

A. I. N ° - 232197.0005/09-4
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.
AUTUANTE - JACKSON DOS SANTOS VASCONCELOS
ORIGEM - IFMT/METRO
INTERNET - 19.11.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0330-02/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A autuação contém vícios jurídicos que afetam a sua eficácia, pois acusa a falta de retenção do imposto por substituição nas operações com mercadoria sujeita à antecipação tributária, porém lança o imposto referente às operações normais, ou seja, a descrição dos fatos não condiz com a infração imputada, bem como a capitulação legal, além do fato de não ter sido demonstrado de que modo foi apurada a base de cálculo do tributo. É nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal, que implique cerceamento de defesa ou que não contenha elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração apontada. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 23/12/2009, para exigir ICMS no valor de R\$60.800,00, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, sob a acusação de “Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.”

Consta na descrição dos fatos: “MERCADORIAS CONSTANTES DOS DANFES Nº 21023/25, 21029/30, 21032/33, 21035, 21043, 21063/65, 21159, 21393, 21395, 21397, 21401, 21446, 21452, 21489, 21492, 21493, 21511/13, 21516/19 E 21538, POR REMETIDAS POR CONTRIBUINTE DESCREDECENCIADO.”

O sujeito passivo apresenta defesa às fls.45 a 49, na qual, alega que a acusação fiscal não corresponde à realidade, pois houve o recolhimento do tributo devido a título de substituição tributária, conforme consta nas NF-e e nos documentos de arrecadação que diz ter anexado.

Aduz que houve um erro da fiscalização na apuração do ICMS substituição, pois considerou para fixar a base de cálculo do imposto o quanto devido do imposto normal e substituído.

Ressalta que não houve qualquer erro na determinação da base de cálculo na nota fiscal, e a fiscalização não incluiu no cálculo o desconto incondicional, sendo que o sistema eletrônico da emissão de DANFE não permite tais procedimentos.

Além disso, diz que o Fisco utilizou indevidamente pauta fiscal fictícia para calcular o imposto, por entender que esta é um instrumento impróprio para cálculo e recolhimento de tributo. Cita decisão do Superior Tribunal de Justiça que considerou ilegal a apuração da base de cálculo através de pauta fiscal.

Requer a improcedência da autuação, ou caso não seja esse o entendimento do órgão julgador, pede a exclusão da multa e dos juros imputados com fulcro no artigo 159, § 1º, II e III, do RPAF/99.

Na informação fiscal às fls.144 a 146, o autuante esclareceu a origem da autuação, e a legislação aplicável ao caso, tendo transcrito os dispositivos tidos com infring

A, 515-B, e 126, todos do RICMS/97.

Rebateu as razões defensivas dizendo que a exigência fiscal se refere a falta de pagamento do ICMS relativo às operações normais, sendo de conhecimento do contribuinte que é necessária autorização da COPEC para gozo de prazo normal de pagamento do tributo na operações em questão.

Quanto à determinação da base de cálculo, explica que foi usada a constante dos DANFES 20532 e 20533, portanto, o valor exigido corresponde com o ICMS destacado no documento fiscal. Manteve a multa aplicada por considerar que é a prevista para a infração cometida.

Conclui pela procedência de sua ação fiscal.

VOTO

Trata-se de auto de infração lavrado no trânsito da mercadoria, no Posto Fiscal Honorato Viana, cuja infração foi descrita no Auto de Infração como “Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.”

Apesar de está assim descrita, na informação fiscal o autuante esclareceu que a irregularidade imputada ao contribuinte diz respeito à falta de recolhimento do ICMS normal, e a consequente falta de anexação do DAE devidamente quitado, relativamente às suas operações próprias com Álcool Hidratado Carburante através dos DANFES nº N° 21023/25, 21029/30, 21032/33, 21035, 21043, 21063/65, 21159, 21393, 21395, 21397, 21401, 21446, 21452, 21489, 21492, 21493, 21511/13, 21516/19 e 21538, que acobertaram o trânsito da mercadoria.

A infração foi enquadrada no artigo 353, II, do RICMS/97, que reza in verbis:

“Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

...

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:”

Examinando o demonstrativo de débito à fl.03, verifico que foi considerada como base de cálculo o valor de R\$ 320.000,00, e aplicado sobre esta a alíquota de 19% para determinar o valor do imposto n valor de R\$ 60.800,00, que foi lançado no auto de infração.

Para melhor visualizar os valores constantes nos DANFES, vale analisar o demonstrativo abaixo:

N.FISCAL	QUANT. (LT.)	BC NORMAL	ICMS NORMAL	BC ST	ICMS ST
21023	5000	9.877,00	1.876,63	10.000,00	23,37
21024	5000	9.877,00	1.876,63	10.000,00	23,37
21025	5000	9.877,00	1.876,63	10.000,00	23,37
21029	5000	9.877,00	1.876,63	10.000,00	23,37
21030	5000	9.877,00	1.876,63	10.000,00	23,37
21032	5000	9.877,00	1.876,63	10.000,00	23,37
21033	5000	9.877,00	1.876,63	10.000,00	23,37
21035	5000	9.877,00	1.876,63	10.000,00	23,37
21043	5000	9.877,00	1.876,63	10.000,00	23,37
21063	5000	9.877,00	1.876,63	10.000,00	23,37
21064	5000	9.877,00	1.876,63	10.000,00	23,37
21065	5000	9.877,00	1.876,63		
21159	5000	9.877,00	1.876,63		

21393	5000	9.877,00	1.876,63	10.000,00	23,37
21395	5000	9.877,00	1.876,63	10.000,00	23,37
21397	5000	9.877,00	1.876,63	10.000,00	23,37
21401	5000	9.877,00	1.876,63	10.000,00	23,37
21446	5000	9.877,00	1.876,63	10.000,00	23,37
21452	5000	9.877,00	1.876,63	10.000,00	23,37
21489	5000	9.877,00	1.976,63	10.000,00	23,37
21491	5000	9.877,00	1.976,63	10.000,00	23,37
21492	5000	9.877,00	1.976,63	10.000,00	23,37
21493	5000	9.877,00	1.976,63	10.000,00	23,37
21511	5000	9.877,00	1.976,63	10.000,00	23,37
21512	5000	9.877,00	1.876,63	10.000,00	23,37
21513	5000	9.877,00	1.876,63	10.000,00	23,37
21516	5000	9.877,00	1.976,63	10.000,00	23,37
21517	5000	9.877,00	1.976,63	10.000,00	23,37
21518	5000	9.877,00	1.876,63	10.000,00	23,37
21519	5000	9.877,00	1.876,63	10.000,00	23,37
21538	10000	19.754,00	3.753,26	20.000,00	46,74
TOTAIS	160.000,00	316.064,00	60.752,16	320.000,00	747,84

Portanto, se a intenção da fiscalização foi lançar no auto de infração o valor correspondente às operações normais, de responsabilidade do próprio autuado, o valor seria de R\$ 60.752,16. Por outro lado, ao que tudo indica o preposto fiscal utilizou pauta fiscal para antecipação parcial estabelecida na Instrução Normativa nº 04/2009, uma vez que: $160.000 \text{ litros} \times \text{R\$ } 2,00 = 320.000,00 \times 19\% = \text{R\$ } 60.800,00$, valor esse, que foi lançado no auto de infração.

O preposto fiscal, na informação fiscal, tenta esclarecer a origem do lançamento tributário, porém, em momento algum, demonstra como foi apurada a base de cálculo utilizada na apuração do imposto lançado, tendo, apenas informado que a mesma corresponde com o valor do ICMS destacado nos documentos fiscais, o que, segundo os cálculos acima não correspondente com a realidade dos fatos.

Verifico que este fato causou prejuízo à defesa do contribuinte, haja vista que, ao defender-se o impugnante trata de base de cálculo da substituição tributária, matéria totalmente diferente da que foi esclarecida pelo autuante. Por consequência os argumentos trazidos pela defesa de que não houve falta de recolhimento do ICMS por substituição tributária vai de encontro com o fulcro da autuação, uma vez que, repito, este não foi o motivo da autuação, conforme amplamente demonstrado acima.

Desta forma, verifico que para a formalização do presente lançamento tributário, a descrição dos fatos não condiz com a infração imputada, bem como a capitulação legal, além das infrações terem consequências jurídico-tributárias distintas, já que na infração imputada a substituição tributária encerra as fases de tributação nas operações subsequentes e, no elemento pessoal do fato gerador, coloca o sujeito passivo na condição de responsável por substituição tributária. Já a infração constante da descrição dos fatos o recolhimento do imposto não encerra as etapas de tributação, além de o sujeito passivo se encontrar na condição de contribuinte, não havendo, portanto, como se determinar com segurança a condição do contribuinte ou mesmo infração alvo do presente lançamento de ofício. Além disso, conforme demonstrado acima, não existe a demonstração da base de cálculo utilizado na apuração do imposto.

Nestas circunstâncias, concluo pela nulidade do ato administrativo do lançamento, por ir de encontro com as disposições contidas nos incisos II e IV, alínea “a” do artigo 18, RPAF/BA, por cerceamento do direito de defesa e por falta ao lançamento elementos suficientes para se determinar com segurança a infração.

Ante o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o auto de infração nº **232197.0005/09-4**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALE LTDA.**

Esta Junta 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/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de novembro de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR