

A.I. Nº - 269616.0014/19-4
AUTUADO - E-VINO COMÉRCIO DE VINHOS S.A.
AUTUANTES - WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS e JOSÉ MACÊDO AGUIAR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 30.10.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0191-02/19

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE DETERMINAR A INFRAÇÃO. É nulo o procedimento fiscal que não indique de forma clara a descrição dos fatos, os dispositivos legais infringidos e tipificação da multa correlata com a infração cometida. Há insegurança na determinação da infração, bem como cerceamento do direito de defesa. Acolhida a preliminar de nulidade. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 07/05/2019, para exigir do ICMS no valor histórico de R\$1.063.280,04, acrescido da multa no percentual de 60%, pela constatação da infração seguir descrita.

INFRAÇÃO 01 – 03.02.16 – O remetente e/ou prestador localizado neste estado, inclusive o optante pelo simples nacional recolheu a menor ICMS partilhado – devido ao estado da Bahia em função da EC nº 87/15, em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final – não contribuinte do imposto – localizado em outra unidade da federação.

Enquadramento legal: art. 49-C da Lei nº 7.014/96, art. 99 do ADCT da CF/88, acrescido pela EC nº 87/2015 e Convênio ICMS 93/15.

Multa tipificada no artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

A autuada através de seus advogados impugna o lançamento, fls. 15 a 40, onde inicialmente noticia a existência da decisão judicial, processo nº 0580258-29.2017.8.05.0001, na qual entende que foi afastada a exigência do ICMS decorrente do diferencial de alíquotas devido ao Estado da Bahia, alcançando os fatos geradores ocorridos a partir de dezembro de 2017, correspondendo a parte dos fatos arrolados no auto de infração. Assim, afirma que o lançamento é nulo por desobedecer a decisão judicial, pois segundo o art. 151, inc. IV do CTN, a exigibilidade do crédito tributário estaria suspensa, incorrendo assim, na existência de vício material na medida que a autuação impõe multa punitiva além da cobrança de acréscimos moratórios, referentes a fatos geradores amparados pela citada decisão judicial.

Assinala a ocorrência de outro vício material em razão da autuação cobrar o imposto relativo a operações com origem no Estado da Bahia, destinadas a outras unidades da federação, não sendo esta a realidade dos fatos, pois, todas as saídas se originaram no Estado do Espírito Santo, conforme documentos que diz anexar.

Acrescenta ainda a ocorrência de outro vício material pela aplicação pelos autuantes de metodologia que resultou em base de cálculo do ICMS “*deformada*”, violando o art. 17, § 1º, inc. I, da Lei nº 7.014/96, o art. 13, §1º, da Lei Complementar nº 87/96 e a Cláusula Segunda do Convênio ICMS 92/2015 na medida que considerou que o valor da operação não contemplava o ICMS total, excluindo então o valor do ICMS interestadual para incluir o valor do ICMS total.

Ressalta que os autuantes não comprovaram, sequer alegaram expressamente que a empresa não incluiu o ICMS decorrente do diferencial de alíquotas na base de cálculo do tributo, tampouco trouxe provas nesse sentido.

Afirma e justifica a tempestividade da defesa, faz um relato da autuação e passa a descrever os fatos, onde inicialmente diz ser uma sociedade anônima, localizada no Espírito Santo, que tem por objeto, dentre outras atividades, a importação e o comércio varejista de bebidas alcoólicas e não alcoólicas, bem como a importação e o comércio varejista e atacadista de artigos e acessórios para vinho de uso pessoal e doméstico, negociando safras com os produtores de diversos países, em escala que lhe permite ter substantivos descontos no preço de compra, sob cláusula FOB, contemplando seu consumidor com produtos diferenciados do tradicional mercado de varejo.

Assim, releva que sendo o seu público alvo o consumidor final, não contribuinte do ICMS, a maior parcela das vendas, exceto aquelas destinadas aos clientes localizados no Espírito Santo, consistem em operações interestaduais, sujeitas à sistemática de apuração e recolhimento do ICMS interestadual, devido ao estado de origem das mercadorias, que no caso é o Espírito Santo, e do ICMS decorrente do diferencial de alíquotas, devido ao estado onde se localiza o consumidor final, como é o caso das mercadorias destinadas a consumidores na Bahia.

Frisa que a fiscalização alega que o contribuinte teria recolhido a menor o ICMS decorrente do diferencial de alíquota nas operações com mercadorias saídas do Estado da Bahia destinadas a consumidor final, não contribuinte do imposto, localizado em outra unidade da federação, sendo que a empresa não possui estabelecimento na Bahia.

Destaca que não há correspondência entre a conduta do contribuinte, a alegada infração e o fundamento legal apontado na autuação, de modo que há evidente vício material na lavratura do auto de infração em razão da ausência de correspondência entre a localidade da descrição do fato jurídico tributável e a localidade do fato efetivamente ocorrido.

Assevera que, em consequência das atividades que exerce, apura e recolhe o ICMS devido ao Estado do Espírito Santo, mediante a aplicação da alíquota sobre a base de cálculo da operação, e apura e recolhe o ICMS devido ao Estado da Bahia mediante aplicação, sobre a mesma base de cálculo, da diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Nesse sentido, considera como base de cálculo do ICMS, o valor da operação, isto é, o valor da venda, acrescido do ICMS integral devido na operação (o que compreende tanto o ICMS devido ao estado de origem, quanto ao estado de destino), mediante a operação matemática denominada inclusão “por dentro” do ICMS, tudo em obediência ao que determina a legislação, conclui.

Complementa que, contrariamente, a fiscalização entendeu que teria recolhido a menor o DIFAL por não ter incluído “por dentro” o ICMS correspondente, pois, as autoridades fiscais excluem da base de cálculo do tributo o que entendem ser o ICMS interestadual devido ao estado de origem, e promovem a nova inclusão “por dentro” do montante total do tributo devido na operação, mediante inclusão “por dentro” da alíquota interna do Estado da Bahia, acrescida do FECF.

Acrescenta que a real base de cálculo considerada, já contempla a inclusão integral do tributo “por dentro”, de modo que os cálculos da fiscalização ao excluir somente a alíquota interestadual, resultam em efetiva inclusão em duplicidade do tributo “por dentro” na sua base de cálculo, distorcendo-a e violando a legislação vigente.

Conclui, pelas razões expostas, que o lançamento não pode prosperar.

Em preliminar de mérito, informa que impetrou mandado de segurança com pedido de medida liminar na Justiça Estadual do Estado da Bahia – processo nº 0580258-29.2017.8.05.0001, em trâmite na 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador – para afastar a cobrança do DIFAL nas operações interestaduais com mercadorias destinadas a consumidor final, não contribuinte do imposto sob o fundamento de que a instituição do diferencial de alíquotas depende de previsão

em lei complementar, a qual não existe até o momento, de modo que a Lei nº 13.373/2015 é ilegal pois foi editada antes de uma lei complementar sobre o assunto.

Relata que o pedido consiste na determinação da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional, dos valores do ICMS decorrente do diferencial de alíquota nas operações interestaduais com mercadorias destinadas a consumidor final, não contribuinte e ao FECP, quanto aos fatos geradores ocorridos a partir de dezembro de 2017, até decisão posterior do juízo, a qual ainda não ocorreu.

Afirma que o pedido foi atendido, determinando que o fisco não pratique qualquer ato com o fim da cobrança do ICMS–DIFAL nas operações interestaduais com mercadorias destinadas a consumidor final não contribuinte, para os fatos geradores ocorridos desde dezembro de 2017, até que seja proferida decisão definitiva. Assim, entende não caber a fiscalização proceder ao presente lançamento, apresentando precedente do STJ acerca de situação fática análoga.

Conclui que, dessa forma, o auto de infração é nulo, por pretender cobrar tributo violando decisão judicial no período de apuração de dezembro de 2017 a dezembro de 2018, sob pena de incorrer na prática do crime de desobediência, além da existência de erro na imposição de multa pelo suposto não recolhimento do ICMS-DIFAL, quando havia norma individual e concreta que lhe dispensava do cumprimento dessa obrigação tributária.

Destaca o entendimento do Ministro Luiz Fux externado em seu voto no REsp 843.027, que as causas suspensivas de exigibilidade do crédito tributário, descritas no art. 151, do CTN, advindas antes do decurso do prazo para pagamento do tributo, sujeito a lançamento por homologação ou a lançamento de ofício direto, impede a aplicação de multa ou juros moratórios, por não restar configurada a demora no recolhimento da exação pelo contribuinte.

Ao abordar o mérito, diz que os cálculos estão incorretos por incluírem em duplicidade o ICMS em sua base de cálculo.

Explica que a cobrança do ICMS, nas operações interestaduais com mercadorias destinadas a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, os estados de origem possuem competência sobre o ICMS decorrente da aplicação da alíquota interestadual, enquanto os estados de destino possuem competência sobre o ICMS decorrente da aplicação do diferencial de alíquota entre a alíquota interestadual aplicada pelo estado de origem e a sua alíquota interna de ICMS, conforme inc. VII do §2º, do art. 155 da Constituição Federal, cujos critérios para repartição de receitas foram fixados pela EC 87/2015.

Cita doutrina de Fernando Facury Scaff sobre a competência dividida entre os estados nestas operações, assim como a interpretação pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento ocorrido em 07/04/2011 da ADI 4565/PI-MC.

Ressalta que a sistemática de cobrança do diferencial de alíquotas atualmente é exatamente a mesma, abordada no citado julgamento, apesar de ter ocorrido antes da EC 87/2015 e trata inicialmente do diferencial de alíquota aplicável na operação a consumidor final contribuinte do imposto, pois em ambos os casos, a Constituição Federal prevê somente a partilha de receitas.

Destaca que as normas aplicáveis à formação da base de cálculo do DIFAL correspondem às normas já previstas para operações com mercadorias destinadas a contribuinte do imposto, consumidor final ou não, inclusive no que se refere à inclusão do imposto na própria base de cálculo, nos termos do art. 13, §1º, da LC 87/96 e do art. 17, §1º, inciso I, da Lei nº 7014/96.

Assim, a base de cálculo do ICMS corresponde ao valor da operação, isto é, o valor da venda, acrescido, dentre outros valores, do ICMS integral devido na operação, transcrevendo lição de Ives Gandra da Silva Martins.

Defende que a responsabilidade atribuída ao remetente, lhe obriga a formar os preços incluindo o ICMS total devido na operação, pois, os destinatários, seus clientes, não são contribuintes do ICMS, conforme prevê o §1º da Cláusula Segunda do Convênio ICMS 93/2015: “A base de cálculo do imposto de que tratam os incisos I e II do caput é única e corresponde ao valor da operação

ou o preço do serviço, observado o disposto no §1º do art. 13 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996.”, dispositivo que apenas esclarece o estabelecido na lei complementar, ou seja, a base de cálculo do ICMS interestadual e do DIFAL é uma única base, observada a inclusão do próprio tributo, integralmente, “por dentro”.

Repisa que, pelo exposto, mesmo que o auto de infração não seja julgado nulo, a autuação não pode prosperar, uma vez que os cálculos para apuração do DIFAL realizados pelos autuantes estão incorretos por terem promovido nova inclusão do tributo “por dentro” na sua base de cálculo.

Explica como calculou o ICMS-DIFAL, onde considerou a totalidade do tributo devido nas operações interestaduais com mercadorias destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto, incluindo “por dentro” o ICMS total – e não somente o ICMS interestadual devido ao estado de origem, como considerado no cálculo da fiscalização, procedendo de acordo com o previsto no inc. XI do art. 17 da Lei nº 7.014/96.

Copia o inc. I do §1º do referido artigo, reiterando que o ICMS deve ser integralmente inserido “por dentro” em sua base de cálculo, inclusive o montante do ICMS relativo à diferença de alíquotas deve integrar a base de cálculo.

Adverte que a inclusão em duplicidade do imposto em sua própria base de cálculo representaria enriquecimento ilícito do estado, além de flagrante violação aos dispositivos legais e a Constituição Federal, art. 155, §2º, inc. XII, alínea “i”.

Afirma que a legislação da Bahia estando em conformidade com a Constituição Federal, a LC 87/1996 e a legislação do CONFAZ, determina que a formação da base de cálculo do ICMS, no caso em tela, deve incluir a totalidade do ICMS devido na operação, ou seja, tanto o ICMS devido na origem, quanto no destino da mercadoria.

Frisa que essa matéria foi esclarecida pelo CONFAZ através de Nota, que transcreve, publicada em 22/11/2017, na mesma época da alteração da legislação baiana pela Lei nº 13.373, de 21/09/15, como reflexo do então vigente Convênio ICMS 52/2017, de abril de 2017.

Cita como parâmetro o exemplo fornecido na página “Perguntas e Respostas”, disponível no *site* da Secretaria de Fazenda da Bahia, que está em conformidade com a legislação já citada, colando o *print* da citada publicação, onde fica, segundo sua interpretação, definido que a base de cálculo do ICMS em operações interestaduais é única, devendo o ICMS total da operação ser incluído na base de cálculo do tributo, cujo entendimento foi adotado pela fiscalização em manifestação realizada no auto de infração nº 279468.0004/17-7, corroborado pelo CONSEF em julgamento conforme Acórdão publicado em 22/11/2018, transcrevendo trecho do parecer da Procuradoria Geral do Estado acolhido no citado julgamento.

Leciona que o ICMS devido ao estado de origem da mercadoria decorre da incidência da alíquota interestadual sobre a referida base de cálculo, ao passo que o ICMS devido ao estado de destino da mercadoria decorre da incidência do diferencial entre a alíquota interestadual e a alíquota interna do estado da Bahia e de sua partilha entre os estados, conforme o percentual previsto para cada um dos anos, até a transição definitiva da receita do DIFAL para o Estado de destino, em 2019, como procedeu, assim assegura.

Descreve cálculo exemplificativo, com base no preço dos produtos constantes das notas fiscais nº 3.112.352 e 3.110.896.

Complementa que procedeu exatamente da forma prevista na legislação e nas orientações da Secretaria de Fazenda da Bahia em relação à formação da base de cálculo do ICMS devido ao estado de destino das mercadorias em operações interestaduais, pois incluiu na base de cálculo do tributo, todo o ICMS devido na operação, utilizando como referência a alíquota interna de ICMS do estado da Bahia, acrescida do adicional ao FECP, contrariamente como procedeu os autuantes, distorcendo a base de cálculo do ICMS.

Reitera que os autuantes efetuaram o cálculo do ICMS-DIFAL de forma equivocada na determinação da base de cálculo, portanto, o auto de infração não pode prosperar, se não for considerado nulo, pelos seus evidentes vícios materiais.

Destaca o critério espacial da hipótese de incidência tributária, identificado no art. 142 do CTN pela obrigação da autoridade “*verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente*”, o qual requer necessariamente a indicação do local de ocorrência do fato para então definir se determinado evento é passível de tributação. Ou seja, enquanto atividade vinculada e obrigatória, é dever da autoridade fiscal empreender esforços na determinação do critério material da regra matriz de incidência tributária, base de cálculo do tributo e alíquota aplicável, conforme ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho.

Recorre ao princípio da legalidade, segundo o qual ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, art. 5º, inc. II da CF/88, assim, a legitimidade do lançamento de ofício depende do estrito cumprimento da lei, além, em especial, do respeito à verdade material e à boa-fé.

Cita ensinamento de Paulo de Barros Carvalho, quanto à definição do elemento espacial ser imprescindível na identificação da conduta tributável, pois, é o elemento que condiciona o espaço em que determinadas condutas são tributáveis, a incidência da norma tributária e a consequente formação da relação jurídico tributária.

Transcreve os artigos 11 e 13 da Lei Complementar 87/96 sobre o elemento espacial do ICMS, cuja indicação é fundamental no lançamento, que se indicado de forma equivocada descaracteriza a possibilidade de incidência da norma tributária.

No caso em discussão, com fundamento no art. 49-C da Lei nº 7.014/96, o contribuinte teria recolhido a menor o ICMS decorrente do diferencial de alíquota em operações com origem no estado da Bahia que destinaram mercadorias a consumidor final não contribuinte do imposto localizado em outra unidade da federação. Entretanto, assegura que a empresa não possui estabelecimento na Bahia e não realiza operações de circulação de mercadorias oriundas da Bahia para outros estados, sendo fato inconteste que todos os produtos vendidos são provenientes do Espírito Santo.

Assevera não haver qualquer prova ou mesmo alegação que desqualifique as informações contidas nos documentos fiscais, emitidos pela empresa, demonstrando vendas de mercadorias com origem na Bahia e com destino a outros estados, passíveis de incidência e cobrança de DIFAL.

Conclui que não há prática de infração por remetente localizado na Bahia recolhendo a menor o ICMS correspondente ao ICMS-DIFAL, conforme a partilha estabelecida na Emenda Constitucional nº 87/2015, sendo evidente que o contribuinte não efetuou o pagamento do DIFAL ao estado da Bahia nas operações interestaduais provenientes deste estado com destino a outros estados, pois, essas operações não existem.

Cita doutrina de Hugo de Brito Machado, afirmando que as alegações devem ser efetivamente comprovadas, ou seja, quem afirma que teria ocorrido fato jurídico tributário deve fundar-se em provas, corroborado pelo art. 373, inc. I do Código de Processo Civil, que rege de forma subsidiária o processo administrativo fiscal, determina que cabe ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito.

Questiona a exigência tributária relativa a um caso que não se enquadra na hipótese de incidência legalmente definida e apontada na autuação, sem que a autoridade tenha apresentado qualquer prova documental concreta ou realizado qualquer procedimento fiscalizatório *in loco*.

Ressalta que o auto de infração não apresenta qualquer afirmação ou questionamento em relação à base de cálculo utilizada pelo contribuinte para o cálculo do DIFAL, devido ao estado da Bahia, muito menos apresenta provas que desqualifiquem a formação da base de cálculo realizada pelo contribuinte.

Afirma que o ordenamento jurídico não admite que o lançamento tributário seja efetuado, tampouco, mantido com base em meras afirmações do agente fiscal, sob pena de afronta ao princípio da verdade material, da legalidade e da instrumentalidade.

Ensina que a presunção de veracidade dos atos administrativos não é absoluta, e embora inverta o ônus da prova para que a parte interessada demonstre a ilegalidade do ato, não pode contrariar os próprios documentos acostados aos autos, como acontece, em que os documentos que instruem a autuação, contradizem o que as próprias autoridades fiscais alegam. Neste sentido, cita doutrina de Maria Sylvia Di Pietro.

Conclui que o auto de infração deve ser anulado por existência de vício de natureza material, pela ausência de comprovação em relação às alegações relativas à operação de circulação de mercadorias não realizadas pelo contribuinte, assim como ausência de comprovação do equívoco do contribuinte em relação à formação da base de cálculo do tributo.

Acerca do alegado, cita Acórdão do CONSEF JJF nº 0209-03/14 e CJF nº 0191-12/13.

Por fim, requer que:

- a) Preliminarmente, em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de dezembro de 2017, o cancelamento do auto de infração, diante da nulidade da autuação, dada a concessão de liminar, com os efeitos do art. 151, IV do CTN, sob pena de desobediência a uma decisão judicial válida e vigente no momento da autuação;
- b) Seja reconhecida a existência de vício material no lançamento, diante da medida liminar que, na forma do artigo 151, IV do CTN, suspende a exigibilidade do ICMS decorrente do diferencial entre alíquotas;
- c) Seja cancelado o auto de infração por vício material, tendo em vista que a exigência pretendida pelo Fisco e sua fundamentação legal contrariam a realidade dos fatos e da operação do contribuinte;
- d) Cancelado o auto de infração uma vez que inexistente recolhimento a menor do diferencial entre alíquotas devido ao Estado da Bahia, porque os cálculos do lançamento estão incorretos.

Um dos autuantes presta a informação fiscal às fls. 125 e 126, onde inicialmente reproduz a acusação na forma constante na peça inaugural e admite que equivocadamente optaram em caracterizar a infração para as operações que tem como remetentes empresas sediadas neste estado, quando o correto seria indicar a infração relativa às operações oriundas de outras unidades da federação.

Assegura que a incorreção não atinge a natureza da infração: *“Destaque a menor do ICMS partilha em vendas a consumidor final.”*, portanto, diz está corrigindo nesta oportunidade e como demonstra a defesa, o erro não implicou em cerceamento do direito de defesa, vez que a autuada demonstra clara compreensão da acusação.

Afirma que a autuada demonstra na defesa aparente desconhecimento das determinações dos artigos 17 e 4º da Lei 7.014/96, que reproduz, entretanto, conforme argumentos às fls. 27 e 28, a autuada demonstra o inverso.

Combate a afirmação da defesa acerca da inclusão em duplicidade do ICMS-DIFAL, pois já estariam computados no valor da operação, por entender que a base de cálculo do imposto é única, e deve ser utilizada a mesma, tanto para no estado de origem, quanto para o cálculo do imposto devido ao estado de destino, arguindo ser bastante consultar o demonstrativo da infração para constatar que a base de cálculo da operação própria contempla apenas a inclusão do ICMS normal com alíquota de 4% (importados) ou 7% (nacionais), restando evidente que a carga tributária de 25% + 2% não integra a base de cálculo da mesma.

Com referência à inaplicabilidade da cobrança do ICMS partilha a partir de dezembro de 2017, em decorrência de decisão judicial, afirma que cabe ao autuante proceder aos lançamentos devidos em consonância com a legislação vigente, devendo o CONSEF decidir sobre a sua efetividade.

É o relatório.

VOTO

O auto de infração, em análise, acusa o sujeito passivo de ter recolhido a menor o ICMS partilhado, devido ao Estado da Bahia em função da Emenda Constitucional nº 87/2015 em operações que destinaram mercadorias a consumidor final, não contribuinte do imposto.

O autuante descreve a infração cometida por contribuinte e/ou prestador localizado neste estado, que recolheu a menor o ICMS partilhado devido ao Estado da Bahia em operações que destinaram mercadorias a consumidor final, localizado em outra unidade da Federação, tendo indicado como dispositivo infringido o art. 49-C da Lei nº 7.014/96 o art. 99 do ADCT da Constituição Federal e Convênio ICMS 93/2015.

No caso em apreço, conforme consta nos registros do Sistema de Informação do Contribuinte – INC, o sujeito passivo é pessoa jurídica, estabelecida no Estado do Espírito Santos, inscrita no Cadastro de Contribuintes da Bahia na condição de SUBSTITUTO/RESPONSÁVEL ICMS DESTINO, ou seja, pessoa jurídica de outra unidade da Federação.

Contribuintes inscritos, na condição acima descrita, efetuam remessas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária para contribuintes estabelecidos neste Estado, observado o disposto em convênios e protocolos dos quais a Bahia seja signatária ou mercadorias destinadas a consumidor final localizado neste Estado, não contribuinte do imposto, conforme previsto no art. 2º, inc. III do RICMS/2012.

O artigo 49-C da Lei nº 7.014/96, foi acrescentado pela Lei nº 13.373, de 21/09/2015, com efeitos a partir de 01/01/2016, que serviu de fundamentação legal para o lançamento, estabelece:

Art. 49-C. Na hipótese de operações ou prestações que destinarem mercadorias, bens ou serviços a consumidor final não contribuinte do imposto localizado em outra unidade da Federação, deverá ser recolhido para este Estado, além do imposto calculado mediante utilização da alíquota interestadual, o valor correspondente à diferença entre a alíquota interna da unidade federada de destino e a alíquota interestadual, na seguinte proporção:

I - em 2016: 60% (sessenta por cento);

II - em 2017: 40% (quarenta por cento);

III - em 2018: 20% (vinte por cento).

Por seu turno, o art. 99 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, define a proporcionalidade a ser observada no caso de operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte localizado em outro Estado, referente ao imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual a ser partilhado entre os Estados de origem e de destino.

Já o Convênio ICMS 93/2015, dispõe sobre os procedimentos a serem observados nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada.

Preliminarmente, a autuada argui nulidade do lançamento em razão da acusação não corresponder aos fatos, em especial no tocante ao elemento espacial do ICMS, cuja indicação é fundamental no lançamento, devendo a indicação do local da ocorrência do fato gerador conter relação com a realidade dos fatos, haja vista se tratar de aspecto relevante com reflexos na incidência ou não de determinada norma tributária, podendo, em algumas situações, a indicação de local equivocado impossibilitar a incidência da norma tributária.

A acusação, volto a frisar, está fundamentada na ocorrência de remessas de mercadorias por contribuinte sediado neste Estado para consumidor final, não contribuinte do imposto em outros estados, enquanto os fatos atestam que a autuada está situada no Estado do Espírito Santo e remete mercadorias para consumidores neste estado, sendo a mesma inscrita no CAD-ICMS da Bahia, na condição cadastral reservada às pessoas jurídicas sediadas em outras unidades da

Federação que efetuam remessas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária para contribuintes ou não estabelecidos neste estado.

Os autuantes limitaram-se a descrever a infração no campo próprio do auto de infração, sem acrescentar qualquer informação complementar, sendo que, em sede de informação fiscal, reconheceram o engano, onde indicaram tratar-se apenas de equívoco quanto a origem das operações e contemporizaram que o fato não causou nenhum prejuízo ao lançamento, em particular não prejudicou o sujeito passivo no exercício do seu direito de defesa.

Do exame do levantamento gravado no CD, fl. 10, em planilha eletrônica e consultas no PORTAL DA NOTA FISCAL ELETRÔNICA no sítio: <http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/consultaCompleta>, de algumas notas fiscais relacionadas às operações de remessas de mercadorias, arroladas, demonstram que efetivamente as vendas foram realizadas para consumidores finais localizados neste estado, procedentes do município de Serra – ES, sede da autuada, fato inclusive admitido pelos autuantes na informação fiscal.

Oportuno pontuar que a Súmula nº 01 deste CONSEF, preconiza que: *“Os atos dos autuantes devem-se pautar no contido no Código Tributário Nacional, mais precisamente em seu artigo 142, parágrafo único, bem como no RPAF/99, em seu art. 39, e a descrição da ocorrência dos fatos deve ser feita da forma mais clara e segura possível, incluindo-se aí a demonstração dos cálculos e a informação dos métodos utilizados para determinar a base de cálculo do imposto”*.

Existe, no caso em análise, uma flagrante incongruência entre a descrição da infração e os elementos de prova trazidas aos autos pelos autuantes, haja vista que o levantamento, que serviu de base para o lançamento, relaciona notas fiscais que acobertaram operações de remessa de mercadorias saídas do Estado do Espírito Santo para consumidores finais localizados na Bahia, restando clara a desconformidade existente entre a hipótese de incidência a que corresponde o enquadramento legal da infração nos autos e o fato imponível tributário ocorrido, que são situações distintas.

Este fato macula o lançamento tributário em análise de insanável vício, posto que a divergência apontada, vicia o Auto de Infração, uma vez que sua correção neste processo não é possível, por implicar em mudança de fulcro da acusação, não se podendo aventar a adoção de providências, visando sanar o vício existente no processo, pois a previsão legal contida no §1º do art. 18 do RPAF/99, possibilita o saneamento do lançamento, somente ocorrendo eventuais incorreções ou omissões ou a não-observância de exigências meramente formais.

No caso, a incorreção foi na determinação do fulcro da autuação onde o contribuinte foi acusado de uma infração totalmente diversa da dita apurada pelo autuante, o que se constitui, volto a frisar, em vício insanável.

Portanto, como realizada a fiscalização, houve ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

Por não conter elementos suficientes para se determinar com segurança a infração imputada ao sujeito passivo, cabe a aplicação das hipóteses previstas no art. 18, inc. IV, alínea “a” do RPAF/99, devendo, portanto, ser o auto de infração julgado nulo.

Pelo exposto, voto pela nulidade do auto de infração.

Represento à autoridade competente, que determine a renovação do procedimento, para verificação de créditos favoráveis a Fazenda Pública Estadual, a salvo das falhas apontadas, objetivando resguardar os interesses do Estado, como determina o artigo 21 do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **269616.0014/19-4**, lavrado contra **E-VINO COMÉRCIO DE VINHOS S.A.**

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, de 17/08/18, efeitos a partir de 18/08/2018.

Sala das Sessões do CONSEF, 1º de outubro de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR