

A. I. Nº - 124157.0814/09-5
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO JOSÉ DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 18.05.2011

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0128-04/11

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. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 25/01/2010, exige ICMS no valor de R\$ 15.200,00, 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 imposto relativo às operações de saídas de mercadoria sujeita à substituição por antecipação tributária (álcool hidratado carburante, concernente às notas fiscais eletrônicas 22.893, 22.877, 22.881 e 22.912), cujo Termo de Apreensão e Ocorrências número 124157.0814/09-5 foi juntado às fls. 04 e 05.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 17 a 19.

Assevera que a autuação não merece subsistir, de vez que não houve infração à legislação tributária. A acusação, que é de falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária, é falsa, pois tal recolhimento foi efetuado, conforme documentos anexados.

Ocorre que houve um erro na apuração do gravame devido por substituição quando da lavratura do Auto de Infração, já que o fisco levou em conta, para fixar a base de cálculo, o quanto devido nas operações próprias, bem como o quanto devido por substituição.

Em seguida, ressalta que não errou ao determinar a base de cálculo, pois não incluiu na mesma o desconto incondicional, em virtude de simplesmente ter preenchido os campos do programa fornecido pelo Estado da Bahia para emitir o documento eletrônico.

Pontua que, para verificar essa situação, basta lançar qualquer desconto incondicional no *software* de emissão da nota fiscal eletrônica, de forma a constatar que o valor deste não é sequer computado na base de cálculo, sendo registrado em um campo à parte, justamente para que não ocorra a diminuição da base de tributação do ICMS, e consequente diminuição da arrecadação tributária.

Com fundamento no art. 159 do RPAF/BA, pede a exclusão da multa e dos “juros imputados”. Finaliza pleiteando a improcedência do Auto de Infração.

O autuante junta informação fiscal às fls. 42 a 45.

Inicialmente, ressalta ter constatado que o produto foi despachado sem o recolhimento do ICMS devido nas operações próprias, conforme manda o art. 515-B do seu Regulamento.

Rebate as argumentações defensivas, afirmando que a mercadoria transitava sem o comprovante do pagamento do tributo devido por operações próprias e por substituição tributária. O sujeito passivo não possui autorização da COPEC para efetuar o recolhimento até o dia 15 do mês subsequente, pelo que deveria transitar com o comprovante de pagamento do ICMS.

Em seguida, afirma que, para a determinação da base de cálculo, foram tomados os valores consignados em Pauta Fiscal através da Instrução Normativa 29/2009 (fls. 45/46).

Conclui requerendo a procedência do Auto de Infração.

O autuado junta manifestação às fls. 54 a 60, onde afirma que, ao contrário do que alega a autoridade fiscal, o ICMS-ST foi devidamente recolhido, fato comprovado, conforme assevera, através dos documentos de arrecadação estadual colacionados aos autos.

Quanto ao descredenciamento, com respaldo no princípio da não cumulatividade, aduz que é impossível para qualquer sociedade empresária manter as suas atividades sem que proceda aos encontros de contas no final do mês, a teor dos arts. 28 e 29 da Lei nº 7.014/96, que não podem ser revogados por dispositivos de Regulamento.

Cita a Súmula 431 do STJ, para manifestar sua discordância quanto à aplicabilidade da Pauta Fiscal, e requer a improcedência do lançamento.

VOTO

Inicialmente cabe registrar que é dever do julgador, ao analisar um processo, 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 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 por meio 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 22.893, 22.877, 22.881 e 22.912), 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 argumentou 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 alegada 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 aponta 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 ocorreu 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **124157.0814/09-5**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA.**, com representação à autoridade competente para que determine a renovação da ação fiscal, desta feita a salvo de equívocos.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de maio de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILLO REIS LOPES – RELATOR

JORGE INACIO DE AQUINO - JULGADOR