

A. I. Nº - 124198.0009/09-5
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.
AUTUANTE - JORGE LUIZ COSTA DE OLIVEIRA
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 20.06.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0169-04/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA. FALTA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE DETERMINAR A BASE DE CÁLCULO, O DÉBITO E A INFRAÇÃO. É nulo o procedimento fiscal que não indique de forma clara a base de cálculo, o valor devido, 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 03/12/2009, exige ICMS no valor de R\$ 5.643,00, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, 'e' da Lei nº 7.014/96, sob a acusação de falta de recolhimento do imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operação de saída de mercadoria sujeita à substituição por antecipação tributária (álcool hidratado carburante, concernente à nota fiscal eletrônica 20.577).

O Termo de Apreensão e Ocorrências número 124198.0037/09-9 foi juntado às fls. 05 e 06.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 15 a 17.

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, pois 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, já que simplesmente preencheu 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 conseqüente 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. 26 a 31.

Rebate as argumentações defensivas, afirmando que a mercadoria transitava apenas com o documento de arrecadação estadual referente ao imposto devido por antecipação tributária, que não foi objeto da autuação, inexistindo comprovaante do pagamento do tributo por operações próprias. 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, foi tomado o valor registrado na nota fiscal eletrônica, e que a multa cominada encontra respaldo legal.

Conclui requerendo a procedência do lançamento.

VOTO

Antes de adentrar no mérito da presente lide, mostra-se necessário o exame dos pressupostos de validade do ato administrativo que se está a julgar.

O autuante lançou imposto que disse ter extraído do campo “Valor do ICMS” do DANFE de fl. 07, o que não é verdade, pois ali está registrada a quantia de R\$ 5.629,83, enquanto o tributo lançado foi de R\$ 5.643,00.

A Súmula CONSEF/BA número 01 diz que é nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.

A determinação da base de cálculo e do conseqüente imposto exigido é fundamento de fato indispensável à validade do Auto de Infração. Obviamente, se a legislação os requer, é necessário que sejam mostrados de forma documentada, inteligível, precisa, clara, sem margens para dúvidas, em obediência aos princípios da ampla defesa e do contraditório, direitos fundamentais dos cidadãos plasmados no art. 5º, LV da CF/88 e no art. 2º do RPAF/99.

O Auto de Infração aponta o ilícito “falta de retenção do ICMS substituição nas operações de saídas de mercadorias sujeita à antecipação tributária”.

Indica enquadramento no art. 353, II do RICMS, e 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.

Na informação fiscal, o autuante argumentou que o produto foi despachado com a devida substituição do ICMS, mas sem o recolhimento tempestivo do imposto devido nas operações próprias, conforme disposto no art. 515-B, II c/c 126, IV do RICMS/BA.

Verifico que o dispositivo indicado no enquadramento 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 subseqüentes 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.

Pelo exposto, constato que o Termo de Apreensão e Ocorrências (fl. 5) indica 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 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 ocorrido, o que dificultou o exercício dos direitos ao contraditório e à ampla defesa, pela falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

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 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **124198.0009/09-5**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de junho de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR