

**A. I. N °** - 210663.0005/09-1  
**AUTUADO** - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.  
**AUTUANTE** - LUIZ FERNANDO ALMEIDA CARDOSO  
**ORIGEM** - IFMT/METRO  
**INTERNET** - 13.10.2010

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N° 0270-02/10

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A autuação contém vícios jurídicos que afetam a sua eficácia, pois acusa a falta de retenção do imposto por substituição nas operações com mercadoria sujeita à antecipação tributária, porém lança o imposto referente às operações normais, ou seja, a descrição dos fatos não condiz com a infração imputada, bem como a capitulação legal, além do fato de não ter sido demonstrado de que modo foi apurada a base de cálculo do tributo. É nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal, que implique cerceamento de defesa ou que não contenha elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração apontada. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 03/12/2009, para exigir ICMS no valor de R\$3.414,30, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, sob a acusação de “Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.”

Consta na descrição dos fatos: “Falta de recolhimento do ICMS referente aos Danfes nº 20.532 e 20.533.”

O sujeito passivo apresenta defesa às fls.17 a 21, na qual, alega que a acusação fiscal não corresponde à realidade, pois houve o recolhimento do tributo devido a título de substituição tributária, conforme consta nas NF-e e nos documentos de arrecadação que diz ter anexado.

Aduz que houve um erro da fiscalização na apuração do ICMS substituição, pois considerou para fixar a base de cálculo do imposto o quanto devido do imposto normal e substituído.

Ressalta que não houve qualquer erro na determinação da base de cálculo na nota fiscal, e a fiscalização não incluiu no cálculo o desconto incondicional, sendo que o sistema eletrônico da emissão de DANFE não permite tais procedimentos.

Além disso, diz que o Fisco utilizou indevidamente pauta fiscal fictícia para calcular o imposto, por entender que esta é um instrumento impróprio para cálculo e recolhimento de tributo. Cita decisão do Superior Tribunal de Justiça que considerou ilegal a apuração da base de cálculo através de pauta fiscal.

Requer a improcedência da autuação, ou caso não seja esse o entendimento do órgão julgador, pede a exclusão da multa e dos juros imputados com fulcro no artigo 159, § 1º, II e III, do RPAF/99.

Na informação fiscal às fls.40 a 43, o autuante esclareceu a origem da autuação, e a legislação aplicável ao caso, tendo transcrito os dispositivos tidos com infringidos, quais sejam: artigo 525-A, 515-B, e 126, todos do RICMS/97.

Rebateu as razões defensivas dizendo que a exigência fiscal se re

ICMS relativo às operações normais, sendo de conhecimento do

autorização da COPEC para gozo de prazo normal de pagamento do tributo na operações em questão.

Quanto à determinação da base de cálculo, explica que foi usada a constante dos DANFES 20532 e 20533, portanto, o valor exigido corresponde com o ICMS destacado no documento fiscal. Manteve a multa aplicada por considerar que é a prevista para a infração cometida.

Conclui pela procedência de sua ação fiscal.

## VOTO

Trata-se de auto de infração lavrado no trânsito da mercadoria, no Posto Fiscal Honorato Viana, cuja infração foi descrita no Auto de Infração como “Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.”

Apesar de está assim descrita, na informação fiscal o autuante esclareceu que a irregularidade imputada ao contribuinte diz respeito à falta de recolhimento do ICMS normal, e a consequente falta de anexação do DAE devidamente quitado, relativamente às suas operações próprias com Álcool Hidratado Carburante através dos DANFES nº 20.532 e 20.533 que acobertaram o trânsito da mercadoria.

A infração foi enquadrada no artigo 353, II, do RICMS/97, que reza in verbis:

*“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:”*

Examinando o demonstrativo de débito à fl.03, verifico que foi considerada como base de cálculo o valor de R\$17.970,00, e aplicado sobre esta a alíquota de 19% para determinar o valor do imposto n valor de R\$3.414,30, que foi lançado no auto de infração.

Para melhor visualizar os valores constantes nos DANFES, vale analisar o demonstrativo abaixo:

DANFE	QUANT. (LT)	VALOR DA OPERAÇÃO	ICMS NORMAL	BC ST	ICMS ST
20532	10.000	19.754,00	3.753,26	20.000,00	46,74
20533	15.000	9.877,00	1.876,63	10.000,00	23,37
TOTAIS	25.000	29.631,00	5.629,89	30.000,00	70,11

Portanto, se a intenção da fiscalização foi lançar no auto de infração o valor correspondente às operações normais, de responsabilidade do próprio autuado, o valor seria de R\$5.629,89. O preposto fiscal, na informação fiscal, tenta esclarecer a origem do lançamento tributário, porém, em momento algum, demonstra como foi apurada a base de cálculo utilizada na apuração do imposto lançado.

Verifico que este fato causou qualquer prejuízo à defesa do contribuinte, haja vista que, ao defender-se o impugnante trata de base de cálculo da substituição tributária, matéria totalmente diferente da que foi esclarecida pelo autuante. Por consequência o argumento trazido pela defesa de que não houve falta de recolhimento do ICMS por substituição tributária, vai de encontro com o fulcro da autuação, uma vez que, repito, este não foi o motivo da autuação, conforme amplamente demonstrado acima.

Desta forma, verifico que para a formalização do presente lançamento tributário, a descrição dos fatos não condiz com a infração imputada, bem como a capitulação legal, além das infrações terem consequências jurídico-tributárias distintas, já que na infração tributária encerra as fases de tributação nas operações subsequentes ao fato gerador, coloca o sujeito passivo na condição de responsável p

infração constante da descrição dos fatos o recolhimento do imposto não encerra as etapas de tributação, além de o sujeito passivo se encontrar na condição de contribuinte, não havendo, portanto, como se determinar com segurança a condição do contribuinte ou mesmo infração alvo do presente lançamento de ofício. Além disso, conforme demonstrado acima não existe a demonstração da base de cálculo utilizada na apuração do imposto devido.

Nestas circunstâncias, concluo pela nulidade do ato administrativo do lançamento, por ir de encontro com as disposições contidas nos incisos II e IV, aliena “a” do artigo 18, RPAF/BA, por cerceamento do direito de defesa e por falta ao lançamento elementos suficientes para se determinar com segurança a infração.

Ante o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o auto de infração **nº 210663.0005/09-1**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALE LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de setembro de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR