUANTE - MÁRIO BASTOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ VALENÇA
INTERNET - 13/11/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0278-03/13

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. Constatada a falta de intimação válida para entrega de listagem diagnóstico ou indicação de registros faltantes. É nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal, que implique cerceamento de defesa. Recomendada a renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/06/2013, exige crédito tributário, no valor total de R\$15.417,18, em decorrência do fornecimento de informações de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requerido mediante intimação, com omissão de operações, ficando o valor da multa de 5% limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações omitidas, nos meses de dezembro de 2008, janeiro e dezembro de 2009, janeiro e dezembro de 2010, e janeiro de 2011.

O autuado apresenta impugnação, fls. 07 a 23, depois de reproduzir o teor da acusação fiscal, articula os seguintes argumentos para refutar autuação.

Ressalta a observância dos princípios e preceitos constitucionais que se deve ater a imposição tributária, já que, segundo o pensamento do jurista Ives Gandra, que esta, “representa apropriação de bens do cidadão”.

Diz caber ao o ônus da prova em questões tributárias, caso contrário, viver-se-ia em eterno temor e desconfiança, uma vez que significaria a expropriação dos recursos do contribuinte em detrimento da sua condição cidadã e do seu direito patrimonial assegurado constitucionalmente.

Menciona que também de acordo com Ives Gandra, sempre que a tributação agregada retire do contribuinte a capacidade de se sustentar e se desenvolver (ganhos para suas necessidades essenciais e ganhos a mais do que essas necessidades para reinvestir ou se desenvolver), estar-se-á perante o confisco. Asseverando que é contra o Direito julgar ou responder sem examinar o texto em conjunto, apenas considerando uma parte qualquer do mesmo.

Afirma que não se pode concluir pela culpabilidade de alguém sem prova cabal da sua infração, sob pena de leviandade e afronta a justiça. Acrescenta que o procedimento de fiscalização e, por conseguinte, da autuação, têm que estar, necessariamente, revestidos de liquidez e certeza, pois constituem requisitos fundamentais para conferir legitimidade e validade ao crédito tributário. Arremata assinalando que o simples procedimento fiscalizatório não reveste de formalidade específica a exação imposta ao contribuinte.

Diz ser patente que os atos administrativos são atos vinculados, portanto, a administração pública só poderá praticar atos públicos, em conformidade com os Princípios basilares, da segurança jurídica, o republicano, o democrático, o da cidadania, o da dignidade da pessoa humana e da participação que norteiam o Direito Administrativo brasileiro e que estão previstos, nos artigos da CF/88.

Assinala que existem normas básicas que regem a atividade da Administração Pública no Estado Brasileiro, que são conhecidos como Princípios Gerais de Direito Administrativo, dentre os quais se destacam: o da subsidiariedade, da presunção de validade, da indisponibilidade do interesse público, do devido processo legal, da motivação, do contraditório, e da descentralização.

Afirma que o ato administrativo apresenta cinco elementos ou requisitos, sendo: competência, forma, objeto, motivo e finalidade. Destaca que o motivo implica na exposição das razões de fato e de direito, tornando assim a providência a ser tomada, legal e apropriada para a situação concreta.

Colaciona trechos da lavra dos juristas, Maria Sylvia Zanella di Pietro, Celso Antonio Bandeira de Mello para exaltar a importância do princípio constitucional implícito da motivação como determinante para que a administração pública “motive” o ato administrativo, previamente ou concomitantemente a sua edição, expondo de forma expressa e clara quais as circunstâncias de fato e os fundamentos jurídicos, que levaram a sua prática.

Afirma que os princípios da Motivação e da Segurança Jurídica não foram mitigados na presente autuação tornando a autuação, passível de anulação.

Observa que no presente Auto de Infração falta motivação e a Segurança Jurídica na presente exação fiscal, quando o autuante descreve que “...o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período. Calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas”, e, quando da aplicação da multa, faz-lhe incidir sobre o percentual de 5% sobre os valores dos estoques iniciais e finais ao mesmo tempo, sem uma explicação, no texto, de forma clara e inconfundível dessa ação.

Assinala que houve desrespeito ao princípio da legalidade, fato este que tornou o autuante, à luz da legislação vigente, impedido por vedação legal para a prática do ato administrativo, ocasionando por consequência a nulidade do Auto de Infração.

Diz que o presente lançamento é nulo desde o seu nascedouro, por contrariar as normas contidas na legislação vigente, nos termos do art. 18, incisos III e IV, “a” do RPAF-BA/99, que reproduz.

Ressalta que não sendo declarado a Nulidade da autuação, passa a considerar a hipótese de confisco, conforme asseverado pelo ilustre jurista Ives Gandra nas considerações iniciais.

Cita que o Erro de Direito cometido nas autuações fiscais também acarreta a nulidade desses atos administrativos por afronta ao Princípio da Legalidade, pela inexistência de fundamento jurídico necessário para dar-lhes o devido embasamento legal, consoante previsão do art. 37 da CF/88.

Acrescenta que de acordo com o próprio CTN estabelece que os tributos devem ser exigidos na forma da lei, sem a qual será inconstitucional e ilegal a sua cobrança, assim como ser a atividade administrativa do Lançamento vinculada as previsões legais, nos termos do inciso II, do art. 5º e inciso I do art. 150, ambos da CF/88, e inciso I do art. 97 e parágrafo único do art. 142 do CTN. Prossegue asseverando que tais exigências têm por objetivo garantir ao administrado que anteveja a adequação do Lançamento realizado as normas jurídicas vigentes no ordenamento, principalmente quanto à procedência da exigência do tributo objeto da autuação lavrada, a sua responsabilidade e etc.

Depois de reproduzir fragmento do pensamento de Gilberto de Ulhôa Canto sobre a nulidade das autuações por terem sido praticadas sem o arcabouço da legalidade em vista do Erro de Direito cometido e transcrever ementas de decisões administrativas Conselho de Contribuintes da Receita Federal, afirma que a decretação de nulidade do procedimento fiscal é medida que se impõe, pela primazia do direito e da segurança jurídica e isto é o que se requer e o arquivamento do presente feito.

Ao tratar do mérito reproduz o teor do art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF-BA/99 e da alínea “i” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei 7.014/99. Em seguida, afirma que o

caso em questão em nada tem haver com o dispositivo utilizado na tipificação da multa. Diz que deve ter havido um grande equívoco do autuante, pois o fato apurado não refere a omissão de entradas e saídas de mercadorias omitidas de arquivos eletrônicos.

Assinala que o ocorrera foi apenas a falta da informação, por falha em seu sistema de informação, do registro 74 na base do Sintegra, as entradas e saídas foram registradas normalmente, portanto, o dispositivo usado não se refere a infração levantada.

Destaca que a base de cálculo utilizada foi outro equívoco grave, o uso do valor dos estoques iniciais e finais como base de cálculo foi no mínimo inusitado, o dispositivo utilizado como base para a autuação diz (5% do valor das entradas e saídas de mercadorias...), ora, como não houve omissão de informação de entrada e saída, o autuante precisou usar de criatividade para encontrar uma outra base de cálculo e ainda mais “dobrada” final de um ano e início do outro ano. Essa situação foi no mínimo “*sui generis*”.

Solicita que o presente Auto de Infração seja declarado nulo de pleno direito, haja vista, a falta de base legal ou equivocada para sustentar a presente autuação, além do erro grave e utilização duplicada da base de cálculo definida.

Informa que é uma empresa de pequeno porte, com pouco dinheiro e poucas condições tecnológicas para se adaptar rapidamente às exigências fiscais, na verdade, lutando desde 2008 para entrar no Simples Nacional, infelizmente, até agora, sem sucesso.

Observa que precisaria de pelo menos 30 a 60 dias para lançar o registro de inventário (estoques iniciais e finais) no Sintegra.

Pondera que apesar de crer que dificilmente esse Conselho fará prosperar o Auto de Infração, e destaca que o mesmo art. 42 em seu inciso “j” dispõe de imposição de multa no valor de R\$1.380,00.

Assinala que apesar de lhe parecer extremamente injusto, senão gravemente pesado, a única possibilidade de cobrança para a situação em questão, seria de R\$1.380,00, conforme consta no aludido dispositivo: “sem o nível de detalhe exigido na legislação”.

Esclarece que o novo direito visa resgatar, através de leis e regulamentos modernos, o respeito, a dignidade e a axiologia do justo, fato este, diz entender que um pequeno prazo para adequação a essas exigências acessórias resolve o problema sem ofensas a princípios basilares a constituição.

Sustenta que poder-se-ia ter evitado todo esse transtorno, senão abuso, uma simples dilação do prazo de intimação para que a empresa pudesse se adequar à intimação. Infelizmente essa não é a atitude do fisco, que prefere infringir ao contribuinte, multas desnecessárias e absurdas.

Assegura que no caso em tela, o procedimento de fiscalização confuso e/ou equivocado transgredir regras comezinhas do Direito Tributário e Administrativo, além de que sua manutenção acarretará, inexoravelmente, num acinte à cidadania e ao livre comércio, caso seja julgada procedente da presente autuação, coisa que afirma não acreditar.

Conclui requerendo o acatamento do seu pedido de nulidade do feito ou, diante da iminente impossibilidade de fazê-lo, que julgue pela sua improcedência ou, na mais remota hipótese, que a aplicação da multa seja convertida o valor de R\$1.380,00, com espeque no art. 42, alínea “j” do inciso XIII-A da Lei 7.014/99.

Na informação fiscal, fl. 31, o autuante observa que o autuado apresentou às fl. 07 e seguintes, a qual irá apreciar e contestar.

Informa que o impugnante sistematicamente deixou apresentar o R74(itens e valor do estoque) - Sintegra.

Oberva que o autuado foi intimado para regularizar a obrigação, como usuária de equipamento para emissão de documento fiscal (ECF).

Conclui mantendo a autuação.

VOTO

Este Auto de Infração cuida do lançamento de ICMS decorrente do fornecimento de informações de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requerido mediante intimação, com omissão de operações, ficando o valor da multa de 5% limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações omitidas. Há um adendo na descrição do fato explicando que "... tendo sido apuradas as seguintes irregularidades: 2008 a 2011 - ESTOQUES INICIAIS E FINAIS OMITIDOS DO SINTEGRA - registro 74".

Preliminarmente, destaco a constatação dos seguintes aspectos formais e de fato no presente processo administrativo fiscal:

1. Falta da Intimação para apresentação de Informações em Meio Magnético no Auto de Infração, fato não verificado no saneamento e no registro do auto;
2. Anexação pelo autuante, por ocasião da informação fiscal, de cópia de Intimação para apresentação de Informações em Meio Magnético, fl. 35, sem constar a indicação dos registros faltantes e sem a assinatura do autuado;
3. Falta do demonstrativo de débito discriminando a origem da base de cálculo sobre a qual foi aplicada o percentual e a cópia da documentação fiscal em que foram obtidos os valores arrolados na apuração;
4. Divergência entre os valores da base cálculo apontados na infração e os indicados na "Descrição dos Fatos" como sendo os estoques iniciais e finais omitidos.

A intimação é indispensável sempre que, sendo entregues os arquivos com divergências ou omissões de dados, para propiciar ao contribuinte proceder aos ajustes cabíveis, depois de receber via intimação "Listagem diagnóstico" ou a indicação do registro omissos.

A manifesta ausência do demonstrativo de débito gera insegurança na apuração da infração, afigurando-se assim caracterizado o cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, uma vez que a ambiguidade decorrente desqualifica a imprescindível clareza na determinação da infração.

Convém salientar que a explicitação da demonstração da base cálculo é determinada expressamente pelo art. 39, IV, "b" do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF-BA/99, *in verbis*:

"Art. 39. O Auto de Infração conterá:

[...]

IV - o demonstrativo do débito tributário, discriminando, em relação a cada fato:

[...]

b) a base de cálculo sobre a qual foi determinado o valor do tributo ou do acréscimo tributário, dispensada essa indicação nos casos de imposto lançado mas não recolhido, antecipação tributária e outras situações em que o valor a ser pago não resulte precisamente de uma base de cálculo específica, devendo, nesse caso, ser feita a demonstração do critério adotado na apuração do valor exigido;"

Ademais, a natureza de tais óbices também impossibilita a reparação ou adequação da acusação fiscal, mesmo por meio de diligência, uma vez que não fora observado o devido processo legal.

Pelo exposto, estando o procedimento fiscal em descompasso com as exigências do devido processo legal e em acusação fiscal estribada em débito apurado de forma dúbia e imprecisa é nulo o Auto de Infração, consoante previsão expressa no artigo 18, incisos II e IV alínea "a", do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF-BA/99.

Contudo, diante dos fatos levantados no processo, recomendo à autoridade fazendária competente a realização de novo procedimento fiscal a salvo da falha identificada.

Voto, portanto, pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **022581.0004/13-3**, lavrado contra **SIMARON PEREIRA GOMES**,

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de novembro de 2013.

ARIVALDO DE SOUZA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA