

PROCESSO - A. I. Nº 213080.0040/13-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - IRIZAR BRASIL LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 4º JJF nº 0217-04/14
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 05/02/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0004-12/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Há divergência entre o fato apurado e o enquadramento legal da infração, cerceando, assim, o direito de defesa e acarretando insegurança na determinação da infração. Infração nula, nos termos do art. 18, II, IV, “a”, do RPAF/99. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto relação à Decisão proferida pela 4ª JJF que julgou Nulo o Auto de Infração em lide foi lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias, em 29/04/2013, para exigir ICMS no valor de R\$ 108.720,00, acrescido da multa de 60%, sob a acusação de “*Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. TAO nº 213080.0027/13-1*”.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0280-04/13 (fls. 88 a 90), a 4ª JJF julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, sob o argumento de que a espécie dos bens apreendidos (carrocerias para ônibus) estava posicionada na NCM/SH sob o código 87021000, especificada na posição 72 do Anexo Único do Protocolo ICMS 41/08 e, portanto, sujeita ao regime de substituição tributária. Dessa forma, foi refeita a apuração do imposto devido, com a aplicação da margem de valor adicionado prevista no Protocolo ICMS 41/08, o que reduziu o valor devido para R\$ 36.000,00.

Considerando o valor da desoneração do sujeito passivo, a 4ª JJF recorreu de ofício de sua Decisão. Por seu turno, o autuado interpôs Recurso Voluntário, alegando, dentre outros argumentos, que a Decisão da Primeira Instância tinha alterado o fundamento do Auto de Infração ao incluir novo dispositivo legal para respaldar a exigência fiscal.

A 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, por meio do Acórdão CJF Nº 0198-12/14 (fls. 135 a 141) decidiu pela nulidade do Acórdão JJF Nº 0280-04/13, por considerar que a primeira instância tinha mudado a discussão da matéria posta na autuação. Dessa forma, foi determinado o retorno do processo à Primeira Instância para nova Decisão, a salvo de falhas.

Cotejados os autos após a defesa do sujeito passivo ter vindo ao PAF às fls. 26 a 35, o autuante ter prestado informação às fls. 73 a 75, a JJF proferiu nova Decisão com o seguinte teor:

VOTO

No Auto de Infração em análise, o autuado foi acusado de ter deixado de “proceder a retenção do ICMS, e conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia.”

O lançamento tributário de ofício, efetuado pela fiscalização do trânsito de mercadorias, está fundamentado no Termo de Ocorrência Fiscal nº 213080.0027/13-1 (fls. 7 e 8). De acordo com esse referido Termo, as

mercadorias apreendidas foram três unidades de “Carrocerias p/ Ônibus”. Por seu turno, o Demonstrativo de Débito de fl. 2 repete que as mercadorias apreendidas eram “Carrocerias p/ Ônibus”. Não resta dúvida, portanto, que as mercadorias apreendidas e que foram o objeto do Auto de Infração em comento eram “Carrocerias p/ Ônibus”, o que, no meu convencimento, coloca por terra a necessidade da realização de diligência. Ademais, a apreensão ocorreu no Posto Fiscal Honorato Viana, consoante Termo de Ocorrência; caso a mercadoria descrita na nota fiscal não correspondesse com a real mercadoria que estava sendo transportada, haveria de imediato uma inidoneidade do documento fiscal e as conseqüências tributárias seriam diversas.

Considerando que o Auto de Infração foi fundamentado nas cláusulas primeira, terceira, sexta e sétima do Convênio ICMS 132/92, o qual “Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com veículos automotores”, fica clara a desconformidade entre o ilícito tributário descrito e o enquadramento legal utilizado, acarretando cerceamento de defesa e insegurança na determinação da efetiva infração apurada.

Esse equívoco no enquadramento legal da infração é de tal monta que também implica erro na apuração do valor da base de cálculo, pois os critérios previstos no Convênio ICMS 132/92 divergem dos determinados pelo Protocolo ICMS 41/08 – o qual trata da substituição tributária nas operações com carrocerias para ônibus.

Corroborando essa nulidade acima, peço vênha para transcrever trecho do voto divergente proferido pela Conselheira Denise Mara Andrade Barbosa no Acórdão CJF Nº 0198-12/14:

[...]

Explicando melhor: se o órgão julgador de piso estiver correto e as operações interestaduais efetivamente tinham como objeto “carrocerias para ônibus” (e não, ônibus), constata-se uma desconformidade entre a realidade dos fatos e a descrição, no Auto de Infração, do ilícito tributário e seu enquadramento legal. Nessa hipótese, a Junta de Julgamento Fiscal deveria ter declarado a nulidade do Auto de Infração, e não a sua procedência parcial, haja vista a existência de cerceamento ao direito de defesa do contribuinte e insegurança na autuação. A segunda instância de julgamento, constatando esse fato (sem sombra de dúvidas, mediante a realização de diligência), poderia perfeitamente declarar a nulidade do Auto de Infração – com a reforma da Decisão recorrida.

[...]

Saliento que caso uma eventual diligência – que entendo ser desnecessária – viesse a comprovar que as mercadorias apreendidas eram ônibus, ainda assim a decretação da nulidade do lançamento de ofício era imperiosa, pois restaria uma clara desconformidade entre os fatos descritos neste Auto de Infração (apreensão de três “Carrocerias p/ Ônibus”) e a realidade que teria sido apurada (a apreensão de três “Ônibus”).

Em face ao acima exposto, o Auto de Infração em análise padece de vício insanável que, a teor do disposto no art. 18, II e IV, “a”, do RPAF/99, remete à nulidade do lançamento de ofício.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, deverá a autoridade competente verificar a possibilidade de refazimento da ação fiscal a salvo de falhas.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração, nos termos do art. 18, II, IV, “a”, do RPAF/99.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

VOTO

Versam os autos de Recurso de Ofício interposto em face do acórdão proferido pela instância de origem pela nulidade da autuação. Examinado o PAF, constato que os fundamentos que culminaram nessa Decisão decorreram da discrepância inferida pelos julgadores “a quo” de ter havido erro no enquadramento legal da infração imputada, isto porque, como ali destacado, restou clara a desconformidade entre o ilícito tributário e a tipificação legal respectiva, a resultar, por consequência, em insegurança jurídica e mácula ao devido processo legal.

Razão lhes assiste, pois o Auto de Infração está embasado no Convênio ICMS 132/92 que trata da substituição tributária nas operações envolvendo veículos automotores. Já a descrição constante nos DANFES de fls. 14, 15 e 16, no campo DESCRIÇÃO DO PRODUTO/SERVIÇO, consta carroceria para ônibus rodoviário, ou seja, parte dele e não o seu todo.

Verifica-se, portanto, que muito embora o produto objeto da operação mercantil e como consta dos DANFES se trate de operação envolvendo carroceria para ônibus e não ônibus,

independentemente de qualquer que seja o seu tamanho e capacidade, repercutiu em falta de clareza e precisão da autuação, tanto que o sujeito passivo defendeu-se em face da imputação envolvendo o Convênio ICMS 132/92, isto é, acerca do veículo de automotor, não à luz do Protocolo ICMS 41/08, que regula as operações com carrocerias para ônibus.

Logo, resta patente a discrepância entre a realidade fático-jurídica – operação com carroceria para ônibus rodoviário – e aquela descrita no lançamento de ofício, o que por si só é capaz de prejudicar a defesa do contribuinte.

Correto, por conseguinte, o entendimento da JJF que diante desse vício insanável desde o nascedouro do PAF, veio a decretar a nulidade da respectiva autuação, o que concordo.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício mantendo na íntegra a Decisão recorrida.

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 213080.0040/13-8, lavrado contra **IRIZAR BRASIL LTDA.**, devendo a autoridade competente verificar a possibilidade de refazimento da ação fiscal, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de janeiro de 2015.

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA - RELATORA

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