

A. I. N° - 232197.0007/09-7  
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.  
AUTUANTE - JACKSON DOS SANTOS VASCONCELOS  
ORIGEM - IFMT METRO  
INTERNET - 08.04.2011

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0063-04/11**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSErvâNCIA DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DE DIREITO 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. Infração nula. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 08/01/2010, exige ICMS no valor de R\$ 47.500,00, 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 imposto relativo às operações de saídas de mercadorias sujeitas à substituição por antecipação tributária (álcool hidratado carburante, concernente às notas fiscais eletrônicas de fls. 06 a 25, especificadas no campo “Descrição dos Fatos” de fl. 01), cujo Termo de Apreensão e Ocorrências número 232197.0007/09-7 foi juntado às fls. 05 e 05-A.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 36 a 39.

Assevera que a autuação não merece subsistir, de vez que não houve infração à legislação tributária. A acusação, que é de falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária, é falsa, pois tal recolhimento foi efetuado, conforme documentos anexados.

Ocorre que houve um erro na apuração do gravame devido por substituição quando da lavratura do Auto de Infração, já que o fisco levou em conta, para fixar a base de cálculo, o quanto devido nas operações próprias, bem como o quanto devido por substituição.

Em seguida, ressalta que não errou ao determinar a base de cálculo, pois não incluiu na mesma o desconto incondicional, em virtude de simplesmente ter preenchido os campos do programa fornecido pelo Estado da Bahia para emitir o documento eletrônico.

Pontua que, para verificar essa situação, basta lançar qualquer desconto incondicional no software de emissão da nota fiscal eletrônica, de forma a constatar que o valor deste não é sequer computado na base de cálculo, sendo registrado em um campo à parte, justamente para que não ocorra a diminuição da base de tributação do ICMS, e consequente diminuição da arrecadação tributária.

Não obstante o acima exposto, aponta a suposta ilegalidade na cobrança no que diz respeito ao seu valor, vez que utilizada a Pauta Fiscal da Instrução Normativa 29/2009.

Com fundamento no art. 159 do RPAF/BA, pede a exclusão da multa e dos “juros imputados”. Finaliza pleiteando a improcedência do Auto de Infração.

Às fls. 49 e 50 o sujeito passivo ingressa com petição, requerendo o afastamento dos efeitos da revelia, o que foi acatado no despacho de fl. 55.

O autuante junta informação fiscal às fls. 58 a 61.

Inicialmente, ressalta ter constatado que o produto foi despachado com a devida substituição do tributo, mas sem o recolhimento do ICMS devido nas operações próprias, conforme manda o art. 515-B do seu Regulamento.

Rebate as argumentações defensivas, afirmando que a mercadoria transitava apenas com comprovante (s) de recolhimento (s) referente (s) ao imposto devido por antecipação tributária, que não foi objeto da autuação, inexistindo, como dito acima, demonstração do pagamento do tributo por operações próprias. O sujeito passivo não possui autorização da COPEC para efetuar o recolhimento até o dia 15 do mês subsequente, pelo que deveria transitar com a prova de pagamento do ICMS.

Em seguida, afirma que, para a determinação da base de cálculo, foram tomados os valores registrados nas notas fiscais eletrônicas, e que a multa cominada encontra respaldo legal.

Conclui requerendo a procedência do lançamento.

## VOTO

Inicialmente cabe registrar que é dever do julgador, ao analisar um processo, preliminarmente, debruçar-se sobre o mesmo sob o ponto de vista formal, somente adentrando no mérito se verificado que não há nenhum óbice daquela natureza que fulmine de pronto o PAF por nulidade.

Desse modo, ao verificar se o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas, ou seja, se não estiola qualquer um dos princípios encartados no art. 2º do RPAF/99, em especial os do devido processo legal e da ampla defesa, constato que o ato administrativo em baila apresenta vício insanável, uma vez que há inadequação entre a infração efetivamente cometida pelo sujeito passivo e a acusação fiscal contida na peça inaugural, fato este comprovado diante das provas apensadas aos autos quando da ação fiscal.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS referente à antecipação tributária, relativa às operações de saídas de mercadoria sujeita a esse regime (álcool hidratado carburante, concernente às notas fiscais eletrônicas de fls. 06 a 25, especificadas no campo “Descrição dos Fatos” de fl. 01), sendo enquadrado como infringido o art. 353, II do RICMS/97, com a multa tipificada no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96.

Na defesa apresentada, o autuado alegou que reteve e recolheu o ICMS-ST.

Posteriormente, em sede de informação fiscal, o autuante argumentou que o produto foi despachado com o devido recolhimento do ICMS por antecipação tributária, mas sem o pagamento tempestivo do imposto devido nas operações próprias, em suposta inobservância aos comandos do art. 515-B, II c/c 126, IV do RICMS/BA.

Verifico que o dispositivo indicado no enquadramento do Auto de Infração estabelece:

*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:*

Por sua vez, a multa tipificada determina:

*II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:  
e) quando não for retido o imposto pelo sujeito passivo por substituição.*

Nessa toada, concluo que, em verdade, a autoridade autuante indica, em momento posterior à lavratura do AI, que a irregularidade constatada foi a falta de recolhimento do ICMS normal em operação própria de AEHC, por não possuir o contribuinte autorização da COPEC para recolhimento posterior do imposto.

Entretanto, a descrição da infração, o enquadramento e a multa aplicada se referem à falta de retenção e recolhimento do imposto devido por substituição, fato que não ocorreu.

Por sua vez, o autuado se defendeu do que foi inicialmente acusado (falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST), enquanto na informação fiscal o autuante admitiu que o produto foi

despachado com a devida substituição do ICMS, apontando enquadramento relativo a outro fato: falta de recolhimento do imposto da operação própria (art. 515-B, II c/c 126, IV do RICMS/BA).

Pelo exposto, restou caracterizada a falta de clareza entre o fato ocorrido e a acusação constante do Auto de Infração, bem como indicação de enquadramento da infração e tipificação de multa sem vinculação com o fato constatado, o que se deu em afronta ao princípio do devido processo legal e dificultou o exercício dos direitos ao contraditório e à ampla defesa do autuado, pela falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

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.

Dessa forma, declaro nulo, de ofício, o presente lançamento, de acordo com o art. 18, IV, “a” do RPAF/BA, e recomendo à autoridade competente que determine a renovação da ação fiscal, a salvo de equívocos.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232197.0007/09-7**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA.**, com representação à autoridade competente para que determine a renovação da ação fiscal, desta feita a salvo de equívocos.

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 01 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, 24 de março de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILÓ REIS LOPES – RELATOR

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - JULGADOR