

PROCESSO - A. I. Nº 232887.0007/13-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - GOSTOSA DISTRIBUIDORA E ATACADO DE BEBIDAS E GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA. - ME
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ SERRINHA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 15/08/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0250-12/17

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta com base no art. 136, §2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), tendo em vista a comprovação de que o lançamento de ofício não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, pois foi constituído com base em relatórios do Sintegra e da Nota Fiscal Eletrônica e não através dos próprios documentos fiscais. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, com fundamento no artigo 136, §2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e no artigo 113, §5º, I, do RPAF/99, exercido por este órgão, que através do Parecer subscrito pela ilustre Procuradora do Estado, Dr.^a Ana Carolina Moreira, às fls. 121 a 125 dos autos, com acolhimento da Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA, Dr.^a Rosana Maciel Bittencourt Passos, propõe ao CONSEF o cancelamento do Auto de Infração nº 232887.0007/13-0, em face da nulidade a seguir apontada:

“Trata-se de Auto de Infração lavrado contra a empresa acima epigrafada, sendo seu cancelamento requerido pela própria administração fazendária conforme se observa às fls. 55/57, em face da superposição de valores.

Informa preposto fiscal que com o objetivo de “atender” o contribuinte que queria aproveitar os benefícios da anistia, foi emitida uma Ordem de Serviço de Plantão Fiscal nº 510102/13 e em consequência desta, o AI em tela foi lavrado, contudo, quando efetuada a simulação do DAE para pagamento do débito abrangido com o benefício da lei nº 12.903/13, este não lhe foi concedido.

Diante desse impasse o AI nº 232887.0007/13-0 foi subdividido em quatro autuações, quais sejam: AI nº 232887.0008/13-7, NF nº 9232887019/13-7, NF nº 9232887020/13-5 e NF nº 9232887021/13-1.

O novo auto lavrado foi quitado com o benefício da lei e as notificações fiscais, duas se encontram homologadas e uma ajuizada.

Ao portar na PGE/Profis os autos foram encaminhados à SEFAZ/DARC/GECOB para análise e deliberação, em face do artigo 114, I, “a” do RPAF/Dec. Nº 7.629/99, abaixo transcrito:

Art. 114. O cancelamento de crédito tributário, inscrito ou não em Dívida Ativa, será efetuado pela DARC:

I – mediante despacho fundamentado do titular de uma de suas gerências, independentemente de autorização da PGE, nas hipóteses de:

a) Superposição de valores reclamados;

De lá retornou com a informação de fls. 69, na qual foi dito que não há duplicidade total do débito e sim parcial, que apenas 9 (nove) itens do referido AI coincidem com as notificações fiscais lavradas.

Após, os autos foram encaminhados ao inspetor fazendário para manifestação acerca das incongruências apontadas, retornando com o pronunciamento de fls. 71/74, no qual foi esclarecido que quando o AI nº 232887.0007/13-0 foi constituído, a fiscalização não dispunha de todos os elementos necessários para apurar corretamente o valor das infrações e as respectivas multas, conquanto não havia ainda sido disponibilizado pelo sistema da Sefaz os DANFES, documentos essenciais ao cálculo do imposto devido, todavia, a despeito disso, tendo em vista que o prazo para pagamento do débito expiraria em breve, seguiu a fiscalização cometendo toda sorte de irregularidades e lavrou o auto de infração em tela, mesmo estando ciente que o crédito constituído restaria passível de ilegalidade.

Assim o auto foi lavrado apenas com base nos dados levantados a partir das relações do Sintegra e da Nota Fiscal Eletrônica, o que não permitia sequer vislumbrar todos os detalhes necessários para definição do percentual das multas aplicadas, posto que se a infração pertencesse ao código 16.01.01, a alíquota seria de 10% e se ao código 16.01.02 a alíquota incidente seria de 1%.

Conforme alhures mencionado, todo o esforço dispendido na constituição do crédito nº 232887.0007/13-0, foi em vão, haja vista que não foi possível quitar o débito com o benefício da lei, razão pela qual, mais tarde, ao final do expediente do mesmo dia, 29.11.2013, já de posse dos referidos DANFES foram lavrados o novo auto de infração e notificações fiscais retro citadas.

Destarte, de posse da nova documentação, restou concluído que os valores anteriormente lançados deveriam ser reclassificados, visto que a penalidade outrora aplicada de 10%, estava incorreta, posto que à luz dos novos comprovantes verificou-se que o percentual coreto seria de 1%, fato que muito embora tenha aumentado a base de cálculo do novo lançamento, com acréscimo de novos valores em relação a base de cálculo do AI original, acabou por apurar um valor menor.

Estas foram as explicações apresentadas para as incongruências apontadas pela Gerência de Cobrança – GECOB, restando admitido que os novos lançamentos não refletem a duplicidade do primeiro e seguiu afirmando:

[...]

Nesse contexto, houve por bem esta PGE/Profis converter os autos em diligência a fiscal estranho ao feito com o intuito de averiguar a regularidade da situação posta e o processo retornou com a manifestação de fls. 114/117, subscrita pelo Inspetor Fazendário, ratificando a justificativa apresentada pelo autuante, concluindo que os valores das infrações dos quatro novos PAF's não são todos iguais aos do AI nº 232887.0007/13-0, mas as infrações autuadas neles são as mesmas, conforme demonstrativo de fls. 84/86.

Assim, uma vez que restou reconhecido pela própria Administração Fazendária que o auto de infração originalmente lavrado carecia dos elementos essenciais a devida constituição do crédito tributário, outra alternativa não resta senão reconhecer sua nulidade, em face do quanto disposto no artigo, 18, inciso IV alínea “a” do RPAF, verbis:

[...]

Competindo, pois, à Procuradoria Fiscal, órgão da Procuradoria Geral do Estado, opinar no processo administrativo fiscal, procedendo ao controle de legalidade, inclusive após a inscrição na dívida ativa estadual, há que se representar ao Eg. CONSEF, o que efetivamente se faz, nesta oportunidade, para que, com fulcro no art. 113, § 5º do RPAF/BA, seja o presente lançamento, auto de infração nº 232887.0007/13-0 cancelado, em face da nulidade acima apontada. Ressalte-se, outrossim, que não haverá necessidade de renovar o procedimento fiscal, uma vez que isso já fora feito.

Caso seja acolhida a presente Representação, devem, após, os autos seguirem ao NEF desta Profis para providências de sua alçada uma vez que o presente débito já se encontra ajuizado.”

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o valor histórico de R\$45.530,69, decorrente da constatação de quatro irregularidades, sendo as duas primeiras relativas à penalidade por descumprimento de obrigação tributária acessória decorrente de entradas de mercadorias no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal; a terceira exação inerente à declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais através do DMA e a quarta exigência por ter o contribuinte deixado de efetuar o recolhimento da antecipação parcial.

Considerando as peças processuais, dentre as quais o demonstrativo (fls. 84/86) no qual o próprio autuante assevera em sua “Observação” que “*Embora o somatório dos valores autuados nos novos procedimentos seja menor que o valor original em R\$2.937,27, as infrações são as mesmas entre eles.*”;

Considerando que o próprio Inspetor Fazendário, às fls. 71/74 dos autos, esclarece que quando da lavratura do Auto de Infração nº 232887.0007/13-0, ora em análise, a fiscalização não dispunha dos DANFES, necessários para apurar corretamente o valor das infrações e as respectivas multas de 10% e de 1% aplicadas, sendo constituído a partir das *relações* do Sintegra e da Nota Fiscal Eletrônica.

Considerando que, como concluiu a PGE/PROFIS (à fl. 124) “... *restou reconhecido pela própria Administração Fazendária que o auto de infração originalmente lavrado carecia dos elementos*

essenciais a devida constituição do crédito tributário, outra alternativa não resta senão reconhecer sua nulidade, em face do quanto disposto no artigo, 18, inciso IV alínea “a” do RPAF...”

Pode-se inferir o acerto da Representação sob apreciação, pois, da análise das provas documentais trazidas aos autos, se conclui que o Auto de Infração nº 232887.0007/13-0 não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, pois foi constituído com base em relatórios e não através dos próprios documentos fiscais, conforme ocorreu quando da renovação do procedimento fiscal.

Pelo exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação, ora proposta, para julgar **NULO** o Auto de Infração, devendo o respectivo PAF ser encaminhado à PGE/PROFIS para adotar as providências cabíveis.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta e julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232887.0007/13-0**, lavrado contra **GOSTOSA DISTRIBUIDORA E ATACADO DE BEBIDAS E GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA. - ME**.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

PAULA GONÇALVES MORRIS MATOS - REPR. DA PGE/PROFIS