

| | |
|------------|---|
| PROCESSO | - A. I. Nº 232115.0051/18-5 |
| RECORRENTE | - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL |
| RECORRIDO | - DIC- DISTRIBUIDORA DE COSMÉTICOS LTDA. |
| RECURSO | - RECURDO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0068-01/20-VD |
| ORIGEM | - DAT SUL / INFAS VITÓRIA DA CONQUISTA |
| PUBLICAÇÃO | - INTERNET: 18/01/2024 |

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0430-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA QUANTO À CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO. Inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração imputada. Inviabilidade de saneamento, haja vista que a ação fiscal foi desenvolvida de forma inadequada, acarretando incerteza cuja elucidação, nestes autos, implicaria uma nova ação fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado, no qual a JJF julgou Nulo o presente Auto de Infração, lavrado em 22/10/2018, formaliza a exigência de crédito tributário no valor total histórico de R\$ 129.222,62, em razão do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado:

INFRAÇÃO (007-021.001): *Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.*

Período de ocorrência: maio e novembro de 2014, janeiro e outubro de 2015, janeiro a março, maio, junho, agosto, outubro e novembro de 2016, janeiro a agosto e novembro de 2017.

O autuado apresentou **Defesa** às fls. 101/109. Destaca como primeiro erro que o autuante desconsiderou a adequação do código NCM com a destinação e finalidade do produto. Alega que foram arroladas na autuação mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária, mas sim à antecipação parcial com redução de 20%, conforme previsto na legislação do ICMS. Menciona como exemplo o código NCM 9603.3 - *pincéis de escrever e desenhar* - segundo diz, erro explícito do autuante. Ressalta que além do exemplo acima diversos outros itens foram enquadrados de forma incorreta, a exemplo dos códigos NCM 3924.9, 9603, 8424, 6805 e outros.

Aponta como outro erro cometido pelo autuante o cálculo do imposto nos produtos importados. Alega que o Senado Federal editou a Resolução SF nº 13/2012 para fixar 4% a alíquota interestadual do ICMS nas operações com bens e mercadorias importadas do exterior, a partir de 01/01/2013. Reproduz a referida Resolução.

Salienta que desde o advento da mencionada Resolução a alíquota utilizada para produtos importados e para produtos com conteúdo de importação superior a 40% é de 4%. Alega que referidos produtos foram incluídos planilha do autuante com a MVA e alíquota de 12% o que é um erro gritante, resultando em valor apurado muito maior do que o devido. Cita como exemplo a Nota Fiscal nº 000.017.371, acompanhada de trecho da planilha elaborada pelo autuante.

Ressalta que o erro foi cometido em todas as notas fiscais que possuem produtos importados ou com conteúdo de importação maior do que 40%. Assevera que a diferença de valor ocorreu somente pelos sucessivos erros no cálculo do tributo cometidos pelo autuante. Acrescenta que se verifica da análise das notas fiscais apresentadas que diversas notas fiscais já possuem o ICMS ST já recolhido, conforme exemplo que apresenta com a Nota Fiscal nº 000.002.628.

O autuante prestou **Informação Fiscal** (fls. 179 a 184). Esclarece que excluiu da autuação as notas fiscais cujos produtos não fazem parte do regime de substituição tributária, mas sim da

antecipação parcial, sendo retiradas da Planilha Substituição Tributária e exportadas para a Planilha Antecipação Parcial, com a devida desoneração da MVA. Ratifica que os valores recolhidos mensalmente, constantes nos sistemas da SEFAZ/BA, conforme cópias anexadas, foram acolhidos, como se verifica nos demonstrativos elaborados. Conclusivamente, diz que anexou aos autos novas Planilhas de Cálculo do imposto, apontando os recentes valores históricos da infração, que passou do valor original de R\$ 129.222,62 para R\$ 6.817,16.

O autuado, cientificado da Informação Fiscal, se **manifestou** (fls. 338 a 344). Alega que além dos erros demonstrados na Defesa inicial, ainda existem erros cometidos pelo autuante. Afirma que na autuação ainda existem itens com os códigos 6404, 6949 e 6923 que não deveriam estar presentes na planilha, caso o autuante houvesse analisado a legislação vigente, conforme a empresa fez.

Alega, ainda, que o autuante acrescentou o percentual referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza e olvidou-se na autuação, trazendo nova infração não abarcada pelo Auto de Infração, o que resulta em nulidade do lançamento, de acordo com o art. 18, II do RPAF/BA/99, haja vista que não se trata apenas de uma omissão, mas ato praticado com preterição do direito de defesa, pois, trata-se de uma nova infração que deveria ter sido defendida na impugnação apresentada anteriormente, considerando o prazo para Manifestação. Sustenta que apesar disso, demonstra o suficiente recolhimento do FECP, conforme relação de DAES de 2016 em diante, acostado pelo próprio autuante, que não foram consideradas nas planilhas, de modo que as partes referentes ao recolhimento do imposto encontram-se zeradas na planilha, a exemplo do mês 12/2016, no qual não foi considerado o valor de R\$ 813,88, pago em 25/01/2017.

O autuante, cientificado da Manifestação do autuado, se **pronunciou** (fls.346 a 350). Finaliza opinando pela procedência parcial do Auto de Infração, conforme o valor originalmente exigido de R\$ 129.222,62 para R\$ 6.303,98.

O autuado, cientificado do pronunciamento do autuante, se **manifestou** (fls.395 a 398). Reitera que o autuante ainda acrescentou o percentual referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza trazendo nova infração não abarcada pelo Auto de Infração, o que resulta em nulidade do lançamento, de acordo com o art. 18, II do RPAF/BA/99.

O autuante, cientificado da Manifestação do autuado, se **pronunciou** (fls. 400/401). Diz que após observação mantém firme em suas convicções de trabalho. Finaliza opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

A JJF proferiu o seguinte voto condutor:

VOTO

Incialmente, cabe apreciar a nulidade do Auto de Infração arguida pelo impugnante.

Alega o impugnante que:

- os diversos erros apontados resultaram num Auto de Infração cheio de vícios e ilegalidades;
- o autuante acrescentou quando da Informação Fiscal o percentual referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza trazendo nova infração não abarcada pelo Auto de Infração, o que resulta em nulidade do lançamento, de acordo com o art. 18, II do RPAF/BA/99, haja vista que não se trata apenas de uma omissão, mas ato praticado com preterição do direito de defesa, pois se trata de uma nova infração que deveria ter sido defendida na impugnação apresentada anteriormente, considerando o prazo para Manifestação;
- o autuante não considerou a legislação vigente ao lavrar o Auto de Infração, tendo em vista que não considera as particularidades apresentadas na peça impugnatória, o que era sua obrigação, considerando que teve todo o período da ação fiscal para analisar de maneira correta, inclusive todas as particularidades, antes de imputar o cometimento da infração, conforme a autuação;
- o autuante juntou todas as notas fiscais em uma planilha, contudo, sem observar nenhuma particularidade, apresentadas na peça impugnatória, aplicando uma alíquota padrão para todos os códigos encontrados imputando a empresa infração não ocorrida, cabendo a empresa, num prazo de defesa reduzido, encontrar as irregularidades e apontá-las para correção pelo autuante. Todos os erros apontados foram reconhecidos pelo autuante ao menos em parte;
- a maioria desses erros foi apontada apenas como exemplo dos diversos erros ainda existentes no levantamento, considerando o prazo que o autuante teve para realizar o trabalho fiscal e a empresa teve para se defender e manifestar sobre as diversas imputações.

A meu ver, assiste razão ao impugnante.

O lançamento de ofício em questão, na forma como realizado, de fato, não há como prosperar.

Os erros apontados pelo impugnante a título de exemplo, apesar de nas informações fiscais prestadas pelo autuante terem sido acatados, o que resultou inclusive na redução do valor de R\$ 129.222,62, originariamente apontado no Auto de Infração, para R\$ 6.303,98, ainda persistiram.

A alegação defensiva de que o autuante inovou o lançamento ao acrescentar o percentual referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza trazendo nova infração não abarcada pelo Auto de Infração, o que resulta em nulidade do lançamento, de acordo com o art. 18, II do RPAF/BA/99, efetivamente, procede.

Verifica-se na planilha corrigida elaborada pelo autuante que este acrescentou à alíquota de 18% a alíquota de 2% referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, portanto, agravando a infração.

Na realidade, o próprio autuante confirma a inserção da alíquota referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, apenas contesta que seja uma nova infração.

Vale dizer que, se excluídos os valores acrescidos, em face do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, diminuiria ainda mais o valor remanescente de R\$ 6.303,98 apontado pelo autuante na correção dos erros assinalados pelo impugnante, restando evidente a incerteza e insegurança no tocante a liquidez do crédito tributário exigido.

Diante disso, considerando a inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração imputada ao autuado, haja vista que a ação fiscal foi desenvolvida de forma inadequada, acarretando incerteza cuja elucidação, nestes autos, implicaria uma nova ação fiscal, a infração é nula.

Recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas, conforme manda o artigo 21 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

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, I, "a" do RPAF/99.

É relatório.

VOTO

Observo que a decisão da 1ª JJF (Acórdão Nº 0068-01/20-VD) desonerou o sujeito passivo do lançamento tributário no valor de R\$ 236.587,12 em valores atualizados à data do julgamento, fl.414, fato este, que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Contemplando o Recurso de Ofício interposto pela 1ª JJF contra a decisão que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, verifico que, a desoneração decorreu pela comprovação das alegações apresentadas em sede de impugnação, alegações estas, que foram acolhidas em quase sua totalidade pelo autuante reduzindo o valor histórico de R\$ 129.222,62 para R\$ 6.817,16, conforme demonstrado na informação fiscal apresentada sob às fls. 179 a 184.

Verifico ainda, que após apresentação da informação fiscal do autuante que reduziu o valor histórico da infração para R\$ 6.817,16, a patrona do recorrente inconformada com o valor remanescente apurado pela fiscalização apresentou manifestação sob as fls. 338 a 334, alegando que o autuante inovou o lançamento ao acrescentar o percentual de 2%, referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza trazendo nova infração não integrada pelo Auto de Infração em lide, o que invoca em nulidade do lançamento, de acordo com o disposto do art. 18, II do RPAF/BA/99.

Examinando as peças que integram os autos, observo que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado, não merecendo qualquer modificação no tocante à infração que compõem o Auto de Infração em razão do contribuinte ter apresentado alegações de erros, vícios e ilegalidades para apuração da base de cálculo e consequentemente o valor do imposto, alegações estas, que o próprio autuante reconheceu e apresentou na informação fiscal novas planilhas, reduzindo a infração do valor histórico de R\$ 129.222,62 para R\$ 6.817,16.

Observo que o saldo remanescente R\$ 6.817,16, apurado pela fiscalização, conforme demonstra

através de planilhas juntadas na informação fiscal, foi oriundo da inserção a mais da alíquota de 2%, referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, trazendo aos autos uma nova infração não abarcada pelo Auto de Infração em lide.

Constata-se nos autos, que na planilha corrigida elaborada pelo autuante apresentada na informação fiscal, o mesmo acrescentou à alíquota de 18% a alíquota de 2% referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, tomando por base a IN nº 05/2016, que relaciona os produtos considerados como cosméticos.

Neste sentido, comungo do entendimento da decisão de piso, que não concordou com a inserção de uma nova infração não abarcada no Auto de Infração e assim decidiu pela Nulidade do presente feito, conforme fundamentação do voto que transcrevo abaixo:

"Na realidade, o próprio autuante confirma a inserção da alíquota referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, apenas contesta que seja uma nova infração."

Vale dizer que, se excluídos os valores acrescidos, em face do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, diminuiria ainda mais o valor remanescente de R\$ 6.303,98 apontado pelo autuante na correção dos erros assinalados pelo impugnante, restando evidente a incerteza e insegurança no tocante a liquidez do crédito tributário exigido.

Dianete disso, considerando a inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração imputada ao autuado, haja vista que a ação fiscal foi desenvolvida de forma inadequada, acarretando incerteza cuja elucidação, nestes autos, implicaria uma nova ação fiscal, a infração é nula.

Recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas, conforme manda o artigo 21 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração"

Considerando que não existe nos autos elementos suficientes para caracterizar a infração imputada ao sujeito passivo, visto que, a ação fiscal foi desenvolvida de forma inadequada, o que resulta em nulidade do lançamento, de acordo com o art. 18, II do RPAF/BA/99.

Diante de todo o exposto, concluo em manter a NULIDADE do Auto de Infração. Recomenda-se a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas, conforme manda o artigo 21 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

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 232115.0051/18-5, lavrado contra **DIC - DISTRIBUIDORA DE COSMÉTICOS LTDA**. Recomenda-se a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas, conforme manda o artigo 21 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 01 de dezembro de 2023.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS