

A. I. N º - 124157.0840/10-0  
AUTUADO - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.  
AUTUANTE - ANTÔNIO JOSÉ DOS SANTOS  
ORIGEM - IFMT/METRO  
INTERNET - 28.12.2010

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0379-02/10**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A autuação contém vício jurídico que afeta 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 com base em pauta fiscal inexistente, ou seja, a descrição dos fatos não condiz com a infração imputada, bem como a capituloção legal. É nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal, que implique cerceamento de defesa. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 10/03/2010, para exigir ICMS no valor de R\$5.700,00, 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 comprovante de ICMS por Antecipação Tributária referente aos DANFES nº 2167/2176 e 2178 (cópias anexas), emitidos por contribuinte DESCREDENCIADO COPEC/SEFAZ, correspondente à 15.000 lts de Alcôol Hidratado, ilícito previsto no RICMS/BA, de acordo com Decreto nº 6.284/97.*”

O sujeito passivo apresenta defesa às fls.17 a 19, sustentando que o Auto de Infração não merece subsistir, uma vez que não houve qualquer infração à legislação tributária. Expressa seu entendimento de que a acusação fiscal é de que não realizou o recolhimento do ICMS devido nas operações de saída de mercadoria sujeita à antecipação tributária.

Aduz que houve um erro na apuração do valor do imposto devido a título de substituição, quando da lavratura do Auto de Infração, isto porque o Auto de Infração se refere tão somente à suposta falta de retenção do ICMS Substituição devido nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, e o Fisco levou em consideração para fixar a base de cálculo do imposto o quanto devido a título de ICMS Substituição, bem como o quanto devido a título de ICMS principal.

Sustenta que foi constatada falta de retenção do tributo devido a título de substituição, porém, que 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 de sua parte, e que a fiscalização deixou de incluir na base de cálculo do tributo o desconto incondicional, uma vez que simplesmente preencheu os campos das notas fiscais e o próprio software do Estado da Bahia gerou o cálculo.

Invoca o artigo 159, § 1º, inciso II e/ou III, do RPAF/99, para arq infração, requer a exclusão da multa e dos juros imputados, tendo e

que sempre procurou registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante o Estado da Bahia.

Ao final, requer que o Auto de Infração impugnado seja julgado IMPROCEDENTE.

O autuante presta sua informação fiscal às fl.74 a 77, esclarecendo que o autuado realizou operação de venda interna de produtos tributados pelo ICMS referente aos DANFES que acobertavam o trânsito de 15.000 litros de Álcool Hidratado, destinados a contribuinte localizado no Estado da Bahia, e descumpriu exigência da Legislação pertinente, pelo fato de nesta data, encontrar-se na condição de Descredenciado junto à COPEC/SEFAZ (fl.07), e deixar de efetuar tempestivamente, o recolhimento do ICMS devido pela operação, conforme artigos 126 e 515-B, do RICMS/97, que foram transcritos.

Diz que o texto regulamentar é claro, e não deixa dúvidas quanto a sua aplicação nos casos de vendas internas de Álcool Hidratado a granel, ou seja, que é obrigatório para o contribuinte DESCREDENCIADO (sem autorização da COPEC) a emissão de nota fiscal e o respectivo comprovante de pagamento do ICMS (DAE) quitado, que deverá acompanhar a mercadoria no momento da circulação, cujo valor será determinado conforme inciso I do artigo 518-B, do RICMS/97.

Explica que o imposto encontra-se devidamente demonstrado na Memória de Cálculo colacionada à folha 78 do presente processo, que está em consonância com o Demonstrativo de Débito constante do respectivo PAF (folha 02), tomando por base a Pauta Fiscal contida na IN nº 29/2009, extraída da internet no site [www.sefaz.ba.gov.br](http://www.sefaz.ba.gov.br) (folha 79 do PAF).

Quanto a multa aplicada pelo descumprimento da obrigação principal, o preposto fiscal transcreveu os artigos 911 e 915, do RICMS/97, para mostrar o percentual aplicado e que a responsabilidade por infração relativa ao ICMS independe da intenção do agente ou beneficiário.

Concluindo, ressalta que o estabelecimento autuado encontrava-se, e ainda encontra-se, Descredenciado (fl.07) para recolher o imposto no mês subsequente, condição que não lhe permite emitir notas fiscais de Álcool Hidratado para circulação interna sem o respectivo comprovante de pagamento do ICMS (DAE) da operação própria e da substituição tributária, e pede a manutenção de sua ação fiscal pela procedência da autuação.

O sujeito passivo foi intimado a conhecer a informação fiscal e os novos elementos juntados aos autos, conforme intimação à fl.82, vindo a se manifestar às fls.84 a 90, nos seguintes termos.

Reitera seu entendimento de que a autuação concerne à falta de recolhimento do ICMS decorrente de substituição tributária por antecipação, calculado sobre a base de cálculo de R\$30.000,00, resultante a aplicação da pauta fiscal de R\$2,00 sobre a quantidade de 15.000 litros do produto objeto da autuação, prevista na Instrução Normativa nº 29/2009.

Afirma que o ICMS-ST foi devidamente recolhido no momento da saída da mercadoria, tendo juntado para comprovar esta alegação, cópias dos respectivos DAE's às fls.22, 24, 27, 29, 32 e 34.

Reafirma que a exigência fiscal se refere à falta de retenção do ICMS Substituição devido nas operações de saída de mercadoria sujeita à antecipação tributária quando da lavratura do Auto de Infração, e não ao ICMS próprio.

Observa que a fiscalização levou em consideração para fixar a base de cálculo do imposto devido a título de ICMS Substituição bem como o quanto devido a título de ICMS próprio, o valor cheio da Pauta Fiscal sem a dedução do ICMS próprio.

Sustenta que não houve qualquer erro na base de cálculo, pois seguiu o entendimento da SEFAZ, e não foi incluído o desconto condicional na base de cálculo do imposto, afirmando que recolheu o ICMS-ST com base no cálculo do valor constante da Pauta Fiscal menos o valor do ICMS próprio, e não com base no valor cheio da Pauta Fiscal.

Quanto ao descredenciamento para recolhimento do ICMS-ST no mês subsequente ao da saída da mercadoria, frisa que dita autorização é infralegal, porquanto é decorrente da uma previsão regulamentar, concluindo que é arbitrária e sem qualquer respaldo jurídico.

Invocou os artigos 28 e 29 da Lei-Complementar nº 87/96 e o artigo 114 do RICMS/97, para argumentar a desnecessidade de obtenção de autorização da COPEC para recolhimento do tributo no mês subsequente ao da saída do produto, em obediência ao princípio da não-cumulatividade.

Contesta a utilização da pauta fiscal contida na IN nº 29/2009 para obtenção da base de cálculo, dizendo que esta não reflete a realidade do mercado, ou seja, não reflete o preço de mercado praticado e o valor real da mercadoria. Diz que o Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento por meio da Súmula nº 431, a qual, estabelece que “é ilegal a cobrança do ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal”.

Concluindo, pede a improcedência da autuação.

#### 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.”

Consta na descrição que o fato que ensejou a autuação foi: “*Falta de comprovante de ICMS por antecipação tributária, referente aos DANFES nº 2167/2176 e 2178 (cópias anexas), emitidos por contribuinte DESCREDENCIADO COPEC/SEFAZ, correspondente às 15.000 lts de Álcool Hidratado, ilícito previsto no RICMS/BA, de acordo Decreto nº 6.284/97.*”

Apesar de estar 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 2167, 2176 e 2178, que acobertaram o trânsito de 15.000 litros da mercadoria, em razão de não se encontrar credenciado na COPEC/SEFAZ para pagamento do tributo no mês subsequente ao da saída do produto..

A infração foi enquadrada nos artigos 353, II, 126 e 515-B, 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:”

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

N.FISCAL	QUANT. (LT.)	BC NORMAL	ICMS NORMAL	BC ST	ICMS ST
2167	5.000	9.815,00	1.864,85	10.000,00	35,15
2176	5.000	9.815,00	1.864,85	10.000,00	35,15
2178	5.000	9.815,00	1.864,85	10.000,00	35,15
TOTAIS	15.000	29.445,00	5.594,55	30.000,00	105,45

Na análise da Memória de Cálculo à fl.78, verifico que o preposto fiscal utilizou indevidamente pauta fiscal para antecipação parcial estabelecida na Instrução Normativa nº 29/2009, alterada pela Instrução Normativa nº 04/2009, uma vez que: 15.000 litros x R\$ 2,00 = R\$ 30.000,00, valor esse, que foi lançado no auto de infração. Portanto, se a inter-

no auto de infração o valor correspondente às operações normais, de responsabilidade do próprio autuado, o valor seria de R\$ 5.594,55, haja vista que não existe pauta fiscal para a mercadoria objeto da autuação.

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 os argumentos trazidos 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 capituloção legal, além das infrações terem consequências jurídico-tributárias distintas, já que na infração imputada a substituição tributária encerra as fases de tributação nas operações subsequentes e, no elemento pessoal do fato gerador, coloca o sujeito passivo na condição de responsável por substituição tributária. Já a 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.

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 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o auto de infração nº **124157.0840/10-0**, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de dezembro de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR