

A. I. N° - 213088.0005/09-1
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.
AUTUANTE - LAÉRCIO LUIZ DE MACEDO CAMPOS
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 29/07/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0178-03/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CONTRADIÇÃO ENTRE O FATO CONSTATADO E O FATO DESCRITO NO AUTO DE INFRAÇÃO. A acusação no Auto 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 art. 353, II, do RICMS, porém, 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 seriam os arts. 515-A, 515-B e 126 do RICMS. Nos termos do art. 39, III, do RPAF, a descrição do fato deve ser feita de forma clara e precisa. O § 1º do art. 18 do RPAF 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. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/11/09, diz respeito à “Falta de retenção de ICMS Substituição” [*sic*] relativo a operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, com o esclarecimento de que se trata de falta de recolhimento do ICMS “normal” e/ou anexação dos DAEs quitados em suas operações próprias com álcool hidratado carburante, não tendo o autuado autorização para recolhimento do tributo no prazo normal. Imposto lançado: R\$ 5.629,89. Multa: 60%.

O autuado apresentou defesa destacando que a infração descrita no Auto se refere à falta de retenção do ICMS devido por substituição relativamente a operações com mercadorias sujeitas a antecipação tributária, porém tal relato não corresponde à realidade, pois o tributo devido a título de substituição estava pago, conforme comprovantes anexos. Alega que o fisco tomou por base de cálculo do imposto tanto o devido por substituição como o relativo ao ICMS principal, sendo que a falta de retenção do tributo devido a título de substituição não ocorreu, pois foi recolhido, conforme já demonstrado. Ressalta ainda que por parte da empresa não houve qualquer erro, pois não foi incluído na base de cálculo do tributo o desconto incondicional, haja vista que o programa de emissão da Nota Fiscal Eletrônica não permite que se compute na base de cálculo desconto incondicional, sendo este registrado em campo à parte.

Questiona também a utilização da pauta fiscal, que qualifica de fictícia, por estar muito além da realidade do mercado de combustíveis, uma vez que o litro de álcool etílico hidratado combustível nunca foi vendido ao preço de R\$ 2,00, de modo que desproporcional à realidade, pois nela o Estado aplica margem de 110%, fato que a seu ver demanda a revisão dos valores tidos como

débito seja calculado com base no valor da Nota, e não no da pauta. Transcreve acórdão de decisão do STJ em Recurso de Mandado de Segurança.

Com fundamento no art. 159, § 1º, II e III, do RPAF, pleiteia que, caso se mantenha o lançamento, sejam excluídos a multa e os juros.

Pede que o Auto de Infração seja declarado improcedente. Juntou documentos.

O fiscal autuante prestou informação, que se inicia com a transcrição dos arts. 515-A, 515-B e 126 do RICMS. Quanto às questões levantadas pela defesa, o autuante contrapõe que, pelo enunciado do Auto de Infração, o que se busca é o pagamento do ICMS das “operações normais”, e não o ICMS da substituição tributária. Considera que, se houve recolhimento intempestivo do imposto relativo às “operações normais”, isto se deu por livre e espontânea vontade do contribuinte, pois ele tinha conhecimento da necessidade de autorização da COPEC para gozo do prazo normal de pagamento do tributo nas operações em apreço, e também já era do seu conhecimento a lavratura do Auto de Infração.

Com relação à base de cálculo, o autuante explica que foi usada a constante nos DANFES, e portanto não foi inventado nenhum valor.

Quanto à multa, diz que é a prevista para a infração cometida.

Opina pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

A infração imputada ao autuado foi descrita nestes termos: “Falta de retenção de ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária”.

Há uma questão a ser analisada como preliminar, que consiste em se determinar qual o fulcro ou objeto da ação fiscal.

De um lado, a defesa, considerando que a infração descrita no Auto se refere à falta de retenção do ICMS devido por substituição relativamente a operações com mercadorias sujeitas a antecipação tributária, juntou provas de que o imposto retido a título de substituição tributária se encontrava pago.

Por sua vez, o autuante, na informação, diz que, pelo enunciado do Auto de Infração, o que se busca é o pagamento do ICMS das “operações normais”, e não o ICMS da substituição tributária.

Não é razoável o argumento do nobre autuante quanto ao sentido do enunciado da imputação. O modelo do Auto de Infração contém um campo designado “Infração” e outro designado “Descrição dos Fatos”. O campo “Infração” destina-se à descrição do tipo do cometimento, entendendo-se por tipo o cerne, a natureza da infração. Já o campo “Descrição dos Fatos” destina-se à especificação das circunstâncias que envolvem o fato, aduzindo esclarecimentos ou dados complementares do fato narrado no campo “Infração”. Assim sendo, o enunciado principal, aquele que determina a natureza, fulcro ou cerne da infração, deve estar contido no campo “Infração”, apondo-se no campo “Descrição dos Fatos” os dados acessórios, as informações complementares, as circunstâncias. É evidente que as circunstâncias e os dados complementares ou acessórios relatados na “Descrição dos Fatos” não podem se reportar a fato diverso daquele que constitui o enunciado principal indicado no campo “Infração”.

No caso em exame, a acusação identificada e descrita no campo próprio – campo “Infração” – é de que foi constatada a falta de retenção do ICMS devido a título de substituição, relativamente a operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária. Se se trata de falta de retenção ICMS a título de substituição, isso significa que a imputação devido por substituição relativo a operações de terceiros, figurando

ou substituto tributário, nada tendo a ver com a obrigação relativa ao ICMS devido pelas operações próprias do sujeito passivo.

Retomando a análise do caso em apreço, consta no Auto que o fato foi enquadrado no art. 353, II, do RICMS. Isso confirma que a autuação se refere à falta de retenção de tributo a título de substituição tributária, atribuindo-se ao autuado a condição de substituto tributário. Foi disso que o contribuinte se defendeu, fazendo prova que o tributo devido a título de substituição havia sido pago no dia anterior à autuação (fls. 33, 36 e 39).

Na informação, o fiscal inovou, tomando por fundamento jurídico os arts. 515-A, 515-B e 126 do RICMS, e não o art. 353, II, como consta no Auto de Infração, e explicando que o lançamento diz respeito ao ICMS das “operações normais”, e não ao ICMS devido por substituição tributária. Ora, essa informação contraria o enunciado central assinalado no campo “Infração”. Como pode o campo “Infração” conter um enunciado que não corresponde à infração concretamente verificada?

Nos termos do art. 39, III, do RPAF, a descrição do fato deve ser feita de forma clara e precisa. A clareza do Auto de Infração não é para o órgão julgador. É para o autuado, a fim de que ele saiba do que está sendo acusado.

O § 1º do art. 18 do RPAF somente admite o saneamento do Auto de Infração em se tratando de *eventuais* incorreções ou omissões ou da não-observância de exigências meramente formais. No caso presente, não se trata de uma incorreção “eventual”, pois diz respeito à determinação do fulcro da autuação, constituindo portanto um vício substancial.

Na informação fiscal o autuante alude à possibilidade de o imposto relativo às operações normais ter sido pago, embora intempestivamente. A repartição fiscal analisará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se o contribuinte, antes do início de nova ação fiscal, sanar alguma irregularidade porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, exime-se de sanções.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com fundamento no art. 18, § 1º, do RPAF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **213088.0005/09-1**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de julho de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – JULGADORA