

A. I. N° - 293259.0701/14-9

AUTUADO - RONDELI & RONDELLI LTDA.

AUTUANTES - JOSÉ RAIMUNDO RIBEIRO DOS SANTOS e TRAJANO ROCHA RIBEIRO

ORIGEM - INFRAZ EUNÁPOLIS

INTERNET - 15.07.2015

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0103-01/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. Descrição do fato e enquadramento legal feitos de forma inadequada e incongruente. Existência de vícios substanciais não passíveis de correção no curso do processo. Concordância da fiscalização com aspectos suscitados pela defesa sem que haja elementos nos autos que autorizem tal concordância. Evidência de que no levantamento fiscal existem coisas estranhas ao fato imputado. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30.6.14, acusa recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, sendo lançado imposto no valor de R\$ 74.898,20, com multa de 60%.

O autuado apresentou defesa (fls. 27/33) dizendo que a autuação não pode prevalecer, uma vez que foi pautada em pressupostos jurídicos inaceitáveis, em completa afronta aos princípios elementares do direito, tendo resultado de evidente equívoco do fiscal autuante que laborou em manifesto e absurdo erro de interpretação jurídica ao elaborar seus demonstrativos e levantamentos fiscais.

Frisa que, em relação às saídas de leite Valedourado e Leitíssimo, que são produzidos neste Estado, o equívoco do fiscal é manifesto, porquanto, de acordo com o RICMS, a alíquota de saída é realmente de 7%.

Alega que o autuante também se equivocou quando impôs tributação sobre mercadoria amparada por isenção tributária, como é o caso do leite de cabra, nos termos do art. 265, I, "h", do RICMS.

Aduz que, com relação a esses itens, a autuação é inexistente.

Quanto à infração de suposto recolhimento a menos por alegado erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de leites produzidos em outros Estados, sustenta que o preposto fiscal mais uma vez incorreu em equívoco, por apurar o valor do ICMS devido em operações isentas ou não tributadas. Explica que se trata de saídas de leite longa vida, que era vendido à alíquota de 7%, independentemente de ser fabricado ou não no Estado da Bahia, tendo o fiscal autuado por recolhimento a menos todas as vendas de leite longa vida adquirido de outros Estados, sob o argumento de que não estavam amparadas pela redução tributária, já que essa redução somente se aplicaria aos produtos fabricados neste Estado, baseando certamente sua acusação no fundamento de que o RICMS/97, no art. 87, inciso XXXV, contempla apenas as operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado) fabricado neste Estado com a redução da base de cálculo, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7%, considerando que o leite longa vida adquirido de outras unidades da federação não gozaria de igual benefício, porém a lógica do autuante é equivocada por ferir frontalmente preceito

constitucional, qual seja, o estabelecido no art. 152 da Constituição, que proíbe que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estabeleçam diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino. Sustenta que a regra do inciso XXXV do RICMS/97 [art. 87] é inconstitucional, tanto assim que o Procurador-Geral da República já se manifestou pela inconstitucionalidade do Decreto nº 52.381/08 de São Paulo, que reduzia em 100% a base de cálculo do ICMS nas saídas internas de leite longa vida produzido em São Paulo. Assinala que a opinião do Procurador-Geral foi emitida no parecer na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.152, ajuizada pelo governador do Paraná. Aduz que, de acordo com o Procurador-Geral, a concessão ou revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais referentes ao ICMS depende de convênio celebrado entre todos os Estados e o Distrito Federal, na forma regulamentada pela Lei Complementar nº 24/75, estando essa obrigatoriedade estipulada no art. 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição. Prossegue dizendo que no referido parecer o Procurador-Geral da República explica: “Tamanha é a relevância dos convênios que, somente havendo a sua ratificação por todos os estados e pelo Distrito Federal é que a isenção ou benefício se implementa. Ou seja, se apenas um estado não acordar com os termos do convênio, ter-se-á por ilegítima a isenção ou o benefício concedido, merecendo ser declarada sua inconstitucionalidade”. Acrescenta que outro ponto questionado pelo Procurador-Geral é o fato de o Decreto 52.381, com alterações dos Decretos 52.586 e 52.824, beneficiar apenas os bens produzidos em território paulista. Para ele, esse procedimento viola o princípio da não discriminação tributária, pois o art. 152 da Constituição proíbe que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estabeleçam diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino. Cita decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo a respeito da matéria.

Adverte que não se venha a dizer que não cabe aos órgãos julgadores administrativos declarar a inconstitucionalidade de lei, pois sempre se discutiu acerca da possibilidade, ou não, de uma autoridade administrativa de julgamento apreciar questões de cunho constitucional, e, especialmente, declarar a inconstitucionalidade da lei na qual se funda o ato impugnado, porém a doutrina mais respeitada afirma que é possível à autoridade administrativa declarar a inconstitucionalidade de uma lei, pois, segundo entende, como a Constituição é a norma mais importante do ordenamento, sua aplicação não pode ser preterida em função da aplicação de uma lei, pouco importando que o aplicador seja órgão integrante do Poder Executivo. Afirma que, se pode ser feita a revisão de atos administrativos ilegais, com maior razão essa revisão deve ser exercida em se tratando de atos administrativos inconstitucionais, e, embora os órgãos administrativos de julgamento venham decidindo por sua incompetência para efetuar o controle de constitucionalidade, há os que sustentam a possibilidade de a Administração declarar a inconstitucionalidade de leis, como defendido, em síntese, no entendimento consagrado na seguinte decisão do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda:

“Normas Constitucionais - Competência para aplicá-las a casos concretos - Em face do art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal, os órgãos administrativos judicantes estão obrigados a aplicar, sempre, a Lei Maior em detrimento da norma que considerem inconstitucional. Impor limitação ao livre convencimento da autoridade julgadora, assim como não conhecer esta de matéria constitucional argüida pelo litigante em qualquer instância, implica cerceamento da plena defesa e violação da Lei Fundamental. Inconstitucionalidade - Alcance do Decreto nº 73.529/74 - O Decreto nº 73.529/74 não impede que as autoridades administrativas federais reconheçam a inconstitucionalidade de atos normativos, mesmo havendo decisão judicial no mesmo sentido. Se impedisse, não teria sido recebido pela Constituição vigente.” (Ac nº 108-01.182, da 8ª C do CC - mv - Rel. Manoel Antonio Gadelha Dias - DOU 1 de 5.5.97, p. 8883 - Revista Dialética de Direito Tributário nº 22, p. 206).

Com base nesse entendimento, sustenta que a não apreciação de argumentos de defesa fundados na constitucionalidade da lei aplicada pela Administração implica uma restrição infundada ao direito de defesa, constitucional por ofensa aos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição, incisos esses que são os fundamentos da própria existência dos processos administrativos.

Reclama que o autuante, em interpretação puramente subjetiva, decidiu dar sua interpretação pessoal aos dispositivos do RICMS, com o fito exclusivo de cobrar imposto onde a lei não autoriza nem permite, porém, de acordo com princípio inconcusso e autêntico brocardo jurídico, onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir, e não pode distinguir, ainda, para agravar a situação do jurisdicionado ou administrado, na esteira da máxima jurídica: restrinja-se o odioso; amplie-se o favorável.

Considera que houve grave equívoco de avaliação do autuante, o que poderá ser constatado em qualquer trabalho de revisão fiscal a ser determinado por este Conselho, providência que requer, a fim de que fiscais estranhos ao feito possam reexaminar o trabalho e concluir pela improcedência da autuação.

Pede que a autuação seja declarada nula, e no mérito o Auto de Infração seja julgado parcialmente improcedente. Reitera o pleito no sentido de que seja designada diligência, a ser efetivada por prepostos estranhos ao feito, bem como prova pericial. Juntou documentos.

O fiscal autuante, ao ser instado para prestar informação, limitou-se a dizer, em apenas uma linha e meia: “Após análise dos documentos apresentados acatamos a defesa apresentada. E consideramos sanada a irregularidade” (fl. 38).

VOTO

O autuado suscitou em preliminar que a autuação não pode prevalecer, uma vez que foi pautada em pressupostos jurídicos inaceitáveis, em completa afronta aos princípios elementares do direito, tendo resultado de evidente equívoco do fiscal autuante que laborou em manifesto e absurdo erro de interpretação jurídica ao elaborar seus demonstrativos e levantamentos fiscais.

O fato em lide foi descrito assim no Auto de Infração: “Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”.

Não se trata disso, atentando-se para os elementos aduzidos na defesa, e que foram acatados, açodadamente, pela autoridade fiscal ao prestar a informação.

Diante da alegação do autuado de que as mercadorias Valedourado e Leitíssimo são produzidas neste Estado, depreende-se que a imputação nada tem a ver com alíquota – a questão diria respeito a redução da base de cálculo.

Também foi alegado pela defesa – e a autoridade fiscal na informação concordou – que foram incluídas no levantamento operações com leite de cabra, que são isentas de ICMS, nos termos do art. 265, I, “h”, do RICMS/12.

Se o levantamento envolvesse apenas essas mercadorias, o lançamento seria improcedente, e estaria encerrada a lide.

Ocorre que, provavelmente, pelo que aduz o autuado na defesa, existem outras coisas. É que a defesa, evocando o art. 152 da Constituição, que proíbe que entes tributantes estabeleçam diferença tributária entre bens e serviços em razão de sua procedência ou destino, sustenta uma tese que dá a entender que no levantamento objeto deste Auto existiriam também operações com leite longa vida produzidos em outros Estados.

Pelos elementos constantes nos autos, não há como saber se isso é ou não verdadeiro, porque na descrição do fato nada consta nesse sentido e os demonstrativos são omissos: não indicam os números das Notas Fiscais e não indicam os Estados de origem das mercadorias.

Na verdade, a autoridade fiscal, na descrição do fato, confundiu alíquota com base de cálculo, que são figuras jurídico-tributárias distintas. Por seu turno, os demonstrativos não indicam sequer as datas dos fatos, indicam apenas o mês. Não constam nos demonstrativos informações essenciais, como os números dos documentos fiscais e os Estados de origem das mercadorias, se é que de fato existem mercadorias produzidas em outros Estados, já que isso não foi descrito na imputação fiscal.

A informação fiscal foi prestada de forma simplória. Em apenas uma linha e meia, o fiscal autuante diz: “Após análise dos documentos apresentados acatamos a defesa apresentada. E consideramos sanada a irregularidade.”

Sanada a irregularidade? Como assim? E quais foram os “documentos apresentados” pela defesa? O contribuinte não apresentou na defesa nenhum documento, a não ser uma cópia da carteira de motorista da pessoa que subscreveu a petição.

E por qual razão a autoridade fiscal considera sanada a irregularidade?

O § 6º do art. 127 do RPAF manda que a informação fiscal seja prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa, com fundamentação.

Neste caso, o fato de a “informação” fiscal ter sido prestada sem atender ao mandamento do § 6º do art. 127 do RPAF é o de menos. Essa falha seria sanável, mediante diligência para que a autoridade fiscal procedesse como manda o regulamento. O vício neste caso está na origem do lançamento, haja vista a forma inadequada como o Auto de Infração foi lavrado, sem descrever o fato concretamente verificado, sem atentar para o devido enquadramento legal do fato.

Com efeito, além da forma inadequada e incongruente como o fato foi descrito, o enquadramento legal também está errado. No Auto, o enquadramento legal foi feito citando os artigos do RICMS que cuidam de alíquota: arts. 50 e 51. Uma coisa é alíquota. Coisa bem diversa é redução de base de cálculo. O dispositivo que deveria ser indicado seria o art. 87, XXXV, do RICMS/97, e o art. 268, XXIX, do RICMS/12 – caso haja, de fato, operações com leite longa vida produzido fora do Estado.

A acusação fiscal, além de não fazer menção ao caso concreto, que é a previsão de redução de base de cálculo, nada indica quanto à origem das mercadorias, não assinalando se o leite é produzido neste Estado ou em outro Estado.

Um vício dessa ordem não se corrige no curso do processo, pois implica imputação de fato novo. O § 1º do art. 18 do RPAF somente admite o saneamento do Auto de Infração em se tratando de *eventuais* incorreções ou omissões ou da não-observância de exigências meramente formais.

No caso presente, não se trata de uma incorreção “eventual”, de questão “meramente” formal, pois diz respeito ao cerne da caracterização da hipótese de redução da base de cálculo, constituindo portanto um vício substancial, por envolver uma questão relacionada à estrita legalidade do lançamento tributário.

É nulo por conseguinte o lançamento, por inobservância do devido procedimento legal, implicando falta de certeza e liquidez, haja vista a existência de vícios substanciais não passíveis de correção no curso do processo. A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão unânime, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **293259.0701/14-9**, lavrado contra **RONDELI & RONDELLI LTDA**.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de junho de 2015

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR