

**A. I. Nº** - 211311.0002/10-4  
**AUTUADO** - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.  
**AUTUANTE** - LUIZ MARCOS REZENDE FONSECA  
**ORIGEM** - IFMT-DAT/METRO  
**INTERNET** - 08.04.2011

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0073-04/11**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. OFENSA AO 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 20/01/2010, exige ICMS no valor de R\$ 15.048,00, 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 mercadoria sujeita à substituição por antecipação tributária (álcool hidratado carburante, concernente às Notas Fiscais eletrônicas 22.735, 22.732, 22.828, 22.831, 22.829, 22.824, 22.823 e 22.822), cujo Termo de Apreensão e Ocorrências número 110526.0001/10-7 foi juntado às fls. 04 e 05.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 21 a 25.

Assevera que a autuação não merece subsistir, de vez que não houve infração à legislação tributária. A acusação é falsa, pois o recolhimento do imposto "normal" foi efetuado nos respectivos dias 09 (nove) subsequentes às ocorrências dos fatos geradores.

Ademais, ao exigir o pagamento relativo ao ICMS próprio no momento da saída, o fisco o impede de exercer o direito de compensar débitos e créditos, em afronta ao princípio da não cumulatividade (art. 28, Lei nº 7.014/96 c/c art. 114, RICMS/97 e art. 155, § 2º, I, CF/88).

Apesar de ter requerido a autorização para pagar no dia 25 do mês seguinte às saídas, a SAT / COPEC se manteve inerte e não decidiu acerca do pleito, formulado em 1º/12/2009, o que lhe causou inúmeros transtornos.

Por isso, em 05/02/2010, diante da omissão da COPEC em conceder a mencionada autorização, impetrou mandado de segurança com pedido de liminar, que foi concedida em 10/02/2010, no sentido de recolher o ICMS - próprio no dia 09 (nove) do mês subsequente, e não no instante da saída.

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.

O autuante junta informação fiscal às fls. 53 a 56.

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 o documento de arrecadação estadual referente ao imposto devido por antecipação tributária, que não foi objeto da autuação, inexistindo, como dito acima, comprovante 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 do 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 querendo 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.

Ao analisar se o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas, ou seja, se não estiola qualquer 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 22.735, 22.732, 22.828, 22.831, 22.829, 22.824, 22.823 e 22.822), 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 argumentou que recolheu o ICMS - próprio.

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 alegada 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 subseqüentes 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.

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 ocorreu 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 **211311.0002/10-4**, 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de março de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - JULGADOR