

A. I. Nº - 269198.0137/16-3  
AUTUADO - PLANALTO DO SOL COM. E REPRES. DE HORTIFRUTIGRANJEIROS LTDA.  
AUTUANTE - FRANCISCO DE ASSIS RIZÉRIO  
ORIGEM - INFRAZ IRECÉ  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 19/12/2016

### 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACORDÃO JJF Nº 0259-03/16

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. O fato descrito no Auto de Infração e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. A acusação fiscal é de que o autuado deixou de recolher o ICMS antecipação ou substituição tributária na condição de microempresa comercial varejista, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação destinadas à comercialização, entretanto, se verifica no demonstrativo elaborado pelo autuante que este impôs ao contribuinte a multa de 60% sobre o valor do imposto que deveria ter sido retido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado. Indubitavelmente a autuação foi feita de modo equivocado. Por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 24/05/2016, traz a exigência de ICMS no valor histórico de R\$40.020,98, acrescido da multa de 60%, por ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária na condição de microempresa comercial varejista, referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do estado, (infração 07.08.01), nos meses de abril e maio de 2016.

O autuado impugna o lançamento às fls.241/265. Contesta a autuação registrando a tempestividade e diz interpor a defesa em decorrência das justificativas de ordem fática e de direito a seguir delineada. Solicita sejam as intimações referentes a este processo, realizadas diretamente ao advogado devidamente constituído, sob pena de nulidade conforme norma do novo CPC. Para tanto pede sejam direcionadas, obrigatoriamente, em nome do subscritor da presente impugnação, qual seja, Jeandro Ribeiro De Assis, inscrito na OAB/PE sob o n.º 33.550, com escritório profissional sediado na Avenida Adolfo Viana, n.º 709, sala 03, 1.º andar, bairro Maria Gorete, cidade de Juazeiro, Estado da Bahia, possibilitando, assim, o devido acompanhamento da evolução administrativa processual.

Consoante disposto no art. 151, inciso III do Código Tributário Nacional, requer seja aplicado o efeito suspensivo ao presente PAF, com o deferimento da suspensão de quaisquer atos executórios, que por ventura surjam no curso deste processo administrativo, até a prolação de

decisão irrecorrível, devendo o Estado se abster de inserir o nome da empresa Impugnante nos cadastros de restrição, como p. ex. CADIN, bem como, devendo respeitar a emissão de certidão de regularidade, neste caso, quando solicitado, possibilitando ao Impugnante a emissão de certidão positiva de débito com efeitos de negativa.

Afirma que em análise ao Auto de Infração, verifica que o Auditor Fiscal na descrição dos fatos, tipificou como título Infração 01 – 07.08.01, informando que a empresa Impugnante, supostamente, teria deixado “*de efetuar o recolhimento do ICMS substituído por antecipação, na condição de microempresa comercial varejista, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação*”.

Acrescenta que o enquadramento e a tipificação são os elementos consubstanciadores de um auto de infração, onde aquele informa qual a conduta perpetrada pelo contribuinte e a tipificação seria a adequação da conduta ao tipo com suas cominações. No enquadramento, o preposto fiscal informou que a empresa teria deixado de recolher o ICMS substituído por antecipação, “*na condição de microempresa comercial varejista*”.

Alega que a empresa ora Impugnante, detentora da Inscrição Estadual de n.º 131.044.999, sempre manteve no seu cadastro junto a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, desde a sua constituição, a condição de contribuinte normal, possuindo como forma de apuração por conta corrente fiscal para pagamento o ICMS, conforme faz prova a consulta cadastral emitida no sítio eletrônico da SEFAZ/BA em anexo.

Desta forma, argumenta que não há qualquer fundamento ou justificativa apta a motivar o enquadramento descrito no auto de infração ora vergastado. Há ali uma errônea formalização do suposto enquadramento e, via de consequência, eivado de vício no que tange a pena cominada, uma vez que a aplicação da multa seguiu a sua equivocada tipificação. Destarte, o ato administrativo ora impugnado tem o cunho, preponderantemente, de condenar a Impugnante como se esta fosse uma “microempresa comercial varejista”, o que, *in casu*, efetivamente não se aplica a Empresa Defendente.

Acrescenta que isso não é tudo. Observe que o agente Autuante continuou, erroneamente, a tipificar e fundamentar o seu Auto de Infração, informando que a Defendente teria deixado de recolher o ICMS “*referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação*”. A cobrança existente no bojo do presente Auto de Infração, tem como base a suposta falta de pagamento de ICMS sob o frete de mercadorias... Não há nenhum ICMS a ser recolhido relativo “*a aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação*”, mesmo porque todas as mercadorias comercializadas pela Impugnante são isentas do ICMS nos exatos termos do art. 265 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia.

Frisa que o Auditor Fiscal se equivocou no enquadramento, na tipificação e na própria cobrança *per si*, ou seja, na memória descritiva de cálculo por ele colacionado ao auto de infração, no qual intitulou como Demonstrativo da Falta de Pagamento ou Pagamento a Menor do ICMS Devido na Condição de Substituto Tributário, nas Prestações de Serviço de Transporte Realizados por Contribuintes Não Escritos ou Autônomos”, apresentando um enquadramento e uma tabela/demonstrativo que em nada se relacionam. Equivocou também no que tange a tipificação da suposta infração... A Impugnante deve ser defender dos fatos a ela atribuído. Mas como se defender deste ambíguo Auto de Infração? Por fim, o agente Autuante apresentou uma planilha de cálculos do ICMS sob o frete, desconsiderando, em sua totalidade, os pagamentos efetuados pelos clientes da Autuada a título de ICMS sob o frete.

Ressalta que são os clientes/compradores que transportam os produtos vendidos pela Impugnante, o que lhes colocam como os verdadeiros sujeitos passivos desta relação tributária relativo ao ICMS sobre o frete. Anexa a peça de defesa os comprovantes de recolhimento do ICMS/FRETE referente às notas fiscais contidas no demonstrativo apresentado pelo Auditor Fiscal.

Assevera que em verdade, se verifica que o enquadramento promovido pelo preposto fiscal em nada se relaciona com o objeto embasador da cobrança, causando à empresa Impugnante embaraço acerca da compreensão do que efetivamente lhe está sendo imputado a título de ônus, cerceando o seu direito do contraditório e da ampla defesa contido em nossa Carta Maior, mesmo porque a Impugnante não está na condição de microempresa varejista e, muito menos, o auto se consubstancia por aquisições de mercadoria proveniente de outras unidades da Federação.

Ressalta ainda, que a planilha colacionada pelo Fiscal faz referência ao levantamento realizado com base em notas fiscais eletrônicas emitidas pela Impugnante, ou seja, notas fiscais de saídas/vendas. Conclui que o auto de infração se encontra totalmente insubsistente.

Diz que, caso não sejam acolhidas as preliminares de nulidade citadas, fato este que não acredita, apenas por amor ao debate passa a tratar do mérito.

Registra que segundo a ótica do agente autuante, já objeto de preliminar, tipifica o Fisco Estadual de que a empresa Impugnante teria deixado de “efetuar o recolhimento do ICMS substituído por antecipação, na condição de microempresa comercial varejista, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação”. Reproduz o enquadramento legal e a tipificação da multa cominada.

Ressalta que em momento algum foi notificado acerca da abertura de procedimento administrativo fiscal Estadual realizado em seu desfavor, não sendo requisitados quaisquer documentos, livros fiscais ou informações pertinentes ao período fiscalizado.

Aduz que quando da ciência da lavratura do Auto de Infração, pelo preposto Fiscal, lhe foi informado que o procedimento teria se iniciado de ofício pelo Fisco Estadual, tendo utilizado somente as informações contidas na base de dados do órgão Autuante, emitindo seu juízo de valor fundamentado nas insuficientes informações contidas nas notas fiscais eletrônicas.

Explica que se no momento oportuno, o Fisco Estadual tivesse requisitado os documentos à Impugnante, teria verificado que os recolhimentos do ICMS relativo aos fretes dos produtos comercializados nas notas fiscais eletrônicas são de obrigação e por conta do destinatário (clientes da Impugnante), sendo, portanto, estes os verdadeiros sujeitos passivos responsáveis pelo pagamento do ICMS cobrado no bojo deste Auto. Merece sobrelevo o fato de que o ICMS exigido neste Auto de Infração foi, tempestivamente, quitado pelos clientes da Impugnante, como fazem provas os comprovantes em anexo.

Entretanto, afirma que mesmo tendo o conhecimento da eficiência dos postos fiscais na cobrança do imposto nesta modalidade, a Empresa Impugnante sempre adotou como procedimento de que o veículo do destinatário e transportador dos produtos vendidos somente sairia das suas dependências mediante a apresentação da guia de recolhimento do ICMS/Frete em nome do transportador. Com este procedimento, a Impugnante sempre possuía e possui os comprovantes de recolhimento do ICMS/frete relativos às notas citadas no auto de infração, restando evidente o dever de diligência e cuidado promovido pela Impugnante junto ao Fisco Estadual.

Manifesta aos Julgadores, sua inteira indignação e repúdio acerca do tratamento que lhe foi dispensado pelo Fisco, uma vez que logo após a ciência do auto de infração a Repartição Fazendária de sua circunscrição tornou a sua Inscrição Estadual como Inapta no dia 03.08.2016, ou seja, dentro do período em que a Impugnante se encontrava sob a égide do seu direito de defesa, onde o Fisco Estadual inseriu no motivo da situação cadastral do Contribuinte/Impugnante a seguinte informação: “*art. 27, inciso XXI – oper. Fictícias/indício fraude*”.

Assevera que este descabido ato resultou em imensos prejuízos operacionais, uma vez que a Impugnante ficou impossibilitada de realizar suas vendas, pois, se encontrava inabilitada para a emissão de notas fiscais eletrônicas. Informa que esta problemática perdurou no período compreendido entre o dia 03.08.2016 até o dia 22.08.2016, ou seja, por 20 dias.

Em meio a este arbitrário ato administrativo, a empresa Impugnante buscou, por diversas vezes, a resolução do problema junta a SEFAZ/IRECÊ, mas todas elas sem êxito, inclusive sendo lhe afirmado verbalmente pelo representante do Fisco Estadual de que a sua condição de Aptidão somente seria restabelecida mediante pagamento do valor integral do Auto de Infração.

Sustenta que configurado latente o abuso de poder provido pela Instituição Fazendária Estadual da circunscrição de Irecê / BA, pergunta como poderia a Impugnante reconhecer um débito que simplesmente não existe, como fazem provas os comprovantes que anexa.

Requer que seja julgado improcedente o Auto de Infração ora impugnado, uma vez que os impostos ali exigidos já foram devidamente quitados pelos verdadeiros sujeitos passivos desta relação tributária. Caso não entendam assim os Julgadores, que seja julgado insubsistente o Auto de Infração ante ao seu latente equívoco de enquadramento e tipificação, o que o faz inteiramente insubsistente. Protesta provar o alegado por todos os meios admissíveis em direito, assegurados pela Lei Fundamental (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal).

O autuante presta a informação fiscal fl.652. Diz que por equívocos na elaboração do auto de infração, foi imputada ao autuado a infração 07.08.01 - ICMS não antecipado, quando a infração correta seria a 07.09.03 - Deixou de proceder a retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado. Afirma que a infração cometida pela empresa foi a falta de pagamento do ICMS substituto sobre frete.

## VOTO

O Auto de Infração em lide cuida de exigência de crédito tributário sob a acusação de que o autuado teria deixado de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária na condição de microempresa comercial varejista, referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do estado, (infração 07.08.01), nos meses de abril e maio de 2016.

Analizando os elementos que compõe o presente PAF, constato que não há como prosperar o lançamento na forma como realizado, haja vista que o fato descrito no Auto de Infração e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real, nem com o direito aplicável.

Observo que a acusação fiscal é de que o autuado teria deixado de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária na condição de microempresa comercial varejista, referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, entretanto, se verifica no demonstrativo elaborado pelo autuante, que este impôs ao contribuinte a multa de 60% sobre o valor do ICMS que deveria ter sido retido e pago, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado. Neste caso, indubitavelmente, a autuação foi feita de modo equivocado.

Examinando as peças que compõem a lide, constato que o lançamento de ofício, na forma como foi constituído, não pode resistir, isto porque lavrado de forma defeituosa, com vício insanável que o inquia de nulidade, porquanto o que está em debate é a legalidade da tributação e a verdade fática fiscal. Existe, nos autos, clara e fundada divergência entre o ocorrido no mundo dos fatos e a sua descrição, promovida pelo agente fiscal.

Observo que houve, na exigência em debate, evidente mudança do fulcro dos motivos determinantes da autuação.

Uma coisa é a falta do recolhimento do ICMS substituído por antecipação, na condição de microempresa comercial varejista, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, outra situação tributária completamente diversa é falta de retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora

não inscrita neste Estado. No primeiro caso trata-se de ICMS incidente nas operações com aquisição de mercadorias, no segundo refere-se a ICMS sobre a prestação de serviços de frete.

Ademais, conforme arguiu o autuado com toda razão, não existe nos autos, prova de que tenha sido intimado para apresentação de livros e documentos ou que tenha sido lavrado o termo de início de fiscalização com a devida ciência por parte do contribuinte, procedimentos que nos termos da lei, daria início à ação fiscal.

Os fatos tidos como infração à legislação do imposto devem ser descritos “*de forma clara, precisa e sucinta*”, conforme determina o inciso III do art. 39 do RPAF/BA (aprovado pelo Decreto nº 7.629/99), juntando-se ainda as provas correspondentes. Isso porque, para que o contribuinte, ao ser acusado, em querendo, possa defender-se, precisa ser informado do que foi efetivamente apurado, o direito aplicado e quais as consequências jurídicas do fato.

Em face de tais considerações, meu posicionamento é pela nulidade do lançamento de ofício, com fundamento no art. 18, II, RPAF/BA. Não somente pela descrição dos fatos e do direito aplicável ao caso, ainda também, porque descreve infração não apontada nos demonstrativos acostados aos autos.

Por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

Recomendo a autoridade competente, verificar a possibilidade de refazimento do auto de infração a salvo dos vícios aqui apontados, com fulcro no art. 21 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Ante ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 269198.0137/16-3, lavrado contra **PLANALTO DO SOL COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE HORTIFRUTIGRANJEIROS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2016.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR