

A. I. Nº - 232278.0007/10-8  
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.  
AUTUANTES - OSMÁRIO DA SILVA MENDONÇA  
ORIGEM - IFMT METRO  
INTERNET - 20.04.2012

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0099-04/12**

**EMENTA:** ICMS. 1. NULIDADE. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEL. ÁLCOOL. FALTA DE RECOLHIMENTO. Desconformidade entre o enquadramento da infração (art. 353, inciso II do RICMS-BA) e a pretensão fiscal que é a exigência do imposto sobre a operação própria na forma do art. 515-B do RICMS-BA. Vício insanável nos termos do art. 18, §1º do RPAF. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 04/06/2010, exige ICMS no valor de R\$ 97.812,00, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, ‘e’ da Lei nº 7.014/96, sob a acusação de falta de recolhimento do imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações de saídas de mercadorias sujeitas à substituição por antecipação tributária (álcool hidratado carburante, concernente aos documentos auxiliares de notas fiscais eletrônicas 29.327, 29.252, 29.326, 229.311, 29.334, 29.257, 29.366, 29.253, 29.448, 29.337, 29.382, 29.378, 29.389, 29.379, 29.384, 29.383, 29.403, 29.375, 29.342, 29.335, 29.367, 29.396, 29.395, 29.398, 29.421, 29.399, 29.400, 29.401, 39.394, 29.381, 29.388, 29.390, 29.387, 29.397 e 29.238.

Às fls. 05 e 06 foi juntado o Termo de Apreensão e Ocorrências número 110526.0016/10-4.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 50 a 53.

Alega que o auto de infração não merece subsistir, posto que recolheu o ICMS devido a título de substituição tributária como discriminado nas NFs-es e DAE’s anexos. Não entende como o agente fiscal apurou o valor do imposto devido, pois a base de cálculo indicada é um valor desconhecido.

Ressalta que não houve erro na determinação da base de cálculo por parte do autuado, pois não foi incluído na base de cálculo o desconto incondicional, uma vez que apenas preencheu os campos das notas fiscais e o próprio *software* do Estado da Bahia gerou o cálculo.

Aduz que 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 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, consequentemente, a diminuição da arrecadação. Ou seja, o próprio sistema de registro contábil do fisco, qual seja, o programa de emissão de NF-e, impede que sejam lançados descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS.

Frisa a improcedência do cálculo realizado pela fiscalização que utilizou uma pauta fiscal fictícia, pois a pauta fiscal da Bahia está muito além da realidade do mercado de combustíveis do Brasil, pois nunca foi vendido na Bahia o litro de álcool a R\$2,00.

Diz que a pauta fiscal é um instrumento impróprio para que seja recolhido o tributo, o que demanda a revisão dos valores tidos como devidos, de forma a permitir que o débito seja calculado com base no valor da nota, e não da pauta, pelo que transcreve ementa de decisão do STJ dando a ilegalidade de pauta fiscal.

Seguindo, expressa que ainda que se entenda que o débito subsiste, requer que seja refeita a quantificação dos valores, tendo em vista a ilegalidade de uma pauta fiscal alheia à realidade do mercado.

Transcreve o art. 159 do RPAF, para rogar exclusão da multa e dos juros imputados, caso se entenda pela manutenção da infração, tendo em vista sua boa-fé, pois sempre registrou e declarou adequadamente seus débitos perante a Bahia.

Conclui requerendo seja o auto julgado improcedente.

Às fls. 170 a 175, o autuante diz que a empresa transportava 260.000 litros de álcool carburante acobertado pelos DANFE's relacionados no Termo de Apreensão com o ICMS-ST recolhido, mas sem o recolhimento tempestivo do imposto em suas operações próprias, conforme preceitua o art. 515-B do RICMS-BA que faz menção expressa à necessidade do recolhimento antecipado do ICMS relativo à operação própria. Lavrou o Termo de Apreensão e nomeou o próprio autuado como fiel depositário das mercadorias. Salienta que produz a informação fiscal cumprindo orientação da 4ª JJF reabrindo o prazo de defesa para evitar longa demanda do PAF.

Reforça a constituição do crédito fiscal para exigir o ICMS relativo às operações próprias do autuado, conforme Protocolo 17/2004, art. 515-B c/c o 126 do RICMS-BA, que reproduz.

Quanto ao argumento de as operações estarem amparadas por Decisão Liminar Judicial informa que o Parecer PROFAZ 626/01 constante do PAF 206986.0011/00-1, de demanda similar, ressalta que os efeitos da ação de mandado de segurança é de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mas não de seu lançamento. Esse mesmo sentido tem o Parecer PROFAZ de 29/01/03, constante do PAF 917007301. Frisa que tal entendimento está firmado em jurisprudência do STF, a exemplo de ementas que transcreve.

Conclui pedindo que o auto seja julgado procedente.

Levando-se o caso para discussão em pauta suplementar, em 27/10/2011, a 4ª JJF converteu o PAF em diligência para que o autuado fosse intimado da informação fiscal com o enquadramento no art. 515-B do RICMS-BA (operação própria de AEHC) e reabertura de prazo para defesa.

Às fls. 184 a 188 o autuado se manifestou contra a nova configuração do auto de infração. Ressalta que o ponto principal do auto de infração consiste na desarrazoada exigência do ICMS normal da operação no momento da saída da mercadoria que impede seu direito de compensar créditos e débitos para garantir o princípio da não comulatividade, isto porque o valor constante da nota fiscal não leva em conta os créditos de ICMS a que faz jus. Transcreve os arts. 155, II, §2º, I, 28 e 29 da Lei 7.014/96 e 114 do RICMS-BA., para dizer que não cabe a exigência de recolhimento de ICMS como autuada.

Aduz que mesmo entendendo absurda a restrição, fez requerimento para obter autorização para recolher o ICMS no mês seguinte à ocorrência do fato gerador, conforme previsto no art. 515-B do RICMS-BA, mas a COPEC não se manifestou a respeito. Por consequência, impetrou Mandado de Segurança obtendo medida liminar para recolher o imposto no mês posterior à ocorrência do fato gerador (Processo 0011845-65.2010.805.0001). Por isso, entende não existir ilegalidade cometida, razão pela qual o auto de infração é improcedente.

Seguindo, argumenta que, caso seja mantida a infração, roga pela consideração dos créditos fiscais aos quais faz jus e que foram desconsiderados na lavratura deste auto. Além disso, com base no art. 159, §1º, II e/ou III, do RPAF transcrito, pede a exclusão da multa e juros, tendo em vista sua boa-fé, uma vez que registrou e declarou os seus débitos perante o estado.

Conclui pugnando seja o auto julgado improcedente.

Às fls. 195 a 200, o autuante repete a informação fiscal já prestada.

## VOTO

No auto, a infração está descrita como falta de retenção do ICMS substituição nas operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, a enquadrando no art. 353, inciso II do RICMS-BA.

Inicialmente contribuinte o impugnou argumentando que o ICMS devido por substituição discriminado nas NFs-e fora recolhido conforme DAEs que anexou.

Por sua vez, na informação fiscal, o autuante informou que o que efetivamente exige é o pagamento do ICMS relativo às operações próprias conforme previsto no art. 515-B do RICMS-BA. Em face dessa clara desconformidade entre a descrição e tipificação da infração no auto e a exação de fato, àquela altura entendendo isso constituir-se vício saneável com reabertura de prazo para que o contribuinte se manifestasse sobre a real exação, em 27/10/2011 a 4ª JJF converteu o PAF em diligência nesse sentido.

Embora, posteriormente, o contribuinte tenha impugnado o lançamento com o novo enquadramento especificado pelo autuante na informação fiscal, sobrevindo em 19/11/2011 na 2ª Instância deste CONSEF, decisão pela nulidade de julgamento de 1ª Instância em caso semelhante (ACÓRDÃO CJF N° 0397-11/11), corroborando o fundamento exposto no acórdão citado, entendo que a divergência aventada, absolutamente vicia o lançamento vez que sua correção no auto não é possível por implicar em mudança de fulcro da acusação. Portanto, pedindo vênia para, a título ilustrativo, transcrever o voto do ilustre relator do Acórdão CJF N° 0397-11/11 que foi acolhido por unanimidade, com base no art. 18, inciso IV do RPAF, declaro nulo este auto de infração e com fundamento no art. 156 do mesmo regulamento, recomendo à autoridade competente a renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas, no sentido de exigir eventual crédito tributário a favor da Fazenda Pública.

## VOTO

O Auto de Infração epigrafado imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, decidindo a primeira instância pela extinção do processo administrativo fiscal, na linha de considerar prejudicada a Defesa apresentada, o que gerou a irresignação do sujeito passivo, manifestada através de Recurso Voluntário, visando promover a reforma do julgado.

Ocorre que, ao examinar as peças processuais constantes da proceduralidade, constatei a existência de questão ensejadora de decretação da nulidade da autuação, a qual pode e deve ser apreciada, de ofício, por este CONSEF, por se tratar de matéria de ordem pública, independendo de provocação das partes e do ingresso em juízo.

Com efeito, a descrição dos fatos e documentos fiscais lastreadores da autuação indicam que o 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 Tributária, fato capaz de gerar dúvida ao sujeito passivo, o qual apresentou sua defesa com foco na infração apontada no enquadramento e não naquela realmente infringida.

Válido ressaltar o aspecto de que o autuante embora cite, no enquadramento normativo consignado no Auto de Infração, o artigo 353, inciso II, do RICMS/BA, que trata de ICMS devido na condição de substituto tributário, na Informação Fiscal prestada o preposto do Fisco aduziu se encontrar a autuação também lastreada nos artigos 126, 512-B, 515-A e 515-B, todos do RICMS/BA, os quais tratam de imposto devido por operação própria.

De acordo com a descrição dos fatos, a acusação imputada e dispositivos legais citados no Auto de Infração leva-se a concluir que o lançamento tributário em questão trata da falta de retenção do ICMS devido por substituição tributária.

Porém, só na informação fiscal ficou claro versar a autuação sobre a falta de recolhimento do ICMS normal, referente às operações próprias do contribuinte, nesse contexto, sem margem a dúvidas, existe uma clara divergência entre a acusação imputada ao autuado e o fato infracional na autuação.

Sendo assim, no presente lançamento de ofício, verifica-se a existência de vício insanável que fulmina o Auto de Infração que é a não identidade do fato infracional descrito no lançamento ao

fato ensejador da imputação, o que por si só já causaria 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 também acarreta prejuízo ao pleno exercício do contraditório, por gerar uma insegurança jurídica.

Registre-se que a regra do § 1º do art. 18 do RPAF é inaplicável ao caso em discussão, porquanto tal norma apenas admite o saneamento do Auto de Infração na hipótese de incorreções, omissões ou inobservância de exigências meramente formais.

Desse modo, impõe-se a decretação da nulidade do Auto de Infração pela situação de incerteza nele existente, nesse passo, acarretando o cerceamento do amplo e constitucional direito de defesa do sujeito passivo, não sendo saneável por configurar situação de dúvida em que não se pode determinar, com segurança, a infração porventura verificada na ação fiscal, e que teria originado a autuação em lide.

Destaco, finalmente, que, apesar de representar um aparente atraso na tramitação do processo administrativo fiscal, em face do retrocesso, 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.

Concludentemente, comungando do entendimento já manifestado, através de diversas decisões proferidas por este Órgão julgador, em autuações idênticas, voto pela decretação de ofício da NULIDADE do presente Auto de Infração, julgando PREJUDICADO o Recurso Voluntário e, nos termos do art. 156 do RPAF, represento à autoridade fiscal competente para instaurar novo procedimento fiscal, no estabelecimento do autuado, isento de falha.

Dante do exposto, 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 232278.0007/10-8, lavrado contra PETRÓLEO DO VALLE LTDA.

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de abril de 2012.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

PAULO DANILLO REIS LOPES - JULGADOR