

**A. I. Nº** - 210413.0002/10-0  
**AUTUADO** - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.  
**AUTUANTE** - JOSENÍLTON DOS SANTOS FILHO  
**ORIGEM** - IFMT DAT-METRO  
**INTERNET** - 28/09/2010

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0239-03/10

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. CONTRADIÇÃO ENTRE O FATO CONSTATADO E O FATO DESCRITO NO AUTO DE INFRAÇÃO. FALTA DE SEGURANÇA QUANTO À INFRAÇÃO APONTADA. A acusação no Auto de Infração diz respeito à falta de retenção do ICMS devido por substituição, relativamente a operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, com fundamento no artigo 353, inciso II, do RICMS/BA, porém, tanto na descrição dos fatos, quanto ao ser prestada a informação fiscal, ficou patente que se trataria do imposto relativo às “operações normais” do contribuinte, e não ao imposto devido por substituição, aduzindo o autuante que o fundamento estaria nos artigos 126, 512-B, 515-B e 518-B, todos do RICMS/BA. Nos termos do artigo 39, inciso III, do RPAF/99, a descrição do fato deve ser feita de forma clara e precisa. O §1º do artigo 18 do RPAF/99 somente admite o saneamento do Auto de Infração em se tratando de eventuais incorreções ou omissões. No caso presente não se trata de uma incorreção “eventual”, pois diz respeito à determinação do fulcro da autuação, constituindo, portanto, um vício substancial. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 04/01/2010, na fiscalização ao trânsito de mercadorias, em razão da falta de retenção do ICMS devido por substituição, nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária. Consta, na descrição dos fatos, que foi constatada a irregularidade da falta de recolhimento de ICMS nas suas operações próprias, referentes aos Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica – DANFES nºs 22129, 22130, 21884, 21893, 21883, 21881, 22001, 21894, 22106, 22095, 22093 e 22103. Consta, também, que o contribuinte não possui autorização, junto à COPEC/SEFAZ, para prazo de recolhimento. ICMS no valor de R\$34.749,00, acrescido da multa de 60%.

O autuante acosta, às fls. 05 e 06, Termo de Apreensão e Ocorrências nº 128983.0002/10-3, lavrado em 04/01/2010, descrevendo a mercadoria como 65.000 litros de álcool hidratado. Às fls. 07 a 22, cópias de DANFES e de comprovantes de recolhimentos de ICMS nos valores destacados, nestes DANFES, como ICMS devido por substituição tributária.

O autuado ingressa com impugnação ao lançamento de ofício às fls. 30, 31 e 40 a 42, alegando que não teria sido intimado conforme ordem prevista no artigo 108, §1º, do RPAF/99 e, em seguida, impugnando o lançamento de ofício. O autuado expõe que, de contribuinte, teria incorrido na infração de “Falta de retenção do ICI de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.”

Que, contudo, o Auto de Infração não merece subsistir, porque não houve infração à legislação tributária. Que, na descrição dos fatos constante no Auto de Infração, foi relatado que ele, impugnante, não realizou o recolhimento do ICMS devido nas operações de saída de mercadoria sujeitas à antecipação tributária. Que, todavia, tal relato não corresponde à realidade porque houve o recolhimento do tributo devido a título de substituição, conforme discriminado nas notas fiscais e nos documentos de arrecadação que anexa. Que houve um erro na apuração do valor do imposto devido a título de substituição, quando da lavratura do Auto de Infração.

Que o Auto de Infração refere-se tão somente à suposta falta de retenção do ICMS devido por substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, mas que o Fisco computou, para fixar a base de cálculo do imposto, tanto o devido a título de ICMS Substituição, quanto o devido a título de ICMS “principal”. Que, assim, imputou-se falta de retenção do tributo devido a título de substituição que, na realidade, não ocorreu, porque “o mesmo” foi devidamente recolhido quando da realização das operações de saída da mercadoria.

Ressalta que não houve qualquer erro na determinação da base de cálculo por parte dele, autuado. Que não foi incluído, na base de cálculo do tributo, o desconto incondicional, uma vez que ele, autuado, simplesmente preencheu os campos das notas fiscais e o próprio *software* do Estado da Bahia gerou o cálculo. Que, para que seja verificado esse fato, basta lançar 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, conseqüentemente, a diminuição da arrecadação tributária.” Que, então, o próprio sistema de registro contábil do Fisco, qual seja, o programa de emissão de Nota Fiscal eletrônica, impede que sejam lançados descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS.

Passa a pronunciar-se acerca do pedido de dispensa de multa, copiando o artigo 159, §1º, incisos II e III, do RPAF/99, e aduz que, se mantida a imputação, roga pela exclusão da multa e dos juros utilizados no cálculo do débito lançado, tendo em vista a sua boa-fé, tendo sempre procurado registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante este Estado.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O contribuinte acosta, às fls. 50 a 81, cópias de DANFES e de DAES com pagamento dos valores destacados a título de ICMS devido por substituição, nestes DANFES.

O preposto do Fisco presta informação fiscal às fls. 85 a 88 expondo ter constatado que o produto foi despachado com a devida substituição tributária, mas sem o recolhimento tempestivo do imposto relativo às operações próprias do autuado, conforme manda o artigo 515-B do RICMS/BA, combinado com o Protocolo nº 17/04, e por isso a infração foi enquadrada no inciso II do artigo 353 do RICMS/BA, e a multa no artigo 42, inciso II, alínea “e”, da Lei 7.014/96.

Aduz que a legislação que trata do recolhimento do ICMS nas operações próprias com álcool carburante é clara, e o artigo 515-B do RICMS faz menção expressa à necessidade do recolhimento antecipado do imposto relativo à operação própria no momento da saída da mercadoria, prevendo o inciso II que no trânsito a mercadoria deve fazer-se acompanhar do documento de arrecadação, sendo que no caso em exame a mercadoria estava transitando sem o DAE referente à operação própria, fazendo-se acompanhar tão-somente do DAE referente à substituição tributária, que não foi objeto de autuação.

Afirma que o autuado não goza do benefício previsto no artigo 126, inciso IV, item II, do RICMS/BA, para recolhimento do imposto até o dia 15 do mês subsequente ao das operações, pois a empresa não tem autorização, nesse sentido, da Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis – COPEC/SEFAZ.

Transcreve os artigos 126, 515-A e 515-B, todos do RICMS/BA.

Relata os termos da impugnação ao lançamento de ofício expondo que, pelo enunciado do Auto de Infração, o que se busca é o pagamento do ICMS devido pelas “operações normais”, conforme dispositivos que acaba de transcrever, e não o ICMS devido por substituição tributária. Considera que, se não houve recolhimento do imposto relativo às “operações normais”, isto se deu por livre e espontânea vontade do contribuinte, pois ele tinha conhecimento da necessidade de autorização da COPEC para gozo do prazo normal de pagamento do tributo nas operações em foco.

Com relação à base de cálculo, o autuante explica que foi usada a constante nos DANFES.

Quanto à multa, diz que é a prevista para a infração cometida.

Conclui opinando pela procedência do Auto de Infração.

## VOTO

Preliminarmente observo, quanto à ordem prevista para intimação ao sujeito passivo, no artigo 108, §1º, do RPAF/99, em redação vigente a partir de 17/07/2009 - portanto abrangendo o momento da cientificação, ao contribuinte, da presente autuação - assiste razão ao impugnante quando afirma que a mesma deve ser cumprida e, caso o contribuinte houvera sido turbado em seu direito de ampla defesa, neste processo, far-se-ia necessária nova intimação, nos termos regulamentares, com a devida reabertura do seu prazo de impugnação. Contudo, o contribuinte defendeu-se pontualmente e outrossim, conforme demais considerações preliminares que abordarei neste voto, tal reabertura de prazo torna-se desnecessária.

Ainda preliminarmente cumpre observar que, embora no campo destinado à descrição da infração cometida pelo sujeito passivo, esteja descrito “Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária”, estando citado, no enquadramento normativo, o artigo 352, inciso II, do RICMS/BA, contraditoriamente, no campo destinado à “Descrição dos Fatos” que ocasionaram a autuação, o Fisco relata a situação como falta de comprovante de recolhimento de imposto devido por antecipação tributária, por contribuinte sem autorização de prorrogação de prazo pela COPEC/SEFAZ. E, na informação fiscal prestada, o preposto do Fisco aduz que se trata de exigência de imposto devido por operação própria, corroborando o texto apostado na “Descrição dos Fatos” à fl. 01 dos autos, e contradizendo o quanto imputado como infração que teria sido cometida pelo autuado.

Na composição da base de cálculo lançada no Auto de Infração, o representante do Fisco utiliza montante que equivale à soma dos valores indicados, nos DANFES mencionados no campo “Descrição dos Fatos”, como base de cálculo do imposto devido por substituição tributária, o que corrobora em seguida, na ocasião em que presta a Informação Fiscal.

O contribuinte apenas defende-se da imputação constante no campo “Infração”, à fl. 01 dos autos, ou seja, a falta de retenção do ICMS devido por substituição tributária, e anexa DAES que comprovam o recolhimento do ICMS que aduz ser o devido em tal operação.

Por outro lado, embora no enquadramento normativo constante no Auto de Infração, o preposto do Fisco cite o artigo 353, inciso II, do RICMS/BA, que trata de ICMS devido na condição de substituto tributário, na Informação Fiscal prestada o autuante aduz que a autuação está também lastreada nos artigos 126, 512-B, 515-A e 515-B, todos do RICMS/BA, e que tratam de imposto devido por operação própria.

Embora o artigo 19 do RPAF/99 preveja que não implica em nulidade o erro em indicação de dispositivo normativo desde que, da descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal, na situação em foco trata-se de duas situações distintas, referentes a uma mesma imputação, e esta situação gera a incerteza quanto ao ato irregular que teria sido cometido pelo Fisco. Esta situação de incerteza acarreta o cerceamento de defesa do sujeito ]

configurar situação de dúvida em que não se pode determinar, com segurança, a infração porventura verificada na ação fiscal, e que teria originado a autuação em lide.

Pelo exposto, voto pela NULIDADE da autuação, com base no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, por falta de elementos suficientes para se determinar com segurança, na presente ação fiscal, a infração imputada.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210413.0002/10-0**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA.**

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de setembro de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR