

PROCESSO - A. I. N° 213088.0004/09-5
RECORRENTE - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0168-02/10
ORIGEM - IFMT – DAT//METRO
INTERNET - 18/03/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0037-11/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE DETERMINAR A INFRAÇÃO. É nulo o procedimento fiscal que não indique de forma clara a descrição dos fatos, os dispositivos legais infringidos e tipificação da multa correlata com a infração cometida. Há insegurança na determinação da infração, bem como cerceamento do direito de defesa. Auto de Infração **NULO**. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, proferida através do Acórdão nº 0168-02/10, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS no valor de R\$5.629,89, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de retenção do ICMS Substituição, nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.

Consigna a descrição dos fatos, no Auto de Infração e no Termo de Apreensão, como “*falta de recolhimento do ICMS normal e/ou anexação dos respectivos DAEs, quitados em suas operações próprias com ÁLCOOL HIDRATADO CARBURANTE, referente aos DAFEs 20338 e 20341 anexos.*”

O autuado apresentou a sua impugnação (fls. 19/23), concentrando sua defesa na suposta falta de recolhimento do ICMS Substituição devido nas operações de saída de mercadoria sujeitas à antecipação tributária, tendo o autuante, às fls. 45/48, prestado a informação fiscal de praxe, contestando as teses defensivas.

Ao julgar, a JJF, inicialmente, destacou que, na descrição do fato, o autuante consignou ter sido lavrado o Auto de Infração para exigir imposto decorrente de falta de recolhimento do ICMS normal e/ou anexação dos respectivos DAEs quitados, em suas operações próprias com ÁLCOOL HIDRATADO CARBURANTE, referente aos DANFEs nºs 20338 e 20341, não possuindo o contribuinte autorização da COPEC para gozo de recolhimento no prazo normal, o que também consta do Termo de Apreensão e Ocorrências nº 232902.0103/09-1.

Assim, aduziu a JJF que a infração imposta ao sujeito passivo tratava, única e exclusivamente, do ICMS normal, não tendo tal fato causado qualquer prejuízo à defesa do contribuinte, inclusive referindo-se o valor lançado, no demonstrativo de débito, ao do ICMS normal, destacado no documento fiscal, o qual deveria ter sido pago antes da saída da mercadoria, porquanto inexistia no feito comprovação de que o contribuinte possuísse autorização da COPEC para pagamento do tributo nesta operação em prazo diverso.

Portanto, a Primeira Instância decidiu que eram impertinentes os argumentos defensivos de que não houve falta de recolhimento do ICMS por substituição tributária, matéria totalmente diversa daquela objeto da autuação e, na mesma linha e sob os mesmos fundamentos, a falta de plausibilidade da alegação de que foi usada, na apuração do imposto, a pauta fiscal,

Em seguida, a JJF frisou ser de “clareza cristalina” o fato de ter o fiscal autuante efetuado o lançamento tributário de ofício do valor do ICMS calculado pelo próprio contribuinte, sendo os

valores destacados nas Notas Fiscais e indicados nos DANFEs nºs 20338 e 20341, acostados às folhas 07 e 09 nos autos.

No que tange à sustentação de existência de suposto erro no software de emissão de nota fiscal eletrônica, a JJF, após tecer comentários sobre o instituto da NF-e, transcreveu o artigo 231-P, RICMS-BA, o qual, através do Decreto nº 10414/07, procedeu à alteração no Regulamento, tornando obrigatória, para os contribuintes que exercem atividade de distribuição de combustíveis líquidos, a emissão de NF-e nas operações que realizem.

Nesse passo, entendeu a Junta que esse argumento não tinha qualquer procedência, uma vez que o contribuinte já se utilizava do referido sistema por muito tempo, não comprovando, pelo menos no presente auto, a formalização de qualquer questionamento à Administração Tributária Estadual, pelo que não se apresentava razoável a tese de que existia falha no sistema de emissão de nota fiscal eletrônica somente após a autuação.

Também foi ressaltado pela JJF o fato de que o próprio impugnante utilizou como crédito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais para efeito de cálculo da substituição tributária, demonstrando que, apesar de questionar o programa de emissão de nota fiscal, reconhecia que o ICMS normal foi apurado corretamente, ante a utilização do referido valor a título de crédito do imposto.

A Decisão consignou, só para argumentar, que, se houvesse, por parte do sujeito passivo, a comprovação posterior de erro na emissão de nota fiscal eletrônica, deveria a Inspeção Fiscal competente programar nova ação fiscal para cobrança da diferença que, certamente, seria devida no recolhimento do ICMS substituição tributária, uma vez que, nesse critério, o crédito utilizado na apuração do imposto devido na substituição deve corresponder ao crédito do ICMS da operação própria e havendo redução do mesmo resultará em um ICMS-ST superior ao recolhido, gerando uma diferença do ICMS devido a título de substituição tributária.

Asseverou a JJF que, conforme restou provado, o autuado transportava álcool carburante, destinado a diversos contribuintes, tendo despachado o produto com a devida substituição do ICMS, mas sem o recolhimento tempestivo do imposto em suas operações próprias (ICMS NORMAL, objeto da autuação), em desobediência ao Art. 515-B, o qual determina que o imposto relativo à operação própria nas saídas internas ou interestaduais de AEHC ou de álcool não destinado ao uso automotivo, transportado a granel, deve ser recolhido no momento da saída das mercadorias, impondo que o Documento de Arrecadação Estadual, devidamente quitado, acompanhe a mercadoria na respectiva circulação, constando o número da autenticação no corpo da própria nota fiscal, em conformidade com os incisos II e III do citado artigo, disso restando o acerto da ação fiscal.

Por outro lado, também foi rechaçado o pedido de dispensa de multa, por falta de previsão legal, pois o art. 158 do RPAF/99 trata somente daquelas atinentes ao descumprimento de obrigação acessória, as quais poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, desde que fique provado terem as infrações sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e nem implicado na falta de recolhimento de tributo, condições estas não satisfeitas pelo contribuinte, destacado o aspecto de não poder ser acolhido o pedido defensivo com amparo no Art. 159, o qual não poderia ser apreciado pela Junta de Julgamento Fiscal, por ser da competência da Câmara Superior do CONSEF, devendo o contribuinte requerer diretamente ao citado órgão, se entendesse pertinente.

Nessa linha de raciocínio, a JJF julgou Procedente o Auto de Infração, entendendo se encontrar comprovado o fato de o autuante apenas ter exigido o pagamento do ICMS destacado nas notas fiscais emitidas pelo autuado e não recolhido no prazo previsto no Art. 515-B, do RICMS/BA, relativo à operação própria nas saídas internas de AEHC- álcool etílico hidratado combustível, transportado a granel, inexistindo autorização para recolhimento em data posterior ao momento da saída das mercadorias.

O autuado, por meio de seu representante legal, formalizou Recurso Voluntário (fls. 66/73), sustentando exigir, o Auto de Infração, ICMS decorrente de falta de retenção do ICMS

Substituição nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, enquanto sua condenação se reportava ao recolhimento do ICMS supostamente devido em virtude da operação própria, sem que tal infração tenha sido objeto da autuação fiscal.

Argumentou que tendo sido autuado em decorrência da ausência de recolhimento do ICMS-ST, dirigiu sua defesa contra esse fato específico, aliás, irresignação acolhida pelo próprio Agente de Tributo Estadual, consoante se verifica da leitura do acórdão da Decisão, ao se referir à informação fiscal.

Outrossim, disse o Recorrente que, apesar de afastada, na sua totalidade, a autuação referente ao ICMS Substituição, a JJF entendeu não ter ele recolhido o imposto relativo à operação própria, julgando procedente o Auto de Infração, por considerar tratar-se, única e exclusivamente, do ICMS normal.

Arguiu que tal fato demonstrava a nulidade do Auto de Infração em discussão, pois a infração imputada, na verdade, seria outra que não aquela registrada no próprio instrumento infracional. Questionou, também, como poderia se defender de fatos tão ambíguos, apontando que a capitulação legal constante do Auto de Infração não coincidia com aquela que o agente fiscal consignou na sua informação fiscal.

Prosseguindo no inconformismo, asseverou que, em virtude da má qualificação jurídica dos fatos e do enquadramento em infração diversa, teria apresentado impugnação destoante, em clara ofensa ao seu direito de defesa, conforme evidenciado em determinado trecho da Decisão, textualmente: *“Na peça defensiva o impugnante trata de base de cálculo da substituição tributária, matéria totalmente diferente da que foi objeto da autuação (...)”*.

Nesse quadro circunstancial, pugnou pela nulidade do Auto de Infração, por ter causado prejuízo à sua defesa, a qual não compreendeu, de forma adequada, a natureza da infração aplicada, invocando os artigos, 2º e 18, IV, “a” do RPAF como fundamento de sua tese.

Em seguida, o recorrente alegou existir erro na apuração do valor do imposto devido a título de substituição, porquanto, quando da lavratura do Auto de Infração, o fisco considerou, para fixar a base de cálculo do imposto, o quanto devido a título de ICMS Substituição, bem como sob a rubrica de ICMS principal, sem valorizar o crédito fiscal a que faria jus o recorrente.

Daí, a falta de retenção do tributo referente à substituição foi admitida, o que, na realidade, não ocorreu, uma vez devidamente recolhido quando da realização das operações de saída da mercadoria, conforme demonstrado e reconhecido pelo próprio preposto fiscal.

Ressaltou, ainda, que não houve qualquer erro na determinação da base de cálculo por parte do recorrente e, sim, falta de inclusão do desconto incondicional, pois o recorrente preencheu os campos das notas fiscais e o próprio software do Estado da Bahia gerou o cálculo.

Também postulou a improcedência do cálculo efetuado pela fiscalização sob o fundamento de ter ela utilizado uma pauta fiscal fictícia, totalmente desproporcional e muito além da realidade do mercado de combustíveis do Brasil, sendo amplamente sabido que, no território baiano, o litro do álcool etílico hidratado combustível nunca foi vendido ao preço de R\$ 2,00.

Afirmou que a mercadoria chega a ser distribuída a R\$0,91 (noventa e um centavos) o litro, enquanto o Estado presume que ela será vendida, na operação ao consumidor, por muito mais que este valor, ou seja, R\$2,00, o que é completamente descabido, disso importando em margem de lucro presumida pelo Estado da Bahia superior a 110% (cento e dez por cento), inexistindo, segundo diz, preço sequer próximo àquele previsto na pauta fiscal.

Tal fato torna a pauta fiscal um instrumento impróprio para aferição do tributo, implicando na revisão dos valores tidos como devidos, de forma a permitir que o débito seja calculado com base no valor da nota, e não no da pauta, conforme o provisionamento da Súmula nº 431 do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, rogou a exclusão da multa e juros imputados, de acordo com o art. 159, § 1º, inciso II e/ou III do RPAF, o qual transcreveu, tendo em vista a sua evidente boa-fé, tendo sempre procurado registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante o Estado da Bahia.

Em conclusão, requereu o conhecimento e provimento do Recurso Voluntário, para reforma do acórdão recorrido, julgando improcedente o Auto de Infração e, se assim não fosse entendido, postulava a declaração de nulidade do auto, tendo em vista ter sido fundamentado em legislação inaplicável ao caso, bem como em face do prejuízo à sua defesa pela divergência da cobrança de ICMS próprio e tipificação de ICMS-Substituição.

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, após breve análise da questão suscitada como prejudicial ao prosseguimento do julgamento, exprimiu o seu entendimento no sentido de discordar do julgamento da 2ª JJF, visto que a defesa do autuado se desenvolveu em relação à acusação de falta de retenção de ICMS por substituição tributária, nada dispondo sobre a falta de pagamento do ICMS normal devido na saída da mercadoria.

Considerou que, embora não acatasse os argumentos trazidos pelo recorrente, entendia ser a Decisão de 1ª Instância equivocada, importando em cerceamento do direito de defesa do autuado e, portanto, deveria ser decretada nula e reaberto o prazo para nova impugnação, já então em relação à falta de recolhimento do ICMS normal, na saída da mercadoria, para, em seguida, ser processada e julgada pela 1ª Instância do CONSEF.

VOTO

O Auto de Infração epígrafado imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, tendo a Primeira Instância decidido pela procedência da autuação, o que gerou a irrisignação do sujeito passivo, manifestada através de Recurso Voluntário, visando promover a reforma do julgado.

Do exame das peças processuais constata-se ter o recorrente suscitado a nulidade da ação fiscal, sob o fundamento de que teve o seu direito de defesa cerceado, em razão da exigência de ICMS decorrente de falta de retenção do ICMS Substituição nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, enquanto a Decisão se reportou ao recolhimento do ICMS supostamente devido em virtude de operação própria, sem que tal infração fosse objeto da autuação fiscal.

Asseverou que tendo sido autuado em decorrência da ausência de recolhimento do ICMS-ST, dirigiu a sua defesa contra esse fato específico.

Ocorre que o decisório da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, após rejeitar a preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa, posicionou-se na linha de não terem pertinência os argumentos trazidos na peça defensiva, por se referirem à base de cálculo da substituição tributária, matéria totalmente distinta daquela objeto da autuação - ICMS Normal.

Dúvidas inexistem de que, efetivamente, o autuado desenvolveu o seu inconformismo com foco na acusação de falta de retenção de ICMS devido por substituição tributária, não se reportando à acusação de falta de pagamento do ICMS normal, devido na saída da mercadoria, imputação sobre a qual versou a sua condenação na Decisão de piso.

Nesse contexto, comungo do entendimento da PGE/PROFIS, de que se encontra configurado o prejuízo à defesa do contribuinte, mesmo que, no âmbito do Recurso voluntário, fosse contestada a real infração, porquanto supresso estaria o julgamento sobre o tema na 1ª instância.

Com efeito, a descrição dos fatos e documentos fiscais lastreadores da autuação indicam que o fiscal 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, 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 no enquadramento normativo constante do Auto de Infração, cite o artigo 353, inciso II, do RICMS/BA, que trata de ICMS devido na condição de substituto tributário, na Informação Fiscal prestada aduziu se encontrar a autuação também lastreada nos artigos 126, 512-B, 515-A e 515-B, todos do RICMS/BA, e que tratam de imposto devido por operação própria, não tendo a JJF mandado intimar o contribuinte para tomar conhecimento dos fundamentos do auditor e sobre eles se manifestar.

Assim é que, frise-se, somente na informação fiscal ficou claro que se tratava de falta de recolhimento do ICMS normal, referente às operações próprias do contribuinte, nesse quadro circunstancial havendo nítida divergência entre a acusação (“falta de retenção do ICMS Substituição nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária”) e a descrição do fato infracional (“*falta de recolhimento do ICMS Normal e/ou anexação dos respectivos DAEs, quitados, em suas operações próprias ...*”), o que torna, incontestavelmente, insegura a determinação da infração apurada, implicando no cerceamento do direito de defesa do autuado.

Logo, verifica-se a existência de vício insanável capaz de fulminar o Auto de Infração em comento, qual seja, a falta de identidade entre o fato infracional descrito no lançamento e aquele ensejador da imputação, o que, por si só, geraria 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, em última análise, acarreta prejuízo ao pleno exercício do contraditório.

Em suma, o caso concreto é de decretação da nulidade do Auto de Infração, não sendo hipótese de saneamento, em face da impossibilidade de se determinar, com segurança, a infração verificada na ação fiscal, a qual teria originado a autuação.

Destaco, finalmente, que, apesar de aparentar 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 Estadual.

Concludentemente, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, julgando NULO o presente Auto de Infração e, nos termos do art. 156 do RPAF, represento à Autoridade Fiscal competente, objetivando a instauração de novo procedimento fiscal no estabelecimento do contribuinte, a fim de verificar o recolhimento do tributo relativo à operação objeto do presente lançamento de ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº **213088.0004/09-5**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)**. Recomenda-se à autoridade competente a instauração de ação fiscal, no estabelecimento, para verificar o recolhimento do tributo objeto da autuação.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de fevereiro de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. PGE/PROFIS