

PROCESSO	- A. I. Nº 207095.3019/16-2
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- DDA DINAMICA DIST. E IND. DE ALIMENTOS E TRANSPORTES S/A.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0038-03/17
ORIGEM	- INFAS FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 31/08/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0264-12/17

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ NO LANÇAMENTO. Não há elementos nos autos que determinem, com segurança, o valor correto da base de cálculo. O lançamento foi efetuado em desacordo com as normas que regem a matéria, ou seja, não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração imputada e o *quantum* devido. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício interposto em razão do Acórdão 3ª JJF Nº 0038-03/17, que julgou Nulo o Auto de Infração nº 207095.3019/16-2, lavrado em 28/09/2016, para reclamar ICMS no valor histórico de R\$31.479.181,38, por ter deixado, o contribuinte, de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 08/03/2017 (fls. 116 a 123) e decidiu pela nulidade do lançamento, em decisão unânime. O Acórdão foi fundamentado nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO:

O Auto de Infração em lide é decorrente da acusação de falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Verifico que o sujeito passivo suscitou preliminares de nulidade. Inicialmente argüiu que o próprio autuante relacionou no levantamento fiscal três tipos de operações caracterizadas através dos CFOPs (1) 5.405 – Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído; (2) 5.102 – Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros; (3) 5.910 – Remessa em bonificação, doação ou brinde e enquadrou as citadas operações, como se tivessem a mesma natureza tributária, ou seja, sujeita à incidência do ICMS substituição tributária, de responsabilidade do adquirente das mercadorias, o Autuado. Disse que o Fiscal incorreu em equívoco legal ao enquadrá-lo como substituto tributário (ICMS/ST) de todas as operações por ele elencadas, o que teria afrontado o ordenamento jurídico-tributário subjacente à hipótese de incidência do ICMS.

Afirmou também, que o auto de infração seria nulo, na medida em que não fornece os indispensáveis pressupostos fáticos e jurídicos que ensejaram sua lavratura. Alegou não haver nos autos, qualquer referência à base legal específica e detalhada aplicável à suposta infração cometida pela Autuada, visto que não apontou qual o Convênio, Protocolo de ICMS, nem mesmo o artigo específico da legislação baiana aplicável aos fatos que teria sido infringido. Argumentou ser impossível defender-se adequadamente do presente Auto de Infração, considerando a alusão a inúmeros dispositivos que não guardam correlação alguma com os fatos apontados na peça de acusação e sem referência que permitam identificá-los de forma clara e precisa.

Analisando as preliminares arguidas, assim como, os demonstrativos elaborados pelo autuante, os subsídios contidos na “descrição dos fatos” e da infração, verifico que existem inconsistências no levantamento realizado, o que torna a ação fiscal repleta de falhas procedimentais.

Observo que na descrição da infração imputada ao contribuinte, a acusação é de falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

O defendente alegou que a alusão a inúmeros dispositivos que não guardam correlação alguma com os fatos apontados na peça de acusação e sem referência que permitam identificá-los de forma clara e precisa teria cerceado seu direito de defesa.

Vejo que o presente PAF registra ocorrências de fatos geradores do período de 1º de janeiro a 31 de março de 2012, aos quais se aplica o RICMS/97 vigente à época, e fatos geradores ocorridos a partir de 1º de abril de 2012, que se sujeitam ao RICMS/2012 aprovado pelo Decreto 13.780/2012. Embora no enquadramento legal do auto de infração, esta situação não esteja clara, os artigos 370 e 373 citados pelo defendente como estranhos a matéria aqui tratada, na verdade são dispositivos do RICMS/97 e se referem a operações com mercadorias enquadradas no regime de Antecipação ou Substituição Tributária nas Operações Interestaduais, aplicados aos fatos geradores até março de 2012, alvo da presente autuação.

Analizando o levantamento fiscal constato que o Autuante relacionou todas as operações do contribuinte no período fiscalizado, arrolando diversas mercadorias constantes no Anexo I do RICMS/2012, enquadradas no regime de substituição ou antecipação tributária, como se todas tivessem a mesma natureza fiscal.

No regime de substituição tributária, a lei pode atribuir a obrigação de reter e recolher o imposto ao destinatário das mercadorias. Trata-se de responsabilidade por solidariedade, nos termos do art. 6º, inciso XV da Lei 7.014/96, quando o contribuinte é destinatário de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação, enquadrada no regime de substituição tributária por antecipação, nos casos de Convênio ou Protocolo, se o remetente não possuir à época da aquisição da mercadoria, inscrição estadual ativa como substituto tributário no estado da Bahia.

Por outro lado, conforme prevê o artigo 9º da lei 7014/96, não cabe exigir o imposto do destinatário que venha a receber mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária com o imposto já retido e pago, ou seja, operações com fase de tributação encerrada. Neste caso, "ocorrida a substituição ou antecipação tributária, estaria encerrada a fase de tributação sobre as mercadorias" constantes do Anexo I da mencionada Lei.

Em outras palavras, existem operações submetidas a Acordos Interestaduais - Convênios ou Protocolos, cuja responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS é atribuída ao remetente, podendo ser imposta ao destinatário das mercadorias (substituição tributária) em casos previstos pela Lei ou pelo próprio Convênio ou Protocolo.

Constato que o autuado se trata de um Atacadista, caso em que, para determinadas operações, a legislação tributária prevê que o CD – Centro de Distribuição assuma a condição de substituto tributário.

Nestas circunstâncias, o autuado deveria ter sido intimado para apresentar documentos fiscais e os comprovantes de recolhimento do imposto para o estado da Bahia (GNRE) - Guia Nacional de Arrecadação de Tributos Estaduais, com a finalidade de compará-los com os valores levantados pela fiscalização para realizar a cobrança de possíveis diferenças, o que não ocorreu.

Estas falhas poderiam ser saneadas através de diligência fiscal. Entretanto, vejo que a fiscalização elaborou demonstrativo elencando operações de natureza diversas, CFOPs 5.405, 5.102, 5.910, como se todas estivessem enquadradas na mesma regra do regime de substituição tributária. Observo que a situação tributária da mercadoria não se confunde com CFOPs e sim, com a natureza da operação. A elaboração do levantamento fiscal por CFOPs, não nos permite identificar, por exemplo, se as operações sob código 5.910 – Remessa em bonificação, doação ou brinde e 5.102 – Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, registram mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. O CFOP 5.405 – Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído, pode conter operações cuja responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS seja do remetente ou do destinatário da mercadoria conforme a legislação a ser aplicada nos termos dos dispositivos retrocitados.

No caso em análise, o autuante desconsiderou possíveis documentos fiscais emitidos pelo sujeito passivo ou operações com fase de tributação encerrada, o que torna os valores da base de cálculo e do imposto devido destoantes da realidade, não podendo ser corrigidos através da presente autuação.

Para a decisão da lide, ressalto que a base de cálculo do imposto deve ser determinada a salvo de qualquer imperfeição. Indispensável, portanto, que seja demonstrada de forma comprehensível, onde seja indicado o método adotado pelo fisco, a fonte e demais dados necessários ao seu entendimento e fundamentada na legislação tributária. Isto pelo fato dela ser a dimensão material do tributo e decorrer dos princípios da legalidade e da verdade material que norteiam a norma tributária do país.

Em obediência a legislação tributária e da situação relatada, o presente Auto de Infração não pode subsistir devido a insegurança na qualificação da infração e na quantificação da base de cálculo.

Ressalte-se por importante, que o Autuante na informação fiscal, citou os demonstrativos que elaborou fls.51/58, declarando acatar plenamente os termos da defesa, por interpretação errônea aos dados do referido

levantamento fiscal.

Concluo desta forma, que nos moldes como foi apurada a infração, a mesma foi feita sem observação dos requisitos essenciais em respeito à legalidade e à verdade material, ficando caracterizado que o lançamento foi efetuado em desacordo com as normas que regem a matéria, ou seja, o lançamento não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração imputada e o quantum devido.

Tal defeito do lançamento impediu o exercício amplo do direito de defesa por parte do contribuinte, pois o impossibilitou de avançar, de modo específico, na impugnação dos dados levantados pelo autuante. Em outras palavras, foi usurpado o direito do sujeito passivo de apontar, de forma específica, os valores indevidamente lançados, segundo a sua concepção.

Ante ao exposto, após a análise acima colocada, observo que a existência defeituosa da acusação, bem como da demonstração equivocada de como se chegou à base de cálculo do imposto e da perfeita identificação do método aplicado para a apuração do tributo, são motivadores de nulidade do procedimento fiscal, de acordo com o art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Represento à autoridade competente que determine a renovação do procedimento para verificação dos reais fatos ocorridos, a salvo das falhas apontadas, objetivando resguardar os interesses do Estado, como determina o artigo 21 do RPAF/99.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.”

Como a redução do crédito tributário foi superior a R\$100.000,00 (cem mil reais), a 3^a JJF interpôs Recurso de Ofício com supedâneo no art. 169, I, do RPAF/99.

VOTO

Observo que a decisão da 3^a JJF (Acórdão Nº 0038-03/17) desonerou o sujeito passivo, extinguindo o crédito tributário de R\$31.479.181,38, montante este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o recurso de ofício.

Quanto ao mérito, a acusação fiscal foi “*deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado ...*”.

A empresa opôs-se ao lançamento, alegando nulidade por cerceamento do direito de defesa, já que o lançamento não fez indicação do Convênio ou Protocolo aplicável às operações autuadas, bem como pelo fato de que a base legal transcrita no corpo do auto de infração não tem qualquer relação com os dispositivos legais que fundamentariam o enquadramento das operações no regime de substituição tributária.

No mérito, após informar que o lançamento contém 5.408 páginas e mais de 215.000 notas fiscais (somente para o exercício de 2012) com mercadorias diversas, o sujeito passivo alega a inaplicabilidade da sistemática do ICMS-ST às operações autuadas, tendo afirmado que as operações com CFOP 5.102 referem-se a mercadorias sujeitas ao regime normal, enquanto que as operações com CFOP 5.910 não possuem base de cálculo para a retenção do imposto. Alega, ainda, que não é a responsável pela retenção do imposto nas operações com o CFOP 5.405.

Em sua informação fiscal, após reproduzir os argumentos deduzidos pelo sujeito passivo, o autuante acolhe a alegação de nulidade conforme se depreende da leitura de trecho à folha 109, abaixo reproduzido.

“Acato plenamente os termos da Defesa por interpretação errônea aos dados dos demonstrativos.”

Conclui, a seguir, suscitando, ele próprio, a nulidade do PAF, conforme se depreende da leitura de trecho à folha 109, mais adiante, abaixo reproduzido.

“Pelo exposto, suscito pela NULIDADE na infração deste PAF.”

Eu sua decisão, a JJF destacou outras inconsistências no trabalho fiscal, tais como agrupamento de operações que se submetiam a legislações diferentes, sem que isso tivesse sido especificado no corpo do auto de infração, agrupamento de operações sujeitas a retenção do imposto com outras sujeitas à antecipação tributária. Apontou, igualmente, erros na apuração da base de

cálculo das operações. Concluiu, por conseguinte, pela nulidade da autuação.

O exame dos autos permite-nos chegar à conclusão de que a relação das notas fiscais autuadas (acostada ao CD, à folha 59) foi elaborada com suporte no programa de auditoria SIAF, tendo havido um manuseio de uma quantidade elevada de dados, o que resultou em mais de 14.000 folhas de demonstrativo de débito, somados os exercícios de 2012 e 2013.

Em que pese a grande quantidade de operações a serem analisadas, pelo autuante e pelo contribuinte, o lançamento fiscal revelou-se lacônico e genérico, tendo, o autuante, agrupado operações e mercadorias submetidas a regimes tributários absolutamente distintos e que, portanto, necessitariam de um tratamento apartado, no lançamento, na impugnação e, consequentemente, no julgamento.

Além de a impugnação ter identificado, corretamente, as inconsistências do trabalho fiscal e evidenciado os vícios do auto de infração, o próprio autuante assumiu a errônea interpretação dos dados, pelo programa que manuseou, o que torna insustentável o presente lançamento, sendo forçoso admitir que deve ser decretada a sua nulidade para que outro lançamento, a salvo de falhas, venha a ser perpetrado, observado o prazo decadencial.

Assim, entendo que restou escorreita a decisão de piso, a qual mantengo.

Ex-positis, NEGO PROVIMENTO ao presente recurso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **207095.3019/16-2**, lavrado contra **DDA DINÂMICA DISTRIBUIDORA E INDÚSTRIA DE ALIMENTOS E TRANSPORTES S/A**. Representa-se à autoridade competente que determine a renovação do procedimento para verificação dos reais fatos ocorridos, a salvo das falhas apontadas, objetivando resguardar os interesses do Estado, como determina o artigo 21 do RPAF/99.

Sala das sessões do CONSEF, 19 de julho de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO. – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS