

A. I. N° - 232278.0011/09-1  
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.  
AUTUANTE - OSMÁRIO DA SILVA MENDONÇA  
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO  
INTERNET - 27.09.2010

## 1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N° 0263-01/10

**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 a tipificação da multa correlata com a infração cometida. Há insegurança na determinação da infração, bem como cerceamento do direito de defesa. Infração nula, ao teor do disposto no art. 18, II, IV, “a”, do RPAF/99. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 02/12/2009, lança ICMS, no valor de R\$5.643,00, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de retenção do ICMS substituição nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.

Consta da descrição dos fatos que foi apurada a seguinte irregularidade: falta de recolhimento do ICMS referente aos DANFES n<sup>os</sup> 20527 e 20543.

O autuado apresenta defesa (fls. 15 a 19), na qual alega que o Auto de Infração não merece subsistir, uma vez que houve o recolhimento do ICMS devido a título de substituição tributária, conforme discriminado nas notas fiscais e nos documentos de arrecadação em anexo.

Sustenta que houve um erro na apuração do valor do imposto devido a título de substituição tributária, quando da lavratura do Auto de Infração. Explica que o Auto de Infração se refere apenas à suposta falta de retenção do ICMS substituição devido nas operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária e, no entanto, o fisco levou em consideração para a fixação da base de cálculo o ICMS devido a título de substituição tributária e o ICMS principal.

Ressalta que não cometeu qualquer erro na determinação da base de cálculo do ICMS. Afirma que não foi incluído na base de cálculo do tributo qualquer desconto incondicional, uma vez que o impugnante apenas preencheu os campos da nota fiscal e o próprio *software* da Secretaria da Fazenda gerou o cálculo do imposto. Frisa que o próprio sistema de emissão de nota fiscal eletrônica impede que sejam lançados descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS.

O autuado sustenta que a pauta fiscal utilizada na autuação é ilegal, pois está muito além da realidade do mercado de combustíveis do Brasil. Aduz que o litro do álcool etílico hidratado combustível nunca foi vendido a R\$ 2,00 e, no entanto, esse fato não impediu que fosse utilizada uma pauta fiscal desproporcional à realidade. Diz que, dessa forma, o valor tido como devido merece ser revisto, para que o débito venha a ser calculado com base no valor da nota fiscal. Para embasar sua tese, o autuado transcreve jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Após transcrever o disposto no art. 159, § 1º, II e III, do RPAF/99, o autuação seja mantida, a multa e os juros indicados no Auto de Infra vista a sua boa-fé.

Ao finalizar sua defesa, o autuado requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Na informação fiscal (fls. 37 a 42), o autuante, inicialmente, faz uma breve síntese do processo e transcreve o disposto nos artigos 126, 515-A e 515-B do RICMS-BA. Em seguida, explica que o Auto de Infração trata do pagamento do ICMS devido pelo autuado em suas operações normais, e não o ICMS da substituição tributária feita pelo autuado.

O autuante afirma que, se o autuado não recolheu o ICMS referente a suas operações normais, isso se deu por sua livre e espontânea vontade, uma vez que era necessária autorização da COPEC [Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis] para o recolhimento do imposto no prazo normal de pagamento.

Diz que a base de cálculo do imposto está isenta de falha, pois foi utilizada a constante nos DANFEs nºs 20527 e 20543 e, portanto, o que se está cobrando é exatamente o ICMS destacado nesses documentos fiscais.

Após afirmar que a multa indicada na autuação está correta e é a prevista para a infração apurada, o autuante solicita que o Auto de Infração em tela seja julgado procedente.

## VOTO

No Auto de Infração em lide, o autuado foi acusado da “Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária”. Foi dado como infringido o disposto no art. 353, II, do RICMS-BA. Para essa infração, foi aplicada a multa capitulada no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

No Auto de Infração e no Termo de Apreensão e de Ocorrência, os autuantes descreveram a irregularidade por eles apurada como sendo *a falta de recolhimento do ICMS referente aos danfes nºs 20527 e 20543.*

De acordo com a acusação feita ao autuado, com os dispositivos legais citados no Auto de Infração e com a multa que foi imposta, sou levado a concluir que o lançamento tributário em questão trata da falta de retenção do ICMS devido por substituição tributária. Já se seguir a descrição dos fatos, encontro a acusação de falta de recolhimento do “ICMS referente aos danfes nºs 20527 e 20543.” Há, portanto, uma divergência entre a acusação imputada ao autuado e o fato descrito na autuação. Essa divergência torna insegura a determinação da infração apurada, bem como cerceia o direito de defesa do autuado.

O cerceamento de defesa fica ainda mais claro quando se observa que a defesa interposta girou em torno do pagamento do ICMS devido por substituição tributária e, no entanto, o Auto de Infração tratava de ICMS referente à operação própria do autuado. A insegurança na determinação da infração cerceou o exercício do direito de defesa de tal forma, que o autuado foi levado a se defender de algo que não era o efetivo objeto da autuação.

Apenas na informação fiscal, o autuante explica que o lançamento busca o pagamento do ICMS devido pelo autuado em suas operações normais, e não o ICMS devido por substituição tributária. Todavia, não há como se adequar o lançamento tributário para que a autuação se ajuste a essa nova acusação.

Considero que, nos termos do art. 18, II e IV, “a”, do RPAF/99, o Auto de Infração em lide é nulo por cerceamento do direito de defesa e por insegurança na determinação da infração. Não há como se corrigir tais falhas mediante diligência, pois elas são de tal gravidade que se torna necessário um novo Auto de Infração, livre desses vícios.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, represento à autoridade fazendária competente para que determine o refazimento da ação fiscal, a salvo de falhas.

Voto, portanto, pela NULIDADE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232278.0011/09-1**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA**. Recomenda-se o refazimento da ação fiscal, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de setembro de 2010

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR