

PROCESSO - A. I. N° 206888.0037/17-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e GERDAU AÇOS LONGOS S.A.
RECORRIDOS - GERDAU AÇOS LONGOS S.A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3^a JJF nº 0143-03/18
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 27/11/2019

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0353-12/19

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. VÍCIOS MATERIAIS DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. O erro formal é intrínseco ao instrumento pelo qual se formaliza o crédito tributário (Auto de Infração). No caso descrito, não vislumbra quaisquer erros instrumentais, já que em sua aparência e cumprimentos dos ritos formais, não se aprecia vícios (exceto o da falta de intimação, insuficiente para uma nulidade, embora seja reconhecidamente um erro formal), mas é certo que houve erros na substância material que deu origem ao crédito tributário aqui lançado. Os erros formais caracterizam-se pela falta de necessidade de nova fiscalização, mas apenas de novo lançamento, a partir das provas e dados já anexados no auto anulado. Contudo, no período fiscalizado, que vai de 2013 a 2016, a decadência só ocorreu inteiramente quando ao exercício de 2013. Assim, é que embora reconheça a nulidade material do lançamento, a administração pode sim, refazer o lançamento, desde que não tenha havido decadência, que nesse momento, só se configura em relação aos valores lançados até outubro de 2014. Reconhecida a nulidade material. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PROVIDO PARCIALMENTE. Auto de Infração Nulo. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário, interpostos em razão de julgamento administrativo de Primeira Instância que julgou Nulo o Auto de Infração em lide, lavrado em 17/06/2017 para constituir o crédito tributário, no valor histórico de R\$224.013,76 em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - 07.12.01 - falta de recolhimento do imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de abril de 2013 a dezembro de 2016. Exigido os valores de R\$26.735,75,

Infração 02 – 04.12.01 e R\$197.278,01, falta de recolhimento do imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de abril de 2013 a dezembro de 2016.

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a referida Junta de Julgamento Fiscal, decidiu, por unanimidade, pela Nulidade do auto de infração com fundamento no voto condutor, abaixo transscrito, em resumo.

VOTO

Versa o presente Auto de Infração, sobre a exigência da falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O Auto de Infração foi lavrado em 17/06/2017, e dado Ciência ao Autuado em 22/08/2017, fl. 04, com a entrega do demonstrativo de apuração, fl. 10, também em 22/08/2017.

Verifica-se que não consta dos autos o Termo de Início de Fiscalização assinado pelo Autuado e nem Termo de intimação para entrega de documentação e livros fiscais.

Em 06/07/2017, o Autuante acosta aos autos, fl. 13, justificativa informando que a exigência atinente à Infração 02 deve ser desconsiderada, pois está repetida nos autos. O Inspetor Fazendário peticiona ao DARC, fl. 10, para que seja excluído do PAF trinta e dois itens de débito da Infração 02, baseado na informação do próprio Autuante.

Em sua informação fiscal, o Autuante relatou que cometera diversos equívocos ao proceder ao lançamento.

Observou que, após registrado o presente Auto de Infração no Banco de Dados da SEFAZ - BAHIA, este preposto fiscal constatou que a Infração 02, fora elaborada a partir de informações não pertencentes ou vinculados ao estabelecimento fiscalizado, de modo que solicitou que o Auto de Infração se reduzisse ao valor da Infração 01, que exige ICMS em favor do Estado da Bahia, no valor de R\$26.738,75.

Asseverou que mesmo em relação à Infração 01, cometeu vários dos seguintes equívocos:

- a) O valor total constante da planilha gravada no CD, que o Impugnante alega não ter tomado conhecimento da sua existência, encontra-se dentro de um envelope, em perfeitas condições;
- b) No referido CD, encontram-se gravadas as duas Infrações relativas ao auto de infração;
- c) Entretanto, cabe razão ao Impugnante, pois de fato, constatou, que a planilha gravada no referido CD não confere com o total da infração constante do Auto de infração;
- d) Enquanto no Auto de infração consta um valor reclamado de R\$26.735,75, o valor das parcelas da planilha anexada ao presente Auto de Infração chega apenas a R\$22.577,50,00;
- e) Por outro lado, os valores individuais de cada débito apurado, constantes da referida planilha, não conferem com os valores lançados no Auto de Infração;
- f) Diante de tantos equívocos, só resta a este Preposto Fiscal e concordar com a nulidade do Procedimento Administrativo Tributário, que resultou na lavratura do auto de infração ora discutido, nos termos da impugnação presente no presente processo tributário.

Ressaltou ainda, que o referido lançamento fiscal, pode ser refeito, e os prejuízos causados ao Estado, decorrentes da nulidade, recuperados, tudo conforme disposto no art. 173 do CTN, cujo teor reproduz.

Ao compulsar os elementos que constituem o presente lançamento, verifico que a apuração da exigência fiscal, objeto da autuação, se afigura repleta de vícios que o macula e fragiliza, haja vista a dificuldade de se conhecer a verdade real, para quando se aplicar o direito positivo ao caso concreto, alcançar-se a eficácia desejada, de modo a se atingir uma justa decisão.

Ademais, qualquer decisão administrativa no sentido de convalidar tal procedimento, estaria indo de encontro aos mais elementares princípios constitucionais, notadamente o da legalidade e o da ampla defesa, visto que o Impugnante não tem condição de defender-se se utilizando de informações viciadas por erros e inconsistências, contrariando o objetivo final do processo administrativo fiscal, qual seja, um instrumento de garantias à efetivação de direitos e garantias do contribuinte, na solução de conflitos entre este e a Administração Pública.

Desta forma, chego à conclusão de que o Auto de Infração como lavrado, além dos equívocos anteriormente apontados, traz em seu bojo insegurança quanto à infração efetivamente apurada, suas ocorrências e valores, e da confusão estabelecida pelo Autuante na sua constituição, diante da flagrante nulidade verificada, que se enquadra na hipótese prevista no art. 18, inciso II do RPAF-BA/99, o qual preconiza serem nulos os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa.

Pelas razões expendidas, julgo o Auto de Infração nulo, cabendo à autoridade fazendária avaliar a possibilidade de refazimento da ação fiscal, atendidos os requisitos legais, e sanear os equívocos aqui apontados.

Quanto ao pleito do Impugnante para que sejam as intimações realizadas em nome das Dras. TACIANA ALMEIDA GANTOIS, inscrita na OAB/SP nº 353.890 e ANA CRISTINA DE CASTRO FERREIRA, inscrita na OAB/SP sob o nº 165.417, ambas com escritório na Alameda Santos nº 1940 - 9º andar - cj. 92 - CEP 01418-102, São Paulo - SP, Telefone (11) 2050-3434, consigno que nada obsta que a Secretaria deste CONSEF atenda à solicitação, entretanto, esclareço que as intimações devem atender aos requisitos do art. 108, do RPAF-BA/99.

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

A Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Às fls. 130/ 134, o contribuinte recorreu da decisão no que diz respeito à natureza da nulidade, no caso, NULIDADE FORMAL, arguindo se tratar de nulidade material, inexistindo possibilidade de

refazimento do procedimento, tendo em vista que o vício formal não pode se referir à verificação do fato gerador, determinação da matéria tributável, ao cálculo do montante do tributo devido e identificação do sujeito passivo, e que os vícios se reportam a estes elementos.

Que na remota hipótese de entender por vício formal, que seja considerado o mesmo período autuado e o montante remanescente em discussão na quantia de R\$26.735,75. Pede que seja conhecido e provido o presente Recurso para que seja reformado o acórdão recorrido apenas para reconhecer a nulidade material.

VOTO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário, por nulidade em decisão de Primeira Instância. Contudo, embora com decisão que lhe foi favorável, o contribuinte recorreu tempestivamente ainda assim, por conta de não se conformar com a nulidade formal, defendendo a nulidade material, que tem implicações quanto ao prazo decadencial e a eventual renovação do procedimento fiscal.

Assim, entendo que há o interesse recursal, e legitimidade e tempestividade, razão pela qual, conheço do Recurso Voluntário, e passo ao julgamento.

Inicialmente, aprecio o Recurso de Ofício. O autuante reconhece, à fls. 98, que a infração 2 teve dados extraídos de outro estabelecimento, e reconhece que, na infração 1, lavrada no valor de R\$26.735,75, a planilha anexada aos autos consta um valor de R\$22.735,75, e que tais valores não conferem com os que foram lançados no auto de infração; que diante de tantos equívocos concorda com o pedido de nulidade feito na impugnação, arguindo contudo, o art. 173, II, que trata do vício formal, e o refazimento do lançamento após a declaração definitiva de nulidade, reiniciando o prazo de decadência.

De fato, comprova-se, à fl. 13, que o próprio autuante pediu a exclusão da infração 2. À fl. 15, o Inspetor Fazendário solicitou a exclusão à Diretoria de Arrecadação que procedesse à exclusão. Também reconhece a falta de liquidez e certeza da infração 1. A Junta procedeu prontamente ao reconhecimento dos vícios, apontados pelo próprio autuante, e julgou nulo o lançamento, pedindo pela renovação do procedimento nos termos do art. 173, II, pleiteado pelo autuante (nulidade formal). Contudo, no que diz respeito à nulidade por falta de intimação, não a reconheço, visto tal formalidade não ter causado prejuízo à defesa, e não ser este o real motivo de nulidade.

Assim, quanto ao Resultado do julgamento (nulo) mantendo-o; contudo, em relação à natureza da nulidade, formal ou material, esta será objeto do Recurso Voluntário.

Recurso de Ofício NÃO PROVADO.

Quanto ao Recurso Voluntário, constato que, em sua informação fiscal, o Autuante relatou que cometera diversos equívocos ao proceder ao lançamento. Observou que, após registrado o presente Auto de Infração no Banco de Dados da SEFAZ - BAHIA, constatou que a Infração 02 fora elaborada a partir de informações não pertencentes ou vinculados ao estabelecimento fiscalizado, de modo que solicitou que o Auto de Infração se reduzisse ao valor da Infração 01, que exige ICMS em favor do Estado da Bahia, no valor de R\$26.738,75.

Além disso, asseverou que, mesmo em relação à Infração 01, cometeu vários dos seguintes equívocos:

- a) *O valor total constante da planilha gravada no CD, que o Impugnante alega não ter tomado conhecimento da sua existência, encontra-se dentro de um envelope, em perfeitas condições;*
- b) *No referido CD, encontram-se gravadas as duas Infrações relativas ao auto de infração;*
- c) *Entretanto, cabe razão ao Impugnante, pois de fato, constatou, que a planilha gravada no referido CD não confere com o total da infração constante do Auto de infração;*
- d) *Enquanto no Auto de infração consta um valor reclamado de R\$26.735,75, o valor das parcelas da planilha anexada ao presente Auto de Infração chega apenas a R\$22.577,50,00;*
- e) *Por outro lado, os valores individuais de cada débito apurado, constantes da referida planilha, não conferem com os valores lançados no Auto de Infração;*

f) *Diante de tantos equívocos, só resta a este Preposto Fiscal e concordar com a nulidade do Procedimento Administrativo Tributário, que resultou na lavratura do auto de infração ora discutido, nos termos da impugnação presente no presente processo tributário.*

Vejamos o que diz o conteúdo do art. 142 do CTN,

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

O erro formal é intrínseco ao instrumento pelo qual se formaliza o crédito tributário (Auto de Infração). No caso descrito, não vislumbro quaisquer erros instrumentais, já que em sua aparência e cumprimentos dos ritos formais, não se aprecia vícios (exceto o da falta de intimação, insuficiente para uma nulidade, embora seja reconhecidamente um erro formal), mas é certo que houve erros na substância material que deu origem ao crédito tributário aqui lançado, conforme veremos a seguir.

É que na hipótese de um refazimento, nem há certeza que as infrações serão as mesmas. Neste caso, obriga o autuante a um refazimento completo, não apenas do auto em si, mas de um novo procedimento fiscalizatório, inclusive com nova análise da escrituração fiscal do contribuinte, não sendo possível a partir dos dados constantes deste auto em lide, o refazimento do lançamento, o que comprova a ausência de erros instrumentais a serem sanados, mas de erros materiais, que se houverem, se encontram na escrituração fiscal do contribuinte, necessitando de nova análise. Os erros formais caracterizam-se pela falta de necessidade de nova fiscalização, mas apenas de novo lançamento, a partir das provas e dados já anexados no auto anulado. Não há menor dúvida que se trata aqui, de vício material e insanável.

Contudo, no período fiscalizado vai de 2013 a 2016, a decadência só ocorreu inteiramente quando ao exercício de 2013. Assim, é que embora reconheça a nulidade material do lançamento, a administração pode sim, refazer o lançamento, desde que não tenha havido decadência, que nesse momento, só se configura em relação aos valores lançados até outubro de 2014.

Se houvesse declaração de nulidade formal, o procedimento poderia ser refeito inclusive no exercício de 2013, pois seria renovado o prazo decadencial, a partir da declaração da nulidade, o que não é o caso.

Face ao exposto NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, mantendo a Decisão recorrida, e dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, modificando a Decisão recorrida quanto aos seus efeitos, declarando a nulidade material, contudo resguardando o direito da Fazenda Pública voltar a fiscalizar o contribuinte, dentro do período decadencial previsto no art. 173, I do CTN.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **NULO**, por vício material, o Auto de Infração nº **206888.0037/17-2**, lavrado contra **GERDAU AÇOS LONGOS S.A.**

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS