

A. I. N° - 232326.0006/10-5
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.
AUTUANTE - VALDIR TOSTA AMORIM
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 27/12/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0361-03/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INADEQUAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS AOS FATOS CONSTATADOS. Foi constatada divergência entre a irregularidade apontada no campo “infração” e o fato objeto da exigência fiscal. Vício não passível de correção no curso do processo, haja vista que a correção implicaria mudança no fulcro da imputação fiscal. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 02/06/2010, refere-se à exigência de R\$7.600,00 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em razão de destaque do ICMS efetuado a menos em documento fiscal, devido a erro na determinação da base de cálculo do imposto. De acordo com a descrição dos fatos, o autuado transportava 20 litros de etanol acobertado pelos DANFs 29329 e 29331, não se encontra credenciado pela COPEC desta SEFAZ e utiliza um benefício fiscal não previsto na legislação, tendo em vista que apresenta um desconto sem nenhum amparo legal. Consta, ainda, que foi anexado ao Auto de Infração cópia de *e-mail* da PROFIS informando a suspensão judicial dos efeitos do Mandado de Segurança interposto pelo autuado, bem como cópia do comprovante bancário referente ao recolhimento do ICMS. Base de cálculo do ICMS apurada mediante pauta fiscal.

O autuado apresentou impugnação (fls. 24 a 26), alegando que não houve qualquer infração à legislação tributária, tendo em vista que foi efetuado o recolhimento do tributo devido a título de substituição tributária, conforme destacado nos DANFEs e Documentos de Arrecadação que acostou aos autos. Diz que o fisco levou em consideração para fixar a base de cálculo o valor devido a título de ICMS Substituição Tributária, bem como o valor devido a título de ICMS normal. Também alega que não foi incluído na base de cálculo o desconto incondicional, uma vez que o defendente simplesmente preencheu os campos das notas fiscais e o próprio software do Estado da Bahia gerou o cálculo do imposto. Afirma que o programa de emissão de Nota Fiscal Eletrônica impede que seja lançado desconto incondicional na base de cálculo do ICMS. Transcreve o art. 159, § 1º incisos II e III do RPAF/BA, e no caso de se entender pela manutenção do Auto de Infração, pede a exclusão da multa e dos juros imputados, tendo em vista a sua boa-fé, que sempre procurou registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante o Fisco. Pede a improcedência do presente Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 51 a 53 dos autos. Diz que o Auto de Infração foi lavrado em virtude de o contribuinte, além de encontrar-se descredenciado pela Secretaria da Fazenda, transportava 20.000 litros de etanol, utilizando um benefício fiscal não previsto na legislação, ou seja, apresentou um desconto sem nenhum amparo legal e, conforme se pode constatar nos Documentos de Arrecadação Estadual, o valor recolhido é inferior ao devido. Informa que no DANFE à fl. 09, emitido pelo defendente, encontra-se texto que o valor total dos produtos é de R\$19.754,00 e o ICMS

R\$46,74. Portanto, diz que a alegação defensiva não tem amparo legal. Esclarece que em virtude de o autuado não ter observado a legislação é que foi efetuado o presente lançamento, corrigindo o valor apresentado pelo contribuinte, elaborando a memória de cálculo, fls. 01/02 dos autos. Transcreve os arts. 512-A e 515-F do RICMS/BA. Contesta a alegação do defendente de que se deve aplicar o art. 159, § 1º incisos II e III do RPAF/BA; cita a doutrina sobre o assunto e conclui que não há como sustentar os argumentos do autuado, devendo o presente Auto de Infração ser julgado procedente.

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado com a acusação de que foi efetuado destaque do ICMS a menos em documento fiscal, devido a erro na determinação da base de cálculo.

O demonstrativo de débito à fl. 02 indica que foi exigido o ICMS normal, apurado com base na pauta fiscal, em relação à operação própria com Alcool Hidratado Carburante, referente aos DANFES 29329 e 29331 (fls. 09 e 13 do PAF). Por outro lado, os Documentos de Arrecadação Estadual que também acompanhavam a mercadoria (fls. 11/12 e 14/16 do PAF), incidam que houve recolhimento do ICMS por Substituição Tributária, no valor de R\$46,74 para cada DANFE.

O autuado se defendeu, dizendo que foi efetuado o recolhimento do tributo devido a título de substituição tributária, conforme destacado nos DANFES e Documentos de Arrecadação Estadual acostados aos autos. Alega que o fisco levou em consideração para fixar a base de cálculo o valor devido a título de ICMS por Substituição Tributária, bem como o valor devido a título de ICMS normal. Também alega que não foi incluído na base de cálculo, apurada pelo fisco, o desconto incondicional, uma vez que o defendente simplesmente preencheu os campos das notas fiscais e o próprio *software* do Estado da Bahia gerou o cálculo do imposto

Quanto ao imposto a ser recolhido pelo contribuinte em relação às operações de saída de álcool etílico hidratado combustível (AEHC) o RICMS/9 estabelece:

Art. 126. O imposto a ser recolhido pelo responsável em decorrência de substituição tributária por antecipação será pago:

IV - nas operações de saída de álcool etílico hidratado combustível (AEHC) e de álcool a granel não destinado ao uso automotivo, no momento da saída das mercadorias.

Art. 515-B. O imposto relativo à operação própria nas saídas internas ou interestaduais de AEHC ou de álcool não destinado ao uso automotivo, transportado a granel, será recolhido no momento da saída das mercadorias, observando-se o seguinte:

I - o imposto será calculado tomando-se por base o valor da operação ou o valor estabelecido em pauta fiscal, prevalecendo o que for maior;

II - o Documento de Arrecadação Estadual, devidamente quitado, deverá acompanhar a mercadoria na respectiva circulação;

III - o número de autenticação bancária do documento de arrecadação deverá ser indicado no campo "Dados Adicionais" da Nota Fiscal de saída e o número desta no campo "Informações Complementares" do respectivo documento de arrecadação;

§ 1º Os contribuintes industriais poderão, mediante autorização do Diretor de Administração Tributária da região do domicílio fiscal do contribuinte, após parecer técnico da COPEC, recolher o imposto relativo às operações internas até o 9º dia do mês subsequente ao da saída.

Os dispositivos do RICMS/97 acima reproduzidos estabelecem que o imposto relativo à operação própria nas saídas internas ou interestaduais de AEHC ou de álcool não destinado ao uso automotivo, transportado a granel, será recolhido no momento da saída das mercadorias e, somente nos casos em que haja autorização do Diretor de Administração Tributária da região do domicílio fiscal do contribuinte, após parecer técnico da COPEC, é que o contribuinte pode recolher o imposto relativo às operações internas até o 9º dia do mês subsequente ao da saída.

De acordo com o documento à fl. 06 do PAF, foi atribuído efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento nº 0002719-91.2010.805.0000-0, e tal decisão suspendeu os efeitos da liminar referente ao Mandado de Segurança interposto pelo autuado, que determinou à COPEC conceder autorização ao contribuinte para recolher o ICMS incidente nas operações internas no prazo estabelecido no § 1º do art. 515-B do RICMS/BA.

Pelo que consta nos autos, se depreende que deveria ser indicado na descrição da infração que o imposto exigido se refere à operação própria, correspondente às operações internas com AEHC, que deveria ter sido recolhido no momento da saída das mercadorias, considerando que inexistia qualquer Documento de Arrecadação que comprove tal recolhimento. Neste caso, o equívoco quanto à base de cálculo a menos no documento fiscal indica a possibilidade de haver irregularidade no preenchimento do documento fiscal. Apesar do erro constatado, se o imposto tivesse calculado e recolhido corretamente, não seria cobrado novo recolhimento do tributo.

Observo que embora o demonstrativo de débito indique que foi exigido o imposto relativo à operação própria, na descrição da infração não houve qualquer informação, inclusive, se o equívoco constatado se referia ao imposto da operação própria ou da substituição tributária. Como foram juntados aos autos pelo autuante os DAEs que acompanhavam a mercadoria, relativos ao valor destacado nos documentos fiscais correspondente ao ICMS por Substituição Tributária, neste caso, o autuado se defendeu referindo-se ao mencionado recolhimento, e falando sobre desconto incondicional.

O art. 39, inciso III do RPAF/BA, prevê que “o Auto de Infração conterá a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta”.

Por outro lado, a legislação prevê que a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal (art. 19 do RPAF/BA). No caso em exame, a indicação do dispositivo regulamentar no campo específico do Auto de Infração (art. 219, V, alínea “a” do RICMS/BA), não corresponde ao que foi exigido na autuação fiscal.

Entendo que não se trata de incorreção eventual passível do saneamento previsto no § 1º do art. 18 do RPAF/BA, considerando que houve erro na indicação do fulcro da autuação, o que constitui vício insanável. Trata-se de vício não passível de correção no curso do processo, haja vista que a correção implicaria mudança no fulcro da imputação fiscal, e o autuado não se defendeu do fato objeto da exigência do imposto.

Conforme estabelece o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA, é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator

Assim, entendo que é nulo o presente lançamento, tendo em vista que foi efetuado com preterição do direito de defesa, inexistindo para o contribuinte autuado segurança quanto à infração apontada.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 232326.0006/10-5, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA