

PROCESSO - A. I. Nº 2321970005094
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0330-02/10
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 08/04/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0057-11/11

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 2ª JJF, em face do acórdão em referência, que julgou Nulo o Auto de Infração, lavrado em 23/12/09, para exigir ICMS no valor de R\$ 60.800,00, acrescido de multa de 60%, por imputar ao sujeito passivo falta de retenção do ICMS Substituição Tributária nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação (álcool hidratado) relativas aos 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.

O autuado defendeu-se às fls. 45/49 afirmando que reteve e recolheu o ICMS-ST.

Disse ainda, que o fisco incorreu em erro na determinação da base de cálculo na apuração do ICMS-ST, por considerar para essa fixação o quanto devido do ICMS normal e substituído.

Acrescentou que não houve erro na determinação da base de cálculo na nota fiscal, e que o autuante ao proceder ao cálculo, não incluiu o desconto incondicional, além do que o sistema eletrônico da emissão de DANFE desautoriza tal procedimento.

Arrematou, alegando que a fiscalização se utilizou indevidamente de pauta fiscal fictícia para elaboração do cálculo do imposto, ao considerar ser esta um instrumento impróprio para o cálculo e recolhimento do tributo, reportando-se à Decisão do STJ pela ilegalidade da base de cálculo mediante pauta fiscal.

Por derradeiro, requereu a improcedência da autuação, e, se acaso fosse diverso o entendimento dos julgadores, fossem excluídos a multa e os juros, nos termos do art. 159, §1º, II e III do RPAF/99.

Em sede de informação fiscal o autuante se posicionou aduzindo a origem da autuação e a legislação que lhe serve de suporte, tendo transcrito os dispositivos tidos como infringidos, ou seja, os art. 525-A, 515-B e 126, do RICMS/97, e refutou os argumentos defensivos, mencionando que se trata de falta de pagamento do ICMS nas operações normais e que o autuado olvidou a necessidade de autorização da COPEC.

Do cotejo do lançamento, com as razões declinadas pelo contribuinte e pelo fisco, a JJF decidiu a lide, em síntese, com lastro no seguinte fundamento fático-jurídico, “*verbis*”:

“(…)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.

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: $160.000 \text{ litros} \times R\$ 2,00 = 320.000,00 \times 19\% = R\$ 60.800,00$, 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 devido.

Nestas circunstâncias, concluo pela nulidade do ato administrativo do lançamento, por ir de encontro com as disposições contidas nos incisos II e IV, aliena “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.”

Em acatamento ao preceito 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, a 2ª JFJ recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

VOTO

De logo, constata-se que nada há a ser alterado na Decisão recorrida, pois guarda estrita conformidade com a legislação vigente.

Extrai-se do lançamento que foi imputado ao sujeito passivo a falta de retenção do ICMS Substituição Tributária nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação (álcool hidratado) relativas aos DANFES nºs 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, sobre o que se defendeu o autuado às fls. 45/49, asseverando que reteve e recolheu o ICMS-ST.

O autuado aduziu também, que houve erro na determinação da base de cálculo na apuração do ICMS-ST, por ter sido considerado o ICMS normal e substituído, e ainda, que não foi incluso o desconto incondicional, que o sistema eletrônico da emissão de DANFE desautoriza tal procedimento e a utilização indevida de pauta fiscal fictícia para o cômputo do imposto.

Já o autuante, incorrendo em clara incongruência, alegou em sede de informação fiscal que o fato gerador teve como lastro legal o art. 525-A, 515-B e 126, do RICMS/97, tendo rechaçado a defesa, sob o argumento de que houve a falta de pagamento do ICMS nas operações normais, e que o autuado olvidou a necessidade de autorização da COPEC.

Logo, tem-se que no Auto de Infração, lavrado no trânsito de mercadoria, a fiscalização fez constar como capitulação legal o art. 353, II, do RICMS/97 - “Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária. -, todavia, o autuante, posteriormente, disse que a infração teve como nascedouro a falta de recolhimento do ICMS normal e a consequente falta de anexação do DAE devidamente quitado, relativamente às operações próprias do contribuinte com Álcool Hidratado Carburante através dos DANFES nºs

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 par disso, como bem observado pela JJF, no demonstrativo de débito à fl.03 foi considerada como base de cálculo o valor de R\$ 320.000,00, sobre o qual foi aplicado a alíquota de 19% gerando uma imposto de R\$ 60.800,00, como acima supra detalhado no voto do relator de primeiro grau.

Daí reside o vício a fulminar de nulidade o lançamento, pois o autuante apesar de ter pretendido lavrá-lo, relativamente às operações normais, cuja responsabilidade recai sobre o próprio sujeito passivo, valeu-se ainda de pauta fiscal para antecipação, sem, também, aclarar como apurou a base de cálculo respectiva, limitando-se, como visto, a mencionar que ela corresponde ao valor do ICMS destacado nos documentos fiscais, o que, no detalhamento feito pela JJF e supra relatado, tais cálculos não se compatibilizam a realidade fática, a causar prejuízo à defesa.

Sendo assim, por força desse descompasso, sem guardar coerência entre a descrição dos fatos com a infração imputada ao contribuinte, idem quanto à capitulação legal, que se trata de fatos geradores diversos com consequências jurídicas distintas, a resultar na incerteza quanto à condição do contribuinte, sem, também, haver a demonstração da base de cálculo que foi aplicada no cômputo do tributo, tudo a macular o presente PAF, devo, presentes tais circunstâncias, confirmar “*in totum*” a Decisão recorrida, por força do disposto nos incisos II e IV, aliena “a” do artigo 18, RPAF/BA, ante o evidente cerceio de direito à ampla defesa e ao contraditório, insubsistindo elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, daí a nulidade do lançamento fiscal.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício mantendo a NULIDADE do Auto de Infração epigrafado, ao tempo que, nos termos do art. 156 do RPAF, representa-se 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 **232197.0005/09-4**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALE LTDA. (PETROVALLE)**. Representa-se 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de março de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS