

A. I. Nº - 222552.0012/09-6
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ WALTER DE SOUZA ANDRADE
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET 02.08.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0186-05/10

EMENTA. ICMS: NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE DETERMINAR À INFRAÇÃO. É nulo o procedimento fiscal que não indique de forma clara a descrição dos fatos, os dispositivos legais infringidos e tipificação da multa correlata com a infração cometida. Infração nula. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 27/11/09 para exigir ICMS no valor de R\$11.259,78, acrescido de multa de 60%, em decorrência da falta de retenção do imposto na operação de saída de mercadoria sujeita à antecipação tributária.

Constam, na descrição dos fatos do Auto de Infração, fl. 01, e do Termo de Apreensão nº 232902.0100/09-2, fl. 04, “Falta de recolhimento do ICMS normal em sua operação própria de ÁLCOOL HIDRATADO CARBURANTE, por não possuir autorização do COPEC para o recolhimento do imposto no prazo normal, conforme DANFE’s nºs 20261, 20266, 20267 e 20269 anexo – R\$5.629,89.

Em impugnação apresentada tempestivamente, fls. 19 a 23, inicialmente o autuado discorre sobre a infração e afirma não ser verdade a acusação de que deixou de recolher o ICMS-ST discriminado nas NFes.

Destaca que houve erro na apuração do valor do imposto devido a título de substituição tributária, mas o Fisco levou em consideração para fixar a base de cálculo do imposto “o quanto devido a título de ICMS substituição, bem como o quanto devido a título de ICMS principal”.

Assevera que não foi incluído na base de cálculo do tributo desconto incondicional algum, tendo em vista que simplesmente ele preencheria os campos das notas fiscais e o próprio *software* do Estado da Bahia é que gerou o cálculo. Redargúi ressaltando que, para se verificar esse fato, basta ser lançado qualquer desconto incondicional no *software* de emissão da Nota Fiscal Eletrônica e se verá 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 cálculo do ICMS e, diminuição da arrecadação tributária.

Reafirma ser impossível ter incluído indevidamente o desconto incondicional na base de cálculo, já que o programa de emissão de Nota Fiscal eletrônica disponibilizado pelo Fisco impede que sejam lançados descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS.

Discorda dos cálculos efetuados pela fiscalização utilizando uma pauta fiscal fictícia, muito além da realidade do mercado de combustíveis do Brasil, visto que no território baiano o litro do AEHC nunca foi vendido ao consumidor com preço de R\$2,00, chega a ser distribuída a R\$ 0,91 o litro, enquanto o Estado presume preço de venda de R\$2,00, o que é completamente descabido, presumindo margem de lucro superior a 110%, ficando fora da realidade do mercado.

Transcreve ementa do Acórdão RMS 16.810/PA julgado em 03/10/06 pelo Superior Tribunal de Justiça, cujo Relator foi o Ministro LUIZ FUX, decidindo pela suspensão da Secretaria da Fazenda do Estado do Pará, estabelecendo cobrança

fiscal. Requer que, se entendido a subsistência do débito seja refeita a quantificação dos valores, tendo em vista a ilegalidade de uma pauta fiscal totalmente alheia à realidade do mercado.

Transcreve o art. 159, § 1º, II e/ou III do RPAF com o objetivo de fundamentar seu pedido para exclusão da multa e dos juros imputados sob a alegação de ter agido com boa-fé, ao registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante o Estado da Bahia.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, ao prestar sua informação fiscal, fls. 52 a 55 esclarece que no momento da ação fiscal o autuado conduzia as mercadorias acobertadas pelos DANFE's referentes às NF-e de nºs 20261, 20266, 20267 e 20269, "com a devida substituição do ICMS, mas sem o recolhimento tempestivo do imposto em suas operações próprias, conforme art. 515-B do RICMS/97 combinado com o Protocolo 17/04".

Reproduz os artigos 515-A, 515-B e 126 do RICMS/97, para demonstrar que de acordo com os citados dispositivos legais, quando do trânsito de Alcool Etílico Hidratado Carburante (AEHC), a mercadoria deve estar acompanhada do Documento Estadual de Arrecadação do ICMS e na situação presente só fazia acompanhar do DAE referente ao recolhimento do ICMS-ST.

Depois de discorrer os argumentos apresentados na defesa, ressalta que pelo enunciado do Auto de Infração o que se busca é o pagamento do ICMS normal, conforme previsto na legislação do ICMS e não do ICMS-ST.

Destaca que não tendo autorização da COPEC para fazer recolhimento em prazo especial o pagamento deve ser feito de imediato.

Esclarece que a base de cálculo utilizada foi a mesma constante dos DANFE's referentes às NF-e de nºs 20261, 20266, 20267 e 20269 e que não se inventou valor algum para se cobrar o imposto e sim o valor que está destacado no documento fiscal.

Ao final requer a procedência do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração acusa o cometimento pelo autuado de *"Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações da saída de mercadorias sujeita à antecipação tributária"*.

Indica enquadramento no art. 353, II do RICMS/97 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 conforme DAE juntado ao processo.

Na informação fiscal o autuante argumentou que *"que o produto foi despachado com a devida substituição do ICMS"*, porém sem o recolhimento tempestivo do imposto da operação própria, conforme disposto no art. 515-B, II c/c. o art. 126, IV do RICMS/97.

Depois de compulsar o Auto de Infração 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 e prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/96

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente

[...]

e) quando não for retido o imposto pelo sujeito passivo por substituição.

Ao examinar o Termo de Apreensão e Ocorrência, fl. 04, observo a indicação expressa na descrição dos fatos de que a irregularidade constatada foi à falta de recolhimento do ICMS normal em operação própria de AEHC por não possuir autorização do COPEC para recolhimento do imposto no prazo normal, também indicado no campo da descrição dos fatos do Auto de Infração.

Assim, emerge claramente do exame efetuado nas peças supra aludidas, a constatação de que a descrição da infração, o enquadramento e a multa aplicada se refere à falta de retenção e recolhimento do imposto devido por substituição, fato que, efetivamente, não ocorrera.

O autuado, por seu turno, defendeu-se do que foi acusado - falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST - e na informação fiscal o autuante admitiu *“que o produto foi despachado com a devida substituição do ICMS”* e apontou enquadramento relativo a outro fato: falta de recolhimento do imposto da operação própria - art. 515-B, II c/c. o art. 126, IV do RICMS/97.

Ante o exposto, entendo que, inequivocamente, restou configurado nos autos a ausência da imprescindível convergência unívoca entre o fato ocorrido e a acusação constante do Auto de Infração, elemento decisivo para possibilitar ao autuado o pleno exercício do direito de ampla defesa. Ademais, as constatações da indicação de enquadramento da infração e da tipificação de multa, ambas sem vinculação alguma com o fato ocorrido, agravam, ainda mais, o já configurado cerceamento de defesa.

Em suma, não há como prosperar a exigência do crédito tributário objeto do presente Auto de Infração, em face da existência de vício insanável, configurado pela falta de elementos suficientes para se determinar com segurança a infração, ou seja, a divergência entre o fato imponible e os dispositivos legais infringidos, cerceando o exercício do direito a ampla defesa pelo autuado.

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 para mandar renovar a ação fiscal a salvo de equívocos.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **222552.0012/09-6**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALE LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de julho de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR