

A. I. Nº - 232117.0903/09-8
AUTUADO - LUIZ SOUZA NASCIMENTO
AUTUANTE - NADJA LEITE FERNANDES
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 23.08.10

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0233-04/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. INADEQUAÇÃO ENTRE A INFRAÇÃO COMETIDA E A DESCrita NO AUTO DE INFRAÇÃO. Trata-se de acusação fiscal de “Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial...”, enquanto o cálculo do imposto e a mercadoria (conhaque) se referem à antecipação tributária. Existência de víncio insanável no presente lançamento de ofício, decorrente da não identidade do fato infracional descrito no lançamento em epígrafe e o fato ensejador da imputação infracional. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 11/09/2009, exige ICMS no valor de R\$ 30.147,58, acrescido da multa de 60%, em razão da “Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado”.

Consta no campo “Descrição dos Fatos” a “FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS REFERENTE ÀS MERCADORIAS CONSTANTES DAS NFS-e 7659, 7662, 7663 E 7660 DE 09/09/09 NA ENTRADA DO ESTADO DA BAHIA, POR CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO. MERCADORIA ADQUIRIDA DE ESTADO NÃO SIGNATÁRIO DO PROTOCOLO DE ICMS 14/06”. (sic)

Já no “Demonstrativo de Débito”, à fl. 3 dos autos, consta a mercadoria “Conhaque” e a base de cálculo na importância de R\$ 77.480,00, acrescida da MVA de 64,40%, que à alíquota de 27% resulta o imposto de R\$ 34.391,82, o qual deduzido do crédito fiscal de R\$ 4.244,24, apura o ICMS exigido de R\$ 30.147,58, conforme notas fiscais e Termo de Apreensão e Ocorrências, às fls. 4 a 11 dos autos.

Às fl. 16 a 34 dos autos foram apensados documentos fiscais de parcelamento do montante integral do Auto de Infração, no qual foi paga a parcela inicial, no valor de R\$ 737,00, tendo seu pedido de parcelamento sido indeferido, consoante documento à fl. 24 do PAF.

Em seguida o sujeito passivo, às fls. 37 e 38, apresenta tempestivamente impugnação ao Auto de Infração, onde ressaltou que, realmente, a empresa encontrava-se descredenciada, mas que as mercadorias não fazem parte do citado protocolo. Destacou, ainda, que além de ser enquadrado em um dispositivo inexistente, o Regulamento do PAF é bem claro quando define em seu art. 2º, § 2º, que: “Quando por mais de um modo se puder praticar o ato ou cumprir a exigência, preferir-se-á o menos oneroso para o requerente”.

Sustentou estar diante de um dilema, tendo em vista que a empresa foi enquadrada em dois dispositivos além de ter o seu direito de defesa cerceado, pois não foi apresentado como se chegou à base de cálculo de R\$ 127.377,12, o que, segundo o autuado, torna o Auto de Infração nulo, conforme preceitua o art. 18, IV, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, o que requer.

O preposto fiscal, estranho ao feito, que prestou a informação fiscal, às fls. 46 a 50 dos autos, ressaltou que a mercadoria, objeto da presente autuação é bebida alcoólica quente, especificamente conhaque, com classificação fiscal na NCM 2208.90.00, portanto enquadrado no Protocolo ICMS 14/2006, conforme cláusula 1^a da mencionada norma, desprovida a alegação do autuado de que tal mercadoria não faz pa-

também o art. 353, inciso II, item 2.2, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, como reforço da exigência fiscal.

Quanto à situação de descredenciado, aduz o preposto fiscal que, nos termos do art. 125 do RICMS/97, tem como consequência a obrigatoriedade de recolhimento na entrada do território deste Estado, em relação às mercadorias enquadradas ou não na substituição tributária.

No tocante à alegação de que não foi apresentado o demonstrativo e como se chegou à base de cálculo, informou o preposto fiscal que, à fl. 03 dos autos, consta o demonstrativo de débito, o qual contém os dados e valores referentes à presente ação fiscal, do que passa a descrevê-los.

Aduziu ser contraditório o contribuinte pedir parcelamento e requerer a anulação do Auto de Infração. Anexa, à informação fiscal, demonstrativo elucidativo da base de cálculo do imposto.

Instado a se manifestar sobre a cópia do demonstrativo apensado aos autos, o autuado afirmou que os valores apurados são irreais, não apresentando qualquer correlação com os fatos apurados, haja vista decorrer de falhas no levantamento fiscal, bem como estar baseado em presunções sem nenhuma validade fática, do que reitera o seu pedido de nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que, neste novo cálculo, para apurar o ICMS devido para um contribuinte descredenciado, não deveria aplicar a MVA sobre a base de cálculo do imposto. Assim, entendeu que, ante o exposto, não restou dúvida da limitação do pleno exercício do contraditório em razão do flagrante cerceamento de defesa imposta ao sujeito passivo.

VOTO

Inicialmente devemos consignar que cabe ao julgador, ao analisar um processo, em preliminar debruçar-se sob o mesmo do ponto de vista formal, somente adentrando no mérito se verificado que não há nenhum óbice daquela natureza que fulmine de pronto o referido processo por nulidade.

Preliminarmente, ao verificar se o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas, ou seja, se enseja em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, constato que o processo apresenta vício insanável na consecução do lançamento de ofício, uma vez que há inadequação entre a infração efetivamente cometida pelo contribuinte e a acusação fiscal contida no Auto de Infração, fato este comprovado diante das provas apensadas aos autos quando da ação fiscal.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS referente à antecipação parcial, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado (grifo nosso), sendo o enquadrado como infringidos os artigos 125, II, e 352-A, do RICMS/97.

Contudo, na verdade a acusação fiscal se fundamentou em documentos fiscais e em cálculos relativos à antecipação tributária propriamente dita, conforme podemos constatar através dos documentos e demonstrativo às fls. 3, 4, 5 e 8 a 11 dos autos, cujo direcionamento foi sempre no sentido de se exigir do autuado, na condição de sujeito passivo por substituição, o ICMS antecipação tributária, relativo às operações de saídas internas subsequentes, prevista no art. 353, II, item 2.2, do RICMS/97, como bem pontuou o preposto fiscal que prestou a informação fiscal.

Sendo assim, no presente lançamento de ofício, verifica-se a existência de vício insanável que fulmina o Auto de Infração que é a não identidade do fato infracional descrito no lançamento ao fato ensejador da imputação infracional, o que por si só já causaria a nulidade do lançamento, a teor do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, segundo o qual é nulo o lançamento de ofício que não contenha elementos suficientes para se determinar, com segurança, a natureza da infração cometida, o que também acarreta prejuízo ao pleno exercício do contraditório, conforme argüido pelo sujeito passivo, por gerar uma insegurança jurídica.

Logo, vislumbro a necessidade da renovação da ação fiscal, em *c' ^ ^ . . .* por estar convencido de que restou, *in casu*, comprovada a ocorrência

da ausência da formalidade essencial acima mencionada, disso resultando a nulidade do lançamento de ofício, em estrita consonância com o artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, o qual prevê tal medida quando o lançamento não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Do exposto, voto **NULO** o Auto de Infração em face da existência de vício insanável, uma vez que, na hipótese *sub examine*, não há possibilidade de aproveitamento de qualquer ato praticado, o que fulmina o próprio lançamento de ofício, que em sua origem está equivocado pelo erro na acusação fiscal, do que, nos termos do art. 156 do RPAF, represento à autoridade fiscal competente para instaurar novo procedimento fiscal, a salvo da aludida falha.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232117.0903/09-8**, lavrado contra **LUIZ SOUZA NASCIMENTO**, recomendando à autoridade competente a repetição da ação fiscal, a salvo da aludida falha.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 2, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala de Sessões do CONSEF, 12 de agosto de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR