

PROCESSO - A. I. Nº 124157.0797/09-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0310-05/10
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 08/04/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0048-11/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. Exigência de fato jurídico diverso daquele efetivamente ocorrido, implicou preterição do direito de defesa. Inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração imputada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, interposto pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, após julgamento pela Nulidade do Auto de Infração, através do Acórdão JJF nº 0310-05/10, lavrado para imputar ao sujeito passivo o ICMS no valor de R\$ 58.900,00, acrescido de multa de 60% em decorrência da falta de retenção do ICMS Substituição Tributária nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária. Consta da descrição dos fatos que a falta de comprovantes do ICMS por antecipação tributária se refere aos DANFES Nºs 21445, 21394, 221396, 21068, 21038, 21037, 21026, 20793, 21158, 21022, 21152, 21509, 21501, 21514, 21515, 21510, 21486 e 21504, emitidos por contribuinte descredenciado da COPEC/SEFAZ, correspondente a 155.000 litros de álcool hidratado.

O autuado apresentou impugnação (fls. 49 a 51), afirmando que o fisco está exigindo uma suposta falta de retenção do ICMS substituição, mas que considerou na fixação da base de cálculo o valor devido por substituição tributária e o quanto devido a título do ICMS principal. Assim, acabou por constatar a falta de retenção de imposto, que nunca ocorreu.

Acrescentou que não incluiu na base de cálculo do tributo o desconto incondicional, pois, apenas preencheu os campos das notas fiscais e o próprio software do Estado da Bahia gerou o cálculo.

O autuante se manifestou à fl. 111/114, esclarecendo que o autuado efetuou operações de venda interna de produtos tributados pelo ICMS, sem o recolhimento do imposto devido, estando na condição de contribuinte descredenciado junto à COPEC/SEFAZ, nos termos do art. 126 e 515-B, RICMS BA. Neste caso, a nota fiscal de vendas internas de álcool a granel deveria estar acompanhada do comprovante de pagamento do ICMS, conforme previsto no art. 518-B, inciso I do RICMS/BA.

Finalizou requerendo a Procedência da ação fiscal.

O autuado volta a manifestar-se acerca da presente ação fiscal arguindo que o Auto de Infração exige suposta falta de retenção de ICMS Substituição tributária e não ao ICMS próprio. Entretanto, o fisco considerou na base de cálculo o ICMS substituição tributária, bem como o valor do ICMS próprio.

Conclui, que não houve qualquer infração no que se refere à falta de retenção de ICMS nas operações de saída.

A Junta de Julgamento Fiscal, com base no artigo 18, inciso II, do RPAF/99, julgou Nulo o Auto de Infração pelo fato de que houve ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, haja vista que, enquanto no Auto de Infração consta de forma cristalina que o imposto lançado se refere à parcela devida pelas saídas subsequentes da mercadoria (álcool

hidratado), acusação esta, baseada no art. 353, inciso II, RICMS/BA; em sua Informação Fiscal, o autuante sustentou que o montante exigido se referia a outra parcela do tributo; àquela concernente à operação própria realizada pelo sujeito passivo, inclusive amparando a acusação em dispositivos regulamentares diversos, isto é, nos artigos 515-A e 515-B do RICMS/BA, fato este que implica cerceamento do direito de defesa do contribuinte, por se tratarem de acusações totalmente diversas.

VOTO

Reparo algum merece a Decisão recorrida, tendo em vista que a acusação fiscal refere-se à “*falta de retenção do ICMS Substituição, nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária*”, sendo dado como infringido o disposto no art. 353, II, do RICMS-BA e aplicada à multa capitulada no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

Consta ainda, na descrição dos fatos inseridos no Auto de Infração e no Termo de Apreensão e Ocorrências, que a irregularidade foi decorrente da “*Falta de comprovante de ICMS por Antecipação Tributária referente aos DANFES N^{os} 21445, 21394, 221396, 21068, 21038, 21037, 21026, 20793, 21158, 21022, 21152, 21509, 21501, 21514, 21515, 21510, 21486 e 21504, emitidos por contribuinte descredenciado da COPEC/SEFAZ, correspondente a 155.000 litros de álcool hidratado*”.

Contudo, somente na Informação Fiscal o autuante esclareceu que o montante exigido no lançamento de ofício refere-se às operações próprias do autuado, nas saídas internas de álcool etílico hidratado combustível (AEHC), e não o ICMS da substituição tributária que, efetivamente o contribuinte recolhera. Constata-se, portanto, uma clara divergência entre a acusação imputada ao autuado e o fato infracional na autuação.

Logo, no presente lançamento de ofício, verifica-se que os equívocos constatados na exigência fiscal importam na insegurança do débito exigido e cerceamento do direito de defesa, caracterizando nulidade insanável, nos precisos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA.

Assim, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício apresentado para manter inalterada a Decisão recorrida e, nos termos do art. 156 do RPAF, represento à autoridade fiscal competente, objetivando a instauração de novo procedimento fiscal no estabelecimento do contribuinte, a fim de verificar o recolhimento do tributo relativo à operação objeto do presente lançamento de ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **124157.0797/09-3**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)**. Recomenda-se à autoridade competente a instauração de ação fiscal, no estabelecimento, para verificar o recolhimento do tributo objeto da autuação.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS