

A. I. N° - 232278.0010/09-5  
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.  
AUTUANTE - OSMÁRIO DA SILVA MENDONÇA  
ORIGEM - IFMT METRO  
INTERNET - 08/09/2010

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

#### ACÓRDÃO JJF N° 0212-03/10

**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 estaria nos 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 2/12/09, diz respeito à “Falta de retenção do ICMS Substituição” [sic] relativo a operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária. Imposto lançado: R\$ 7.524,00. 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.

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 explicando ter constatado que o produto foi despachado com a devida substituição tributária, mas sem o recolhimento temporário das operações próprias do autuado, conforme manda o art. 515-B do Protocolo 17/04, e por isso a infração foi enquadrada no inciso II c

[sic], e a multa no art. 42, II, “e”, da Lei 7.014/96. A seu ver, a legislação que trata do recolhimento do ICMS nas operações próprias com álcool carburante é clara, e o art. 515-B do RICMS faz menção expressa à necessidade do recolhimento antecipado do imposto relativo à operação própria no momento da saída da mercadoria, e o inciso II prevê que no trânsito a mercadoria deve fazer-se acompanhar do documento de arrecadação, sendo que no caso em exame a mercadoria estava transitando sem o DAE referente à operação própria, fazendo-se acompanhar tão-somente do DAE referente à substituição tributária, que não foi objeto de autuação. Aduz que o autuado não goza do benefício previsto no art. 126, IV, item II, do RICMS [sic] para recolhimento do imposto até o dia 15 do mês subsequente ao das operações, pois a empresa não tem autorização nesse sentido da COPEC (Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis).

Transcreve os 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”, conforme dispositivos que acaba de transcrever, e não o ICMS da substituição tributária. Considera que, se não houve recolhimento 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.

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 do 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 sinaliza 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, e alega que o imposto devido a título de substituição tributária se encontrava pago, conforme documentos de arrecadação anexos (fls. 23, 26 e 29).

Noto que com a informação prestada pelo fiscal autuante houve uma inovação substancial quanto ao fulcro do procedimento em análise. Com efeito, embora a autuação se refira claramente a falta de retenção de imposto, o autuante diz na informação que o produto foi despachado com a devida substituição tributária, mas sem o recolhimento do imposto relativo às operações próprias. Isso é reiterado mais adiante, ao frisar que, pelo enunciado do Auto de Infração, o que se busca neste Auto 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 nele está claro que a autuação diz respeito a falta de retenção do imposto relativo a operações com mercadorias sujeitas a antecipação tributária.

Se se trata de falta de retenção ICMS a título de substituição, isso significa que a imputação diz respeito ao imposto devido por substituição relativo a operações de terceiros, figurando o autuado como responsável 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, alegando provar que o tributo devido a título de substituição havia sido pago, conforme comprovantes anexos.

Não há dúvida que na informação o fiscal inovou, ao tomar por fundamento jurídico os arts. 515-A e 515-B do RICMS, o que é incompatível com a regra do art. 353, II, como consta no Auto de Infração, e ao explicar 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 somente para o órgão julgador. É também, e principalmente, 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 não ter sido pago. 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 232278.0010/09-5, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – JULGADORA