

A. I. Nº - 124157.0842/10-2
AUTUADO - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO JOSÉ DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 26/10/2011

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0230-03/11

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-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 23/03/10, exige ICMS, no valor de R\$5.700,00, acrescido da multa de 60%, em decorrência da *falta de retenção do ICMS substituição nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária*.

Na descrição dos fatos, consta que se trata de *Falta de comprovante de ICMS por Antecipação Tributária da operação própria referente aos DANFES nºs 2339 e 2342, fls. 06 e 07, emitidos por contribuinte DESCRENCIADO COPEC/SEFAZ, correspondente a 15.000 l de Alcool Hidratado.*”

O autuado apresenta defesa, fls. 17 a 19, na qual afirma que o Auto de Infração não merece subsistir, uma vez que foi recolhido o ICMS devido a título de substituição tributária, conforme discriminado nas notas fiscais.

Sustenta que houve um erro na apuração do valor do imposto devido por substituição tributária, quando da lavratura do Auto de Infração. Explica que o lançamento se refere apenas à suposta falta de retenção do ICMS devido por substituição tributária nas operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária e, no entanto, o fisco levou em consideração para a fixação da base de cálculo o ICMS devido por substituição tributária e o ICMS principal.

Ressalta que não cometeu erro na determinação da base de cálculo do ICMS, na qual não foi incluído qualquer desconto incondicional. Diz que apenas preencheu os campos da nota fiscal, cabendo ao próprio *software* da Secretaria da Fazenda gerar o cálculo do imposto. Frisa que o próprio sistema de emissão de nota fiscal eletrônica impede que sejam lançados descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS.

Após transcrever o disposto no art. 159, § 1º, II e III, do RPAF/99, o autuado solicita que, caso a autuação seja mantida, a multa e os juros indicados no Auto de Infração sejam excluídos, tendo em vista a sua boa-fé.

Ao finalizar sua defesa, o autuado requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante, na informação fiscal de fls. 100 a 103, explica que o autuado, ao efetuar a saída de 15.000 litros de álcool hidratado sem o recolhimento do ICMS devido pela operação própria, descumpriu o previsto na legislação tributária estadual, uma vez que estava descredenciado junto à COPEC - Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis.

Às fls. 99, 104 e 105, foram acostados ao processo, respectivamente, uma relação de distribuidoras sem autorização da COPEC, uma memória de cálculo do imposto que está sendo cobrado e uma relação com valores de pauta fiscal.

Após transcrever dispositivos regulamentares referentes aos artigos 126 e 515-B do RICMS-BA, o autuante afirma que o texto regulamentar, de forma clara, obriga os contribuintes não credenciados pela COPEC a efetuar o recolhimento do ICMS no momento da saída da mercadoria. Sugere que, para melhor esclarecimento, seja consultada a memória de cálculo acostada à fl. 104 dos autos, que diz ter sido elaborada com base em valor previsto na Instrução Normativa 29/09.

Reitera que o autuado estava, como ainda está, descredenciado pela COPEC para efetuar o recolhimento do imposto no mês subsequente e, dessa forma, a circulação do álcool hidratado deveria ter sido feita acompanhada do comprovante de recolhimento do ICMS da operação própria e da substituição tributária.

Ao finalizar a informação fiscal, o autuante pede que o Auto de Infração seja julgado procedente.

O autuado foi notificado acerca do resultado da informação fiscal e dos novos documentos acostados ao processo, tendo sido concedido ao contribuinte o prazo de dez dias para manifestação fls. 108 a 111.

Ao se manifestar acerca da informação fiscal, depois de sintetizar os argumentos do autuante, o sujeito passivo sustenta que a exigência da autorização da COPEC ou o transporte da mercadoria sempre acompanhada da NFe e do respectivo DAE representa uma afronta ao ordenamento jurídico, uma vez que impõe que o contribuinte recolha o ICMS de modo cumulativo, o que é vedado, tendo em vista que o imposto é não cumulativo, consoante, inclusive o disposto no art. 114 do ICMS/BA que transcreve.

Assevera que a exigência de autorização da COPEC para recolher o ICMS-ST no mês subsequente ao da saída das mercadorias, razão pela qual deveria apresentar a nota fiscal e o respectivo DAE quando da circulação das mercadorias, não é razoável, pois decorre de uma previsão regulamentar, ou seja, infralegal, arbitrária e sem respaldo jurídico.

Afirma que na prática a aplicação do art. 518-B do RICMS/BA se torna impossível, pois o contribuinte fica obrigado a recolher o ICMS no momento da saída de mercadoria, não permitindo que se faça o “balanço débito-crédito”. Observa que a necessidade de credenciamento junto à COPEC deve ser rechaçada por este colendo conselho, pois ofende o princípio da não cumulatividade.

Salienta que o autuante se utiliza de instrumento de pauta fiscal para definir a base de cálculo do ICMS. Destaca que essa ilegalidade é cometida com a finalidade de majorar a arrecadação, pois o valor da pauta fiscal é arbitrado muito acima da realidade do mercado, como se pode verificar da análise da Memória de Cálculo anexada à Informação fiscal.

Aduz que Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula 431, já estabeleceu que *é ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal*.

Ao concluir, o autuado protesta pelo reconhecimento da ausência de qualquer infração à lei ou ao regulamento do ICMS.

VOTO

Trata o Auto de Infração em epígrafe da *“falta de retenção do ICMS substituição nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária”*. Tendo sido exigido o imposto correspondente, consoante o inciso II, do art. 353 do RICMS/BA, acrescido da multa capitulada no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

No campo “Descrição dos Fatos” consta que teria sido constatada falta de comprovante de ICMS por Antecipação Tributária da operação própria, referente aos DANFES ali especificados, emitidos por contribuinte Descredenciado COPEC/SEFAZ.

Verifico inicialmente que, ante a existência da flagrante divergência entre a infração e a descrição dos fatos, emerge uma questão a ser analisada como preliminar, que consiste em se determinar qual o fulcro ou objeto da ação fiscal.

A defesa destaca que a infração descrita nos autos 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.

O autuante, que embora a autuação se refira claramente à falta de retenção de imposto, diz na informação que o contribuinte encontrava-se descredenciado não podendo emitir notas fiscais de Álcool Hidratado para circulação interna sem o respectivo comprovante de pagamento do ICMS-DAE deixando de atender a determinação dos artigos 126 e 515-B do RICMS/BA.

Desse modo, não é razoável o argumento do 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”.

A descrição do tipo do cometimento, entendendo-se por tipo o cerne, a natureza da infração deve constar no campo “Infração”. 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”.

Desse modo, o enunciado principal, aquele que determina a natureza, fulcro ou cerne da infração, deve estar contido no campo “Infração”, constando no campo “Descrição dos Fatos” os dados acessórios, as informações complementares, as circunstâncias.

Assim 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. Ao tratar de falta de retenção de ICMS a título de substituição, 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.

Ademais, 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 do tributo a título de substituição tributária, atribuindo-se ao autuado a condição de substituto tributário. Foi disso que o contribuinte se defendeu, alegando que o tributo devido a título de substituição havia sido pago.

Resta, portanto, indubitado que na informação o fiscal inovou, ao tomar por fundamento jurídico os arts. 126 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. Contrariando, assim, o enunciado central assinalado no campo “Infração”.

Não é plausível que o campo “Infração” contenha um enunciado que não corresponda à infração concretamente verificada, sob pena de colidir frontalmente com o que determina o art. 39, III, do RPAF/99, ou seja, a descrição do fato deve ser feita de forma clara e precisa.

No presente caso, entendo que, por não se tratar de uma incorreção “eventual”, pois diz respeito à determinação do fulcro da autuação, constituindo, portanto, um vício substancial, não deve ser aplicado 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.

Recomendo à repartição fiscal examinar a existência de elementos que justifiquem a renovação do procedimento.

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 **124157.0842/10-2**, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA..**

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de outubro de 2011.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR