

PROCESSO - A. I. Nº 232197.0007/09-7
RECORRENTE - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4º JJF nº 0063-04/11
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 08/07/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0178-11/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA. FALTA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE DETERMINAR A INFRAÇÃO. É nulo o procedimento fiscal que não indique, de forma clara, a descrição dos fatos, os dispositivos legais infringidos e a tipificação da multa correlata com a infração cometida. Infração nula. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versam os autos de Recurso de Ofício interposto em face do acórdão em referência que julgou pela Nulidade do Auto de Infração, lavrado em 08/01/10, para imputar ao sujeito passivo a falta de retenção de ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária – Imposto: R\$ 47.500,00 e multa de 60%.

O autuado apresentou impugnação alegando, em síntese, que recolheu o imposto devido por substituição tributária; que houve erro na apuração do tributo lançado, por ter sido considerado, para fixar a base de cálculo, o montante devido a título de ICMS-ST e, bem como, do ICMS normal. Acrescentou que não houve a dedução, na base de cálculo, de desconto incondicional concedido.

Ademais disso, argumentou ter sido utilizada pauta fiscal fictícia e desproporcional à realidade, pois é sabido que no Estado da Bahia o litro do álcool etílico hidratado combustível, na época da autuação, era vendido a R\$ 2,00, enquanto que a mercadoria chegou a ser distribuída a valores abaixo da referida pauta. E, nessa senda, requereu que se o débito subsistisse deveria ser refeita a quantificação dos valores ante a ilegalidade da pauta alheia ao mercado. Pugnou, ao final, pela improcedência do lançamento fiscal.

O autuante se posicionou rechaçando os argumentos defensivos, afirmando que a autuação busca a cobrança de ICMS em suas operações normais e não o ICMS-ST, não tendo havido o regular pagamento do tributo, e que é da ciência do contribuinte a necessidade de autorização da COPEC para gozo do prazo normal do imposto em discussão. Acrescentou que a base de cálculo foi apurada de acordo com os DANFES relacionados, afirmando que “*não inventou nenhum valor para se cobrar o imposto do contribuinte, o que está se cobrando é exatamente o valor do ICMS destacado nos documentos fiscais, quanto à multa é a prevista para a infração cometida*”, pugnando, por fim, pela total procedência do lançamento.

A Primeira Instância Julgadora, às fls. 64/66, decidiu a lide administrativa nestes termos, *in verbis*:

“Inicialmente cabe registrar que é dever do julgador, ao analisar um processo, preliminarmente, debruçar-se sobre o mesmo sob o ponto de vista formal, somente adentrando no mérito se verificado que não há nenhum óbice daquela natureza que fulmine de pronto o PAF por nulidade.

Desse modo, ao verificar se o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas, ou seja, se não estiola qualquer um dos princípios encartados no art. 2º do RPAF/99, em especial os do devido processo

legal e da ampla defesa, constato que o ato administrativo em baila apresenta vício insanável, uma vez que há inadequação entre a infração efetivamente cometida pelo sujeito passivo e a acusação fiscal contida na peça inaugural, fato este comprovado diante das provas apensadas aos autos quando da ação fiscal.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS referente à antecipação tributária, relativa às operações de saídas de mercadoria sujeita a esse regime (álcool hidratado carburante, concernente às notas fiscais eletrônicas de fls. 06 a 25, especificadas no campo “Descrição dos Fatos” de fl. 01), sendo enquadrado como infringido o art. 353, II do RICMS/97, com a multa tipificada no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96.

Na defesa apresentada, o autuado alegou que reteve e recolheu o ICMS-ST.

Posteriormente, em sede de informação fiscal, o autuante argumentou que o produto foi despachado com o devido recolhimento do ICMS por antecipação tributária, mas sem o pagamento tempestivo do imposto devido nas operações próprias, em suposta inobservância aos comandos do art. 515-B, II c/c 126, IV do RICMS/BA.

Verifico que o dispositivo indicado no enquadramento do Auto de Infração estabelece:

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:

Por sua vez, a multa tipificada determina:

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

e) quando não for retido o imposto pelo sujeito passivo por substituição.

Nessa toada, concluo que, em verdade, a autoridade autuante indica, em momento posterior à lavratura do AI, que a irregularidade constatada foi a falta de recolhimento do ICMS normal em operação própria de AEHC, por não possuir o contribuinte autorização da COPEC para recolhimento posterior do imposto.

Entretanto, a descrição da infração, o enquadramento e a multa aplicada se referem à falta de retenção e recolhimento do imposto devido por substituição, fato que não ocorreu.

Por sua vez, o autuado se defendeu do que foi inicialmente acusado (falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST), enquanto na informação fiscal o autuante admitiu que o produto foi despachado com a devida substituição do ICMS, apontando enquadramento relativo a outro fato: falta de recolhimento do imposto da operação própria (art. 515-B, II c/c 126, IV do RICMS/BA).

Pelo exposto, restou caracterizada a falta de clareza entre o fato ocorrido e a acusação constante do Auto de Infração, bem como indicação de enquadramento da infração e tipificação de multa sem vinculação com o fato constatado, o que se deu em afronta ao princípio do devido processo legal e dificultou o exercício dos direitos ao contraditório e à ampla defesa do autuado, pela falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

É nulo o procedimento fiscal que não indique, de forma clara, a descrição dos fatos, os dispositivos legais infringidos e a tipificação da multa correlata com a infração cometida.

Dessa forma, declaro nulo, de ofício, o presente lançamento, de acordo com o art. 18, IV, “a” do RPAF/BA, e recomendo à autoridade competente que determine a renovação da ação fiscal, a salvo de equívocos.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

Ao final do voto, a JJF recorreu, de ofício, desta Decisão, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

VOTO

Do exame dos autos, constato que não merece reforma a Decisão de piso, eis que, de fato, existe a contradição arguida pelo contribuinte, uma vez que foi indicada no lançamento uma infração e, na informação fiscal, foi mencionada a ocorrência de outro ilícito tributário, como observado pela JJF que, pertinentemente, considerou ausentes neste PAF os elementos suficientes para indicação, de forma clara e precisa, da descrição fática e dos dispositivos legais infringidos, declarando, de ofício, com amparo no art. 18, IV, “a” do RPAF, a sua correlata nulidade.

Portanto, certo é que, no presente lançamento, não foram observadas as garantias constitucionais que asseguram a ampla defesa e o contraditório, uma vez que há contradição entre a infração apontada e o fato ocorrido realmente; tal vício por si só enseja a nulidade do Auto de Infração e a manutenção da Decisão de primeiro grau, na íntegra.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício para manter a Decisão recorrida.

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 **232197.0007/09-7**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de junho de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS