

PROCESSO	- A. I. Nº 293259.0701/14-9
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- RONDELI & RONDELLI LTDA. (ATACADO RONDELLI)
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1º JJF nº 0103-01/15
ORIGEM	- INFRAZ EUNÁPOLIS
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 17/05/2016

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0068-11/16

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSEVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. Descrição do fato e enquadramento legal inadequados. Incerteza quanto à tributação das operações, por não identificar a origem das mercadorias. Exigência do imposto sobre operações contempladas com isenção. Ausência de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/BA, com vistas ao reexame da Decisão proferida que julgou Nulo o Auto de Infração lavrado em 30/06/14, exigindo ICMS recolhido a menos em virtude de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas - R\$ 74.898,20, acrescido da multa de 60%.

Na Decisão proferida pela 1ª JJF, foi fundamentado que:

*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 red. 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 red. 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.

A Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/BA.

## VOTO

O lançamento acusa recolhimento a menos do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação tributária, regularmente escrituradas, conforme planilhas que relacionam saídas de leites diversos (Capel, Mucuri, Boa Vida, Bom Gosto, Glória, Caprilat, Valedourado, Gosto, Elegê, Italac, Parmalat, Batavo, Ibituruna e Cotochê).

Na Decisão proferida foi fundamentado que a infração acusa aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação e diante dos argumentos defensivos, os autuantes acataram os argumentos defensivos de que os produtos da marca Valedourado e Leitissimos são produzidos no Estado, não tendo a imputação a ver com alíquota ou Redução de Base de Cálculo (RBC).

Outro argumento é de que foi incluído no levantamento fiscal operações com leite de cabra, que são isentas de ICMS nos termos do art. 265, I, “h” do RICMS/12.

Concluiu que a descrição da infração foi feita de forma inadequada e incongruente com o fato descrito, conduzindo a nulidade por incerteza e iliquidez do lançamento.

Pela análise dos elementos constantes do processo verifico que:

1. A infração acusa aplicação de alíquotas diversas das previstas na legislação.
2. Foi enquadrada nos artigos 50, 51 e 124, I do RIMCS/97 e artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96.
3. O demonstrativo acostado às fls. 6 a 20 relaciona saídas de leites diversos com aplicação de alíquota de 7% e sem tributação (leite de cabra) com alíquota de 7%, tendo sido exigido à diferença de 17% (17% - 7% e 17% - 0%).

Na defesa o contribuinte alegou que as saídas de leite Valedourado e Leitíssimo são produzidos no Estado cuja “alíquota é realmente de 7%” (RBC: art. 87, XXXV do RICMS/97 e art. 268, XXIX do RICMS/12); as operações com leite de cabra são isentas (art. 265, I, “h” do RICMS/12); e que o art. 152 da CF 88 proíbe que os estados e Distrito Federal estabeleçam diferenças tributárias entre bens e serviços, em razão da sua procedência ou destino.

Pelo exposto, constato que a descrição da infração acusa aplicação incorreta de alíquotas, com o enquadramento nos artigos 50, 51 e 124, I do RIMCS/97 e artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96.

Entretanto, os elementos contidos no processo comprovam que o levantamento fiscal inclui saídas de produtos contemplados com isenção (leite de cabra - art. 265, I, “h”, do RICMS) e contemplados com redução de base de cálculo de forma que a carga tributária se equipare a 7% (leite produzido no Estado - Valedourado e Leitíssimo).

Considerando que este Conselho de Fazenda pacificou o entendimento de que aplica-se a redução da base de cálculo (equiparação a 7%) nas operações de saída com leite produzido no Estado, entendo que o processo seria passível de saneamento com a exclusão dos valores relativos a leite produzido no Estado e das saídas contempladas com isenção (leite de cabra), mantendo a exigência fiscal relativa às operações de saídas com leite adquirido em outros estados.

Considerando que os demonstrativos originais não indicam a origem dos produtos; a descrição da infração é de que houve erro na aplicação da alíquota, quando tudo indica que o correto teria sido a aplicação indevida da RBC na comercialização de leite adquiridos em outros estados; houve enquadramento incorreto da infração e por fim, na informação fiscal (fl. 38), os autuantes não contestaram os argumentos defensivos, limitando a dizer que acataram a defesa apresentada.

Mantida a Decisão ora recorrida pela 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) e recomendar que a Inspetoria Fazendária adote procedimentos no sentido de mandar renovar a ação fiscal, a salvo de falhas, obedecendo ao prazo decadencial.

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 **293259.0701/14-9**, lavrado contra **RONDELI & RONDELLI LTDA. (ATACADO RONDELLI)**. Recomenda-se que a Inspetoria Fazendária adote procedimentos no sentido de mandar renovar a ação fiscal, a salvo de falhas, obedecendo ao prazo decadencial.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de abril de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS