

PROCESSO	- A.I. N° 299164.1104/02-4
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- DAC – DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS CONQUISTENSE LTDA.
RECURSO	- REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM	- IFMT - DAT/SUL
INTERNET	- 15.03.04

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0048-11/04

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.
Representação proposta com base nos art. 119, II, c/c 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), fundamentada no fato de que existe vício insanável no enquadramento da infração e na determinação da base de cálculo do imposto, o que implica na nulidade do Auto de Infração, à luz do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Procurador Chefe da PGE/PROFIS, com fundamento nos art. 119, II, c/c 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), representou a esta Câmara de Julgamento Fiscal para que fosse decretada a nulidade do presente Auto de Infração, com base no art. 18, IV, “a”, do RPAF, em razão da existência de vício insanável no enquadramento da infração e na determinação da base de cálculo do imposto.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS pela “falta de retenção do ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária”. As mercadorias em questão são “balas e bombons” e “biscoitos e waffles”.

A representante da PGE/PROFIS, que propôs a presente pontuou que não se trata de falta de retenção do imposto em operação de saída, posto que o autuado é o destinatário da mercadoria, sendo que o remetente está localizado em outra unidade da Federação (São Paulo).

Disse que, assim, caso as mercadorias constassem em convênio ou protocolo, celebrados entre os Estados, para que fosse feita a retenção do ICMS, o remetente seria o sujeito passivo desta obrigação, mas, como não é o caso, pois as mercadorias questionadas somente fazem parte do rol daquelas sujeitas à substituição tributária nas operações internas, o imposto deveria ser pago por antecipação nos prazos previstos no art. 125, I ou II, “c”, do RICMS/97.

O inciso I, do citado art. 125, fixa o prazo para pagamento do ICMS como sendo o dia 10 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, e o inciso II, como sendo na entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, quando eleitas em ato específico do Secretário da Fazenda.

O dito “ato específico do Secretário da Fazenda” é a conhecida Portaria nº 270/93.

Afirmou que as mercadorias “balas e bombons” não estão elencadas na citada Portaria, enquanto que “biscoitos e waffles” estão relacionadas no inciso XIII, “b”, do art. 1º desta, e que, desta forma, “biscoitos e waffles” devem ter o imposto pago por antecipação na entrada do Estado, vale dizer, como foi feito neste Auto de Infração, mas o ICMS a ser antecipado sobre “balas e bombons” tem o prazo para pagamento no dia 10 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria, prazo este que ainda não teria expirado.

Argüiu, então, que, além do erro no enquadramento da infração cometida pelo autuado, foi gerado um erro na base de cálculo do imposto, como se observa à fl. 3 dos autos, no demonstrativo do débito no qual está sendo cobrado imposto sobre as Notas Fiscais n^{os} 474303 e 167902, para mercadorias (balas e bombons), com prazo de recolhimento ainda não vencido na data da autuação, que não poderia integrá-la.

Concluiu que o Auto de Infração deve ser julgado Nulo, com base no art. 18, IV, “a”, do RPAF.

VOTO

De fato, os produtos “balas e bombons”, mesmo fazendo parte do rol das mercadorias sujeitas à substituição tributária nas operações internas, não estão elencados nos incisos do art. 1º, da Portaria nº 270/93, e o pagamento do imposto antecipado deve ser feito até o dia 10 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, o que significa dizer que, no momento da ação fiscal, este prazo ainda não havia expirado.

Assim, tais produtos não poderiam compor a base de cálculo do imposto, na forma que foi lançado no presente Auto de Infração.

No entanto, discordo do posicionamento da representante da PGE/PROFIS, pois é possível definir qual a base de cálculo correta, uma vez que, no demonstrativo à fl. 3, os valores foram separados “por produto”. Tal incorreção não levaria à nulidade do Auto de Infração.

Contudo, quanto ao enquadramento da infração, os autuantes incorreram em vício insanável, pois, tanto a acusação como os dispositivos ditos infringidos se reportam à falta de retenção do ICMS nas operações de saída de mercadorias, sujeitas à antecipação tributária, sendo que, no presente caso, a operação é aquisição interestadual.

Não é possível utilizar as regras esculpidas no § 1º, do art. 18, do RPAF/99, porque qualquer correção implicaria em mudança na determinação da natureza da infração, e no seu art. 19, pois a descrição dos fatos não evidencia o enquadramento legal.

Destarte, o meu voto é pelo ACOLHIMENTO da presente Representação, para julgar o Auto de Infração NULO. Determino, também, a repetição dos atos, a salvo de falhas, na forma preceituada pelo art. 21 do RPAF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de fevereiro de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÉDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS