

A. I. Nº - 232875.0003/14-6
AUTUADO - HIDROCON HIDROGEOLÓGICOS CONSULTORES LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO LUIS DOS SANTOS PALMA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 31/05/2016

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0089-01/16

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS INTERNA E INTERESTADUAIS. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS ORIUNDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO DESTINADAS AO ATIVO FIXO E/OU CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO *QUANTUM DEBEATUR* DA BASE IMPONÍVEL. OPERAÇÕES FISCAIS SUBMETIDAS AO ART. 485 DO RICMS/12. Incongruência entre a descrição da irregularidade fiscal e o fato jurígeno. Infringência ao devido processo administrativo. Falta de descrição das operações sujeitas à imputação fiscal. Cerceamento ao direito de defesa e contraditório. Aplicação dos art's. 18, IV, "a" e 20, do RPAF/99. Recomendação para renovar a ação fiscal. Art. 21 do RPAF/99. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 20/02/2015, para exigir ICMS no valor de R\$40.262,19, acrescido de multa de 60%, em decorrência da imputação da Infração - 06.05.01- relativa à falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, nos meses de mar/12, mai/12, ago/12 a abr/14, jul/14 a out/14. Demonstrativos às fls. 07 a 42.

Acrescenta o autuante: *"Complementação de alíquota (3%) de aquisições interestaduais promovidas por empresa de Construção Civil mediante termo de acordo firmado com a SEFAZ"*.

O autuado apresenta impugnação às fls. 57 a 70. Após resumir o fato imputado, expõe sua insurgência nos seguintes termos.

Inicialmente, informa que o tema central da lide cinge-se diferença entre as alíquotas interna e interestaduais do ICMS. No seu entendimento, não houve qualquer irregularidade.

Relata a inserção, nos demonstrativos do autuante, de diversos itens não enquadráveis na majoração de alíquota, surgindo óbice intransponível para a subsistência da autuação.

Aduz que realizou a opção para obter Inscrição Estadual, nos termos dos arts. 484 a 490 do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/12, que tratam do Regime Especial de Tributação para Empresas de Construção Civil, em 17/04/12. A partir deste momento, recolheu o ICMS à alíquota de 3% nas aquisições interestaduais de materiais a serem aplicados nas obras, bem como os materiais adquiridos para uso e consumo e os ativos imobilizados, conforme descrito no caput do art. 485 do mencionado regulamento. Tais dispositivos regulamentares, segundo o autuado, determinam as operações submetidas à tributação de 3% e o que não serão tributáveis, considerando a incidência do imposto em função da origem das mercadorias para a aplicação da alíquota interestadual de 4% ou 7% ou 12%.

Após revisão das operações fiscais lançadas no auto de infração, o autuado, no Anexo 01, fls.80 a 82, relaciona operações não enquadradas na incidência do ICMS, a saber:

1. aquisição de combustíveis e óleo lubrificante para veículos automotores, adquiridos em postos de gasolina locais, para consumo local, com alíquota interna, não representando operação interestadual;
2. notas fiscais com natureza de devolução de compra;
3. aquisição de mercadorias com o imposto retido anteriormente, encerrando a fase de tributação (Substituição Tributária);
4. aquisição de mercadorias com alíquota interna do Estado de origem, a 17% ou 18%;
5. aquisição de mercadorias cujo documento fiscal recebido corresponde à venda para consumidor final (Cupom Fiscal ou NF-e em substituição ao Cupom Fiscal).

Ao excluir as operações acima citadas, o sujeito passivo elabora demonstrativo, Anexo 02, fls. 83 a 86, das operações que entende estarem submetidas à diferença de alíquotas, no total de R\$9.360,53.

Pela possibilidade da procedência da autuação, utiliza-se do Princípio Processual da Eventualidade para atribuir, além de indevida, o caráter de abuso do poder fiscal, em virtude da multa proposta ser manifestamente confiscatória, já que atinge valor absurdo superior, inclusive ao próprio imposto reclamado. Sustenta seus argumentos acerca da natureza jurídica da multa tributária com lições doutrinárias e julgados do STF. Assim, entende que não há causa legítima ou legal a incidência do confisco tributário, infringindo o art. 150, inciso IV, da Constituição Federal de 1988.

Requer o conhecimento e a procedência da defesa, no sentido de declarar a improcedência do auto de infração em tela, pela insubsistência do levantamento fiscal. Além disso, pede a utilização de todos meios de provas permitidos em direito, tais como diligências, perícias. Alternativamente, solicita a redução da autuação até o valor que totaliza os itens relacionados no Anexo 02, com a emissão do respectivo DAE, no valor de R\$9.360,54, sem aplicação da multa de 60%, considerada ilegal e arbitrária.

À fl. 103, o autuante realiza sua informação fiscal e entende que o sujeito passivo não possui razão quanto à arguição de improcedência do auto de infração, bem como da redução da autuação. Pugna pela procedência do procedimento fiscal adotado.

Às fls. 106 e 107, constam extratos dos valores reconhecidos pelo sujeito passivo, cujo valor principal é de R\$9.360,53.

VOTO

Da análise dos documentos acostados aos autos, está patente a fragilidade da acusação fiscal pela ausência de prova relativa às descrições das operações sujeitas à aplicação do percentual de 3% (três por cento) fixada no art. 485 do Decreto nº 13.780, de 16 de março de 2012 - RICMS/12, nos demonstrativos do autuante, fls.07 a 42. A falta de indicação dessas descrições impossibilita delimitar, com precisão, os contornos da lide e permite constatar que o autuante não cumpriu com o seu desiderato relativo ao ônus processual inerente à constituição do crédito tributário.

Outrossim, a acusação diverge da verdade material, visto que há incongruência entre a descrição da irregularidade fiscal e o fato jurígeno no presente caso, tendo em vista o correto enquadramento do sujeito passivo às disposições contidas nos arts. 484 a 490 do RICMS/12, diferentemente da acusação que suscita falta de recolhimento do ICMS decorrente diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, corroborado, inclusive com o complemento da descrição da irregularidade. Dessa forma, o autuante não se desincumbiu do ônus inerente à segura acusação fiscal e não constituiu o crédito tributário sob a ótica do devido processo administrativo, determinada pela falta de robustez das operações sujeitas à incidência do tratamento simplificado conferido pelo art. 485 do RICMS/12.

Constato, portanto, no levantamento fiscal, a ausência de segurança na constituição do crédito tributário, notadamente, em virtude da fragilidade da apuração do *quantum debeatur* da base de impositível e da correta imputação fiscal.

Nesse sentido, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999, fixa contornos para validade do lançamento tributário.

Art. 18. São nulos:

[...]

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

[...]

Concluo, assim, que o procedimento adotado compromete o processo administrativo fiscal - PAF e infringe a segurança jurídica, na medida do cerceamento do direito à plena defesa e ao contraditório, culminando no sepultamento da acusação fiscal. Do exposto, com base no art.18, inciso IV, alínea "a", c/c o art. 20, do RPAF/99, voto pela NULIDADE do lançamento tributário em tela.

Com base no art. 21 do citado Regulamento Processual, recomendo a renovação da ação fiscal, a salvo de falhas, após análise da pertinente possibilidade pelo Órgão Competente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232875.0003/14-6**, lavrado contra **HIDROCON HIDROGEOLÓGICOS CONSULTORES LTDA**. Recomenda a renovação da ação fiscal, a salvo de falhas, após análise da pertinente possibilidade pela Diretoria de Planejamento Fiscal - DPF e Diretoria de Administração Tributária da Região Metropolitana - DAT METRO.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2016.

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO - RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR