

PROCESSO - A. I. Nº 213080.0054/13-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ABB LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0015-05/14
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 16/05/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0119-12/14

EMENTA: ICMS. NULIDADE. **a)** CERCEAMENTO DE DEFESA. Acolhida a alegação de nulidade do procedimento. Contradição entre a acusação fiscal e a descrição dos fatos. Erro também na quantificação do imposto. **b)** ILEGITIMIDADE PASSIVA. Verificação concomitante da impossibilidade de lavratura do Auto de Infração contra empresa localizada em outra unidade da Federação, por esta não ser a responsável pela apropriação do crédito fiscal e correspondente apuração do imposto. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida nos autos do presente PAF.

O Auto de Infração foi lavrado em 03/07/2013, para exigir crédito tributário no montante de R\$97.420,43 em razão de uma única infração que acusa o Sujeito Passivo de falta de recolhimento do ICMS sobre importação, relativo a mercadorias e/ou bens procedentes do exterior, destinados fisicamente ao Estado da Bahia, no caso do importador ser estabelecido em outra unidade da Federação e o desembaraço aduaneiro ocorrer ou não em estado diverso do seu domicílio.

Consta da descrição dos fatos o seguinte:

“Mercadorias destinadas para o Estado de São Paulo, com estorno do crédito do ICMS de 3% (três por cento), transferido irregularmente para o fornecedor, conforme DANFE nº;66117. Resolução do Senado nº 13/2012; Convênio ICMS 38/13; Inciso III e XV do parágrafo 8º do art. 309 e Inciso III do art. 332 do Dec. 13.780/12”.

Os membros da 5ª JJF, após análise das peças processuais e a partir do voto proferido pelo i. relator de primeira instância, decidiu à unanimidade, julgar nula a infração, *in verbis*.

VOTO

(...)

Observo inicialmente que o campo “descrição dos fatos” e o campo destinado a “descrição da infração” apresentam conflito quanto à imputação. O primeiro descreve “o estorno de crédito de ICMS de 3%, transferido irregularmente para o fornecedor, conforme DANFE nº 66.117”. O segundo campo contempla a acusação fiscal de “falta de recolhimento do ICMS sobre importação, relativo a mercadorias e/ou bens procedentes do exterior, destinados fisicamente a este Estado”.

Por outro lado o enquadramento da infração no Auto de Infração diz respeito às operações de importação de mercadorias destinadas a unidade federada diversa do domicílio do importador: art. 1º, inc. I parágrafo único; art. 2º, inc. V; art. 4º inc. IX; art. 13, inc. I alínea “d”, todos da Lei nº 7.014/96. Foram citados o art. 332, inc. III e art. 435, do RICMS/Ba (Decreto nº 13.780/12).

A autuante, por sua vez, em campo diverso do enquadramento da infração, fundamentou a exigência nas disposições da Resolução do Senado Federal nº 13/2012; Convênio ICMS 38/13 e incs. III e XV, do § 8º, do art. 309 e inc. III, do art. 332, do RICMS - BA/12. Observo que o inc. III, do § 8º, do art. 309, está relacionado ao crédito fiscal na tomada de serviços de transporte aéreo e que não existe no dispositivo citado o inc. XV.

No que se refere à base de cálculo, admitindo-se como válida a cobrança do “estorno de crédito” há também uma grave distorção ou erro de quantificação. O crédito fiscal repassado no DANFE nº 66.117 (doc. fl. 08), pelo autuado foi no valor de R\$32.785,73, calculado à alíquota de 7% sobre a base imponível de R\$468.367,51, que corresponde ao valor total da operação consignada no documento fiscal. O estorno mencionado no corpo do Auto de Infração seria de 3% sobre R\$468.367,51, correspondente ao crédito excedente (7% - 4%). Esse cálculo totalizaria a cifra de R\$14.051,02, e não o valor lançado no montante de ICMS de R\$60.887,77.

Observo ainda que a destinatária da mercadoria importada pela empresa autuada foi a Companhia Elétrica do Estado da Bahia – COELBA, Inscr. Estadual nº 00478696, e o lançamento, segundo a autuante, ao prestar a informação fiscal, diz respeito a estorno de crédito ou crédito repassado a mais para a adquirente. Ocorre que este fato só poderia ser verificado junto à escrita fiscal da destinatária – no caso – a Companhia Elétrica do Estado da Bahia – COELBA. Impossível, na fiscalização do trânsito de mercadorias, antes mesmo do bem ingressar no estabelecimento adquirente, haver a certificação de que o crédito fiscal foi apropriado em valor superior ao legalmente permitido, em contrariedade ao disposto no art. 309, § 8º, inc. IV, com a seguinte redação:

Art. 309 – *Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:*

(...)

§ 8º - *Na entrada de mercadorias e na utilização de serviços oriundos de outras unidades da Federação, o crédito só será admitido se calculado pelas seguintes alíquotas:*

(...)

IV - *de mercadorias ou bens importados do exterior ou de mercadorias ou bens produzidos no Brasil com conteúdo de importação superior a 40%, nos termos definidos em Ajuste SINIEF, provenientes de outra unidade da Federação: 4% (quatro por cento).*

Pelas razões acima expostas, decreto nulidade do lançamento fiscal, com dupla motivação.

Primeiro, em razão da acusação fiscal estampada no Auto de Infração, no campo destinado à descrição da mesma estar consignada acusação diversa daquela contida no campo “Descrição dos Fatos”, além de erro na apuração da base de cálculo. Em ambas as situações houve claro cerceamento ao direito de defesa do contribuinte autuado, incorrendo o lançamento na nulidade prevista no art. 18, inc. II, do RPAF/99. Registre-se que contribuinte se defendeu da acusação contida no campo “infração”, mas o Auto de Infração foi lavrado com descrição fática completamente diversa.

Há também outra nulidade absoluta neste processo. Verifico que o motivo determinante para o lançamento de ofício externado pela agente autuante na informação fiscal foi o estorno de crédito de ICMS que teria sido repassado a maior pela empresa autuada. Este fato, entretanto, só poderia ser verificado junto à empresa destinatária dos bens acobertados pelo DANFE nº 66117, razão pela qual o sujeito passivo indicado no Auto de Infração é parte ilegítima para figurar no polo passivo da relação processual tributária. A empresa ABB LTDA., repassou em operação interestadual crédito de ICMS à alíquota de 7%, quando o correto seria cálculo do ICMS à alíquota de 4%. Necessário averiguar qual o montante do crédito fiscal apropriado pela destinatária, localizada neste Estado. Esta verificação só pode ser efetuado na escrita fiscal da empresa adquirente, não podendo a imputação de crédito indevido e correspondente estorno ser atribuída à autuada, que sequer é contribuinte cadastrado no Estado da Bahia. Fundamento esta segunda nulidade nas disposições do art. 18, inc. IV, letra “b”, do RPAF/99, com a seguinte redação:

Art. 18. *São nulos:*

(...)

IV - *o lançamento de ofício:*

(...)

b) *em que se configure ilegitimidade passiva.*

Recomendo a renovação da ação fiscal, a cargo da fiscalização de estabelecimentos, para que seja verificado o montante do crédito fiscal que tenha sido eventualmente apropriado indevidamente pelo estabelecimento da empresa Companhia Elétrica do Estado da Bahia – COELBA, Inscrição Estadual nº 00478696, que figura na condição adquirente da mercadoria importada, objeto do lançamento fiscal.

Em razão da sucumbência imposta à fazenda Pública, a 5ª JJF recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal para a reapreciação da Decisão proferida em primeiro grau de julgamento administrativo.

Devidamente cientificados, autuada e autuante não se manifestaram.

VOTO

O presente Recurso interposto de ofício pelos julgadores da 1ª JJF deste CONSEF tem por objeto reapreciar o Acórdão de nº 0015-05/14 na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA, tudo em razão da sucumbência imposta à fazenda pública estadual em face da declaração de improcedência da autuação.

Pesa sobre o Sujeito Passivo a acusação de haver deixado de proceder ao recolhimento do ICMS sobre importação, relativo a mercadorias e/ou bens procedentes do exterior, destinados fisicamente a este Estado, no caso do importador ser estabelecido em outra unidade da Federação

e o desembaraço aduaneiro ocorrer ou não em estado diverso do seu domicílio.

Por primeiro, antes mesmo da adentrar às questões e razões que levaram à nulidade no presente Auto de Infração, devo registrar que outros pontos além dos levantados pelo julgador de piso também inquinam de nulidade o lanamento em apreço. Dentre os diversos vícios verificados, vejo que alguns estão no nascimento do Auto, a exemplo da fato do Termo de Apreensão, impressindível quando a autuação se dá no trânsito de mercadoria, bem como o intervalo temporal entre a data de emissão da nota fiscal que deu azo à autuação e a data da lavratura do Auto de Infração, a primeira em fevereiro de 2013 e a segunda em julho do mesmo ano. Ou seja o Auto em apreço reúne diversos vícios que o inquinam de nulidade, de forma insanável.

Referentemente a às razões expostas pelo julgador *a quo*, vê-se, de fato que no campo de descrição dos fatos, a afirmação feita pelo autuante, de que as *“Mercadorias destinadas para o Estado de São Paulo, com estorno de crédito do ICMS de 3% (três por cento), transferido irregularmente para o fornecedor, conforme DANFE nº 66117. Resolução do Senado nº 13/2012; Convênio ICMS 38/13; incisos III e XV, do parágrafo 8º, do art. 309 e inc. III, do art. 332, do Dec. nº 13.780/12”*.

També é de fácil constatação que conforme consignado na Decisão de piso, a acusação fiscal está completamente fora de sintonia com a descrição dos fatos, aí entendido que a acusação fiscal e a descrição dos fatos correspondem a ilícitos fiscais distintos, o que representa claro óbice ao contraditório e ao direito à defesa por parte do Sujeito Passivo. Ainda com relação à acusação fiscal, também merece destaque o fato de que a fundamentação legal carrega erros não passíveis de correção, conforme registrado pelo relator de piso.

Não bastassem os erros acima indicados, outros dois também são flagrantes. O primeiro diz respeito à definição da base de cálculo, na hipótese de se considerar a possibilidade de cobrança do ICMS em razão do estorno de crédito, aí compreendido que aritmeticamente o imposto calculado à alíquota de 3% sobre a base imponible de R\$468.367,51 corresponderia a R\$14.051,02, valor que diverge do indicado na peça acusatória, qual seja, R\$60.887,77.

No segundo, o que se verifica é que não há segurança quanto à definição da apropriação de qualquer crédito fiscal, muito menos se tal crédito foi apropriado em valor superior ou inferior ao devido. O fato é que a fiscalização ocorreu no trânsito de mercadorias, enquanto que a apuração dos fatos apenas poderia ocorrer por meio da verificação da escrita fiscal da destinatária das mercadorias. Nessa esteira, a considerar que o autuante pretende exigir ICMS em razão de estorno de crédito fiscal repassado a maior, e que a constatação de eventual recolhimento de imposto a menor apenas poderia ser verificado na escrita da destinatária das mercadorias, vê-se, conforme consignado pelo relator de piso, que o Auto de Infração não pode prosperar, pois, a exigência fiscal recai sobre pessoa ilegítima, fato indiscutível.

Ante a tudo o quanto exposto, vejo que nenhum reparo merece a Decisão recorrida, motivo pelo qual voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo integra a Decisão recorrida que julgou nulo o Auto de Infração em apreço em razão da ilegitimidade passiva, pela falta de segurança na determinação da infração e pelos demais vícios elencados acima.

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 homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **213080.0054/13-9**, lavrado contra **ABB LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de abril de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS