

A. I. N° - 108880.0006/17-7
AUTUADA - WEATHERFORD INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - MARIA CONSUELO GOMES SACRAMENTO, MARIA DAS GRAÇAS SILVA
- FREITAS e MARIA DA CONCEIÇÃO MACIEL PAOLILO
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 20.11.2018

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0164-04/18

EMENTA: ICMS. 1. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. SERVIÇO DE TRÂNSPORTE. IMPOSTO NÃO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. O direito ao crédito do ICMS serviço de transporte é do tomador do serviço, sendo necessário o destaque da parcela do ICMS no documento fiscal, o que não ocorreu por ser a operação submetida à substituição tributária. Infração reconhecida pelo sujeito passivo. 2. RECOLHIMENTO A MENOR. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DA REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Infração não contestada. 3. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. A imputação inicialmente indicada difere da matéria fática. A própria autuante, na informação fiscal, admitiu ter incorrido em equívoco quanto a este item do lançamento, sugerindo a alteração para a infração efetivamente praticada pelo contribuinte. Por implicar mudança do fulcro da imputação, não há como dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Infração nula. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA TRIBUTÁVEL. **b)** MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL. Infrações não contestadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 31 de março de 2017, e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$26.154,19, além de multa de 60%, bem como multa por descumprimento de obrigação acessória pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **01.02.94.** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de Serviço de Transporte sujeito a Substituição Tributária. Consta a indicação de que “O contribuinte não recolheu o imposto referente à Substituição Tributária na prestação de serviços de transportes por autônomo ou por prestações sucessivas, conforme demonstrativo e cópias de CTE’s em anexo”, no valor de R\$2.562,61, para fatos verificados nos meses de abril, junho e julho de 2015, multa de 60%.

Infração 02. **02.01.26.** Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida de benefício da redução de base de cálculo, nos meses de julho, agosto e novembro de 2014, totalizando R\$9.466,80, sugerida multa de 60%.

Infração 03. **07.09.03.** Deixou de proceder a retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transportes interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado, em março, abril, junho a novembro de 2015, no montante de R\$8.888,46, bem como multa de 60%.

Infração 04. **16.01.01.** Deu entrada no estabelecimento de bens ou serviços sujeitos à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, sendo cominada multa por descumprimento de descumprimento de obrigação acessória de R\$4.216,32, correspondente a 1% sobre os valores dos documentos fiscais, verificados em abril, maio, agosto a dezembro de 2015.

Infração 05. **16.01.02.** Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, com imposição de multa de R\$1.020,01, para ocorrências nos meses de janeiro, abril a dezembro de 2015.

Em 28 de julho de 2017, foi protocolada a título de “Comunicação” (fl. 147) subscrita pelos advogados de Martin Miralles Pose, na qual o mesmo após apertado resumo dos fatos até então ocorridos, esclarece que embora existam nos autos administrativos cadastro do mesmo como suposto procurador da pessoa jurídica autuada, não possuía relação com a empresa no período dos fatos geradores, bem como não possui qualquer vínculo na data da comunicação.

Assim sendo, afirma ser parte ilegítima para responder ou representar a empresa Weatherford, motivo pelo qual entende que a intimação recebida deva ser considerada nula.

Traz alterações contratuais da empresa, chamando a atenção para o fato da leitura das mesmas não ter o requerente quaisquer poderes de gestão na empresa, bem como nunca foi seu procurador, fato reconhecido pela mesma em e-mail encaminhado para a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Fala ser público e notório que somente poderia ser intimado a pagar ou apresentar defesa em relação ao Auto de Infração, acaso estivessem presentes os requisitos legais de responsabilidade de terceiros, previstos no CTN, em seus artigos 124 e 135 (transcritos).

Da mesma maneira, aduz que o fato de ser mero procurador ou dirigente de pessoa jurídica não o torna responsável solidário como no caso em tela.

Refuta a afirmação de ter sido procurador ou representante legal da autuada, o que, reitera, afasta qualquer possibilidade de sua responsabilização no presente caso.

Conclui, requerendo a sua exclusão dos autos do processo, diante do reconhecimento da nulidade da intimação expedida pela SEFAZ referente ao presente Auto de Infração, com expedição de nova intimação para a pessoa jurídica autuada, no endereço que indica (fls. 148 a 153).

Às fls. 332 a 353, a empresa autuada, por seus advogados, apresenta impugnação ao lançamento, na qual informa ter sido intimada da lavratura do Auto de Infração em 13 de junho de 2017, sendo a mesma tempestiva. Da mesma forma, reconhece ser parte do crédito tributário efetivamente devido, razão pela qual apresenta o comprovante de pagamento relativo às infrações 01, 02, 04 e 05.

Após breve resumo dos fatos motivadores da autuação, informa fabricar equipamentos e transferi-los para os demais estabelecimentos para posterior prestação de serviços ou comercialização dos mesmos, seja no mercado interno ou no exterior, sendo, com efeito, contribuinte do ICMS sobre parte de suas atividades, regularmente recolhido aos cofres públicos.

Reafirma o reconhecimento de parte do crédito tributário é efetivamente devido, apresentando o comprovante de pagamento relativo às infrações 01, 02, 04 e 05.

Para a infração 03, argumenta que as autuantes partiram da premissa equivocada de que as mercadorias seriam procedentes de outro Estado da Federação e que, portanto, a Impugnante seria obrigada a reter o ICMS devido. Com objetivo de esclarecer os fatos, elaborou a planilha com as mercadorias objeto da infração em referência.

Anexa os Conhecimentos de Transporte Eletrônicos, as notas fiscais acima mencionadas e a planilha com as devidas vinculações (doc. 04), nos quais diz se perceber que as autuantes

efetivamente partiram da premissa equivocada ao proceder com a autuação, uma vez que as mercadorias não vieram de outros Estados ou do Exterior, mas sim do próprio Estado da Bahia. Além disso, esclarece que algumas mercadorias foram transferidas entre os estabelecimentos da Impugnante e, portanto, não há que se falar em exigência de ICMS.

Assegura que o Auto de Infração merece ser cancelado porque as mercadorias são provenientes do Estado da Bahia, razão pela qual não seria aplicável o artigo 332, inciso III, alínea “g”, item 2, do Decreto nº 13.780/12, sob pena de violação ao princípio da legalidade, a não há ocorrência do fato gerador do ICMS na transferência de mercadoria entre estabelecimentos da mesma empresa e não é possível o lançamento tributário baseado em meras presunções, já que o fato gerador do ICMS não ocorreu.

Aborda, a seguir, a existência de violação do princípio da legalidade, pela não subsunção do fato à norma, uma vez que, como falado anteriormente, a Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia lavrou o presente auto de infração sob a alegação de que a Impugnante não teria efetuado a retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado.

Segundo relatado, a referida infração estaria baseada no artigo 8º da Lei nº 7.410/96 e no artigo 332, inciso III, alínea “g”, item 2, do Decreto nº 13.780/12, copiados.

Frisa que as normas acima não seriam aplicáveis ao presente caso para imputação da responsabilidade especificamente porque o presente caso não se enquadra em nenhuma das hipóteses elencadas pelos incisos I a VIII do artigo 8º da Lei nº 7.014/96, uma vez que, reitera, as mercadorias transferidas são originadas no Estado da Bahia e, portanto, não se enquadram no inciso I. O inciso II do artigo 8º da Lei nº 7.014/96 estabelece a responsabilidade de retenção do ICMS aos contribuintes localizados no Estado da Bahia e que seja alienante das mercadorias sujeitas à substituição tributária do anexo I (doc. 05). Contudo, as mercadorias transferidas no presente caso não estão incluídas no anexo I da Lei nº 7.014/96, razão pela qual não estariam sujeitas à substituição tributária.

Os incisos III e IV se aplicam somente a industrial ou extrator de petróleo e derivados e distribuidor de energia elétrica, lubrificantes, o que não é o caso. Já o inciso V se aplicaria somente aos contratantes de serviços de transporte interestadual, o que não é o caso, tendo em vista que foi contratada para prestação de serviços em outros Estados.

Por fim, o inciso VIII estabelece a responsabilidade ao contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a microempreendedor individual, o que também não é o caso, tendo em vista que as mercadorias são transferidas à Petrobras.

Ademais, a fiscalização se baseia na alínea “g” do inciso III do artigo 332 do Decreto nº 13.780/12 para responsabilizá-la pela retenção do ICMS. Contudo, é evidente que o referido dispositivo não é aplicável ao caso, eis que as mercadorias objeto do lançamento não foram transferidas de outros Estados para o Estado da Bahia. Pelo contrário, as mercadorias saíram do seu estabelecimento em Camaçari/BA para outros estabelecimentos da empresa ou para estabelecimento de terceiros localizados em outros Estados.

Assim, considerando que a Lei nº 7.014/96 e o Decreto nº 13.780/12 não preveem a possibilidade de retenção no caso de mercadorias provenientes do Estado da Bahia para outros Estados, salvo para mercadorias sujeitas à substituição tributária estabelecidas no anexo I da mencionada Lei, a autuação extrapolaria os limites estabelecidos no artigo 8º, § 6º, da Lei 7.014/96 e no artigo 332, inciso III, alínea “g”, item 2, do Decreto nº 13.780/12, o que configura manifesta violação ao princípio da legalidade, assevera.

E justifica a violação ao princípio da legalidade, uma vez que a tributação que se pretende imputar tem por base uma pretensa equiparação das operações efetuadas com mercadorias provenientes de outros Estados. Logo, vê caracterizada a ofensa ao princípio da legalidade

previsto nos artigos 37 e 150, inciso I, da Constituição Federal e no artigo 97 do Código Tributário Nacional.

Conclui que as mercadorias transferidas pela empresa são provenientes do estabelecimento localizado em Camaçari, na Bahia, e, portanto, o Auto de Infração violou o princípio da legalidade ao instituir a responsabilidade de retenção do ICMS sobre as operações mencionadas sem base legal que preveja tal exação.

Arremata que caso não se entenda pela ilegalidade da responsabilidade de retenção do ICMS, o que somente se admite para fins de argumentação, esclarece que algumas mercadorias foram transferidas entre os seus estabelecimentos e, portanto, não há que se falar em exigência de ICMS, vez que, como falado anteriormente, o Estado da Bahia exige o ICMS nas saídas de bens destinados a outros estabelecimentos do mesmo contribuinte. Contudo, a referida exigência viola a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional, na forma do artigo 155, inciso II, da Constituição Federal transscrito.

Menciona decisão do STF na pessoa do Ministro Carlos Velloso, ao comentar o dispositivo acima transscrito durante o julgamento do Recurso Extraordinário nº 212.637/MG, decidiu em tal sentido, consoante reprodução de seu posicionamento, tendo em vista que o fato gerador referente às “operações relativas à circulação de mercadorias” é o que interessa para o presente caso e passa a ser analisado em maiores detalhes, inclusive, na ótica do artigo 2º, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96, e da análise conjunta do artigo 155, inciso II, da Constituição Federal com o mencionado artigo demonstram que o fato gerador do ICMS ocorre sempre que exista uma operação que implique a circulação de mercadorias.

Em síntese, portanto, somente se há de falar em incidência do ICMS quando estiverem presentes os três elementos acima mencionados. É necessário que haja uma “operação”, através da qual ocorra “circulação” de “mercadoria”, e a ausência de tais elementos afasta a incidência do ICMS. Conforme será demonstrado, a transferência de bens entre estabelecimentos da mesma empresa não configura operação, não acarreta circulação e nem os bens podem ser qualificados como mercadorias, o que faz com que a única conclusão plausível seja de que não há incidência do ICMS em tais operações.

Acerca desses três vocábulos (operação, circulação e mercadorias) transcreve lições de ilustres doutrinadores como Paulo de Barros Carvalho, Geraldo Ataliba e Hugo de Brito Machado, sendo que da leitura dos dispositivos constitucionais e legais, assim como pelos ensinamentos da doutrina, é possível afirmar que o fato gerador do ICMS pressupõe uma operação, consistente em um negócio jurídico celebrado por, pelo menos, duas pessoas; que essa operação dê causa à circulação de uma coisa (vale dizer, que enseje a transferência de titularidade de certo bem corpóreo); e que o referido bem corpóreo esteja “dentro do comércio” e, como tal, seja classificado como uma mercadoria.

Nesse contexto, fala que os bens são transferidos entre os estabelecimentos da Impugnante localizados dentro do território nacional, sendo certo que não há operação, pois não há negócios jurídicos entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica, também não ocorre circulação no sentido jurídico do termo, na medida em que, na espécie, não se pode falar de mudança de titularidade dos bens respectivos e não se está diante, finalmente, de mercadorias, uma vez que os bens em questão não se encontram “dentro do comércio”, ou seja, logo, não são mercadorias.

Interpretação contrária ensejaria violação ao artigo 110 do Código Tributário Nacional, trazendo a lição do Ministro Marco Aurélio, proferida quando do julgamento do RE nº 150.764-1 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), copiado em trechos.

Cita, de igual forma, que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui entendimento pacificado na Súmula nº 166 de que o simples deslocamento de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo contribuinte não constitui fato gerador do ICMS.

Na mesma linha, garante ter o Supremo Tribunal confirmado o entendimento proferido pelo STJ em decisão da Primeira Turma, ARE 764196 AgR/MG, Relator Ministro Roberto Barroso, Publicado em 07/06/2016.

Assim sendo, verifica ser inconstitucional, por violação ao artigo 155, inciso II, da Constituição Federal, além de ilegal, por afronta ao artigo 110 do CTN, qualquer ato de cobrança do ICMS em razão da transferência de bens entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.

Conclui, em decorrência das razões expostas nos itens precedentes, que a cobrança em controvérsia decorre de mera presunção adotada pelos agentes fiscais estaduais, uma vez ser cediço, que a tributação por presunção, além de violar os princípios da legalidade, tipicidade e a segurança jurídica, é equivocada e não reflete, necessariamente, a verdade dos fatos, sendo inconcebível que um agente proceda à fiscalização e, mesmo de posse de elementos concretos para a sua diligência, opte por lavrar auto de infração, com base em presunções.

A função do fisco não é presumir e fazer lançamentos com base em suspeitas, cabendo ao contribuinte o oneroso encargo de produzir a prova que descaracterizaria o lançamento, por ausência de matéria tributável. Ao fisco cabe fiscalizar, analisar os documentos e, comprovando que não houve tributação adequada, fazer a exigência fiscal, garante.

Após mencionar e copiar o teor do artigo 142 do CTN, diz ser o mesmo inequívoco. Determinar significa conformar por inteiro. Não permitir dúvida. Afastar zonas cinzentas, dar o perfil completo, o desenho absoluto, nítido, claro, cristalino, e tal determinação tem que ser apresentada pelo sujeito ativo, no lançamento, e não pelo sujeito passivo, o que obriga o sujeito ativo a fazer um levantamento completo, a partir de fatos indiscutíveis, inquestionáveis e bem definidos, não de meras presunções para a produção de autos de infração, sem a determinação da matéria tributável, na expectativa de que o sujeito passivo a determine na respectiva defesa, fala.

Não pode, na sua visão, a fiscalização proceder por “*supor que*”, na esperança de que a falha defesa do contribuinte termine por tornar lúcido e certo, pela omissão ou impossível prova negativa, a ilíquida, incerta e indeterminável matéria tributável.

Na forma do artigo 142 do CTN, expõe caber ao Fisco o ônus da prova de que a matéria tributável existe, e não ao contribuinte, pois que apenas a autoridade administrativa, de forma privativa, tem competência para determinar tais elementos. E tais elementos devem ser tipificados por inteiro, através de trabalho de campo do agente e consequente levantamento da documentação que possa dar subsídio para a autoridade fiscal apurar a infração, caso seja realmente aplicada.

Aponta não caber ao contribuinte, mas exclusivamente ao Fisco, a determinação da matéria tributável, sendo nula de pleno direito a autuação que não traduz essa determinação, por incúria e desídia do Fisco. Mais do que isto, sendo esta sua atividade privativa, não pode delegá-la ao contribuinte para que este, em defesa limitada e em curto espaço de tempo, determine qual a matéria tributável e o montante do tributo a ser calculado, se é que algum tributo seria devido. Traz ensinamento doutrinário de Ives Gandra da Silva Martins:

Firma posição de que a presente cobrança está fundada em presunções falsas, que resultaram num entendimento despido de qualquer embasamento legal, caracterizando o excesso de poder e tornando arbitrário o Auto de Infração do qual decorre a presente cobrança, pelo que se requer, desde já, a sua declaração de nulidade, uma vez que o sistema constitucional, ao definir e delimitar a hipótese de incidência do ICMS é taxativo ao facultar a sua cobrança do imposto apenas sobre “operações de circulação de mercadorias” (artigo 155, inciso I, alínea “b”, da Constituição Federal).

Assim, diz não ser possível que haja lavratura de Auto de Infração quando não restar comprovado que ocorreu uma operação de circulação de mercadorias, e no presente caso, nada foi provado, muito menos que a Impugnante teria realizado uma operação de circulação de mercadorias, na linha dos diversos pronunciamentos de nossos mais ilustres doutrinadores e

Tribunais no sentido de que o fato gerador do ICMS pressupõe uma operação, consistente em um negócio jurídico celebrado por, pelo menos, duas pessoas; que essa operação dê causa à circulação de uma coisa (vale dizer, que enseje a transferência de titularidade de certo bem corpóreo); e que o referido bem esteja “dentro do comércio” e, como tal, seja classificado como uma mercadoria.

Portanto, para que ocorra o fato gerador anota ser necessária a existência de operação, estribando tal raciocínio em Alberto Xavier, Sacha Calmon Navarro Coelho e Hugo de Brito Machado, cujo excerto doutrinário reproduz.

No presente caso, o auto de infração não comprovou qualquer dos itens caracterizadores do fato gerador do ICMS, limitando-se a levantar presunções de sua ocorrência. Por mais esse motivo, resta caracterizada a manifesta impossibilidade jurídica da pretensão do fisco estadual.

Finaliza, diante das razões expostas, requerendo que o Auto de Infração impugnado seja julgado completamente improcedente, eis que o presente caso não se enquadra em nenhuma das hipóteses elencadas pelos incisos I a VIII do artigo 8º da Lei nº 7.041/96, as mercadorias são provenientes do Estado da Bahia, razão pela qual não seria aplicável o inciso III do artigo 332, inciso III, alínea “g”, item 2, do Decreto nº 13.780/12, sob pena de violação ao princípio da legalidade, não há ocorrência do fato gerador do ICMS na transferência de mercadoria entre estabelecimentos da mesma empresa e não é possível o lançamento tributário baseado em meras presunções, já que o fato gerador do ICMS não ocorreu.

Informação fiscal prestada por uma das autuantes às fls. 544 a 550, após breve resumo dos termos da peça defensiva, informa que em relação às infrações 01,02, 04 e 05 foram apresentados os comprovantes de pagamento, e verificados no sistema de arrecadação da SEFAZ, constatou os mesmos.

Em relação à infração 03 pontua que as alegações do contribuinte estão corretas por ter sido enquadrada a infração em uma tipificação errada, porém o débito do imposto existe, não com a codificação de infração 07.09.03 (Deixou de proceder à retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado), mas com a codificação 50.03.01 (Serviço de transporte efetuado por transportador autônomo ou em veículo de empresa transportadora não inscrita neste Estado, sem o recolhimento do ICMS sobre transporte no início da prestação do serviço), diante do fato de a empresa ter utilizado prestação de serviços de transporte realizado por empresa não inscrita como contribuinte no Estado da Bahia, sendo, portanto a responsável pelo recolhimento do ICMS no início da prestação do serviço.

Da mesma forma, fala terem ocorridos também, prestações de serviços de transportes por prestações sucessivas de empresa inscrita no Estado da Bahia, na condição de microempresa optante do Simples Nacional.

Após mencionar os dispositivos infringidos, e multa aplicada, invoca o artigo 34, inciso III da Lei 7.014/96 combinado com o artigo 298 do RICMS publicado pelo Decreto 13.780, com a multa aplicada de 60% conforme disposto no artigo 42, inciso II, alínea “e” da Lei 7.014/96 cujo teor transcreve.

Fala ter a SEFAZ Bahia implantado um novo sistema para lavratura de Auto de Infração, e durante a execução foram feitas algumas consultas para identificar a codificação das infrações, tendo sido gravada a 07.09.03, em vez da infração 50.03.01, o que justificaria tal equívoco.

Indica que conforme descrito na infração correta, a empresa utilizava serviços de transportes por empresa não inscrita no Estado e não fez a retenção, e nem recolheu o ICMS devido nas prestações de serviços interestaduais, e que, apesar de a infração ter sido gravada com a descrição errada, o débito está caracterizado.

Invoca a seguir, os artigos 18 a 21 do RPAF/99, no sentido da possibilidade, diante do equívoco cometido, fosse a autuada cientificada de tal fato.

Conclui, mantendo parcialmente a autuação fiscal com a exclusão dos serviços prestados pelas empresas no Estado da Bahia por ser uma das empresas enquadradas no Simples Nacional e a outra só realizou duas operações, não podendo ser caracterizado como contrato de prestações sucessivas, e anexa ao presente novo demonstrativo com as exclusões acima citadas, com o saldo de ICMS devido no valor de R\$5.515,29.

Intimada a tomar conhecimento do teor da informação fiscal (fls. 553 e 554), todavia se manteve silente.

Constam às fls. 557 a 562 extratos de recolhimento das parcelas reconhecidas pela autuada como devidas.

VOTO

O lançamento constitui-se em cinco infrações arroladas pela fiscalização, sendo objeto de impugnação, por parte da empresa autuada apenas a infração 03. As demais (01, 02, 04 e 05), foram devidamente reconhecidas, e os valores lançados recolhidos, na forma dos documentos trazidos ao feito, o que encerrou a lide quanto às mesmas, o que as torna procedentes.

Observo que a empresa autuada tomou conhecimento do teor do Auto de Infração e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, tanto assim, que abordou todos os aspectos da autuação na sua peça defensiva, diante da instalação do contencioso.

Em primeiro lugar, observo em função de documento trazido aos autos, ser a intimação inicialmente realizada inepta, feita na pessoa de suposto preposto da empresa, Sr. Martin Miralles Pose, o qual veio ao feito não somente negar tal condição, como também requerer por conta de tal fato a sua exclusão do polo passivo da relação tributária, vez que isento de qualquer responsabilidade sob o aspecto tributário, que de fato ocorre, de acordo com as provas carreadas.

Logo, concordo com tal exclusão, até pelo fato da empresa autuada ter vindo ao feito e impugnado o lançamento em relação à infração que entendia não proceder, como de igual forma, recolher aqueles valores correspondentes às infrações tidas como devidas.

Nesta infração, única que subsiste em discussão, reitero, poderia tecer uma série de considerações diante dos argumentos defensivos postos, todavia, na informação fiscal, a autuante responsável pela mesma, ao analisar os argumentos postos, reconheceu ter cometido equívoco na autuação, descrita inicialmente como falta de retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado, código 07.09.03, quando deveria ser a de 50.03.01, qual seja, serviço de transporte efetuado por transportador autônomo ou em veículo de empresa transportadora não inscrita neste Estado, sem o recolhimento do ICMS sobre transporte no início da prestação do serviço, ou seja, infrações de natureza e características diversas.

Neste sentido, elaborou novo demonstrativo, com as correções entendidas como necessárias, invocando em seu socorro, o teor dos artigos 18 a 21 do RPAF/99, chamando atenção para o contido no artigo 18, § 1º, segundo o qual 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, sendo fornecida no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de dez dias para sobre eles se manifestar, querendo.

Da análise de tal comendo, se infere algumas conclusões: a primeira delas é a de que as incorreções ou omissões ocorridas devem possuir a natureza formal, o que não é o caso, vez que ocorreu erro na indicação da infração, tendo o sujeito passivo se defendido daquilo que foi acusado, ainda que de forma incorreta.

Logo, descabe qualquer correção ou supressão, neste caso, diante do erro estar intrinsecamente relacionado com o objeto, o conteúdo da acusação, e não apenas em sua forma, o que inviabiliza a pretensão da autuante.

Outra questão a ser analisada, diz respeito à observância do princípio da segurança jurídica, contido no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, de suma importância, haja vista seu papel de assegurar a estabilidade nas relações jurídico-tributárias, que prevê que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, e objetiva a proteção do individuo na construção e elaboração de normas novas, visando um mínimo de confiabilidade do individuo para com o Estado, principalmente no que tange à impossibilidade de criação de normas retroativas e vedação à flexibilização da coisa julgada.

Neste sentido, tendo sido a autuação esboçada em um termo e sob determinado prisma, e em outro momento retificada no curso da análise do lançamento, com mudança do fulcro da acusação, o que se afigura como mudança no fulcro da autuação, entendo presente a hipótese prevista no artigo 18, incisos II e IV, alínea “a” do RPAF/99, segundo o qual é nulo o lançamento de ofício, cujos atos praticados e as decisões proferidas o sejam com preterição do direito de defesa, e aqueles que não contiverem elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Da mesma forma, o procedimento fiscal implica em claro cerceamento do direito de defesa do sujeito passivo, na medida em que o impediu de se defender plenamente de uma acusação em relação à qual sequer foi acusado.

Certo é também, que o ato de lançamento de crédito tributário se apresenta como vinculado, nos termos do artigo 142 do CTN, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, além do que, há que se observar além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, as regras de direito formal, que estabelecem a forma como deve proceder a Fiscalização na constituição do crédito tributário.

O erro cometido foi admitido pela própria autuante responsável pela informação fiscal, e ainda que apesar da sugestão mesma não resultasse em mudança do fulcro da autuação, resultaria em clara imprecisão do lançamento, o que implica em ofensa aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, conforme já firmado linhas acima.

Assim, pelos motivos expostos, de ofício, julgo a infração 03 nula, e nos termos do artigo 21 do mesmo RPAF/99, recomendo à autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas, diante do fato de tal entendimento ora esposado, é pacífico neste Conselho, à vista de inúmeras decisões, dentre as quais posso enumerar, dentre tantos exemplos a CJF 0296-11/17 e o CJF 0313-12/15.

Desta maneira, julgo a infração 03 nula, e o Auto de Infração procedente em parte, diante da procedência das infrações 01, 02, 04 e 05, no montante de R\$17.265,73, de acordo com a seguinte demonstração:

INFRAÇÃO 01	R\$ 2.562,61
INFRAÇÃO 02	R\$ 9.466,80
INFRAÇÃO 03	R\$ 0,00
INFRAÇÃO 04	R\$ 4.216,31
INFRAÇÃO 05	R\$ 1.020,01
TOTAL	R\$ 17.265,73

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº. **108880.0006/17-7**, lavrado contra **WEATHERFORD INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, no valor de **R\$17.265,73**, sendo **R\$12.029,41** acrescido da multa de 60%, além de multa por descumprimento de obrigação acessória de **R\$5.236,32**, previstas no artigo 42, inciso II, alíneas “c” e “f”, IX e XI da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios previstos na Lei 9.837/05, devendo o autuado ser cientificado da presente decisão, cabendo ao órgão competente, homologar os recolhimentos realizados. Recomenda-se à autoridade fazendária analisar a possibilidade de refazimento da autuação referente à infração 03, nos termos do artigo 21 RPAF/99, respeitado o prazo decadencial.

Sala de Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ- JULGADORA