

A. I. Nº - 179627.0008/09-2  
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.  
AUTUANTE - ELCIOR PIO FERREIRA  
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO  
INTERNET - 17.11.10

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0353-04/10**

**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. Há insegurança na determinação da infração, bem como cerceamento do direito de defesa. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 26/12/2009, lança ICMS, no valor de R\$ 65.682,05, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de retenção do ICMS substituição nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária. Contudo, foi consignado no campo “Descrição dos Fatos” que foi constada a seguinte irregularidade: falta de comprovante de pagamento do ICMS por antecipação tributária referente aos DANFEs nºs 21488, 21502, 21506, 21507, 21588, 21608, 21624, 21650, 21652, 21653, 21654, 21656, 21658, 21659, 21660, 21661, 21662, 21663, 21664, 21667, 21681, 21682, 21683, 21684, 21685, 21753, 21754 e 21759, emitidos por contribuinte descredenciado COPEC/SEFAZ, correspondente a 175.000 lts de álcool hidratado, ilícito no RICMS/BA, de acordo Decreto nº 6.284/97.

O autuado apresenta defesa, às fls. 42 a 44, na qual alega que o Auto de Infração não merece subsistir, uma vez que o houve o recolhimento do ICMS devido a título de substituição tributária, conforme discriminado na nota fiscal e no documento 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, após transcrever o disposto no art. 159, § 1º, II e III, do RPAF/99, solicita que, caso a autuação seja mantida, a multa e os juros indicados no Auto de Infração seja excluídos, tendo em vista a sua boa-fé.

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

Na informação fiscal, às fls. 142 a 146, 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 referent

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 correta, pois foi utilizada a base de cálculo constante nas DANFEs referenciadas nos autos 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

A acusação fiscal consignada no lançamento de ofício é de que o autuado cometeu a seguinte infração: “Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária”, sendo dado como infringido o disposto no art. 353, II, do RICMS-BA e aplicada a multa capitulada no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

Por outro lado, tanto no Auto de Infração quanto no Termo de Apreensão e de Ocorrência, o autuante descreveu a irregularidade por ele apurada como sendo a falta de comprovante de pagamento do ICMS por antecipação tributária referente a diversos DANFEs, emitidos por contribuinte descredenciado COPEC/SEFAZ, correspondente a 175.000 litros de álcool hidratado.

Contudo, só quando da realização da informação fiscal o autuante esclarece 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.

Assim, ao verificar se o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas, ou seja, se enseja em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, constato que o processo apresenta vício insanável na consecução do lançamento de ofício, uma vez que há inadequação entre a infração efetivamente cometida pelo contribuinte e a acusação fiscal contida no Auto de Infração, fato este comprovado diante das provas apensadas aos autos quando da ação fiscal.

De acordo com a descrição dos fatos, a acusação feita e com os dispositivos legais citados no Auto de Infração, leva-se a concluir que o lançamento tributário em questão trata da falta de retenção do ICMS devido por substituição tributária. Porém, só na informação fiscal ficou claro que se trata de falta de recolhimento do ICMS normal, referente às operações próprias do contribuinte. Constata-se, portanto, que há uma clara divergência entre a acusação imputada ao autuado e o fato infracional na autuação. Essa divergência torna insegura a determinação da infração apurada, bem como cerceia o direito de defesa do autuado.

Sendo assim, no presente lançamento de ofício, verifica-se a existência de vício insanável que fulmina o Auto de Infração que é a não identidade do fato infracional descrito no lançamento ao fato ensejador da imputação infracional, o que por si só já causaria a nulidade do lançamento, a teor do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, segundo o qual é nulo o lançamento de ofício que não contenha elementos suficientes para se determinar, com segurança, a natureza da infração cometida, o que também acarreta prejuízo ao pleno exercício do contraditório, por gerar uma insegurança jurídica.

Logo, vislumbro a necessidade da renovação da ação fiscal, em obediência aos ditames legais, por estar convencido de que restou, *in casu*, comprovada a ocorrência de vício insanável, diante da ausência da formalidade essencial acima mencionada, disso resultando a nulidade do lançamento de ofício, em estrita consonância com o artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, o qual prevê tal medida quando o lançamento não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Do exposto, voto NULO o Auto de Infração em face da existência do vício insanável, uma vez que, na hipótese *sub examine*, não há possibilidade de aproveitamento que fulmina o próprio lançamento de ofício, que em sua origem

acusação fiscal, do que, nos termos do art. 156 do RPAF, represento à autoridade fiscal competente para instaurar novo procedimento fiscal, a salvo da aludida falha.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 179627.0008/09-2, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA.**, recomendando à autoridade competente a repetição da ação fiscal, a salvo da aludida falha.

Esta Junta recorre, de ofício, desta 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de novembro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – RELATOR

PAULO DANILLO REIS LOPES - JULGADOR