

A. I. Nº - 210412.1103/10-2
AUTUADO - AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ CARLOS FRISSE
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 04.05.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0095-05/11

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. Lançamento do imposto com fato gerador diverso daquele que supostamente teria ocorrido. O Autuante fundamenta seu ato no Art. 512-A e 512-B do RICMS(substituição tributária). Ao prestar informações, altera a tipificação originária para a prevista no Art. 515-C (antecipação parcial). Nulidade caracterizada, ex-vi o Art. 18 do RPAF, que só permite a correção de erros eventuais e omissões, ou, ainda, a não observação de meras formalidades da legislação. Nova situação jurídica. Impossibilidade. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em referência foi lavrado em 20/11/2010, no Posto Fiscal Eduardo Freire, tendo em vista o transporte pelo autuado de 46.657 litros de AEHC (álcool etílico hidratado carburante) acobertados pelo Documento Auxiliar de Nota Fiscal Eletrônica – DANFE, nº 0908, procedente de Vila Velha – ES, com destino à sua filial no Município de Lauro de Freitas- BA, porque teria deixado de fazer a retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações subsequentes nas vendas do AEHC para contribuintes localizados no Estado da Bahia. O autuado teria infringido os artigos 512-A e 512-B do RICMS/BA c/c o Convênio ICMS 110/07, sendo reclamado o valor de R\$3.461,94, acrescido de multa de 60% sobre o valor do imposto, totalizando o valor histórico de R\$5.539,10 a recolher aos cofres públicos.

Cientificada dessa autuação, a AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA apresentou defesa (fls.17/20), sustentando que se tratava de uma operação de transferência interestadual de AEHC entre filiais de uma mesma empresa; que quando da autuação, foi apresentado o documento de arrecadação do ICMS devidamente pago pelo remetente da mercadoria, acobertando toda a operação; pede pela improcedência do auto por haver pago o imposto no momento correto, que foi o da saída interestadual; aduz que a alínea “a” do inciso III do Art. 512-A do RICMS/BA permite que a operação seja feita dessa forma, dando-lhe base legal; que o imposto cobrado na autuação será pago quando da venda futura da mercadoria pela filial destinatária; ato contínuo, requer a improcedência da autuação e solicita a extinção do processo administrativo fiscal, conforme Art. 156 do Código Tributário Nacional – CTN, c/c Art. 122 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF e que também seja cancelado o Termo de Apreensão e Ocorrência – TAO, de nº 210412.1117/10-3.

O autuante, em sua informação fiscal, apresentada à fl. 32/33, sustenta que o autuado efetuou transferência interestadual de álcool etílico hidratado carburante, sem proceder a antecipação parcial do ICMS da operação, ocasionando um crédito reclamado de R\$ 5.539,10; aduz, que o autuado apresentou em sua defesa, o comprovante de pagamento (documento único de arrecadação – DUA/ICMS) pago pelo remetente acobertando toda a operação; todavia, o pagamento a que se refere o autuado é o da operação própria, enquanto ele, autuante, está reclamando a antecipação parcial, conforme previsto no Art. 515-C, inciso II, do Decreto 6.284/97 515-C, transcrevendo em sua informação o inteiro teor do artigo 515-C, abaixo repetido parcialmente:

Fica atribuída a condição de sujeito passivo por substituição ao estabelecimento localizado em unidade Federada signatária do Protocolo ICMS 17/04 que promover saída interestadual destinada ao território

deste Estado de AEHC ou de álcool não destinado ao uso automotivo, transportado a granel, quanto à ANTECIPAÇÃO PARCIAL do imposto, observando-se o seguinte:
(...)

Com essa argumentação e com fundamento na legislação vigente, requer ao Conselho de Fazenda, que o auto de infração seja julgado procedente.

VOTO

Como acima afirmado, o auto de infração foi lavrado com fundamento nos artigos 512-A e 512-B do RICMS e também no Convênio ICMS 110/07 (ICMS ST – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA), na qualidade de sujeito passivo por substituição. Em sede de informação fiscal, após defesa do impugnante, o autuado justifica que o comprovante de pagamento feito pela empresa se refere ao ICMS PRÓPRIO e que a reclamação de crédito tributário no presente processo se refere ICMS – ANTECIPAÇÃO PARCIAL, previsto no Art. 515-C, II, do RICMS/BA, mudando completamente o enquadramento legal do lançamento tributário, quando da lavratura do auto de infração.

Nas informações fiscais apresentadas após a defesa do impugnante, o autuado tenta justificar que o comprovante de pagamento feito pela empresa se refere ao ICMS PRÓPRIO e que a reclamação de crédito tributário no presente processo se refere ICMS – ANTECIPAÇÃO PARCIAL, previsto no Art. 515-C, II, do RICMS/BA, mudando completamente o enquadramento legal do lançamento tributário quando da lavratura do auto de infração, *ocasionando uma flagrante nulidade* do auto infracional. O Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, em seu capítulo V, Art. 18, § 1º, que diz o seguinte:

As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

No entanto, o equívoco cometido pelo autuante, não é mera irregularidade, passível de correção, conforme preceitua o Art. 18 do RPAF, pois as eventuais incorreções só podem ser retificadas, se forem restritas a questões meramente formais, que não comprometam o exercício do amplo direito de defesa. No caso em tela, houve um *erro de direito* - erro que diz respeito à norma jurídica disciplinadora do lançamento, de ofício. Não se trata, portanto, de erro meramente formal, passível de correção administrativa. O sujeito passivo claramente se defendeu do fato que lhe foi apresentado no auto de infração (falta de recolhimento do ICMS-ST) e não o ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL, como lhe foi imputado na informação fiscal do autuante, havendo nítida divergência entre o fato gerador do ICMS reclamado no auto de infração e aquele que foi exigido posteriormente pelo autuante.

O Código Tributário Nacional, em seu Art. 149, que trata da revisão *de ofício*, pela autoridade administrativa, de lançamento já consumado, discorre em seus nove incisos, das situações passíveis de revisão, e em nenhum deles se encontra a possibilidade de revisão do enquadramento legal da infração. Tal revisão seria um atentado ao princípio da imodificabilidade do lançamento tributário, insculpido no Art. 146 do próprio CTN, ao princípio da segurança jurídica (que impede a desconstituição de atos ou situações jurídicas, ainda que não estejam conforme o texto legal que lhe serviu de fonte) e representaria também, violação ao direito de defesa do contribuinte, que já a apresentou neste processo, versando sobre a infração que inicialmente lhe foi atribuída.

Este Egrégio Conselho de Fazenda, em inúmeras situações semelhantes, decidiu pela nulidade do lançamento tributário, conforme se pode verificar nas ementas abaixo transcritas:

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0055-11/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CONTRADIÇÃO ENTRE O FATO CONSTATADO E O FATO DESCRITO NO AUTO DE INFRAÇÃO. FALTA DE SEGURANÇA QUANTO À INFRAÇÃO. APONTADA. A acusação no Auto de Infração diz respeito à falta de retenção do ICMS devido por substituição, relativamente a

*operações de saídas de mercadorias ujeitas à antecipação tributária, com fundamento no artigo 353, inciso II, do RICMS/BA, porém, tanto na descrição dos fatos, quanto ao ser prestada a informação fiscal, ficou patente que se trataria do imposto relativo às “operações normais” do contribuinte, e não ao imposto devido por substituição, aduzindo o autuante que o fundamento estaria nos artigos 126, 512-A e 515-B, todos do RICMS/BA. Nos termos do artigo 39, inciso III, do RPAF/99, a descrição do fato deve ser feita de forma clara e precisa. O §1º do artigo 18 do RPAF/99 somente admite o saneamento do Auto de Infração em se tratando de eventuais incorreções ou omissões. No caso presente não se trata de uma incorreção “eventual”, pois diz respeito à determinação do fulcro da autuação, constituindo, portanto, um vício substancial. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.*

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.

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0053-11/11

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.

Também a esse respeito, José Souto Maior Borges, eminente tributarista e professor da PUC-SP, faz uma citação de clareza ímpar, a respeito da alteração de uma infração no decorrer do processo fiscal:

"Antecipando-se à vigência do CTN, Rubens Gomes de Souza ensinou que, se o fisco, mesmo sem erro, tiver adotado uma conceituação jurídica e depois pretender substituí-la por outra, não mais poderá fazê-lo. E não o poderá porque, se fosse admissível que o fisco pudesse variar de critério em seu favor, para cobrar diferença de tributo, ou seja, se à Fazenda Pública fosse lícito variar de critério jurídico na valorização do fato gerador, por simples oportunidade, estar-se-ia convertendo a atividade do lançamento em discricionária, e não vinculada.

Assim, além das reiteradas decisões anteriores do Conselho de Fazenda, claro está que a doutrina ensina que não se complementa ou substitui lançamento tributário anterior, quando este deveria ter sido caracterizado corretamente no momento da lavratura do auto de infração. No entanto, fica ressalvado o direito de a fazenda pública em refazer o procedimento, em não havendo decadência ou extinção do crédito tributário.

Pelo exposto, voto pela NULIDADE do presente Auto de Infração, mas ressalvado o direito de a Fazenda Pública refazer o procedimento ora anulado, objetivando a renovação do procedimento fiscal, em não havendo decadência ou extinção do crédito tributário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 210412.1103/10-2, lavrado contra AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA. Recomenda-se que o procedimento fiscal seja renovado.

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

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA - JULGADOR