

A. I. N°. - 278987.0011/18-6
AUTUADO - MATA CAMPOS & CIA LTDA.
AUTUANTE - ALMIR DE SANTANA ASSIS
ORIGEM - INFRAZ BARREIRAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 05/08/2020

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0089-03/20-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Na ação fiscal foram cometidos erros que tornam ilíquido e incerto, o valor do crédito tributário exigido. Além do mais, houve claro cerceamento de defesa. Impossibilidade de correção com base em diligência saneadora. Declarada a nulidade do lançamento com fulcro no art. 18, inciso IV do RPAF/BA. Recomendação para que o procedimento fiscal seja renovado. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 18/12/2018, exige ICMS no valor de R\$466.235,01, acrescido da multa de 60%, pelo recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, nos meses de janeiro de 2015 a dezembro de 2017. (Infração 08.07.02).

O sujeito passivo apresenta impugnação fls.73/86, através de advogados, procuração fl. 87. Registra a tempestividade de sua peça defensiva. Sintetiza os fatos. Diz apresentar impugnação, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

Afirma que, como se pode constatar nos autos do processo administrativo fiscal em apreço, a fiscalização procedeu de forma irregular, ao lavrar o auto de infração em tela, realizando a cobrança de ICMS por antecipação total, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, mesmo sendo do remetente a responsabilidade pelo pagamento com ICMS retido na fonte, por substituição tributária, em decorrência de (1) Acordo (Convênio ou Protocolo), (2) sobre mercadorias isentas, (3) para uso/consumo, (4) ativo imobilizado, (5) mercadorias não tributadas, como brindes, bonificações, canceladas, devolvidas, (6) simples remessa, remessa por conta e ordem de terceiro, e até mesmo, (7) sobre mercadorias que não estão enquadradas na substituição tributária e que já tiveram o ICMS já recolhido.

Dessa forma, diz que o procedimento assim realizando, contraria as decisões deste Órgão Julgador, visto que realiza a cobrança de ICMS por antecipação total, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, mesmo sendo do remetente a responsabilidade pelo pagamento com ICMS retido na fonte por substituição tributária, em decorrência de Acordo (Convênio ou Protocolo), como se vê no Acórdão JJF nº 0099-03/17 que reproduz.

Assim, diz que não subsiste a exigência do pagamento de ICMS, constante na imputação de infração (antecipação total) sobre mercadorias que sofreram substituição tributária, isentas, para uso/consumo, brindes, e até mesmo, sobre mercadorias que não estão enquadradas na substituição tributária, porque contrariam, não só o RICMS/BA, mas também, as decisões deste CONSEF/BA. Cita o ACÓRDÃO JJF N° 0009-01/18 que reproduz. Daí porque, esta Junta, ao decidir sobre lavratura de auto

de infração, nunca deverá resolver de plano, sem aprofundar a real existência do fato gerador.

Aduz que na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-ão aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, em prejuízo de outros princípios de direito (RPAF, art. 2º). Sendo assim, não há como olvidar os direitos e garantias fundamentais assegurados pela nossa Carta Magna.

Afirma que o Código Tributário Nacional, Lei Complementar à Constituição, ao regular a interpretação e integração da legislação tributária, eleva os princípios gerais de direito de forma a trazê-los à aplicação prática e imprescindível, como forma de proteger o contribuinte. Evidencia-se tal afirmativa, principalmente no artigo 112 do CTN, quando se usa o princípio do *in dubio pro contribuinte*. A função fiscal, exercício do poder-dever da autoridade administrativa para exigir o pagamento do tributo devido e/ou controlar e fiscalizar o seu correto pagamento, está sujeita à obediência e ao princípio da reserva legal.

Aduz que a autoridade fiscal, não tem qualquer faculdade ou direito subjetivo de agir, nem tem qualquer interesse próprio ou particular, com o exercício de sua função legal, como bem está expresso em trecho da Revista dos Tribunais, que transcreve.

A atuação do órgão fiscal na cobrança dos tributos a seu encargo, portanto, não envolve qualquer interesse próprio das autoridades fiscais, nem é o exercício de um direito subjetivo do órgão fiscal, que, também, não é parte credora de uma relação jurídica.

Afirma que a função fiscal, exercício do poder-dever da autoridade administrativa para exigir o pagamento do tributo devido e/ou controlar e fiscalizar o seu correto pagamento, está sujeita à obediência ao princípio da reserva legal.

Nesse sentido, não podem prosperar tais imputações de infração, por ofensa aos princípios de direito que norteiam as normas jurídicas, base para a atividade de lançamento fiscal, a que está adstrito o agente público. É por isso, que o caso “*sub examine*”, devido aos vícios que possui, levará fatalmente a decretação da sua nulidade.

No tocante a imputação de falta de pagamento do ICMS devido por antecipação tributária, entende que falta motivo para se proceder com sua exigência, pelos fatos já aduzidos, como se pode constatar nas planilhas que demonstram os valores devidos e recolhidos, e os valores que não incidem o ICMS-ST, que não são de responsabilidade do destinatário.

Desta forma, chama a atenção dos julgadores, que nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, de mercadorias enquadradas na substituição tributária, só cabe ao destinatário tal responsabilidade, inexistindo Convênio ou Protocolo, porque se existem tais instrumentos legais, estará encerrada a fase de tributação, não cabendo mais a cobrança de ICMS normal. Tal entendimento encontra-se consolidado neste Órgão Julgador, como no Acórdão JJF Nº 0164-01/17 que reproduz.

Frisa que o Autuante contraria as decisões do próprio CONSEF, incluindo na sua exigência fiscal, até mesmo mercadorias que não sofrem substituição tributária, destinadas a consumidor final e canceladas, ao alvedrio da legislação e dos precedentes desta Corte, como se vê no ACÓRDÃO JJF Nº 0137-05/15 que transcreve.

Diz que, também não subsiste a exigência do pagamento de ICMS por antecipação total, sobre mercadorias isentas e brindes, contrariando as decisões do CONSEF/BA, como se vê no ACÓRDÃO JJF Nº 0040-05/15. Verifica a falta de motivo para se proceder a exigência de imposto por Substituição Tributária sobre mercadorias que não estão enquadradas em tal regime de tributação.

Sobre a matéria, cita doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, discorrendo sobre o princípio da motivação. Recorda o mestre Hely Lopes Meirelles, em sua memorável obra “Direito Administrativo Brasileiro.

Entende que não havia motivo para que se procedesse a lavratura do auto de infração, posto que é premissa exata, que o auto de infração ou a notificação fiscal, que se embasam em motivos falsos, inexistentes ou mesmo inidôneos, são atos administrativos sem motivação. Discorre a respeito do lançamento do crédito tributário. Aduz que a lei tributária atribui ao agente administrativo, um poder vinculado, o mais vinculado possível, no exercício do qual, serão praticados atos plenamente vinculados.

Por todo exposto e por tudo o mais que consta dos autos, requer que este Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF, decrete a total improcedência do Auto de Infração em tela, por ser de direito e da mais lídima justiça.

Auditor Fiscal designado pela Inspetoria, presta a informação fiscal fls.567/568. Reproduz a irregularidade apurada. Diz que vem prestar informação fiscal sobre a manifestação da defesa ao auto de infração, lavrado pelo auditor fiscal Almir de Santana Assis, pois o mesmo, não mais está lotado na Inspetoria de origem do lançamento. Reproduz a irregularidade apurada.

Afirma que antes de analisar as manifestações da defesa, notou que os valores lançados para a infração, não estão corretos, conforme descrito abaixo:

a) Exercício de 2014 – foram lançados os valores referentes ao Demonstrativo da infração “*Falta de Recolhimento do ICMS por solidariedade*” – operações com produtos da substituição tributária, página 05, com cópia em anexo, somado aos valores constantes do Demonstrativo da Infração Substituição Tributária a menos, página 25. Este último demonstrativo era que deveria ser lançado na infração.

b) Exercício de 2015 – foram lançados os valores referentes ao Demonstrativo da infração “*Falta de Recolhimento do ICMS por solidariedade*” – operações com produtos da substituição tributária, porém não foi anexada cópia a este processo. Diz apensar ao processo uma reprodução do citado documento, para conhecimento de todos, encontrada nos arquivos do Autuante constante na INFRAZ. Informa que os valores da citada planilha foram somados aos valores constantes do *Demonstrativo da Infração Substituição Tributária Antecipação a menor*, página 34. Afirma que este último demonstrativo era que deveria ser lançado na infração.

c) Exercício de 2016 – foram lançados os valores referentes ao Demonstrativo da infração *Falta de Recolhimento do ICMS por solidariedade* – operações com produtos da substituição tributária, página 54 somado aos valores constantes do *Demonstrativo da Infração Substituição Tributária Antecipação a menor*, página 51. Frisa que este último era que deveria ser lançado na infração 01.

d) Exercício de 2017 - neste exercício, foram lançados apenas os valores referentes ao Demonstrativo da infração de *Falta de Recolhimento do ICMS por solidariedade* – operações com produtos da substituição tributária, página 62. Afirma que este demonstrativo não se refere ao recolhimento a menor da infração 01, portanto, não deveria ser lançado.

Quanto às manifestações da defesa, aduz que se apegam a *falta de recolhimento do ICMS na substituição tributária*, mas na verdade, a infração versa sobre o *recolhimento a menor do ICMS na substituição tributária*. Entende que não pode se pronunciar, devido as diferenças de valor lançadas originalmente nos autos, com os valores que deveriam ser lançados de forma correta. Portanto, envia o processo para deliberação deste CONSEF.

Ao tomar ciência da informação fiscal, o autuado volta a se manifestar fls.579/581. Sintetiza os termos da infração e de sua impugnação inicial. Diz que o Auto de Infração é nulo, principalmente após manifestação do Auditor que prestou a informação fiscal. Reitera todos os termos da impugnação inicial. Repete que foram lançados valores referentes a ICMS/ST sobre mercadorias que não estão enquadradas na substituição tributária, isentas, com o ICMS ST já recolhido, além, de imposto cuja responsabilidade pelo recolhimento, por conta de Convênio ou Protocolo, é da empresa remetente. Requer a nulidade ou improcedência da autuação.

O supervisor da Inspetoria toma ciência da manifestação do autuado fl. 582 e diz manter as informações prestados pelo Auditor responsável pela informação fiscal.

VOTO

O presente processo exige ICMS, sob acusação de que o autuado efetuou recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, nos meses de janeiro de 2015 a dezembro de 2017. (Infração 08.07.02).

O defendant afirmou, que o Autuante procedeu de forma irregular, ao lavrar o auto de infração em tela, realizando a cobrança de ICMS por antecipação total, referente a todas as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação: (1) mesmo sendo do remetente, a responsabilidade pelo pagamento do ICMS retido na fonte por substituição tributária, em decorrência de Acordo (Convênio ou Protocolo); (2) sobre mercadorias isentas; (3) para uso/consumo, (4) ativo imobilizado; (5) mercadorias não tributadas, como brindes, bonificações, canceladas, devolvidas, (6) operações de simples remessa, remessa por conta e ordem de terceiro; e, até mesmo, (7) sobre mercadorias que não estão enquadradas no regime de substituição tributária e que já tiveram o ICMS recolhido.

No entanto, ao analisar os elementos que compõem o presente processo, constato que o lançamento padece de vícios que o conduzem à nulidade, ante as razões, que adiante aponto.

Em sede de informação fiscal, Auditor Fiscal designado pela Inspetoria, devido a saída do Fiscal que realizou originalmente o lançamento fez as seguintes constatações:

a) para os exercícios de 2014, 2015 e 2016, afirmou que foram lançados valores referentes ao Demonstrativo “*Falta de Recolhimento do ICMS por solidariedade*”, somados aos valores constantes do *Demonstrativo da Infração Substituição Tributária a Menos*. Disse que este último demonstrativo, era que deveria ser lançado para cada exercício no auto de infração.

b) para o exercício de 2017, afirmou que foram lançados apenas, os valores referentes ao Demonstrativo - *Falta de Recolhimento do ICMS por solidariedade* – operações com produtos da substituição tributária. Entretanto, disse que este demonstrativo, não se refere ao recolhimento a menor cobrado na infração, portanto, não deveria ser lançado para este exercício.

Concluiu que não poderia se pronunciar a respeito da defesa, devido as diferenças dos valores lançados, em relação aos que seriam os valores corretos.

Impende registrar, que o supervisor da Inspetoria tomou ciência da manifestação do autuado fl. 582 e disse manter os esclarecimentos prestados pelo Auditor responsável pela informação fiscal.

Observo que os procedimentos retro mencionados, não nos permite assegurar de maneira inequívoca, qual o *quantum* devido pelo contribuinte, além da patente impossibilidade de saneamento do feito, através de diligência fiscal, considerando declaração da própria Supervisão da Inspetoria de origem do feito.

Nesse cenário, cabe destacar que o lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Na ação fiscal foram cometidos erros que tornam ilíquido e incerto, o valor do crédito tributário exigido, por consequência, cerceando o direito à ampla defesa do contribuinte.

Impende salientar, que o lançamento tributário, por qualquer modalidade existente no Direito Tributário, deve ser claro e objetivo, estando nele inseridos todos os elementos do tributo (hipótese de incidência, alíquota, base de cálculo, sujeito ativo e passivo) para que o contribuinte possa se defender plenamente do alegado pelo Fisco. É assim que estabelece o art. 142 do CTN.

De igual forma, é dever do Fisco Estadual, nos termos do artigo 18 do RPAF/BA, determinar com segurança, a liquidez do lançamento, comprovando a exatidão de seus cálculos, sem o que, é nulo o lançamento de ofício.

Deixo de apreciar os argumentos defensivos atinentes ao mérito, e com base no art. 18, inciso IV do RPAF/BA, de ofício, julgo nulo o presente Auto de Infração, com a recomendação de que o procedimento seja renovado, a salvo das falhas apontadas.

Ante ao exposto voto pela NULIDADE da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **278987.0011/18-6**, lavrado contra **MATA CAMPOS & CIA LTDA**.

Esta Junta de julgamento 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, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 04 de junho de 2020.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR