

PROCESSO - A. I. Nº 207108.0021/06-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - M.F. COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA. (ABN
DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JF Nº 0221-02/07
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO
INTERNET - 26/02/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0001-12/08

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, o pagamento do tributo deve ser efetuado pelo destinatário, por antecipação, sobre o valor determinado pela legislação, no momento da passagem na primeira repartição fiscal de entrada no Estado, se o autuado não possuir Regime Especial para pagamento em data posterior. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. 2. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. Acatada a preliminar de nulidade. A descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. A imputação diz respeito ao não lançamento de documentos fiscais, ao passo que a matéria fática é a omissão de saída apurada mediante levantamento quantitativo de estoque. A autuação foi feita de modo equivocado. Por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Infração Nula. Mantidas a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal (2ª JF), nos termos do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, tendo em vista a Decisão exarada no Acórdão JF Nº 0221-02/07, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$106.602,01, em virtude das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$85.888,19, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88.
2. Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, com ICMS devido no valor de R\$20.713,82.

O autuado apresentou defesa, fls. 40 a 48, e, em relação à infração 1, alegou que diversas mercadorias listadas na autuação estavam sujeitas à redução da base de cálculo e, no entanto, esse fato não foi considerado pelo autuante. Cita as mercadorias, as notas fiscais e as reduções da base de cálculo. Também alega que o autuante deixou de computar pagamentos efetuados.

Suscitou a nulidade da infração 2, alegando que a autuação estava baseada em presunção fiscal. No mérito, negou a acusação e afirmou que a alíquota aplicada não era cabível.

Na informação fiscal, fls. 177 a 178, o autuante acolheu parcialmente as alegações defensivas referentes à infração 1 e refez o cálculo do imposto, tendo apurado um débito de R\$7.333,91. Quanto à infração 2, o autuante retificou, de 17% para 7%, a alíquota utilizada no cálculo do imposto, o que acarretou uma redução do ICMS a recolher de R\$20.713,82 para R\$8.529,22.

Notificado acerca do resultado da informação fiscal, o autuado não se pronunciou.

Na Decisão recorrida, a infração 1 foi julgada procedente em parte no valor de R\$7.333,91, tendo o ilustre relator fundamentado o seu voto, em síntese, da seguinte forma:

Em sua manifestação defensiva o autuado apontou diversos erros do autuante, fatos que foram acatados na informação fiscal, tendo o próprio auditor autuante informado que revisou os levantamentos, tendo reduzindo o débito de R\$85.888,19 para R\$ 7.333,91.

Ressalto que o autuado recebeu cópia do resultado da informação fiscal e não se pronunciou. Interpreto este silêncio como reconhecimento tácito da autuação. Assim, entendo que a infração 01 restou parcialmente caracterizada, conforme abaixo:

A infração 2 foi julgada nula, tendo o ilustre relator proferido o seguinte voto:

Na infração 02 é imputado ao autuado a falta de recolhimento do ICMS decorrente da omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios.

Assim, o auditor autuante acusa o contribuinte de não ter escriturado documentos fiscais nos livros próprios.

Quais seriam estes documentos? É fundamental que o autuado seja informado dos dados desses documentos para que possa exercer seu direito de defesa.

O analisando as planilhas acostados pelo auditor para embasar sua acusação, observei não consta nenhum levantamento indicando quais os documentos não lançados que teriam sido apurados na ação fiscal. Somente consta nos autos um levantamento quantitativo de estoque, ocorre que essa acusação não está consignada no Auto de Infração. Consta da infração 02, conforme acima indicado, a falta de lançamentos de documentos fiscais.

Assim, entendo que houve cerceamento do direito de defesa, devendo a infração em tela ser declarada nula, conforme argüiu o autuado em sua peça defensiva, respaldada no artigo 18, inciso II do RPAF/99, recomendando a repetição dos atos, a salvo de falhas, na forma do artigo 21 do mesmo regulamento.

Considerando que o valor da desoneração do sujeito passivo ultrapassava o limite previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 2ª JJF recorreu de ofício de sua Decisão.

VOTO

Trata o presente Recurso de Ofício das infrações 1 e 2, as quais foram julgadas, respectivamente, procedente em parte e nula.

Na infração 1, o recorrido foi acusado de ter deixado de recolher ICMS devido por antecipação tributária, relativamente a aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Nesta infração, a parte sucumbente da Fazenda Pública Estadual decorreu de retificações atinentes à redução de base de cálculo de algumas mercadorias e a pagamento realizado e não computados na autuação.

Considero que foi correta a Decisão da Primeira Instância quanto à infração 1, pois está respaldada em documentação probante acostada ao processo e, além disso, os equívocos foram reconhecidos e corrigidos pelo próprio autuante na informação fiscal.

Na infração 2, o recorrido foi acusado de *omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente (s) do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios*.

Para apurar o imposto cobrado nessa infração, o autuante elaborou a planilha de fls. 9 a 21, pertinente a um levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado. Foram dados como infringidos os “*artigos 2º, parágrafo 3º, combinado com os artigos 50, 60, inciso I, 124, inciso I, 323 e parágrafos, combinado com o artigo 331 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6284/97.*”

A análise da acusação contida no Auto de Infração, do demonstrativo que embasa a infração 2 e dos dispositivos dados como infringidos mostra o acerto da Decisão recorrida, pois não há compatibilidade entre a acusação, o demonstrativo e os dispositivos regulamentares. Essa incompatibilidade entre as peças constitutivas do lançamento tributário cerceia o direito de defesa do recorrido e acarreta insegurança na determinação da infração e do infrator, maculando de nulidade o lançamento, conforme o art. 18, II e IV, “a”, do RPAF/99.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, deverá a repartição fazendária competente providenciar o refazimento da ação fiscal, a salvo de falhas.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, homologando a Decisão recorrida, a qual não carece de qualquer reparo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207108.0021/06-9, lavrado contra **M.F. COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA. (BAN DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.333,91**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser renovado o procedimento fiscal em relação à infração julgada nula, a salvo das falhas apontadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de fevereiro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA – REPR. PGE/PROFIS