

PROCESSO - A. I. Nº 207140.0005/19-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - JACOBS DOUWE EGBERTS BR COMERCIALIZAÇÃO DE CAFÉS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0104-01/20-VD
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/04/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0058-12/21-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. FALTA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE DETERMINAR A INFRAÇÃO. É nulo o procedimento fiscal que não indique de forma clara a descrição dos fatos, os dispositivos legais infringidos e tipificação da multa correlata com a infração cometida. Há insegurança na determinação da infração, bem como cerceamento do direito de defesa. Acolhida a preliminar de nulidade. Renova-se o procedimento fiscal, a salvo de falhas, observando o prazo decadencial. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício previsto no art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18, impetrado pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0104-01/20-VD, por ter desonerado totalmente o sujeito passivo, originalmente lhe imputado, quando o montante não exoneração for superior a R\$ 200.000,00, haja vista que o crédito tributário original atualizado é de R\$3.363.013,39, (fl. 278).

O Auto de Infração foi lavrado pela IFEP INDÚSTRIA em 26/09/2019, cuja ciência foi dada ao autuado em 27.09.2019, para exigir o crédito tributário de R\$ 1.442.850,51, mais multa de 100%, tendo como período fiscalizado os exercícios de 2015 e 2016, sendo objeto da lavratura a seguinte acusação:

Infração 01- 03.08.05 – Recolhimento a menor o ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal-dilação de prazo para pagamento de ICMS- relativo as operações próprias em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando assim o seu pagamento.

Complemento do autuante: O contribuinte incluiu indevidamente no benefício fiscal operações com mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros destinadas a comercialização”.

O presente Auto de Infração foi julgado Nulo em decisão unanime pela 1ª JJF em 28/08/2020 (fls. 265 a 276) conforme considerações a seguir:

VOTO

A acusação fiscal de que cuida o Auto de Infração em exame refere-se a recolhimento a menos do ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal de dilação de prazo para pagamento de ICMS, relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do Programa DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando assim o seu pagamento.

O autuante consignou adicionalmente à descrição da conduta infracional imputada ao autuado que, o contribuinte incluiu indevidamente no benefício fiscal operações com mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros destinadas à comercialização.

Inicialmente, cabe apreciar as nulidades arguidas pelo impugnante.

Sustenta o impugnante a nulidade do Auto de Infração pela existência dos seguintes vícios:

a) falta de motivação do lançamento.

Alega que numa simples análise da apuração do ICMS no Programa DESENVOLVE, inclusive anexada aos autos pelo próprio autuante, verifica-se que as operações de aquisição de mercadorias de terceiros posteriormente revendidas foram sim excluídas do cálculo do ICMS incentivado, o que atesta a improcedência do lançamento fiscal.

Em síntese, afirma que a descrição do fato infracional apontado no ato de lançamento tributário, inclusão indevida de operações com mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros no cálculo do ICMS apurado no Programa DESENVOLVE, não se coaduna com as próprias provas juntadas aos autos pelo autuante;

b) existência de vício quantitativo do lançamento.

Alega que considerando que está comprovado que houve a exclusão de todas as operações com mercadorias recebidas de terceiros destinadas à comercialização no cálculo do ICMS incentivado, desconhece a origem das suscitadas diferenças que ensejaram a exigência do ICMS no presente caso. Sustenta que o fato é que o valor exigido não condiz e não se relaciona com a infração imputada, o que atesta a necessidade de ser declarado nulo o Auto de Infração;

c) inexistência de provas da acusação fiscal.

Afirma que não há qualquer indício ou constatação de que a empresa tenha incluído indevidamente tais operações na apuração do ICMS DESENVOLVE. Ou seja, para embasar a exigência fiscal a Fiscalização deveria indicar de forma clara e precisa quais são as operações indevidamente incluídas no cálculo do “ICMS Desenvolve”, no caso notas fiscais de venda de mercadorias de terceiros que constaram no cálculo do ICMS DESENVOLVE, contudo, não foram apresentados nos autos quaisquer documentos ou informações que permitam a identificação da infração, até porque, conforme já demonstrado anteriormente, todas as operações de revenda foram excluídas do cálculo realizado pela empresa;

No tocante às nulidades arguidas por falta de motivação do lançamento, existência de vício quantitativo do lançamento e inexistência de provas da acusação fiscal, considerando que os fundamentos utilizados pelo impugnante, precipuamente, decorrem do fato de o autuante haver consignado adicionalmente na descrição da infração que o contribuinte incluiu indevidamente no benefício fiscal operações com mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros destinadas à comercialização, passo ao exame destas arguições conjuntamente.

Efetivamente, a indicação pelo autuante no Auto de Infração de que a exigência fiscal decorre do fato de o contribuinte ter incluído indevidamente no benefício fiscal operações com mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros destinadas à comercialização, quando, na realidade, a autuação decorreu do fato de o contribuinte ter excluído indevidamente do saldo devedor passível do incentivo fiscal do Programa DESENVOLVE as operações relativas ao consumo de energia elétrica, combustíveis e contratações de serviços de transportes de cargas, cujos créditos fiscais foram utilizados indevidamente para dedução do saldo devedor das operações não passíveis do incentivo, reduzindo, assim, o ICMS devido sob o Código de Receita 806, se constitui como elemento determinante da nulidade do lançamento de ofício em questão, por cerceamento do direito à ampla defesa e ao contraditório do autuado.

O impugnante alega, ainda, que o Auto de Infração nº. 207140.0002/16-7 foi julgado em sessão de julgamento de 16/03/2020, pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, sendo que a decisão anulou o lançamento justamente por ter a referida Câmara de Julgamento Fiscal considerado que a Fiscalização constituiu crédito tributário mediante lançamento que padeceu dos mesmos vícios apontados no presente Auto de Infração.

De fato, constato que nos termos do Acórdão CJF Nº 0069-12/20, a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal decidiu pela nulidade do lançamento, atinente à infração 4, constante do Auto de Infração nº. 207140.0002/16-7.

No voto proferido pelo ilustre Conselheiro/Relator foi consignado o seguinte:

[...]

No tocante à Infração 04, julgada nula porque ficou evidente que o fulcro da autuação estava equivocado, já que a falta de retenção do imposto seria motivada pelas prestações sucessivas de transporte e não pela falta de inscrição dos transportadores neste Estado, como indicado na descrição da Infração 04. Saliento que também ficou registrado o equívoco no seu enquadramento legal, que deveria ser o seguinte: Art. 380, II, combinado com o Art. 382, I, Art. 126, II, e Art. 62 do RICMS/97 e Art. 34, III da Lei nº 7.014/96 c/c Art. 98 do RICMS/12. Portanto, foi correta a Decisão recorrida

A decisão recorrida aduzida no voto acima reproduzido foi originária da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, Acórdão JJF Nº 0198-03/17, cujos excertos do voto do ilustre Julgador/Relator referente à nulidade da infração 4 reproduzo abaixo:

[...]

O autuante informou que houve equívoco na capitulação desta infração. As empresas estão inscritas no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia e as prestações de serviço ocorreram de forma

sucessiva. Entende que a exigência fiscal deve ser mantida porque o autuado deixou de cumprir a obrigação tributária de reter e recolher o ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária. Disse que a redação correta é a seguinte: “Deixou de proceder à retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais”

Também informou que o enquadramento legal desta infração para a ser o seguinte “Art. 380, inciso II, combinado com o art. 382, inciso I; art. 126, inciso II e artigo 62 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97; art. 34, inciso III da Lei 7.014/96 c/c art. 98 do RICMS, publicado pelo Decreto 13.780/12. Com multa aplicada do art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei 7.014/96”.

No Auto de Infração contém um campo destinado à imputação, à infração, à descrição do cometimento, o enunciado principal, determinando o fulcro da autuação. Ainda contém um campo denominado “descrição dos fatos”, que se destina à especificação das circunstâncias que envolvem os fatos apurados, ou seja, neste campo são informados os dados acessórios ou prestadas as informações complementares que não deve apresentar divergência com aquele que constitui o enunciado principal constante no campo “infração”.

No caso em exame, o Contribuinte foi acusado do cometimento de uma irregularidade, conforme a descrição da infração. Entretanto, na informação fiscal o autuante acusa o cometimento de outra infração, mudando o fulcro da autuação, apresentando outra redação e outro enquadramento legal.

Quanto à possibilidade de mudança no fulcro da autuação, observo que tal mudança não é admitida no lançamento tributário, haja vista que, depois de realizado o lançamento e se conclui que o fato era outro, e não aquele imputado ao sujeito passivo, impõe-se a anulação do lançamento para que, mediante nova ação fiscal, seja renovado o procedimento a salvo dos vícios, considerando que a irregularidade citada pelo autuante não constou no lançamento original. Trata-se de vício insanável sem possibilidade de correção posterior.

É nulo o procedimento fiscal que não atenda ao devido processo legal, ou seja, que não siga os ditames traçados pela legislação, e no presente processo ficou constatado prejuízo jurídico em que o autuado não contribuiu para a inobservância da lei. Não se trata aqui de “mera” formalidade, mas sim, aplicação do princípio da ampla defesa do contribuinte.

O Auto de Infração relativo ao lançamento de tributo precisa embasar-se em provas concretas e, no caso em exame, não foi observado o devido processo legal, com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da ampla defesa.

Conforme estabelece o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA, é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator.

Logo, restando configurado que o presente lançamento tributário não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança e liquidez, a infração, impõe-se sua nulidade, com base no mencionado artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF-BA/99, devendo a autoridade competente decidir quanto ao novo procedimento fiscal para exigência do tributo devido a salvo de falhas. Infração nula.

O exame dos elementos que compõem o presente processo permite constatar que, no presente caso, ocorreu fato semelhante ao descrito no voto acima reproduzido, ou seja, o Contribuinte foi acusado do cometimento de uma irregularidade, conforme a descrição da infração, contudo, na Informação Fiscal o autuante acusa o cometimento de outra infração, mudando o fulcro da autuação, apresentando inclusive outra redação na complementação da infração.

Diante disso, adotando os mesmos fundamentos consignados nos Acórdãos acima reproduzidos, a infração é nula.

Nos termos do artigo 21 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto n. 7.629/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas.

*Voto pela **NULIDADE** do Auto de Infração.*

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal 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 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

É o relatório.

VOTO

Observa-se que a decisão da 1ª JJF (Acórdão nº 0104-01/20-VD), desonerou o sujeito passivo e reduziu integralmente o crédito tributário lançado sob a monta de R\$ 3.363.013,39, (em valores

atualizados a data do julgamento - fls. 278), fato este, que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, sendo cabível, portanto, o presente recurso.

O presente Auto de Infração foi lavrado em 26/09/2019, com exigência no valor de R\$ 1.442.850,51, mais multa de 100%, referente ao período de Janeiro a dezembro de 2015 e Janeiro a dezembro de 2016, devido a recolhimento a menor do ICMS, em razão de uso indevido de incentivo fiscal-dilação de prazo para pagamento de ICMS- relativo as operações próprias em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando assim o seu pagamento.

Verifica-se que o autuante fornece elementos na descrição dos fatos na autuação com o seguinte complemento:

O contribuinte incluiu indevidamente no benefício fiscal operações com mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros destinadas a comercialização.

Observa-se que a autuada, em sede de defesa, argui a nulidade do lançamento de ofício e afirma que são inúmeros os motivos que ensejam no presente auto de infração.

- a) falta de motivação do lançamento.
- b) Existência de vício quantitativo do lançamento.
- c) Inexistência de provas de acusação fiscal.

Ocorre que, na descrição dos fatos para a exigência fiscal, o autuante afirma a autuada que, a utilizou indevidamente no benefício fiscal operações com mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros destinadas à comercialização, e, a autuação decorreu do fato da mesma ter excluído indevidamente do saldo devedor passível do incentivo fiscal do Programa DESENVOLVE as operações relativas ao consumo de energia elétrica, combustíveis e contratações de serviços de transportes de cargas, cujos créditos fiscais foram utilizados indevidamente para dedução do saldo devedor das operações não passíveis do incentivo, reduzindo, assim, o ICMS devido sob o Código de Receita 806.

Constata-se que, a autuada conforme a descrição da infração, foi acusada de uso indevido de incentivo fiscal-dilação de prazo para pagamento de ICMS- relativo as operações, enquanto na informação complementar do autuante, consta que a autuada incluiu indevidamente no benefício fiscal operações com mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros destinadas a comercialização.

Verifica-se que na fundamentação da decisão de piso, a citação do Auto de Infração nº 207140.0002/16-7, relativo à infração 04, foi julgado em 16/03/2020, nesta 2ª CJF pela nulidade do lançamento fiscal em decorrência dos mesmos vícios lançados no presente auto, bem como a reprodução do acórdão do Acórdão da 3ª JJF nº 0198-03/17.

Observa-se também na informação fiscal do atuante, que segundo aduz, que realizou a exclusão de todas as mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros destinadas a comercialização.

Percebe-se, no caso em exame, que não foi observado o devido processo legal, com omissão de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da ampla defesa, ao contraditório do autuado, fato decisivo para nulidade de lançamento de ofício em questão.

Conforme estabelece o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA, é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator.

Resta comprovado, que o presente lançamento tributário não contém elementos suficientes para se determinar com segurança e liquidez a infração. Impõe-se a sua nulidade, com base no disposto no artigo 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF-BA/99.

Diante de tais considerações, concluo em manter a decisão de piso.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

VOTO EM SEPARADO

Constato que foram fiscalizados os exercícios de 2015 e 2016, e como o eminente Relator não se reportou ao refazimento do procedimento, assim como a qualificação do vício, se formal ou material, para observância dos efeitos de decadência, entendo ser oportuno trazer ao voto estas considerações.

Consta no voto, que *“observa-se também na informação fiscal do atuante, que segundo aduz, que realizou a exclusão de todas as mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros destinadas a comercialização.*

Ou seja, o autuante atesta que o contribuinte não cometeu qualquer infração quanto a estes aspecto, mas sim que a “ exigência fiscal decorre do fato de o contribuinte ter incluído indevidamente no benefício fiscal operações com mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros destinadas à comercialização, quando, na realidade, a autuação decorreu do fato de o contribuinte ter excluído indevidamente do saldo devedor passível do incentivo fiscal do Programa DESENVOLVE as operações relativas ao consumo de energia elétrica, combustíveis e contratações de serviços de transportes de cargas, cujos créditos fiscais foram utilizados indevidamente para dedução do saldo devedor das operações não passíveis do incentivo, reduzindo o imposto a pagar.”

Se considerarmos o vício material, os meses de janeiro e fevereiro de 2015, sequer poderão ser lançados novamente, pois neste mês de fevereiro de 2020, completa-se o prazo decadencial de 5 anos da ocorrência do fato gerador. Se vício formal, o prazo passaria a contar a partir da anulação da decisão, o que permitiria ao fisco, cobrar o imposto novamente, incluindo o mês de janeiro e fevereiro de 2015. Ou seja, é de suma importância sinalizar para a administração se o caso é de aplicação do art. 173 ou do art. 150.

Ou seja, a definição para o critério de aplicação dos supracitados artigos, passa pela identificação do erro no lançamento, se material ou formal. No caso de erro formal, reinicia-se o prazo decadencial a partir da declaração do erro em decisão administrativa definitiva, conforme inciso II do art. 173. Se material, volta-se ao prazo previsto no art. 150 do CTN.

Embora à fl. 208, quando da informação fiscal, o autuante afirme que a diferença não está na inclusão das mercadorias adquiridas de terceiros, mas sim, na exclusão dos créditos relativos aos serviços de transportes, energia elétrica, e combustíveis do saldo devedor passível do incentivo. Que tal procedimento resultou na redução indevida do saldo devedor não passível do incentivo.

Ao observar o demonstrativo do autuante, do mês de fevereiro de 2015, constato que o autuante incluiu combustível, energia elétrica com crédito fiscal vinculado ao benefício, em aparente contradição ao que afirma em sua informação fiscal, quando fala em exclusão, e no demonstrativo, ao que parece, incluiu como sendo créditos vinculados ao benefício.

Fica patente, sem entrar no mérito se os créditos de combustíveis, energia elétrica, transportes devem ou não ser excluídos do saldo devedor do incentivo, já que a própria junta não adentrou a questão de mérito, declarando a nulidade em preliminar, e não houve apreciação de tal questão no voto do Relator, é evidente que há inconsistências na elaboração do demonstrativo, o que denota claro erro material do procedimento, pois o que consta no cálculo efetuado, não condiz com a alegação do autuante em sua informação fiscal.

Assim, considerando a data deste lançamento, já próximo do mês de março de 2021, todo o exercício de 2015 já se encontra fora do alcance do fisco, tendo em vista o parágrafo quarto do art. 150 do CTN, restando apenas os meses relativos ao exercício de 2016, contados 5 anos do fato gerador.

Assim, fica recomendada a renovação da ação fiscal, alertando-se para observância do prazo decadencial, conforme dissecado neste voto em separado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto, e manter a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **207140.0005/19-0**, lavrado contra **JACOBS DOUWE EGBERTS BR COMERCIALIZAÇÃO DE CAFÉS LTDA**. Recomenda-se à autoridade competente, que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas, observando o prazo decadencial.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de fevereiro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ANTÔNIO DIJALMA LEMOS BARRETO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS