

PROCESSO - A. I. Nº 206961.0002/15-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - FRAD DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. (FRAD DISTRIBUIDORA)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0085-01/16
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 12/08/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0150-11/16

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO DO ICMS-ST. FALTA DE RECOLHIMENTO E RECOLHIMENTO A MENOS. O procedimento fiscal foi orientado com preterição do direito de defesa, em desacordo com o devido processo legal. O lançamento do créditos tributários é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. A acusação confunde o ICMS da substituição tributária e a antecipação parcial, institutos de natureza jurídica diversa. A autuação contém vícios que afetam a sua eficácia e o lançamento de ofício em tais circunstâncias deveria ser integralmente anulado. No entanto, é o próprio autuado que elabora demonstrativo saneador, discriminando as aquisições de mercadorias, no mês de setembro de 2014, reconhecendo sua procedência e efetuando o respectivo pagamento com os benefícios da Lei nº 13.449/15, que instituiu o Programa CONCILIA BAHIA. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, com espeque no art. 169 do RPAF, em face da desoneração ocorrida após da decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou, por meio do Acórdão nº 0085-0116, Parcialmente Procedente o Auto de Infração nº 20691.002/15-3. Ao contribuinte foram imputados o cometimento de duas infrações:

- 1. Recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior;*
- 2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior.*

Regularmente intimado, o sujeito passivo apresentou sua defesa às fls. 49/52. No que diz respeito à **infração 1**, afirma que tem pequena margem de lucro e que goza de benefício de redução de carga tributária por força do Decreto nº 7799/2000, que determina a redução da carga tributária em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento). Assim, conclui, em respeito a esta infração, que o fiscal autuante não considerou a redução da carga tributária que o beneficiava. No tocante à **infração 2** diz que o autuante repetiu o equívoco de não aplicar a redução da carga tributária e alega que o real responsável pelo pagamento do tributo cobrado seria a indústria e não o distribuidor e diz que a apuração não poderia ser feita com base no livro Registro de Apuração do ICMS, mas, sim, por meio da análise de cada nota fiscal emitida para que se possa identificar itens isentos ou com redução de alíquota. Por fim, requereu a extinção da

infração 1 e em relação à infração 2 reconheceu a procedência parcial e pediu o pagamento parcelado do valor confessado. Colacionou a sua defesa demonstrativos financeiros por ele mesmo elaborados relacionados aos valores cobrados.

Já à fl. 63 a autuante apresenta suas informações fiscais alegando apenas que deixou de contemplar os benefícios insculpidos no Termo de Acordo de Atacadistas – Decreto nº 7799/2000, ratificando, assim, as alegações do contribuinte.

Às fls. 64/65 consta extrato de pagamento de parte do autor, no valor de R\$ 6.436,72, gozando dos benéficos do Programa Concilia Bahia, nos termos da Lei nº 13.449/15.

Após a regular tramitação, através do Acórdão JF nº 0085-01/16, decidiu a 1ª Junta de Julgamento Fiscal pela nulidade parcial dos autos e reconheceu o pagamento realizado pelo contribuinte, declarando, assim, a Procedência Parcial do Auto de Infração, nos seguintes termos:

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir crédito tributário, no valor de R\$79.100,36, relativo às 2 irregularidades, descritas e narradas na inicial dos autos. Apesar de as duas exigências estarem descritas como falta de recolhimento ou recolhimento a menos do ICMS-ST, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, na realidade, os demonstrativos alinhavados pela Auditora Fiscal (fls. 34/38), trata do ICMS antecipação parcial. O Auto de Infração assim lavrado está em dissonância com os princípios que regem o devido processo legal, sobretudo, com cerceamento ao direito a ampla defesa do autuado. O lançamento do crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, conforme indicação do art. 142, CTN - Código Tributário Nacional. Ao examinar as peças do presente Auto de Infração, verifico, de fato, a existência de graves vícios jurídicos, ligados à legalidade do lançamento e mesmo a sua materialidade. A instauração, o preparo, a instrução e a decisão do processo administrativo são regidos por princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal. No caso em concreto, a preposta fiscal não deixa claro qual é a acusação, o que está sendo cobrado do autuado, se o ICMS substituição tributária (chamado de ICMS por antecipação) ou antecipação parcial, posto que nem mesmo o demonstrativo elaborado, as cópias dos livros fiscais acostadas (fls. 07/45), colabora na elucidação da questão. Aliás, infelizmente, os mesmos são absolutamente incompreensíveis. A mídia CD (fl. 46) que deveria conter os demonstrativos dos débitos em formato eletrônico estão vazios. Em decorrência, o próprio contribuinte formula suas razões de defesa, igualmente, de forma confusa, ao aduzir que goza de redução da carga tributária (Decreto nº 7.799/000, de 09.05.2000), quesito não entendida pela fiscal (fez referência a esse fato, apenas na Informação Fiscal); argüi que na primeira infração parece tratar-se de antecipação parcial e, na segunda, de substituição tributária plena, cujo responsável pelo recolhimento do tributo é o industrial e não o distribuidor. A parcela reconhecida pelo autuado relativamente à infração 2, cuja data de ocorrência constante dos autos é 30 de agosto de 2014, se refere às aquisições de mercadorias que somente adentraram no estabelecimento, no mês seguinte, em setembro de 2014. As infrações estão enquadradas no art. 8º, II, §3º da Lei nº 7014/96, e art. 289 do Decreto nº 13.780/12, que trata do responsabilidade por substituição tributária com encerramento da fase de tributação, e ao mesmo tempo, no art. 12-A, § 6º da Lei nº 7014/96 que trata da antecipação parcial, incidente apenas sobre mercadorias adquiridas para comercialização e que não encerra a fase de tributação, tipificando infrações tributárias completamente diversas. De forma muito clara, a autuação contém vícios que afetam a sua eficácia e o lançamento de ofício em tais circunstâncias deveria ser integralmente anulado. No entanto, é o próprio autuado que elabora demonstrativo saneador (fl.56), discriminado as aquisições de mercadorias, no mês de setembro de 2014, reconhecendo sua procedência e efetuando o respectivo pagamento (fls. 64/65). Assim, a melhor solução, no presente caso, em respeito aos direitos do contribuinte, ao devido processo legal e o princípio da verdade material, significando que a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos, tais como esses fatos o são na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos e, nos termos do art. 155 do RPAF BA (Decreto nº 7.629/99), é considerar a nulidade parcial do procedimento fiscal, exceto em relação aos valores reconhecidos e já parcelado pelo contribuinte com os benefícios da Lei nº 13.449/15, que instituiu o Programa CONCILIA BAHIA, beneficiando-o com redução de multas e juros em relação aos débitos do ICMS, conforme consta nas fls. 64/65 dos autos. Dessa forma, em face das considerações retro expostas, o lançamento de ofício resta subsistente em parte, com o aproveitamento do valores reconhecidos pelo autuado em relação às operações que realizou no mês de setembro de 2014, na infração 1, relacionadas no demonstrativos de fl. 56, importando R\$5.784,88 e com a homologação da parcela quitada.

Deste modo, o valor de R\$141.416,46 cobrado antes do julgamento passou a ser de R\$10.445,17, posterior ao julgamento, pelo que, por força do art. 169 do RPAF, foi apresentado Recurso de Ofício nos presentes autos.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado em face da desoneração determinada pela 1ª JJF que considerou Parcialmente Procedente o Auto de Infração nº 206961.0002/15-3

Analisando tudo que consta nos autos, noto que a 1ª Junta de Julgamento Fiscal andou bem ao considerar parcialmente nulo o Auto de Infração em tela. Analisando o Auto, noto que as infrações cobradas dizem respeito a falta de recolhimento ou recolhimento a menor de ICMS por substituição tributária. Não obstante isso, a fiscal autuante juntou às fl. 34 até 38 dos autos demonstrativos financeiros que tratam de antecipação parcial do ICMS, o que vicia todo o procedimento realizado para apuração das supostas infrações cometidas por não garantir a clareza da infração, sua materialidade e certeza. Noto ai um erro formal que vicia o auto ora em análise.

Considero, então, que tal atitude não confere certeza ao lançamento fiscal, implicando, inclusive em ferimento à ampla defesa pois entendo que não se encontra presente a perfeita caracterização da matéria tributável de modo que se possa determinar com segurança a infração cometida, o que, ao meu entender, contraria os arts. 2º, 18 e 39 do RPAF, devendo os atos serem repetidos, a salvo de falhas. Noto também que o próprio sujeito passivo teve prejuízo ao apresentar sua defesa pois não pode plenamente se defender do que estava sendo acusado, tanto que, para isso, alegou em alguns momentos ser beneficiário da redução trazida pelo Decreto nº 7799/2000 e em outros momentos não ser responsável tributário pelo pagamento da exação cobrada. Como consta nos autos, concordo com a 1ª Junta de que não houve observância do art. 142 do CTN pois não se pode determinar a matéria tributável com clareza e precisão.

Por isso, concluo que não deve prosperar o Recurso de Ofício ora em análise, não merecendo qualquer reforma a decisão de piso, por considerar parcialmente nulo o lançamento por infringir as disposições regulamentares já elencadas acima, além de ferir o princípio da ampla defesa, trazido pelo art. 5º da Constituição Federal.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo-se na íntegra a Decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206961.0002/15-3**, lavrado contra **FRAD DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. (FRAD DISTRIBUIDORA)**, no valor de **R\$5.784,88**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser cientificado o recorrido desta decisão e homologado o valor recolhido através de parcelamento do débito conforme os benefícios da Lei nº 13.449/15 do Programa Concilia Bahia.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de julho de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EDMUNDO JOSÉ BUSTANI NETO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS