

A. I. Nº - 210671.1209/09-6
AUTUADO - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - LAÉRCIO ARNALDO TELES DE MELO
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 15.07.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0190-04/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO 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 tipificação da multa correlata com a infração cometida. Infração nula. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 23/12/09 para exigir ICMS no valor de R\$7.459,40, acrescido de multa de 60%, em decorrência da falta de retenção do ICMS Substituição na operação de saída de mercadoria sujeita à antecipação tributária. Consta, na descrição dos fatos “Falta de recolhimento do ICMS consoante exigência do art. 512-B, II em sua operação própria de ÁLCOOL HIDRATADO CARBURANTE, Notas Fiscais (DANFE) nºs 1324, 1325 e 1326, datadas de 21/12/2009, emitidas pelo autuado, em condição de descredenciado junto ao COPEC.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 21 a 25), inicialmente discorre sobre a infração e afirma não ser verdade a acusação de que deixou de recolher o ICMS-ST discriminado na NFe e DAE.

Diz que houve erro na apuração do valor do imposto devido a título de substituição tributária, na lavratura do Auto de Infração porque 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”.

Frisa que a imputação não merece subsistir, porque na descrição dos fatos foi relatado que o autuado não realizou o recolhimento do ICMS devido nas operações de saída de mercadoria sujeitas à antecipação tributária, salienta que tal relato não corresponde à realidade, porque houve o recolhimento do tributo a título de substituição conforme notas fiscais e DAE às fls. 60 a 74.

Afirma que não foi “incluído na base de cálculo do tributo o desconto incondicional”, em razão de que preencheu os campos das notas fiscais e o próprio *software* do Estado da Bahia que gerou o cálculo e para verificar esse fato, impede que sejam lançados descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS. Diz que basta lançar qualquer desconto incondicional no *software* de emissão da Nota Fiscal Eletrônica e se verá que o valor deste não é 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 consequente diminuição da arrecadação tributária.

Questiona se o programa de emissão de Nota Fiscal eletrônica disponibilizado pelo fisco impede que sejam lançados descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS, como seria possível ter incluído indevidamente o desconto incondicional na base de cálculo?

Contesta os 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, diz que 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/ Justiça, cujo Relator foi o Ministro LUIZ FUX, decidindo pela susp

da Secretaria da Fazenda do Estado do Pará, estabelecendo cobrança do ICMS com base em pauta fiscal. Requer que se entendido que o débito subsiste que seja refeita a quantificação dos valores, tendo em vista a ilegalidade de uma pauta fiscal totalmente alheia à realidade do mercado.

Alem disso, requer que seja excluída a multa e os juros imputados, em vista de ter agido com boa-fé, ao registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante o Estado da Bahia, de acordo com o art. 159, §1º, II e/ou III do RPAF. Requer à improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal, às fls. 79 e 80, transcreve a descrição dos fatos e as razões de defesa, aduz que o Auto de Infração foi lavrado após a verificação da falta de recolhimento do ICMS referente à operação própria, destacado nas Notas Fiscais eletrônicas (DANFE) n^{os} 1324, 1325 e 1326, tendo como base legal o art. 515-B do RICMS/97.

Admite que ao fazer a descrição dos fatos deixou de indicar claramente que se tratava de falta de recolhimento do ICMS referente a operação própria, conforme preceitua o art. 515-B, o que permitiu ao autuado apresentar defesa que estaria sendo autuado por falta de recolhimento do ICMS de antecipação tributária e que tal tributo fora recolhido.

Pontua que o SEAIT (Sistema de emissão de auto de infração do trânsito) não disponibiliza a referida infração e sendo bloqueado, não permite a inclusão de infrações previstas na legislação e não contidas no mencionado sistema. Lembra que nesses casos, o autuante deve informar o enquadramento e a tipificação no campo da descrição dos fatos e ou como complemento (correção) no campo da infração.

Reconhece que deixando de adotar tais procedimentos, o auto de infração gerou entendimento diverso do pretendido e não atendendo ao art. 19 e ao inciso III do art. 39 do RPAF.

Frisa que foi identificada corretamente a infração à legislação do ICMS, que é a falta de recolhimento do ICMS referente à operação própria (art 515-B do RICMS), porém, ao lavrar o auto de infração, deixou de descrever claramente os fatos e a infração, e indicar os dispositivos legais que fundamentam a ação fiscal.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado NULO.

VOTO

O Auto de Infração acusa como infração “Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações da saída de mercadorias sujeita à antecipação tributária”.

Indica enquadramento no art. 353, II do RICMS e multa tipificada no art. 42, II, “e” da Lei n^o 7.014/96.

Na defesa apresentada o autuado alegou que reteve e recolheu o ICMS-ST conforme DAE juntado ao processo.

Na informação fiscal o autuante argumentou que “o produto foi despachado com a devida substituição do ICMS” mas sem o recolhimento tempestivo do imposto da operação própria, conforme disposto no art. 515-B, II c/c. o art. 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 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

Pelo exposto, constato que o Termo de Apreensão e Ocorrência (fls. 5 e 6) indica que a irregularidade constatada foi a falta de recolhimento do ICMS em operação própria de Álcool Etílico Hidratado Carburante 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.

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) 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/BA).

Pelo exposto, restou caracterizada 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 do direito de 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 para mandar renovar a 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 **210671.1209/09-6**, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de julho de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – RELATOR

PAULO DANILo REIS LOPES – JULGADOR