

PROCESSO - A. I. Nº 232410.0009/17-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - KEKO ACESSÓRIOS S.A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0122-03/19
ORIGEM - IFMT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 07/07/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0086-11/20-VD

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. MERCADORIA IMPORTADA EM OPERAÇÃO REALIZADA POR EMPRESA SITUADA EM OUTRO ESTADO, MAS DESTINADA FISICAMENTE A EMPRESA ESTABELECIDNA NA BAHIA, SEM TRANSITAR PELO IMPORTADOR. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Acatada a preliminar de nulidade. A descrição do fato não é condizente com o fato real, nem com o direito aplicável. A acusação fiscal é de que o autuado deixou de efetuar o recolhimento do ICMS sobre importação, relativo a mercadorias procedentes do exterior, destinados fisicamente a este Estado, porém, sendo o importador estabelecido em outra Unidade da Federação, e o desembaraço aduaneiro ter ocorrido ou não em Estado diverso de seu domicílio. Entretanto, a matéria fática diz respeito à exigência do ICMS pela falta de retenção do imposto, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado neste Estado. A autuação foi feita de modo equivocado. Por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, consagrados na Carta Magna. **Recurso NÃO PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão proferida pela 3ª JJF, em 07/06/2019, que julgou NULO, por decisão unânime, o Auto de Infração em epígrafe, lavrado com o objetivo de exigir crédito tributário no valor histórico de R\$163.163,89, em decorrência do cometimento de uma infração:

***Infração 01.** – Falta de recolhimento do ICMS sobre importação, relativo a mercadorias e/ou bens procedentes do exterior, destinados fisicamente a este Estado, no caso de o importador ser estabelecido em outra unidade da federação e o desembaraço aduaneiro ocorrer ou não em Estado diverso de seu domicílio. (RO).*

***Data da Ocorrência:** 07/07/2017. **Valor:** R\$ 163.163,89.*

Após concluída a instrução, os autos foram remetidos para apreciação da 3ª JJF, que entendeu por bem, julgar Nulo, por unanimidade, o Auto de Infração em epígrafe, o que fez nos seguintes termos:

“Versa o presente Auto de Infração, sobre a exigência de crédito tributário pela falta de recolhimento do ICMS sobre importação, relativo a mercadorias procedentes do exterior, destinados fisicamente a este Estado, porém, sendo o importador estabelecido em outra Unidade da Federação e o desembaraço aduaneiro ter ocorrido ou

não em Estado diverso de seu domicílio.

O autuado arguiu como preliminar de nulidade, que a descrição dos fatos e o cálculo que acompanha o A.I., apontam a incidência do imposto por substituição, mas que não há no quadro correspondente ao “Enquadramento Legal”, qualquer dispositivo que justifique tal cobrança.

Asseverou que não resta justificado no Auto de Infração a aplicação da MVA, ou exigência do ICMS-ST, o que configura afronta às formalidades inerentes ao auto, compromete a defesa do contribuinte e determina sua nulidade.

Da análise dos elementos constitutivos do processo, constato que assiste razão ao autuado.

Apesar do sujeito passivo em sua informação afirmar que está sendo cobrado o imposto devido pela importação, além do ICMS – substituição tributária, verifica-se no demonstrativo de débito à fl. 04, confirmado pela planilha de apuração da base de cálculo à fl. 17, que a exigência do Auto de Infração é apenas relativa ao imposto cobrado por substituição tributária, com aplicação da MVA de 71,78%.

Portanto, efetivamente, a matéria fática do presente lançamento diz respeito à exigência do ICMS devido por substituição tributária, referente à falta de retenção do imposto, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado neste Estado.

Dessa forma, a descrição da conduta infracional imputada ao autuado, de falta de recolhimento do ICMS sobre importação, relativo a mercadorias e/ou bens procedentes do exterior, destinados fisicamente a este Estado, no caso de o importador ser estabelecido em outra unidade da federação e o desembaraço aduaneiro ocorrer ou não em Estado diverso de seu domicílio, bem como a tipificação legal, não correspondem à realidade dos fatos.

Assim sendo, a presente autuação é nula, não havendo como se adentrar ao mérito da exigência, considerando que inexistente fundamento legal para a cobrança do ICMS por substituição tributária, configurando preterição ao direito de defesa do autuado.

Destarte, após a análise acima colocada, resta evidenciado que houve mudança no fulcro da autuação, causa motivadora de nulidade do procedimento fiscal, por preterição do direito de defesa do contribuinte, vez que os demonstrativos que fundamentam a imputação não contêm os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração cometida, de acordo com o art. 18, II e IV, “a” do RPAF/99, in verbis:

Art. 18. São nulos:

(...)

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;

(...)

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

Diante do exposto, acato a preliminar de nulidade suscitada, haja vista que a acusação fiscal não se mostra adequada aos fatos, e por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios consagrados na Carta Magna do devido processo legal e da ampla defesa.

Todavia, com fundamento no art. 21 do RPAF/99, represento à autoridade competente para observar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, a salvo das falhas apontadas, para verificação de créditos favoráveis a Fazenda Pública Estadual, objetivando resguardar os interesses do Estado.

Do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.”.

Tendo sido interposto Recurso de Ofício em razão do valor desonerado pela Decisão da Junta, os autos foram distribuídos para esta 1ª Câmara, para julgamento Fiscal.

VOTO

Mediante o presente Auto de Infração, imputa-se ao sujeito passivo o cometimento de uma infração à legislação tributária, tipificada como falta de recolhimento do ICMS sobre importação, relativo a mercadorias procedentes do exterior, destinadas fisicamente a este Estado, mas com imposto recolhido em outra Unidade da Federação.

A 3ª JfF julgou a autuação nula, nos termos do art. 18, II e IV, “a” do RPAF/99, sob o fundamento de que os demonstrativos acostados pelo Autuante revelam que “a matéria fática do presente lançamento diz respeito à exigência do ICMS devido por substituição tributária, referente à falta

de retenção do imposto, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado neste Estado”.

Em seguida, conclui que “a descrição da conduta infracional imputada ao autuado, de falta de recolhimento do ICMS sobre importação, relativo a mercadorias e/ou bens procedentes do exterior, destinados fisicamente a este Estado, no caso de o importador ser estabelecido em outra unidade da federação e o desembaraço aduaneiro ocorrer ou não em Estado diverso de seu domicílio, bem como a tipificação legal, não correspondem à realidade dos fatos”.

Observo que assiste razão o entendimento da Junta de Julgamento Fiscal, tendo em vista que a conduta tipificada na descrição da infração, bem como no enquadramento legal dado pela Fiscalização, não corresponde ao imposto que está sendo efetivamente exigido. Dito de outro modo, a tipificação e o enquadramento legal apontam para a exigência do ICMS devido pela importação de mercadorias do exterior, enquanto o demonstrativo de fl. 04, aponta que está sendo exigido ICMS por substituição tributária, inclusive com a aplicação de MVA de 71,78%.

Em verdade, parece ter sido a intenção do Autuante, tributar a transferência das mercadorias importadas pela Matriz do sujeito passivo, localizada no Rio Grande do Sul. Entretanto, o descompasso entre a Infração tipificada e o demonstrativo acostado aos autos, acaba por cercear o direito de defesa do contribuinte, tendo em vista não haver nos autos elementos suficientes para se determinar com segurança a infração cometida, ensejando, portanto, a nulidade do Auto de Infração, conforme art. 18, II e IV, “a” do RPAF/99.

Dessa forma, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

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 manter a Decisão recorrida, que julgou **NULO** o Auto de Infração nº 232410.0009/17-1, lavrado contra **KEKO ACESSÓRIOS S. A.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LEONEL ARAÚJO SOUZA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS