

**PROCESSO** - A. I. Nº 124157.0830/10-4  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0264-03/11  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/METRO  
**INTERNET** - 10/07/2012

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0157-12/12

**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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 124157.0830/10-4, lavrado em 24/02/2010 na fiscalização ao trânsito de mercadorias para exigir ICMS no valor de R\$106.400,00, acrescido da multa de 60%, em razão da *“Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.”*

Consta, na descrição dos fatos, que o Fisco verificou a falta de comprovante de pagamento do ICMS devido por antecipação tributária referente aos DANFES citados no Auto de Infração, cópias às fls. 08 a 34, emitidos por contribuinte descredenciado junto à COPEC/SEFAZ, correspondente à venda de 175.000 litros de álcool hidratado. Consta, no enquadramento normativo da infração, o artigo 353, II, do RICMS/BA, e a multa aplicada prevista no artigo 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Termo de Ocorrências nº 124157.0830/10-4 lavrado e assinado pelo preposto do transportador em 24/02/2010 no Posto Fiscal Honorato Viana, indicando como transportador a empresa LUBRIJAU Derivados de Petróleo Ltda., IE 76.325.343, às fls. 04 e 05. Cópias de DANFES às fls. 08 a 34.

O autuado impugna o lançamento de ofício às fls. 41 a 44, e acosta cópias de DANFES, de DAES indicando o pagamento do ICMS devido pelo contribuinte substituto – código de receita 1006, e comprovantes de pagamento emitidos por instituição bancária, às fls. 51 a 131.

O autuante presta informação fiscal às fls. 136 a 139 contestando as alegações defensivas e mantendo as imputações. Acosta demonstrativo intitulado “Memória de Cálculo” à fl. 140.

À fl. 143 a INFAZ de origem intima o contribuinte, fornece-lhe cópia dos documentos de fls. 134 a 140 e concede-lhe o prazo de dez dias para se pronunciar, caso queira.

O contribuinte volta a pronunciar-se às fls. 145 a 150, pedindo o julgamento pela improcedência da imputação.

O julgamento unânime em Primeira Instância decidiu pela Nulidade do Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0264-03/11, às fls. 159 a 162. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

### 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.*

*Analizando 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 compreendia 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.*

A Junta de julgamento recorre de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99.

## **VOTO**

Trata-se de Recurso de Ofício nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99.

Não merece reparo a Decisão recorrida.

Analizando os autos deste processo, verifico que se trata de situação de nulidade por contradição entre o fato constatado e o fato descrito no Auto de Infração, o que gera falta de segurança quanto à infração apontada. Assim, a acusação no Auto de Infração diz respeito à falta de retenção do ICMS devido por substituição, relativamente a operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, com fundamento no artigo 353, inciso II, do RICMS/BA, porém, tanto na descrição dos fatos, quanto ao ser prestada a informação fiscal, ficou patente que se trataria do imposto relativo às “operações normais” do contribuinte, e não ao imposto devido por substituição, aduzindo o autuante que o fundamento estaria nos artigos 126, 512-B, 515-B e 518-B, todos do RICMS/BA.

Nos termos do artigo 39, inciso III, do RPAF/99, a descrição do fato deve ser feita de forma clara e precisa. O §1º do artigo 18 do RPAF/99 somente admite o saneamento do Auto de Infração em se tratando de eventuais incorreções ou omissões. No caso presente não se trata de uma incorreção “eventual”, pois diz respeito à determinação do fulcro da autuação, constituindo, portanto, um vício substancial.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para declarar mantida a Decisão recorrida, devendo ser renovado o procedimento fiscal, a salvo de falhas, no estabelecimento do recorrido.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **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.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de junho de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

ROSANA MACIE BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS