

A. I. Nº - 232267.0011/09-7  
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.  
AUTUANTE - NILSON DE ABREU SANTA RITTA  
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO  
INTERNET - 10. 05. 11

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF Nº 0113-01/11**

**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 a tipificação da multa correlata com a infração cometida. Há insegurança na determinação da infração, bem como cerceamento do direito de defesa. Infração nula, ao teor do disposto no art. 18, II, IV, “a”, do RPAF/99. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado, em 26/12/09, para exigir ICMS, no valor de R\$ 76.941,83, acrescido de multa de 60%, em decorrência da “falta de retenção do ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária”.

Na descrição dos fatos, consta que se trata de “falta de recolhimento no prazo regulamentar do ICMS relativo à operação própria, referente à veda de álcool hidratado carburante, transportado a granel, no total de 205.000 litros conforme os DANFE’s 21373 [...] 21762 encontrando-se o contribuinte na condição de “desautorizado” junto à COPEC.”

Em 19/03/10, o autuado protocolou a petição de fls. 44 e 45, na qual informa que tomou ciência da notificação para pagar os débitos tributários referentes a nove processos administrativos fiscais por meio do Edital nº 03/2010, publicado no Diário Oficial do Estado do dia 13/02/10. Afirma que, nessa notificação, consta que deveria se dirigir à COPEC (Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis), para obter acesso aos referidos processos e, assim, poder exercer o seu direito de defesa. Diz que, ao se dirigir à COPEC, foi informado que não poderia ter acesso aos referidos processos, pois os autos não estavam naquela repartição fazendária. Dessa forma, solicita que lhe seja entregue cópia do Auto de Infração e de seus anexos e que seja reaberto o prazo de defesa em trinta dias.

Encaminhado o processo ao autuante, o agente de tributos estaduais informou que no Diário Oficial do Estado dos dias 13 e 14 de março de 2010 (fl. 37) consta o Edital nº 03/2010, citado pelo autuado em sua petição de fls. 44 e 45. Ao concluir, o autuante diz: *Como não trata de “Informação Fiscal”, estou retornando o processo em lide para apreciação e deliberação quanto ao solicitado pelo contribuinte.*

De acordo com o despacho à fl. 58-V, em 15/06/10, o processo foi encaminhado ao CONSEF, para análise da situação apresentada quanto ao tipo de ciência do contribuinte. Em 13/10/10, o processo foi, mediante sorteio, distribuído para este relator.

Após apreciação em pauta suplementar, decidiu a 1<sup>a</sup> JJF converter o processo em diligência à IFMT-DAT/METRO, para que o autuado fosse regulamente notificado acerca do Auto de Infração, com a

reabertura do prazo de defesa. Foi observado que, caso o autuado apresentasse defesa, o autuante deveria prestar a informação fiscal correspondente.

A diligência foi atendida, conforme fls. 63 e 64.

O autuado apresentou a defesa de fls. 66 a 70 e, preliminarmente, suscita a nulidade do lançamento sob o argumento de que não consta no Auto de Infração a alíquota aplicada pelo autuante, deixando, assim, de ser observado o previsto no art. 39, IV, “c”, do RPAF/99. Diz que a indicação da alíquota é imprescindível, uma vez que deveria dispor de todos os elementos necessários ao exercício do seu direito de defesa. Sustenta que o Auto de Infração é nulo, à luz do art. 2º combinado com o art. 18, II, do RPAF/99.

No mérito, afirma que o Auto de Infração não merece subsistir, uma vez que houve o recolhimento do ICMS devido a título de substituição tributária, conforme discriminado nas notas fiscais e nos documentos de arrecadação, cuja juntada posterior requer.

Sustenta que houve um erro na apuração do valor do imposto devido por substituição tributária, quando da lavratura do Auto de Infração. Explica que o lançamento se refere apenas à suposta falta de retenção do ICMS devido por substituição tributária nas operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária e, no entanto, o fisco levou em consideração para a fixação da base de cálculo o ICMS devido por substituição tributária e o ICMS principal.

Ressalta que não cometeu erro na determinação da base de cálculo do ICMS, na qual não foi incluído qualquer desconto incondicional. Diz que apenas preencheu os campos da nota fiscal, cabendo ao próprio *software* da Secretaria da Fazenda gerar o cálculo do imposto. Frisa que o próprio sistema de emissão de nota fiscal eletrônica impede que sejam lançados descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS.

Assevera que salta aos olhos a ilegalidade da cobrança no que diz respeito ao seu valor, uma vez que foi utilizada como referência a pauta fiscal contida na IN 29/2009, para que se obtivesse o montante da base de cálculo. Diz que o valor não poderia ser apurado com base em pauta fiscal, sob pena de cobrar do sujeito passivo um valor muito além do quanto devido. Destaca que, à época dos fatos, o AEHC, em raríssimas exceções, foi comercializado a R\$ 2,00 o litro. Frisa que esse valor é arbitrário e “irrazoável”. Menciona que a Súmula 431 do STJ já pacificou o entendimento de que é *illegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal*.

Após transcrever o disposto no art. 159, § 1º, II e III, do RPAF/99, o autuado solicita que, caso a autuação seja mantida, a multa e os juros indicados no Auto de Infração seja excluídos, tendo em vista a sua boa-fé.

Ao finalizar sua defesa, o autuado requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Na informação fiscal, fls. 81 e 82, o autuante explica que não há razão para a nulidade suscitada na defesa, uma vez que a alíquota utilizada na apuração do imposto exigido está inserida no campo próprio do Demonstrativo de Débito (fl. 3).

No mérito, diz que o Auto de Infração em comento trata da falta de recolhimento do ICMS referente às operações próprias do autuado. Menciona que o disposto no art. 515-B do RICMS-BA determina que o ICMS relativo à operação própria seja recolhido no momento da saída do álcool etílico hidratado carburante (AEHC), bem como prevê que o trânsito da mercadoria será feito acompanhado do DAE referente à operação, conforme dispositivos do RICMS-BA que transcreve.

Diz que, como a mercadoria apreendida estava transitando sem os DAEs referentes às operações próprias e como o autuado não gozava do benefício previsto no §1º do art. 515-B do RICMS-BA, para recolher o ICMS em questão até o dia 15 do mês subsequente ao das operações, a infração imputada ao contribuinte ficou caracterizada.

Salienta que o montante do imposto devido não foi apurado com base na pauta fiscal, mas sim conforme o valor da operação constante nos DANFEs.

Quanto ao pedido para a redução ou dispensa da multa, afirma que o autuado é reincidente neste tipo de infração.

Ao finalizar a informação fiscal, o autuante solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

## VOTO

No Auto de Infração em lide, o autuado foi acusado da “Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária”. Foi dado como infringido o disposto no art. 353, II, do RICMS-BA. Para essa infração, foi aplicada a multa capitulada no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

No Auto de Infração e no Termo de Apreensão e de Ocorrência, o autuante descreveu a irregularidade por ele apurada como sendo a [...] *falta de recolhimento no prazo regulamentar do ICMS referente a operação própria [...]*.

De acordo com a acusação feita ao autuado, com os dispositivos legais citados no Auto de Infração e com a multa que foi imposta, sou levado a concluir que o lançamento tributário em questão trata da falta de retenção do ICMS devido por substituição tributária. Já se seguir a descrição dos fatos, encontro a acusação de falta de recolhimento do “ICMS referente a operação própria” Há, portanto, uma divergência entre a acusação imputada ao autuado e o fato descrito na autuação. Essa divergência torna insegura a determinação da infração apurada, bem como cerceia o direito de defesa do autuado.

O cerceamento de defesa fica ainda mais claro quando se observa que a defesa interposta girou em torno do pagamento do ICMS devido por substituição tributária e, no entanto, o Auto de Infração tratava de ICMS referente à operação própria do autuado. A insegurança na determinação da infração cerceou o exercício do direito de defesa de tal forma, que o autuado foi levado a se defender de algo que não era o efetivo objeto da autuação.

Apenas na informação fiscal, o autuante explica que o lançamento busca o pagamento do ICMS devido pelo autuado em suas operações normais, e não o ICMS devido por substituição tributária. Todavia, não há como se adequar o lançamento tributário para que a autuação se ajuste a essa nova acusação.

Considero que, nos termos do art. 18, II e IV, “a”, do RPAF/99, o Auto de Infração em lide é nulo por cerceamento do direito de defesa e por insegurança na determinação da infração. Não há como se corrigir tais falhas mediante diligência, pois elas são de tal gravidade que se torna necessário um novo Auto de Infração, livre desses vícios.

Apenas para robustecer a nulidade acima, a qual já fulmina de nulidade o Auto de Infração, saliento que o lançamento contém outros vícios formais, quais sejam, a falta de indicação da alíquota aplicada no Auto de Infração (fl. 1), a indicação equivocada da data de vencimento do débito no Auto de Infração e no Demonstrativo de Débito (fls. 1 e 2) e o valor referente ao campo “C. Monetária” no Demonstrativo de Débito (fl. 2).

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, represento à autoridade fazendária competente para que determine o refazimento da ação fiscal, a salvo de falhas.

Voto, portanto, pela NULIDADE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 232267.0011/09-7, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA.**

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, 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, 25 de abril de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR