

A. I. Nº - 232607.0131/10-8  
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.  
AUTUANTE - PAULO CESAR SILVA DE LIMA  
ORIGEM - IFMT NORTE  
INTERNET - 24/11/2010

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

#### ACÓRDÃO JJF N° 0307-03/10

**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 no art. 515-B 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 08/06/10, diz respeito à “Falta de retenção do ICMS Substituição” relativo a operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária. Sendo exigido o valor de R\$ 5.629,89, acrescido de multa de 60%.

O autuado impugnou o lançamento 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.

Ressalta 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.

Informa 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.

Sob o fundamento do quanto estatuído 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.

Ao prestar informação, o fiscal autuante, depois de descrever os defensivos, observa que, em face do pagamento do tributo devi-

importante enfatizar que os procedimentos a serem atendidos pelo contribuinte nas saídas de AEHC transportado a granel encontram-se disciplinados no art. 515-B do RICMS/97 o qual transcreve.

Acrescenta que da análise deste artigo verifica-se que a exigência relatada na descrição dos fatos contida no Auto de Infração, refere-se, tão-somente, a antecipação do imposto devido pela operação própria na saída interna de AEHC deflagrada pelo contribuinte por meio dos DANFE's nºs 29575, 29629 e 29361. Destaca que a clareza deste dispositivo regulamentar não oferece dificuldades de interpretação, não assistindo razão ao contribuinte desconhecer, tanto a obrigação principal, quanto a acessória daí decorrentes.

Quanto à alegação de erro na apuração da base de cálculo do imposto, esclarece que a fixação da mesma obedeceu estritamente ao mandamento contido no inciso I do art. 515-B.

Conclui opinando 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”, enquadrada no art. 353, inciso II do RICMS/97 e aplicada a multa capitulada no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

O campo “Descrição dos Fatos” constante do Auto de Infração identifica a irregularidade encontrada como sendo: “Transporte a granel de AEHC conforme DANFE's nºs 29575, 29629 e 29631 desacompanhados dos respectivos DAE's devidamente quitados referente ao imposto sobre operação própria, conforme comando do § 2º do art. 515-B do RICMS/97”.

Ante a evidente contradição entre os conteúdos expressos nos campos “Infração” e “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, emerge uma questão imperativa a ser examinada como preliminar, decorrente da necessidade de se determinar com clareza qual o fulcro ou objeto da ação fiscal.

Por 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. 29, 32 e 35.

Na informação prestada pelo fiscal autuante evidenciou-se uma contradição substancial quanto ao fulcro do procedimento em análise. Pois, 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”.

Ao compulsar os autos com o objetivo verificar se o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas, ou seja, se inexiste qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, constato que o processo apresenta vício insanável na consecução do lançamento de ofício, uma vez que há inadequação entre a infração efetivamente cometida pelo contribuinte e a acusação fiscal contida no Auto de Infração, fato este comprovado diante das provas apensadas aos autos quando da ação fiscal.

Exame no teor expresso da acusação feita conjuntamente com os dispositivos legais citados no Auto de Infração, emerge-se a conclusão de que o lançamento tributário em questão trata da falta de retenção do ICMS devido por substituição tributária. Porém, é importante ressaltar que é claro que se trata de falta de recolhimento do ICMS normal, referente ao imposto devido pelo contribuinte. Portanto, que há uma clara divergência entre a acusa-

fato concreto objeto da autuação. Essa divergência torna insegura a determinação da infração apurada, bem como cerceia o direito de defesa do autuado.

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 que motivou a 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.

Assim, constato a necessidade de renovação da ação fiscal, ante a comprovada a ocorrência de vício insanável, diante da ausência da formalidade essencial acima mencionada, disso resultando a nulidade do lançamento de ofício, em estrita consonância com o artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, o qual prevê tal medida quando o lançamento não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Voto pela **NULIDADE** do Auto de Infração em face da existência de vício insanável, uma vez que, na hipótese sub examine, não há possibilidade de aproveitamento de qualquer ato praticado, o que fulmina o próprio lançamento de ofício, que em sua origem está equivocado pelo erro na acusação fiscal, do que, nos termos do art. 156 do RPAF, pelo que represento à autoridade fiscal competente para instaurar novo procedimento fiscal, a salvo da aludida falha.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 232607.0131/10-8, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de novembro de 2010.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR