

**A. I. N°** - 232278.0009/09-7  
**AUTUADO** - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.  
**AUTUANTE** - OSMÁRIO DA SILVA MENDONÇA  
**ORIGEM** - IFMT-DAT/METRO  
**INTERNET** - 12.05.2011

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF N° 0101-04/11

**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. Infração nula. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 01/12/09 para exigir ICMS no valor de R\$5.643,00, acrescido de multa de 60%, em decorrência da falta de retenção do imposto na operação de saída de mercadoria sujeita à antecipação tributária.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 15/17), inicialmente discorre sobre a infração e afirma não ser verdade a acusação de que deixou de recolher o ICMS-ST discriminado na NFe e DAE.

Admite que houve erro na apuração do valor do imposto devido a título de substituição tributária, mas 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”.

Afirma que não foi “incluído na base de cálculo do tributo o desconto incondicional”, em razão de que preencheu os campos das notas fiscais e o próprio *software* do Estado da Bahia que gerou o cálculo e para verificar esse fato, basta lançar qualquer desconto incondicional no *software* de emissão da Nota Fiscal Eletrônica e se verá 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 cálculo do ICMS e, diminuição da arrecadação tributária.

Questiona se o programa de emissão de Nota Fiscal eletrônica disponibilizado pelo Fisco impede que sejam lançados descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS, como seria possível ter incluído indevidamente o desconto incondicional na base de cálculo.

Além disso, requer que sejam excluídos a multa e os juros imputados, em vista de ter agido com boa-fé, ao registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante o Estado da Bahia de acordo com o art. 159, §1º, II e/ou III do RPAF. Requer a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal prestada às fls. 33 a 37 o autuante esclarece que no momento da ação fiscal o autuado conduzia as mercadorias acobertadas pelos DANFES 20476 e 20469, “com a devida substituição do ICMS, mas sem o recolhimento tempestivo do imposto em suas operações próprias, conforme art. 515-B do RICMS/BA combinado com o Protocolo 17/04”.

Transcreve os artigos 515-A, 515-B e 126 do RICMS/BA, para demonstrar que de acordo com os citados dispositivos legais, quando do trânsito de Álcool Etilico Hidratado Carburante (AEHC), a mercadoria deve estar acompanhada do Documento Estadual de Arrecadação do ICMS.

Comenta os argumentos apresentados na defesa e diz que pelo enunciado do Auto de Infração o que se busca é o pagamento do ICMS normal conforme previsto na legislação do ICMS e não do ICMS-ST, tendo em vista que o autuado não possui autorização da COPEC para fazer recolhimento em prazo especial, devendo o pagamento ser feito de imediato.

Esclarece que a base de cálculo utilizada foi a mesma constante dos DANFES 20476 e 20469 e não foi inventada para se cobrar o imposto e sim o valor que está destacado no documento fiscal. Requer a procedência do Auto de Infração.

## VOTO

O Auto de Infração acusa como infração “Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações da saída de mercadorias sujeita à antecipação tributária”.

Indica enquadramento no art. 353, II do RICMS e multa tipificada no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96.

Na defesa apresentada o autuado argumentou que reteve e recolheu o ICMS-ST através de DAE.

Na informação fiscal o autuante argumentou “que o produto foi despachado com a devida substituição do ICMS” mas sem o recolhimento tempestivo do imposto da operação própria, conforme disposto no art. 515-B, II c/c. o art. 126, IV do RICMS/BA.

Verifico que o dispositivo indicado no enquadramento 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.

Constato que o Termo de Apreensão e Ocorrência (fl. 5) indica que a irregularidade constatada foi a falta de recolhimento do ICMS normal em operação própria de AEHC por não possuir autorização do COPEC para recolhimento do imposto no prazo normal, também indicado no campo da descrição dos fatos do Auto de Infração.

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 acusado (falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST) e na informação fiscal o autuante admitiu “que o produto foi despachado com a devida substituição do ICMS” e apontou enquadramento relativo a outro fato: falta de recolhimento do imposto da operação própria (art. 515-B, II c/c o art. 126, IV do RICMS/BA).

Pelo exposto, restou caracterizada 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 ocorrido o que dificultou o exercício do direito de defesa pela falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

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 para mandar renovar a 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 232278.0009/09-7, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de abril de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR