

PROCESSO - A. I. Nº 088502.0012/14-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - COCEAL COMERCIAL CENTRAL DE AÇÚCAR E CEREAIS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0175-05/14
ORIGEM - INFAS VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 01.12.2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0361-12/14

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Há evidente violação ao princípio da imutabilidade do lançamento tributário, e também cerceamento de defesa, já que o impugnante se defendeu do imposto lançado pelas aquisições e não pelas saídas, havendo por conseguinte, descumprimento do devido processo legal. É vedado no nosso ordenamento jurídico vigente, a alteração de ofício de um lançamento tributário dentro do mesmo processo, incorrendo em alteração do critério jurídico adotado inicialmente, no caso, o imposto devido pelas aquisições de açúcar, e mais tarde, o imposto devido pelas saídas do mesmo produto. 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 que julgou nulo o Auto de Infração.

O Auto de Infração foi lavrado em 25/03/2014, para exigir crédito tributário no montante de R\$359.543,20, em razão da acusação fiscal de ter o Contribuinte deixado de proceder ao recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação relacionadas nos anexos 88 e 89.

Os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, após análise das peças processuais e a partir do voto proferido pelo i. relator de primeira instância, decidiu à unanimidade, pela declaração de nulidade do lançamento, *in verbis*.

VOTO

Trata-se de lançamento tributário de ofício, em que a infração textualmente o atribui, em face da falta de recolhimento de ICMS decorrente das aquisições de mercadorias em outros estados, no caso, o açúcar, em que há obrigação legal de se fazer a antecipação tributária.

O impugnante defende-se alegando que exerce atividade atacadista e que todo o açúcar teve imposto retido pelas usinas produtoras, tanto nas aquisições interestaduais como nas aquisições internas.

O autuante confirma tal proposição alegação do impugnante, ao dizer que a “defesa do autuado surtiria algum efeito se destinada a provar que o recolhimento da antecipação tributária nas aquisições de açúcar cristal por um atacadista, foi realmente efetivada. Todavia, o que temos é uma indústria de moagem que não efetuou nenhum recolhimento na saída para venda do açúcar em pó por ela industrializado”.

Assim, na informação fiscal foi devidamente esclarecido que não estar a se cobrar imposto devido pelas “aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação”, mas tão somente o imposto

decorrente de uma indústria que não efetuou recolhimento decorrente da venda do açúcar industrializado.

Inicialmente, ficou estabelecida a dúvida se o impugnante é apenas um atacadista ou também exerce atividade industrial. Em consulta ao sistema INC da SEFAZ, consta apenas que se trata de um estabelecimento comercial atacadista. Obviamente a verdade material poderia ser apurada mediante diligência “in loco” para se apurar se o impugnante realmente exerce tal atividade, que não é admitida na peça defensiva, havendo contradição entre o que afirma o impugnante e aquilo que acusa o autuante.

No entanto, é forçoso concluir que uma diligência se tornaria inócuia, pois mesmo que venha a ser comprovada a atividade industrializadora, não vislumbra a possibilidade de manutenção deste lançamento de ofício, em virtude de detectar vício formal insanável no processo.

É que há flagrante descompasso entre a descrição da infração e o fato gerador admitido pelo autuante em sua informação fiscal. Conforme pode se observar, a razão do Auto de Infração está inicialmente na falta de recolhimento do imposto devido por substituição nas “aquisições provenientes de outras unidades da Federação”.

Diante da justificativa do impugnante, de que todas estas aquisições de outros estados, e também as internas, o autuante muda completamente o fulcro da acusação, dizendo que tal defesa serve ao propósito de justificar as aquisições, mas não o da venda do açúcar industrializado pelo impugnante.

Ora, é certo que o impugnante comprova que não há imposto a pagar pelas aquisições, no que é corroborado pela informação fiscal, quando diz que “obviamente, as antecipações do ICMS foram feitas pelos substitutos tributários, bem como pelo próprio contribuinte ao adquirir produtos de estados não signatários” e em seguida aduz estar cobrando o imposto decorrente das saídas, subvertendo completamente a descrição da infração.

Assim, no exercício do controle de legalidade do lançamento tributário de ofício, constato flagrante descompasso entre o que foi imputado e aquilo que o autuante detalha em sua informação fiscal, tendo a acusação quanto à infração sido plenamente defendida.

Há evidente violação ao princípio da imutabilidade do lançamento tributário, e também cerceamento de defesa, já que o impugnante se defendeu do imposto lançado pelas aquisições e não pelas saídas, havendo por conseguinte, descumprimento do devido processo legal, sendo vedado no nosso ordenamento jurídico vigente, a alteração de ofício de um lançamento tributário dentro do mesmo processo, incorrendo em alteração do critério jurídico adotado inicialmente, no caso, o imposto devido pelas aquisições de açúcar, e mais tarde, o imposto devido pelas saídas do mesmo produto.

Tal vício, é insanável, porque dentro do mesmo processo, não é possível mudar o critério do lançamento tributário. A melhor doutrina, fazendo a inteligência do art. 146 do CTN, diz que há mudança de critério jurídico, quando a autoridade administrativa, tendo adotado uma entre várias alternativas expressamente admitidas pela lei, na feitura do lançamento, depois pretende alterar esse lançamento, mediante a escolha de outra das alternativas admitidas e que enseja a determinação de um critério tributário de valor diverso (Ricardo Lobo Torres, referenciado por Luciano Amaro in Direito Tributário Brasileiro, 12ª Edição, Saraiva, 1997, pág. 352).

Assim, pretendeu o autuante, alterar completamente a razão do lançamento, substituindo flagrantemente o fato gerador, antes decorrente das entradas de açúcar de outros estados, agora, pelas saídas do mesmo produto, e assim, face às considerações expostas, voto pela **NULIDADE** do Auto de Infração.

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

Cientificados, autuante e autuado não se manifestaram.

VOTO

O presente Recurso interposto de ofício pelos julgadores da 3ª JJF deste CONSEF tem por objeto reapreciar o Acórdão de nº 0174-05/14 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.

Cinge-se o presente Recurso de Ofício à análise da Decisão recorrida que desonerou parcialmente o Sujeito Passivo do quanto lhe foi exigido em razão da acusação fiscal de haver deixado de proceder ao recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação

relacionadas nos anexos 88 e 89.

Da leitura dos autos, vejo que nenhum reparo merece a Decisão recorrida. Fato é que, conforme assinalado pelos julgadores de piso, há contradição na acusação que versa sobre falta de recolhimento do imposto devido por substituição nas aquisições provenientes de outras unidades da Federação, fundamentada em aquisições de outros estados, **bem como as internas**, dito pelo autuante que a “*defesa serve ao propósito de justificar as aquisições, mas não o da venda do açúcar industrializado pelo impugnante*”.

Vejo que também há contra senso na declaração do autuante quando, diante da comprovação trazida pelo Sujeito Passivo de que não haveria imposto a pagar, assevera que “*obviamente, as antecipações do ICMS foram feitas pelos substitutos tributários, bem como pelo próprio contribuinte ao adquirir produtos de estados não signatários.*”

Assim, frente ao flagrante descompasso entre a acusação fiscal e as circunstâncias dos fatos, além das informações prestadas pelo autuante no curso do processo, concluo que o presente Auto de Infração não pode prosperar por óbvia afronta ao RPAF/BA, especificamente em seu art. 18, que contempla situações como as do caso em análise, quando diz claramente que são nulos os lançamentos que não contiverem elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, aí entendido que a imputação fiscal está contaminada por incertezas, impedindo que o Sujeito Passivo possa identificar, com a certeza necessária, a correta acusação que lhe pesa, fato que tolhe o direito que tem todo contribuinte ao contraditório e à ampla defesa.

Assim sendo, frente à flagrante impossibilidade da exigência do imposto em razão da flagrante nulidade do lançamento, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto, mantendo a Decisão recorrida na sua inteireza.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a 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 088502.0012/14-4 lavrado contra **COCEAL COMERCIAL CENTRAL DE AÇÚCAR E CEREAIS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS