

PROCESSO - A. I. Nº 212995.0004/20-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - COHIM MOREIRA TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0035-01/21-VD
ORIGEM - DAT NORTE / IFMT NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 14/03/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0073-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS PARA O ESTADO DA BAHIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. Descrição imprecisa do fato. O lançamento de ofício não contém elementos suficientes para se determinar com segurança a infração. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado (art. 169, I, “a” do RPAF/99), no qual a JJF julgou Nulo o presente auto de infração em lide, lavrado em 05/05/2020, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$ 2.009.865,55, em razão da falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia (08.10.03), ocorrido nos meses de janeiro a março de 2018 e de outubro de 2018 a fevereiro de 2019, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “e”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuante acrescentou na descrição dos fatos que: *“Em data, hora e local, acima indicados, encerramos a fiscalização da empresa supracitada, em cumprimento à OS acima discriminada, tendo sido apurada(s) a(s) seguinte (s) irregularidade (s): A empresa, por ser responsável solidária, transportou 50288,819 m3 de Álcool Etilico Hidratado Carburante (AEHC), para diversas empresa de outras UF, todas canceladas, conforme situação cadastral e DANFES anexos, mercadorias entregues no Estado da Bahia, a contribuinte incerto, caracterizando operação fraudulenta, entrega em local diverso do documento fiscal, comprovadas pelas seguinte irregularidades: falta de registros nos postos fiscais de fronteiras; falta de registro de antenas de passagens; ao longo das rodovias, não há ciência da operação e confirmação de compras pelos destinatários; e falta de registros em outros Estados Destinatários”*.

O autuado apresentou **defesa** das fls. 301 a 316. Alegou cerceamento do direito de defesa por falta de precisão na descrição da acusação fiscal, em razão da insuficiência de elementos essenciais à compreensão da infração imputada e à consequente impossibilidade de elaboração precisa da defesa. Destacou que na descrição dos fatos, onde foi colocado na posição de responsável solidário pelo ICMS devido pelo sujeito passivo. Indaga que se o Autuado é responsável solidário ou é sujeito passivo por substituição. Destacou que não foi eleito pela legislação como sujeito passivo da relação jurídica tributária nas operações envolvendo o álcool etílico hidratado combustível (AEHC). A obrigação de reter o ICMS devido nas operações subsequentes é sempre do remetente, conforme regramento estabelecido na lei baiana que incorporou os dispositivos legais oriundos do Convênio ICMS 110/07.

No mérito, afirmou que transportou mercadoria de AGRO INDUSTRIAL CAPELA LTDA, inscrita no CNPJ sob o nº 07.461.344/0001-47, localizada no Estado de Sergipe, para destinatários localizados no Espírito Santo, Rio de Janeiro e São Paulo, cujas situações cadastrais se encontravam regulares na época dos fatos geradores.

Afirmou com relação à destinatária IBIRACU INDÚSTRIA E TRANSPORTES LTDA. ME, localizada no Estado do Espírito Santo, que apenas em 08/08/2019 modificou-se a sua situação cadastral para não habilitado. Sucede que, o serviço de transporte de mercadoria foi realizado no mês de janeiro

2018, ou seja, antes da modificação da situação fiscal da empresa destinatária, por conseguinte, não há que se falar em transporte de mercadorias para empresas canceladas.

Em relação à destinatária ESTRADA DA CACHOEIRA 7 COMERCIAL DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA. ME, localizada no Estado do Rio de Janeiro, disse que só em 28/03/2018 a empresa passou a estar impedida perante à SEFAZ/RJ e que o serviço de transporte de mercadoria foi realizado nos meses de janeiro e fevereiro de 2018, assim sendo, a empresa destinatária estava ativa/regular no momento dos fatos geradores, motivo pelo qual não há que se falar em transporte de mercadorias para empresas canceladas.

Em relação à destinatária ACS INDÚSTRIA COMÉRCIO E TRANSPORTES LTDA., localizada no Estado do Espírito Santo, alegou que apenas em 08/08/2019 modificou-se a sua situação cadastral para não habilitado, sendo que o serviço de transporte de mercadoria ocorreu nos meses de outubro e novembro de 2018, consequentemente, não há que se falar em transporte de mercadorias para empresas canceladas.

Em relação à destinatária AM TRANSPORTES E DISTRIBUIDORA EIRELI, localizada no Estado de São Paulo, disse que somente em 21/12/2018 ficou inativa nos cadastros da SEFAZ/SP e que o serviço de transporte da mercadoria foi realizado no período compreendido entre o dia 10/12/2018 a 14/12/2018, antes da modificação da situação fiscal da empresa destinatária.

Em relação à destinatária PREMIUM SERV. EMPREENDIMENTOS EIRELI ME, localizada no Estado do Rio de Janeiro, disse que somente em 17/12/2018 a empresa ficou impedida nos cadastros da SEFAZ/RJ e que o serviço de transporte da mercadoria foi realizado nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2018, antes da modificação da situação fiscal da empresa destinatária.

Em relação à destinatária DIAMANTE BRASIL COMÉRCIO ATACADISTA DE PRODUTOS QUÍMICOS E PETROQUÍMICOS, localizada no Estado do Rio de Janeiro, disse que apenas em 23/01/2019 a empresa ficou impedida nos cadastros da SEFAZ/RJ e que o serviço de transporte de mercadoria foi realizado no período compreendido entre os meses de dezembro de 2018 e janeiro de 2019, portanto, antes da modificação da situação fiscal da empresa destinatária.

Em relação às destinatárias COLORGEL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA., BELLQUÍMICA IND. E COM. LTDA., e SANTOS E RANGEL COMÉRCIO DE VIDROS LTDA. ME, apesar de estarem na época dos fatos geradores com restrições cadastrais, afirmou que as mercadorias foram devidamente entregues nos locais indicados nos documentos fiscais.

O Auditor Fiscal Cláudio Marcelo Mascarenhas de Castro apresentou **informação fiscal** das fls. 539 a 543, em decorrência da aposentadoria do autuante, o Agente de Tributos Estaduais Carlos Alberto Sampaio Ferrari. Esclareceu que o autuado é responsável solidário e o remetente da mercadoria é sujeito passivo por substituição. Assim, ratificou que o autuado se coloca no polo passivo da obrigação tributária e poderia ser autuado, como também poderia ter sido o remetente da mercadoria. Disse que o autuado não fez juntada aos autos de nenhuma autorização de carregamento, nem canhotos de entrega de mercadoria. Entretanto, confirma que as seis destinatárias indicadas na defesa não estavam em situação irregular à data da ocorrência dos fatos geradores.

A JJF decidiu com o seguinte voto condutor:

VOTO

O presente auto de infração, exige ICMS em razão da falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, mas na descrição dos fatos afirma que o autuado é o responsável pelo pagamento do imposto na condição de responsável por solidariedade.

A condição indispensável para validade do lançamento de ofício, é que sejam observados os requisitos essenciais e necessários, previstos na legislação tributária, notadamente no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto n°. 7.629/99.

O artigo 2º do referido RPAF dispõe que:

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

Verifica-se que no presente lançamento de ofício, alguns dos mencionados princípios não foram atendidos, especialmente o da legalidade objetiva e da garantia de ampla defesa.

Pelo próprio enunciado da infração, constata-se o equívoco incorrido pelo autuante, haja vista que nomeia o autuado tanto como responsável por substituição tributária, como responsável por solidariedade.

Responsável por substituição tributária é o sujeito passivo ao qual a lei tributária atribui o dever jurídico de pagar o tributo, em lugar daquele que dá origem ao fato gerador, mas que com ela possui relação jurídica, assumindo o lugar do contribuinte. Responsável por solidariedade é o sujeito passivo que possui interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, e que, por imposição legal, assume simultaneamente a obrigação tributária.

Assim, por se tratar de situações distintas, não há como igualar “responsável por substituição tributária” com “responsável por solidariedade”, sendo, desse modo, nula a infração por ofensa ao devido processo legal e à ampla defesa.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

Nos termos do artigo 21 do RPAF, recomendo à autoridade competente, que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas.

A JJF, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, devido ter atingido o valor desonerado conforma a legislação vigente.

É o relatório.

VOTO

Observo que a decisão da 1ª JJF (Acórdão Nº 0035-01/21-VD) desonerou o sujeito passivo do lançamento tributário de R\$ 3.429.761,10, em valores atualizados à data do julgamento, fl.553, fato este, que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Contemplando o Recurso de Ofício interposto pela 1ª JJF contra a decisão que julgou NULO o Auto de Infração em epígrafe, constata-se que, a desoneração decorreu em razão do lançamento não foram observados os requisitos basilares e fundamentais, previstos na legislação tributária, disposto no art. 2º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

O artigo 2º do RPAF assim dispõe:

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

Posto isso, verifico que, o presente lançamento, ora recorrido de ofício, se deu em razão do sujeito passivo deixar de recolher ICMS no valor histórico de R\$ 2.009.865,55, acrescido de multa de 60%, pela falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia nos fatos geradores de 01 a 03/2018 e 10/2018 a 02/2019.

Examinando as peças que integram os autos, observo que a **Decisão recorrida** está perfeita quanto ao seu resultado, não merecendo qualquer modificação no tocante à infração, em razão do presente lançamento de ofício, não foram atendidos os princípios exigidos pelo art. 2º do RPAF, sobretudo o da legalidade objetiva e da garantia de ampla defesa.

Constata-se nos autos que o autuante comete um equívoco insanável no enunciado da infração, na

medida que nomeou o sujeito passivo, ora autuado, como responsável por substituição tributária e também por solidariedade.

Verifico que trata-se de situações diversas, não sendo possível equiparar “responsável por substituição tributária” com “responsável por solidariedade”.

Neste sentido, concluo pela NULIDADE do auto de infração com base no art. 18, IV, “a” do RPAF/99, por afronto ao devido processo legal e à ampla defesa.

Recomendo à autoridade competente nos termos do art. 21 do RPAF, que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 212995.0004/20-6, lavrado contra **COHIM MOREIRA TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA**. Recomenda-se à autoridade competente, que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de fevereiro de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO - RELATOR

THIADO ANTON ALBAN – REPR. DA PGE/PROFIS