

A. I. N° - 124157.0830/10-4  
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.  
AUTUANTES - ANTONIO JOSÉ DOS SANTOS  
ORIGEM - IFMT METRO  
INTERNET - 14/12/2011

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

**ACÓRDÃO JJF N° 0264-03/11**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. Exigência de fato jurídico diverso daquele efetivamente ocorrido implicou preterição do direito de defesa. Inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração imputada. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 24/02/2010, exige ICMS no valor de R\$ 66.500,00, 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 ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária. Consta na descrição dos fatos, que se trata da falta de comprovante de ICMS por Antecipação Tributária referente aos DANFEs emitidos por contribuinte DESCREDENCIADO NA COPEC/SEFAZ, correspondente à venda de 175.000 litros de Álcool Hidratado.

O Termo de Apreensão e Ocorrências número 124157.0830/10-4 foi juntado às fls. 04 e 05.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 41 a 44 asseverando que a autuação não merece subsistir visto que não houve qualquer infração à legislação tributária, tendo em vista que houve, sim, o recolhimento devido a título de substituição tributária conforme discriminado nos DANFEs e os Documentos de Arrecadação anexados.

Diz não entender como a fiscalização apurou o imposto exigido no Auto de Infração já que a acusação reporta-se à suposta falta de retenção do ICMS substituição devidas nas operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, entretanto, desconhece totalmente a base de cálculo indicada no auto de infração.

Acrescenta, ainda, que a irregularidade apontada jamais ocorreu já que o imposto exigido foi recolhido no momento da realização das operações de saídas das mercadorias, conforme comprovantes de recolhimentos, por ele anexados.

Em seguida, ressalta que não errou ao determinar à base de cálculo do ICMS Substituição ao não incluir na mesma o desconto incondicional, já que simplesmente preencheu 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 consequentemente diminuição da arrecadação tributária.

Também postula a improcedência do cálculo efetuado pela fiscalização, sob o fundamento de ter ela utilizado uma pauta fiscal fictícia, totalmente desproporcional e muito além da realidade do mercado de combustíveis do Brasil, sendo amplamente sabido que, no território baiano, o litro do álcool etílico hidratado combustível nunca foi vendido ao preço de R\$ 2,00. Assim, baseado em decisão do STJ, afirma ser “ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal”.

Prossegue solicitando que, caso confirmada a procedência da autuação, o valor exigido seja calculado com base no preço real de mercado praticado pelos postos de combustível à época dos fatos geradores. Com fundamento no art. 159 do RPAF/BA, pede a exclusão da multa e dos “juros imputados.

Concluiu requerendo a improcedência do Auto de Infração

O autuante junta informação fiscal às fls. 136 a 139.

Rebate as argumentações defensivas, afirmando que a defendante encontrava-se na condição de descredenciado junto à COPEC/SEFAZ e efetuou operação de venda interna de 175.000 litros de álcool hidratado, sem o recolhimento tempestivo do ICMS devido pela operação, descumprindo o previsto nos arts. 126 e 515-B do RICMS/BA.

Prossegue esclarecendo que o imposto foi calculado de acordo com a Memória de Cálculo anexada à fl. 140 e este valor encontra-se em consonância com o Demonstrativo de Débito constante no PAF à fl. 02. Diz que o preço utilizado foi o da Pauta Fiscal contida na IN 29/2009 anexada à fl. 135.

Reafirmou que a empresa encontrava-se, e ainda se encontra Descredenciada, ou seja, sem autorização para circular internamente com notas fiscais de álcool hidratado sem o respectivo comprovante de pagamento do ICMS da operação própria e da substituição tributária.

Afirmou que a autuada equivocou-se no entendimento das exigências contidas na legislação pertinente e não se manifestou sobre o seu descredenciamento junto à SEFAZ/BA, distanciando-se da verdadeira razão que motivou à reclamação do Crédito Tributário.

Finaliza requerendo a Procedência do Auto de Infração.

À fl.143 consta Intimação científica o contribuinte sobre os novos documentos anexados na Informação Fiscal, concedendo-lhe o prazo de 10 (dez dias) para se manifestar, querendo.

O autuado se manifesta às fls. 145 a 150, dizendo que, segundo o autuante, não houve comprovação de pagamento do ICMS da operação própria e da substituição tributária, contudo, no seu entendimento, não há que se falar em ICMS próprio no caso dos autos, pois a autuação versa tão-somente sobre o ICMS Substituição, conforme se verifica na própria memória de cálculo anexada à fl. 140.

Contesta o cálculo efetuado no mencionado documento tendo em vista que para a apuração da Base de Cálculo do ICMS foi utilizado o valor cheio da Pauta Fiscal, sem a dedução do ICMS próprio.

Assevera que recolheu o ICMS-ST com base na diferença entre o valor constante na Pauta Fiscal (R\$2,00 o litro) e o valor do ICMS próprio, sem o cálculo do desconto incondicional. Assim, não houve equívoco no recolhimento, tendo em vista que foi obedecido o disposto na legislação.

Quanto ao descredenciamento afirma ser uma autorização decorrente de uma previsão regulamentar, ou seja, infralegal, sem qualquer respaldo jurídico, já que determinou que os contribuintes que comercializassem álcool hidratado precisariam de uma autorização de um órgão da própria Secretaria da Fazenda (COPEC) para que pudessem recolher o ICMS-ST no mês subsequente ao da saída das mercadorias.

Disse que não foi obedecido o princípio da não cumulatividade do ICMS previsto nos artigos 28 e 29 da Lei Estadual nº 7.014/96 e art. 114 do RICMS/BA, já que a necessidade de obtenção de uma “autorização” do COPEC para recolhimento do ICMS-ST no mês subsequente, inviabiliza proceder o encontro de débitos e créditos do ICMS, se o imposto for cobrado cada vez que ocorra uma saída de mercadoria.

Novamente, contesta o cálculo da Base de Cálculo, uma vez que foi utilizada como referência a Pauta Fiscal contida na IN 29/2009, que não reflete a realidade do mercado, já que o álcool hidratado na Bahia jamais foi comercializado a R\$2,00.

Finaliza requerendo a improcedência do Auto de Infração.

## VOTO

Trata-se de auto de infração lavrado no trânsito da mercadoria, cuja infração foi descrita no Auto de Infração como “Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.” sendo dado como infringido o disposto no art. 353, II, do RICMS-BA e aplicada a multa capitulada no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

Alega o autuado que não cometeu a infração tendo em vista que o tributo devido a título de substituição tributária foi devidamente recolhido no momento da saída das mercadorias, conforme os DAEs, comprovantes de pagamentos bancários acompanhados das respectivas cópias dos DANFEs (documentos auxiliares de nota fiscal eletrônica) que anexou às fls. 54 a 132.

O autuante, por sua vez, ao prestar a Informação Fiscal, disse que se apoiou nos dispositivos previstos nos art. 126 e 515-B, RICMS/BA para afirmar que o contribuinte sem autorização da COPEC, nas vendas internas de álcool a granel, deve fazer acompanhar, junto com a respectiva nota fiscal, comprovante do pagamento do ICMS, da operação própria e da substituição tributária. Naquela oportunidade também anexou a Memória de Cálculo da Base de cálculo inserida no Demonstrativo de Débito e esclareceu que utilizou o valor da Pauta Fiscal de R\$2,00 contida na IN 29/2009, para apuração do imposto inserido no demonstrativo de débito à fl. 02.

Analisando o teor da acusação fiscal, que se refere à “*falta de retenção do ICMS substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.*”, o respectivo enquadramento, a documentação acostada aos autos, especialmente, as cópias de DANFEs (documentos auxiliares de nota fiscal eletrônica) e DAEs, acostados pelo contribuinte às fls. 51/131, além das argumentações defensivas e o posicionamento do autuante, constato que a autuação encontra-se maculada por preterição do direito de defesa.

Eis que, o imposto exigido neste lançamento de ofício não seria pela falta de retenção do ICMS Substituição nas operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, mas, sim, a falta de recolhimento de ICMS por Antecipação Tributária, no momento da saída, por falta de credenciamento junto à COPEC, consoante foi registrado no campo “*DESCRIÇÃO DOS FATOS*” do Auto de Infração e Termo de Apreensão e Ocorrências nº 124157.0830/10-4 anexado à fl. 04.

Entendo que o detalhamento feito no campo “*DESCRIÇÃO DOS FATOS*”, dos referidos documentos, não é capaz de sanar o equívoco do preposto fiscal, já que, em se tratando o lançamento de ofício de um documento formal, a indicação da infração atribuída ao sujeito passivo deve ser feita no local apropriado, a salvo de incorreções, a fim de não comprometer o amplo exercício do direito de defesa.

O sujeito passivo, na defesa, demonstrou claramente que pretendia defender-se da acusação de falta de retenção do ICMS-ST, tanto que chegou a alegar erro na apuração do imposto lançado, por ter a fiscalização utilizado o preço da pauta fiscal e não o valor da operação, ficando evidente que não compreendera a acusação fiscal, e ficou impedido de se defender da verdadeira acusação que lhe estava sendo imputada.

Logo, no presente lançamento de ofício, verifica-se que os equívocos constatados na exigência fiscal importam na insegurança do débito exigido e cerceamento do direito de defesa, caracterizando nulidade insanável, nos precisos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA.

Recomenda-se à autoridade competente 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.

Diante do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **124157.0830/10-4**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA.**, recomenda-se à autoridade competente a renovação dos atos, a salvo de falhas, no estabelecimento autuado, de acordo o art. 21, RPAF BA.

Esta Junta de julgamento 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 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de novembro de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – RESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR