

**PROCESSO** - A. I. Nº 298624.0004/20-0  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - GERDAU AÇOS LONGOS S.A.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 6ª JJF nº 0196-06/21-VD  
**ORIGEM** - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 08/04/2022

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0060-12/22-VD

**EMENTA:** ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. OPERAÇÕES DE ENTRADAS INTERESTADUAIS. AQUISIÇÕES DE BENS PARA USO/CONSUMO E IMOBILIZADO. Erro de fulcro em relação ao real objeto da acusação fiscal. Verificado se tratar de vendas de mercadorias e não de aquisição, impondo nulidade do Auto de Infração. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, por ter a Decisão recorrida através do Acórdão nº 0196-06/21-VD, desonerado o sujeito passivo do crédito tributário originalmente exigido em valor superior a R\$ 200.000,00, conforme previsto no art. 169, I, “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, cujo Auto de Infração exige o ICMS no valor de R\$ 194.578,63, sob a acusação de que o recorrido, situado no município do Rio de Janeiro, contribuinte SUBSTITUTO RESPONSÁVEL ICMS DESTINO-CS, “Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre a alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento”, nos meses de fevereiro a agosto de 2017; março de 2018; abril e dezembro de 2019.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Nulo, diante das seguintes razões:

### VOTO

*Consta da peça vestibular, se tratar o presente Processo Administrativo Fiscal de lançamento de crédito tributário com fins à recuperação de ICMS decorrente da acusação de ter a Impugnante deixado de recolher ICMS referente a diferença entre as alíquotas interna e interestadual, incidentes pela aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento.*

*Porém, se verifica dos autos que por ocasião da informação fiscal, haja vista a defesa comprovar que as notas fiscais objeto da autuação se referiam a operações de vendas e não de aquisição, ao contrário da acusação fiscal original consignada no documento de LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO (AUTO DE INFRAÇÃO) que se refere a entradas de mercadorias, os Autuantes propuseram alteração da descrição dos fatos e da tipificação da infração tributária, objetivando, desta feita, imputar a Manifestante outra infração, a seguir exposta:*

*“vendeu mercadorias para Uso ou Consumo/Ativo a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro estado da federação e cabe a este receber a diferença entre a alíquota interna do estado destinatário e a alíquota interestadual (Ec 87-15).”*

*No entanto, a Impugnante asseverou que apesar da diligência fiscal ter alterado a descrição dos fatos contido no relato da infração imputada originalmente, tal correção não afastaria a nulidade insanável que atinge a presente autuação, haja vista a impossibilidade de alteração da imputação fiscal original.*

*Indiscutivelmente, se trata de questão que reclama apreciação preliminar por se referir a arguição defensiva que caso confirmada pelo colegiado impõe a anulação do feito pela nulidade, sem que seja possível adentrar a questão posterior de mérito. De maneira que passo a enfrenta-la.*

*De fato, identifico matéria indicativa de possível vício intransponível a macular o presente lançamento. Pois, fora vilipendiado o princípio de maior salvaguarda aos direitos fundamentais do cidadão, que é o princípio da tipificação cerrada, que a despeito de importado do Direito Penal, se encaixa como uma luva no Direito Tributário, este que é outra grande ferramenta do ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, posto ter por responsabilidade salvaguardar um dos principais pilares da civilização ocidental moderna, a PROPRIEDADE PRIVADA, de importância reconhecida e balizada pela Carta Magna maiormente em seus arts. 5º incisos, XXII,*

LIV, LV, e 170, inciso II.

[...]

*Por outras palavras: o lançamento do crédito tributário e a legislação tributária exige a utilização de tipificação através de conceitos determinados e precisos, entendendo-se estes como àqueles que não arrisquem a segurança jurídica dos cidadãos, isto é, a sua capacidade de previsão objetiva dos seus direitos e deveres tributários, de modo a exigir e permitir que a acusação fiscal através do tipo infracional escolhido em subsunção do fato imponível à norma seja absolutamente escoreita.*

*Ocorre que, quanto à matéria, houve divergência importante entre a infração objeto da acusação fiscal tipificada na peça vestibular de lançamento e a real exigência tributária que se objetivava alcançar, conforme já explicado inicialmente. Haja vista, que no Auto de Infração consta a seguinte imputação:*

*“Infração 01 - 06.05.01*

*Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. “ Grifei.*

*E em seguida, por ocasião da informação fiscal, a vista da comprovação pela defesa de que os documentos que alicerçavam a acusação fiscal não se tratavam de aquisição de mercadorias e sim de venda de mercadorias, propuseram os Autuantes modificar a acusação para a equivalente diametralmente oposta, veja-se:*

*“02-01-28 – Operações com Mercadorias/Falta de Recolhimento de ICMS/DIFAL – Ec.87-15. Descrição: A empresa vendeu mercadorias para Uso ou Consumo/Ativo a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro estado da federação e cabe a este receber a diferença entre a alíquota interna do estado destinatário e a alíquota interestadual (Ec 87-15)” Grifei.*

*Vício irremediável, portanto, por não ser possível mera correção em uma eventual diligência, pois não é mais possível mudar o objeto da acusação fiscal no mesmo formulário de lançamento. Bem como, não é possível emitir novo formulário de lançamento mantendo-se o número do formulário viciado.*

*E mais, não seria possível eventualmente inscrever em dívida ativa um crédito tributário com vício que compromete o princípio da tipicidade cerrada. Ex vi dos arts. 201 a 203 do CTN. In verbis:*

[...]

*Ressalte-se, que este voto tem respaldo por estar em paralelo com diversos julgados deste CONSEF, entre os quais destaco:*

[...]

*Contudo, se faz mister ressaltar que o lapso identificado, conforme bem justificaram os Autuantes, é perfeitamente compreensível em virtude da sistemática de lavratura que apesar da eficácia e agilidade que transfere ao procedimento fiscal, permite que um simples clique equivocado seja permissivo do erro em tela.*

*Saliento que os profissionais encarregados são reconhecidamente competentes e responsáveis, signatários de diversos trabalhos em que demonstram inequívoca perícia técnica e comprometimento com a importante função que exercem. Este equívoco, entendo, é compreensível, e o reconhecimento do erro concomitante a propositura de sua solução, comprovam a estirpe ativa desses profissionais, de maneira que denota que este evento não tem o condão de manchar as suas reputações.*

*Por todo o exposto, voto peremptoriamente pela NULIDADE do lançamento a que se refere o presente Auto de Infração, com espeque nos incisos II e IV, alínea “a”, ambos do art. 18 do RPAF/BA/99, ao tempo que represento à autoridade competente para que avalie a oportunidade, conveniência e pertinência de se renovar a ação fiscal com fins de verificar eventual crédito tributário ainda passível de recuperação.*

Diante de tais considerações a Decisão da JJF foi por julgar NULO o Auto de Infração, recorrendo de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

É o relatório.

## VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício, por ter a Decisão recorrida desonerado o sujeito passivo de crédito tributário em montante superior a R\$ 200.000,00, como previsto no art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Examinando as peças que integram os autos, depreendo que a Decisão recorrida pela nulidade do Auto de Infração está perfeita quanto ao resultado, não merecendo qualquer modificação quando da análise do Recurso de Ofício interposto, inerente ao Acórdão de nº 0196-06/21-VD, eis que

restou comprovada a mudança do fulcro da acusação fiscal, tendo em vista, originalmente, a imputação ser:

*“Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento.”*

Logo, nesta hipótese, o sujeito passivo seria outro, o adquirente nas operações interestaduais de aquisições de mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento ou ativo imobilizado.

Contudo, no caso, verifica-se que o sujeito passivo é o vendedor das mercadorias localizado em outro Estado da Federação, na condição de contribuinte substituto, responsável pelo recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário, e a alíquota interestadual (EC 87-15), quando das vendas de mercadorias para uso/consumo e ativo imobilizado ao consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, conforme reenquadramento da imputação proposta pelos próprios autuantes na Informação Fiscal (fl. 42).

Assim, diante de tais considerações, verifica-se que a hipótese legal da exação do ICMS *diferença entre as alíquotas internas e interestaduais na aquisição de mercadorias*, descrita no Auto de Infração, não se coaduna com o **remetente** das mercadorias na condição de **efetivo** sujeito passivo da relação tributária, contribuinte SUBSTITUTO RESPONSÁVEL ICMS DESTINO-CS, restando provada a inadequação da acusação fiscal, salvo com a mudança do fulcro da imputação.

Por fim, represento à autoridade competente para que avalie a possibilidade de se renovar a ação fiscal, a fim de verificar eventual crédito tributário ainda passível de recuperação.

Do exposto, ratifico a Decisão recorrida e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

## 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 manter a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **298624.0004/20-0**, lavrado contra **GERDAU AÇOS LONGOS S.A.** Representa-se à autoridade competente para que avalie a possibilidade de se renovar a ação fiscal a fim de verificar eventual crédito tributário ainda passível de recuperação.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de março de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS