

A. I. N° - 08729620/01
AUTUADO - SUPERMERCADO ALEGRIA DO LAR LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO JORGE SEIXAS LIMA
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 14. 06. 2002

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJJ Nº 0200-04/02

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Tratando-se de operação interna, em que as mercadorias são destinadas a contribuinte com a inscrição cancelada, cabe ao remetente efetuar a retenção do imposto devido sobre as operações subsequentes. Impossibilidade da exigência do imposto do destinatário das mercadorias. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 11/10/01 pela fiscalização do trânsito de mercadorias, exige ICMS no valor de R\$ 476,29, referente à aquisição de 150 caixas de óleo de soja no Estado da Bahia, estando o adquirente com a inscrição estadual cancelada.

Conforme fotocópia de DAE à fl. 3, o débito exigido na autuação foi pago, sendo o lançamento homologado, segundo o Termo de Homologação à fl. 8. Porém, tempestivamente, o autuado apresentou defesa e suscitou as seguintes preliminares de nulidade:

- a) O Auto de Infração é nulo por cerceamento do direito de defesa, pois a tipificação do dispositivo legal infringido não preenche os requisitos previstos no RICMS-BA e no RPAF/BA. Diz que a tipificação está confusa e privada de qualquer alusão aos incisos e artigos que a compõem, deixando de circunstanciar, de forma objetiva, os fatos ocorridos.
- b) O lançamento é nulo, uma vez que o autuante não apresentou nenhum demonstrativo da apuração do montante da base de cálculo do imposto.

No mérito, o autuado afirma que o cancelamento de sua inscrição cadastral foi indevido, uma vez que tinha solicitado, antes do início da ação fiscal, a alteração de sua atividade para atacadista, o que o desobrigava da utilização de equipamento emissor de cupom fiscal - ECF.

Assevera que se houvesse imposto a recolher, o cálculo deveria incidir apenas na MVA aplicada à aquisição constante na Nota Fiscal nº 70429, já que o imposto foi recolhido pelo remetente. Frisa que a alíquota prevista para óleo comestível é de 7%.

O autuado afirma que a mercadoria estava acompanhada de documento fiscal e diz que o fisco deixou de emitir nota fiscal avulsa após a autuação, o que fere a legislação tributária estadual. Alega que o lançamento configura um caso de *bis in idem* e é injusta e arbitrária. Assegura que a mercadoria foi indevidamente apreendida para obrigá-lo a pagar o imposto. Solicita que o CONSEF officie à repartição fazendária responsável a fim de que lhe seja restituído o indébito.

Ao encerrar a peça defensiva, o autuado solicita que o Auto de Infração seja declarado nulo ou, caso sejam ultrapassadas as preliminares de nulidade, venha a ser julgado procedente em parte. Solicita a intervenção da PROFAZ e o seu direito de provar tudo quanto foi alegado.

Na informação fiscal, o autuante explica que, de 08/08/01 até 30/11/01, conforme extratos do SIDAT (fls. 26 e 27), o autuado esteve com a sua inscrição cadastral cancelada, em razão do descumprimento do prazo para uso obrigatório de ECF.

Após afirmar que não há prova de que o contribuinte tenha solicitado a mudança de sua condição de varejista para atacadista, o autuante frisa que essa mudança ficaria condicionada a vistoria do local de funcionamento e dependeria de deferimento do pedido.

De acordo com o auditor fiscal, por estar com a inscrição estadual cancelada, o autuado passou a condição de clandestino e, em consequência, ficou impossibilitado de se beneficiar do disposto no art. 51, I, "c", do RICMS-BA/97. Assim, o imposto passou a ser devido por antecipação tributária, com a alíquota interna (17%) e com a aplicação da MVA prevista.

O auditor explica que a base de cálculo foi estabelecida de acordo com o art. 61, II, do RICMS-BA/97. Ao final, solicita a procedência da autuação.

O processo foi submetido à pauta suplementar, e a 4ª JF decidiu enviá-lo, em diligência, para que o autuante elaborasse o demonstrativo de apuração da base de cálculo do imposto.

À fl. 38, em atendimento à diligência solicitada, o autuante elaborou um demonstrativo de débito e reiterou argumentos já expendidos quando da informação fiscal.

O autuado recebeu cópia do resultado da diligência e teve o prazo de lei para se manifestar, todavia não se pronunciou.

VOTO

Afasto as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, pois o erro na tipificação do dispositivo infringido não é razão para a nulidade do lançamento, uma vez que a descrição do fato é satisfatória e deixa evidente o enquadramento legal, conforme prevê o art. 19 do RPAF/99.

Com relação à ausência do demonstrativo de débito no lançamento, entendo que a falha pode ser suprida, nos termos do art. 18, § 1º do RPAF/99. Com esse propósito, solicite diligência saneadora, a qual supriu a omissão existente nos autos, sendo entregue cópia da mesma ao autuado e sendo concedido o prazo de lei para que ele se manifestasse.

Com fulcro no art. 20 do RPAF/99, de ofício, passo a analisar a legitimidade passiva do autuado.

Para melhor entendimento do meu posicionamento, relembro que o imposto cobrado na presente autuação foi o devido, por antecipação tributária, em decorrência de o adquirente estar com a sua inscrição cadastral cancelada.

Inicialmente, ressalto que estou de pleno acordo com o auditor fiscal quando ele afirma que o autuado, no momento da ação fiscal, se encontrava com a inscrição cadastral cancelada, fato que é reconhecido pelo próprio autuado. Assim, para todos os efeitos, naquele momento, o autuado era considerado como um contribuinte não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS).

Analisando a Nota Fiscal nº 70429 (fl. 2), verifico que a mesma era referente a uma aquisição de 150 caixas de óleo de soja marca Liza, ou seja, 3.000 latas de óleo. Evidentemente, essa aquisição era destinada à comercialização, pois fere o bom senso admitir que um usuário final comprasse, de uma só vez, tal quantidade de óleo de soja. Observo que o vendedor e o adquirente da mercadoria estavam localizados no Estado da Bahia, isso é, tratava-se de uma operação interna.

Na situação descrita acima, por força do art. 353, I, do RICMS-BA/97, o vendedor da mercadoria era o responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por

substituição, devendo fazer a retenção do imposto. Assim, o imposto não deveria ter sido cobrado do destinatário (autuado), e sim, do remetente da mercadoria. Nem mesmo utilizando o instituto da responsabilidade supletiva, poderia o tributo ser exigido do autuado. O ICMS em questão só seria devido pelo autuado, se a operação fosse interestadual.

Em face do exposto acima, entendo que a presente autuação padece do vício da ilegitimidade passiva, que a fulmina no seu nascedouro.

Quanto à restituição do valor já pago e homologado, deverá o autuado solicitar à repartição fiscal de seu domicílio a restituição do indébito, conforme previsto no RPAF/99, não cabendo a este colegiado oficiar à repartição fazendária o pedido de restituição.

Represento a autoridade competente para que providencie ação fiscal, junto ao remetente das mercadorias, a fim de exigir o imposto que deixou de ser pago, por substituição tributária, apurado no presente lançamento.

Pelo acima exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, nos termos do art. 18, IV, “b”, do RPAF/BA/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **08729620/01**, lavrado contra **SUPERMERCADO ALEGRIA DO LAR LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de junho de 2002.

ANSELMO LEITE BRUM – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – JULGADOR