

A. I. N° - 210413.1006/09-6
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.
AUTUANTE - JOSENILTON DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 19. 08. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0218-01/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO RELATIVO ÀS SAÍDAS INTERNAS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. Acatada a preliminar de nulidade. A descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com os fatos reais nem com o direito aplicável. A imputação diz respeito à falta de retenção do imposto por substituição, relativa a mercadorias sujeitas à antecipação tributária, enquanto que a matéria fática corresponde à falta de recolhimento do tributo relativo à operação própria devido nas saídas internas. A autuação foi feita de modo equivocado. Por implicar em mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Infração nula. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 02/12/2009, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$5.643,00, acrescido da multa de 60%, em razão de o sujeito passivo ter deixado de recolher o imposto referente à antecipação tributária correspondente a mercadorias sujeitas à antecipação tributária.

Na “Descrição dos Fatos” é informado que a falta de recolhimento do imposto se refere aos DANFES de n°s 20.529, 20.544 e 20.528.

Consta o Termo de Apreensão e Ocorrências n° 10526.0085/09-2 às fls. 05 e 06.

O sujeito passivo apresentou impugnação às fls. 16 a 18, argumentando que a acusação não corresponde à realidade dos fatos, uma vez que fora feito o recolhimento do tributo devido a título de substituição tributária, conforme discriminado nas notas fiscais e nos documentos de arrecadação [DAEs], que anexou às fls. 20 a 28.

Salienta que no Auto de Infração ocorreu um equívoco na apuração do imposto devido, desde quando a autuação se refere tão somente à falta de retenção do ICMS substituição, devido nas operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, uma vez que ao fixar a base de cálculo, o fisco considerou tanto o imposto devido por substituição como o ICMS principal. Assim, apesar de ter sido indicada a falta de retenção do tributo devido a título de substituição, esse fato não ocorreu, desde quando o imposto foi devidamente recolhido quando das saídas das mercadorias.

Ressalta que não houve qualquer erro na determinação da base de cálculo por parte do impugnante, haja vista que o desconto incondicional não foi incluído na base de cálculo, pois simplesmente preencheu os campos das notas fiscais e o próprio *software* do Estado da Bahia gerou o cálculo. Frisa que o programa de emissão de nota fiscal eletrônica impede que sejam lançados descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS.

Transcreve o art. 159, § 1º incisos II e III do RPAF/BA, argumentando que caso se entenda pela manutenção da infração, que a multa e os juros sejam excluídos, tendo em vista a sua evidente boa-fé, sempre procurando registrar e declarar adequadamente seus débitos perante o Estado da Bahia.

Requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante prestou Informação Fiscal às fls. 36 a 40, ressaltando que a autuação decorreu da constatação de que a mercadoria (álcool carburante) foi despachado com a devida substituição do ICMS, porém sem o recolhimento tempestivo do imposto relativo às operações próprias, conforme determina o art. 515-B do RICMS/BA, combinado com o Protocolo nº 17/04.

Salienta que a legislação que trata do recolhimento do ICMS referente às operações com álcool etílico hidratado carburante (AEHC) é clara quando enuncia as regras a serem seguidas pelos contribuintes, sendo que o art. 512-B do RICMS/BA determina o recolhimento antecipado do ICMS relativo às operações próprias, no momento da saída do produto, enquanto que o seu inciso II estabelece que quando no trânsito a mercadoria seja acompanhada do DAE referente a esta operação. No presente caso, a mercadoria estava transitando sem o DAE referente à operação própria, estando apenas com o DAE referente à substituição tributária, que não foi objeto da autuação.

Ressalta que o impugnante não possui o benefício previsto no art. 126, inciso IV, item 2 do RICMS/BA, para o recolhimento até o dia 15 do mês subsequente ao das operações, haja vista que não dispõe de autorização para tanto da COPEC (Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis), conforme dispõem os transcritos artigos 515-A; 515-B, incisos e parágrafos; e 126 e incisos, além dos incisos do seu parágrafo único, todos do RICMS/BA.

Contesta as alegações defensivas de que fora efetuado o lançamento apenas sobre a falta de retenção do ICMS por substituição, aduzindo que pelo enunciado no Auto de Infração, o que se busca é o pagamento do ICMS pelas operações normais, prevista na mencionada legislação e não o imposto da substituição tributária conforme feito pelo contribuinte. Isto porque, se não foi feito o recolhimento do tributo das operações normais, isto ocorreu por livre e espontânea vontade do autuado, uma vez que é do seu conhecimento a necessidade de autorização da COPEC para uso de prazo normal para pagamento do tributo relativo a essas operações.

Quanto à determinação da base de cálculo, realça que foi usada aquela constante dos DANFES, de modo que os valores não são aleatórios, estando cobrando exatamente o valor do ICMS destacado nos documentos fiscais. No que se refere à multa, é aquela prevista para a infração cometida.

Ressalta que o Auto de Infração está respaldado nos ditames legais, equivocando-se o contribuinte em todas as suas razões de impugnação, razão pela qual sugere que a autuação seja julgada totalmente procedente.

VOTO

Observo que em sua impugnação, o contribuinte alegou que o lançamento não corresponde à realidade dos fatos, argumentando que foi exigido o pagamento do ICMS referente às saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, sendo que o tributo devido a título de substituição tributária tinha sido recolhido, em conformidade com os comprovantes de arrecadação (DAEs), que anexou às fls. 20 a 28.

O autuante, por sua vez, salientou que a autuação decorreu da constatação de que fora dada saída da mercadoria com a devida substituição do ICMS, porém sem o recolhimento tempestivo do imposto relativo às operações próprias, de acordo com a determinação contida no art. 515-B do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº. 6.248/97.

Analisando o teor da acusação fiscal, que se refere à *“falta de retenção do ICMS substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.”*, o respectivo enquadramento, a documentação acostada aos autos, especialmer auxiliares de nota fiscal eletrônica) de nº.s 20.529, 20.544 e 20.528, assi

além das argumentações defensivas e o posicionamento do autuante, constato que sobressai a nulidade inconfundível da autuação.

Isto porque, enquanto no Auto de Infração consta de forma cristalina que o imposto lançado se refere à parcela devida pelas saídas subsequentes da mercadoria (álcool etílico hidratado carburante - AEHC), acusação esta baseada no art. 353, inciso II do RICMS/BA, em sua Informação Fiscal o autuante sustentou que o montante exigido se referia a outra parcela do tributo, qual seja, aquela concernente à operação própria realizada pelo sujeito passivo, inclusive amparando a acusação em dispositivos regulamentares diversos, isto é, nos artigos 515-A e 515-B do RICMS/BA, fato este que implica no cerceamento do direito de defesa do contribuinte, por se tratarem de acusações totalmente diversas.

Desta forma, indubitavelmente, da maneira como realizada a autuação, houve ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, o que significa que ocorreu a hipótese prevista no art. 18, inciso IV, alínea “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o que determina a nulidade do lançamento de ofício, por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança a infração imputada.

Recomendo à autoridade competente a renovação dos atos, a salvo de falhas, conforme determina o art. 21 do RPAF/99.

Diante do exposto, voto pela nulidade do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210413.1006/09-6**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA.**, recomendando-se à autoridade competente a renovação dos atos, a salvo de falhas, de acordo o art. 21 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de agosto de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR