

**A. I. Nº** - 124157.0784/09-9  
**AUTUADO** - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.  
**AUTUANTE** - ANTONIO JOSE DOS SANTOS  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/METRO  
**INTERNET** - 27. 09. 2011

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACORDÃO JJF Nº 0254-01/11

**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 tipificação da multa correlata com a infração cometida. Há insegurança na determinação da infração, bem como cerceamento do direito de defesa. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 09/12/2009, exige ICMS no valor de R\$ 5.700,00, acrescido de multa de 60%, em decorrência de falta de retenção do ICMS substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.

Consta na “*Descrição dos Fatos*” do Auto de Infração: “Falta de comprovante de ICMS por Antecipação Tributária referente aos DANFES nº 20892 e 20893 (cópias anexas), emitidos por contribuinte DESCRENCIADO COPEC/SEFAZ, correspondente à 15.000 lts. de Álcool Hidratado, ilícito previsto no RICMS/BA”.

Consta à fl. 15 dos autos Termo de Revelia, por ter o autuado deixado transcorrer o prazo de 30(trinta)dias, a partir da ciência, sem apresentar defesa, efetuar pagamento, ou fazer depósito do seu montante integral, do débito apurado no Auto de Infração em discussão.

Às fls. 21/22, requerimento do autuado no sentido de que seja transferido o depósito da mercadoria apreendida para o seu nome, haja vista que foi indicado como fiel depositário a empresa Rodrigues Torres Comércio e Derivados de Petróleo Ltda.

O autuado apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 32 a 34, sustentando que o Auto de Infração não merece subsistir, tendo em vista que não praticou qualquer infração à legislação tributária. Diz que na descrição dos fatos foi relatado que a impugnante “não realizou o recolhimento de ICMS devido nas operações de saída de mercadoria sujeitas à antecipação tributária”, contudo, que tal relato não corresponde à realidade, posto que houve o recolhimento do tributo devido à título de substituição, conforme consta nas NFs-e e documentos de arrecadação anexados aos autos.

Assevera que houve um erro na apuração do valor do imposto devido a título de substituição tributária, quando da lavratura do Auto de Infração. Argumenta que o Auto de Infração se refere tão-somente à suposta falta de retenção do ICMS Substituição, devido nas operações de saída da mercadoria sujeita à antecipação tributária, porém, o Fisco considerou o valor do ICMS Substituição, bem como o valor devido de ICMS principal. Salieta que, a falta de retenção alegada não existiu, uma vez que o valor foi devidamente recolhido quando da realização das operações de saída das mercadorias.

Ressalta que não houve erro na determinação da base de cálculo, assim como, que não houve a inclusão do desconto incondicional nessa base de cálculo, uma vez que, simplesmente, preencheu os campos das notas fiscais e o próprio *software* do Estado da Bahia gerou o cálculo. Afirma que o próprio programa de emissão de Nota Fiscal eletrônica impede o lançamento de descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS.

Finaliza requerendo a improcedência do Auto de Infração ou, se mantida a autuação, a exclusão da multa e dos juros imputados com fulcro no art. 159, §1º, II, III, do RPAF.

Constam às fls. 50 a 53, requerimento da empresa Rodrigues Torres Comércio e Derivados de Petróleo Ltda., no qual pleiteia o cancelamento do Termo de Apreensão e Ocorrências nº 124157.0784/09-9, posto que fora apreendida mercadoria de sua propriedade em virtude de infração imputada a outrem; caso assim não entenda, o que não se espera, roga que essa Secretaria providencie o transporte da mercadoria que, desde já, está a sua disposição.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 66 a 69), contestando os argumentos defensivos, esclarecendo que o autuado efetuou operação de venda interna de produtos tributados pelo ICMS, no caso, 15.000 litros de álcool hidratado referente aos DANFES 20892 e 20893, destinados a contribuinte localizado no Estado da Bahia, descumprindo a legislação pertinente, pelo fato de nesta data encontrar-se na condição de descredenciado junto à COPEC/SEFAZ, conforme consta à fl. 72 dos autos, e ter deixado de efetuar tempestivamente, o recolhimento do ICMS devido pela operação, conforme exige o RICMS/BA, nos seus artigos 126 e 515-B, cujo teor reproduz.

Afirma que o texto regulamentar é claro quanto à obrigatoriedade do contribuinte descredenciado, isto é, sem autorização da COPEC, de emissão de nota fiscal e respectivo recolhimento do ICMS, mediante DAE quitado, que deverá acompanhar as mercadorias no momento da circulação, cujo valor será determinado em conformidade com o inciso I do art. 515-B do RICMS/BA.

Salienta que para maior clareza e entendimento sobre a forma como foram apurados os valores apontados no Auto de Infração, deve ser consultada a “Memória de Cálculo” acostada à fl. 70 dos autos que se encontra em consonância com o Demonstrativo de Débito do Auto de Infração. Acrescenta que utilizou como ponto de partida, o valor da Pauta Fiscal contido na Instrução Normativa nº 29/2009.

Conclui mantendo integralmente o Auto de Infração.

O autuado apresentou petição (fls. 78/79), registrando que foi autuado através do Auto de Infração em exame, no qual lhe foi exigido um valor a título de ICMS.

Diz que em conformidade com os registros da SEFAZ/BA, encontra-se na situação de revel, segundo consta, por não ter apresentado a defesa.

Sustenta que não foi comunicado pela Administração Tributária sobre a autuação pessoalmente, conforme determina o art. 108 do RPAF/99, motivo pelo qual deve ser afastada a perempção e devolvido o prazo para interposição da defesa.

Finaliza requerendo que o CONSEF afaste a revelia, devolvendo-lhe o prazo para apresentação de defesa, pela inobservância das disposições do art. 108 do RPAF/99.

A 1ª JJF, após análise da alegação defensiva juntamente com os documentos que compõem o presente processo, concluiu que, efetivamente, não houve a necessária e indispensável intimação do contribuinte quando da lavratura do Auto de Infração, razão pela qual, conforme previsto no § 1º do art. 138 do RPAF/99, deliberou pelo retorno do presente processo à IFMT/DAT/METRO (fl. 87), a fim de que fosse intimado o contribuinte para que apresentasse defesa, concedendo-lhe o prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data da ciência do recebimento da intimação. Foi solicitado que, em seguida, deveria ser dada ciência ao autuante sobre a defesa apresentada pelo autuado, para que prestasse informação fiscal.

Intimado o autuado sobre a reabertura do prazo de defesa, este apresentou defesa às fls. 93 a 96, afirmando que o Auto de Infração não merece subsistir, tendo em vista que não praticou qualquer infração à legislação tributária. Diz que na descrição dos fatos foi relatado que não realizou o recolhimento de ICMS devido nas operações de saída de mercadoria sujeitas à antecipação tributária, contudo, que tal relato não corresponde à realidade, posto que houve o recolhimento do tributo devido à título de substituição, conforme discriminado nas NFs-e e documentos de arrecadação anexados aos autos.

Assevera que houve um erro na apuração do valor do imposto devido a título de substituição tributária, quando da lavratura do Auto de Infração. Argumenta que o Auto de Infração se refere tão-somente à suposta falta de retenção do ICMS Substituição, devido nas operações de saída da mercadoria sujeita à antecipação tributária, porém, o Fisco considerou o valor do ICMS Substituição, bem como o valor devido de ICMS principal. Salienta que, a falta de retenção alegada não existiu, uma vez que o valor foi devidamente recolhido quando da realização das operações de saída das mercadorias.

Ressalta que não houve erro na determinação da base de cálculo, assim como, que não houve a inclusão do desconto incondicional nessa base de cálculo, uma vez que, simplesmente, preencheu os campos das notas fiscais e o próprio *software* do Estado da Bahia gerou o cálculo. Afirma que o próprio programa de emissão de Nota Fiscal eletrônica impede o lançamento de descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS, a fim de que não ocorra a diminuição da base de cálculo do ICMS e, por consequência, a diminuição da arrecadação tributária.

Sustenta 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 determinação da base de cálculo do tributo, haja vista que esta não reflete a realidade do mercado. Diz que a autuação deve ser baseada em valores concretos, sob pena de ser exigido do contribuinte valores superiores ao efetivamente devido.

Frisa que é cediço que o álcool hidratado na Bahia, à época, salvo raríssimas exceções, foi comercializado no valor de R\$ 2,00 o litro nos postos de combustíveis, sendo tal valor completamente arbitrário e irrazoável. Acrescenta que para o Fisco estadual mesmo o litro sendo vendido a valores abaixo de R\$ 2,00, o que efetivamente ocorre, o produto sempre será tributado com base na Pauta Fiscal, conduto que não pode prosperar, por não refletir o preço de mercado praticado e o valor rela da mercadoria.

Invoca decisão do Superior Tribunal de Justiça proferida nos termos da Súmula n. 431, no sentido de que *“é ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal”*.

Ressalta que caso seja confirmada a procedência da autuação, o que diz não acreditar, deve o imposto ser calculado com base no preço real de mercado praticado pelos postos de combustíveis à época dos fatos.

Finaliza requerendo a improcedência do Auto de Infração ou, se mantida a autuação, a exclusão da multa e dos juros imputados com fulcro no art. 159, §1º, II, III, do RPAF.

O autuante se pronunciou (fls. 105/106) reiterando os termos do lançamento original, bem como a informação fiscal prestada às fls. 66 a 72 dos autos.

#### **VOTO**

Versa o Auto de Infração em lide sobre *“falta de retenção do ICMS substituição nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária”*, sendo indicados como infringidos os artigos 353, II, do RICMS/BA e indicado como dispositivo legal da multa imposta o art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

Inicialmente, cabe-me consignar que esta Junta de Julgamento Fiscal ao julgar o Auto de Infração nº 124157.0787/09-8, lavrado contra o mesmo contribuinte do Auto de Infração em lide, pelo mesmo autuante, envolvendo a mesma matéria só que em período diverso, teve sua decisão proferida nos termos do Acórdão 0359-01/10 pela procedência parcial da autuação, modificada para nulidade pela segunda instância desta CONSEF, no caso, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, conforme o Acórdão CJF Nº 0183-11/11, em decisão unânime.

O fundamento para decretação da nulidade da autuação pela segunda instância, conforme aduzido acima, se encontra traduzido no voto do ilustre Conselheiro/Relator Valnei Sousa Freire, cujo teor reproduzo integralmente abaixo, para melhor compreensão da decisão:

#### “VOTO

O Auto de Infração epigrafado imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, tendo a Primeira Instância, decidido pela procedência parcial da autuação, o que gerou a irresignação do sujeito passivo, manifestada através de Recurso Voluntário, visando promover a reforma do julgado.

Do exame das peças processuais, constata-se ter o recorrente suscitado a nulidade da ação fiscal, sob o fundamento de que teve o seu direito de defesa cerceado, porquanto se exigia ICMS decorrente de falta de retenção do ICMS-Substituição Tributária nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, enquanto a Decisão se reportou ao recolhimento do ICMS supostamente devido em virtude de operação própria, sem que tal infração fosse objeto da autuação fiscal.

Asseverou que, tendo sido autuado em decorrência da ausência de recolhimento do ICMS-ST, dirigiu a sua defesa contra esse fato específico.

Ocorre que o decisório da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, após rejeitar a preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa, posicionou-se na linha de não terem pertinência os argumentos trazidos na peça defensiva, por se referirem à base de cálculo da substituição tributária, matéria totalmente distinta daquela que foi objeto da autuação - ICMS Normal.

Dúvidas inexistem de que, efetivamente, o autuado desenvolveu o seu inconformismo com foco na acusação de falta de retenção de ICMS devido por substituição tributária, não se reportando à acusação de falta de pagamento do ICMS normal, devido na saída da mercadoria, imputação sobre a qual versou a sua condenação na Decisão de piso.

Nesse contexto, entendo que se encontra configurado o prejuízo à defesa do contribuinte, mesmo que, no âmbito do Recurso Voluntário, fosse contestada a real infração, porquanto supresso estaria o julgamento sobre o tema na 1ª Instância.

Com efeito, a descrição dos fatos e documentos fiscais lastreadores da autuação indicam que o fiscal autuante efetuou o lançamento tributário de ofício, no valor do ICMS “normal”, próprio da operação de saída da mercadoria, entretanto, incorreu em erro ao enquadrá-lo, no campo específico, como falta de retenção do ICMS Substituição, fato capaz de gerar dúvida ao sujeito passivo, o qual apresentou sua defesa com foco na infração apontada no enquadramento e não naquela realmente cometida.

Válido ressaltar o aspecto de que o autuante, embora no enquadramento normativo constante do Auto de Infração, cite o artigo 353, inciso II, do RICMS/BA, que trata de ICMS devido na condição de substituto tributário, na Informação Fiscal prestada aduziu se encontrar a autuação também lastreada nos artigos 126, 515-A e 515-B, todos do RICMS/BA, os quais dispõem sobre o imposto devido por operação própria, não tendo a JJF determinado a reabertura do prazo de defesa para que o contribuinte tomasse conhecimento e se defendesse da real imputação.

Assim é que, frise-se, somente na informação fiscal ficou claro que se tratava de falta de recolhimento do ICMS normal, referente às operações próprias do contribuinte, nesse quadro circunstancial havendo nítida divergência entre a acusação (“*falta de retenção do ICMS Substituição nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária*”) e a descrição do fato infracional (“*falta de comprovante de ICMS por Antecipação Tributária referente aos DANFES nº 20784 e 20986 (cópias anexas) emitidos por contribuinte DESCRENCIADO COPEC/SEFAZ, correspondente a 15.000 lts de Álcool Hidratado, ilícito previsto no RICMS/BA. de acordo Decreto nº 6.284/97.*”), o que torna, incontestavelmente, insegura a determinação da infração apurada, implicando no cerceamento do direito de defesa do autuado.

Logo, verifica-se a existência de vício insanável capaz de fulminar o Auto de Infração em comento, qual seja, a falta de identidade entre o fato infracional descrito no lançamento e aquele ensejador da imputação, o que, por si só, geraria a nulidade do lançamento, a teor do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, segundo o qual é nulo o lançamento de ofício que não contenha elementos suficientes para se determinar, com segurança, a natureza da infração cometida, o que, em última análise, acarreta prejuízo ao pleno exercício do contraditório.

Em suma, o caso concreto é de decretação da nulidade do Auto de Infração, não sendo hipótese de saneamento, em face da impossibilidade de se determinar, com segurança, a infração verificada na ação fiscal, a qual teria originado a autuação.

Destaco, finalmente, que, apesar de aparentar atraso na cobrança do imposto porventura devido, tal posicionamento, entretanto, pode representar economia futura para o Estado da Bahia, ao evitar possíveis honorários sucumbenciais, os quais, provavelmente, ocorreriam em uma demanda no âmbito da Justiça Estadual.

Concludentemente, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, julgando NULO o presente Auto de Infração e, nos termos do art. 156 do RPAF, represento à Autoridade Fiscal competente, objetivando a instauração de novo procedimento fiscal no estabelecimento do contribuinte, a fim de verificar o recolhimento do tributo relativo à operação objeto do presente lançamento de ofício.”

Conforme se verifica, em apertada síntese, a decisão foi fundamentada na existência de vício insanável capaz de fulminar o Auto de Infração, no caso, a falta de identidade entre a infração descrita no lançamento e o fato que ensejou, efetivamente, a imputação, não sendo hipótese de saneamento, em face da impossibilidade de se determinar, com segurança, a infração verificada na ação fiscal, a qual teria originado a autuação.

Diante disto, acorde com a decisão acima referida, considero nulo o Auto de Infração em exame com fulcro no art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **124157.0784/09-9**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA**. Recomendada a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, conforme disciplina do art. 21 do RPAF/BA.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de setembro de 2011

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR