

PROCESSO - A. I. Nº 124198.0005/09-0
RECORRENTE - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JFJ nº 0184-01/10
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 08/04/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0051-11/11

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. Acolhida a preliminar de nulidade suscitada. Modificada a Decisão recorrida. Auto de Infração **NULO**. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JFJ nº 0184-01/10), que concluiu pela procedência do presente Auto de Infração, que acusa o contribuinte da falta de retenção de ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à substituição tributária – Imposto: 5.643,00 – Multa: 60%.

A Junta de Julgamento Fiscal, inicialmente, esclareceu que o Auto de Infração foi lavrado após a apreensão de 15.000 litros de álcool etílico hidratado carburante, transportados com os DANFES 20531 e 20534, exigindo o imposto decorrente da falta de retenção do ICMS devido a título de substituição tributária nas saídas de mercadorias sujeitas a antecipação. Disse, ainda, que, na descrição dos fatos, o preposto fiscal corrige o móvel da exigência, afirmando que se trata de falta de recolhimento do ICMS normal relativo às operações próprias.

Salientou que, no Estado da Bahia, as regras do Convênio ICMS 110/07, que revogou o Convênio ICMS 03/99 e trata das questões inerentes à substituição tributária, estão disciplinadas nos arts. 512-A e 512-B, do RICMS; de outro lado, as operações próprias nas saídas internas ou interestaduais com álcool etílico hidratado combustível são tratadas de forma específica nos arts. 515-A a 515-H, normas incorporadas ao RICMS a partir do Protocolo ICMS 17/04.

Aduziu que o que está sendo exigido nesta autuação é o ICMS relativo às operações próprias nas saídas internas com álcool que deve ser recolhido no momento da saída, consoante demonstrativo de fl. 03, salientando que o imposto deve ser calculado tomando por base o valor da operação ou o valor estabelecido em pauta fiscal (o que for maior), incidindo a alíquota de 19% (17% + 2% para o Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza – arts. 51 e 51-A, §1º, do RICMS).

Asseverou que o sujeito passivo afirmara na defesa haver efetuado o recolhimento do imposto a título de antecipação tributária, mas os documentos respectivos não acompanharam as mercadorias, o que viola o art. 515-B, II, do RICMS, segundo o qual o imposto relativo à operação própria nas saídas internas de AEHC será recolhido no momento da saída da mercadoria e o DAE devidamente quitado deverá acompanhar os produtos na circulação, o que não ocorreu no caso em comento.

Afirmou que a alegação de utilização de pauta fiscal fictícia não pode ser acatada, porque a base de cálculo foi constituída pelo próprio autuado, cujos valores foram registrados nos documentos fiscais de fls. 07 e 08. Além disso, a apuração da base de cálculo do ICMS pertinente às operações internas com AEHC de acordo com pauta fiscal está prevista na Cláusula Segunda, I, do Protocolo ICMS 17/04, cujo valor foi estabelecido pela IN 34/07. Portanto, a apuração da base de cálculo do imposto exigido está em conformidade com a legislação tributária em vigor no Estado da Bahia.

Consignou ser injustificável o pedido de exclusão da multa com respaldo na boa-fé, com respaldo no caráter objetivo da obrigação tributária e no fato de se tratar de descumprimento de obrigação principal, salientando que, em virtude disso, o pedido deve ser dirigido à Câmara Superior, acompanhado do comprovante de pagamento do valor principal e seus acréscimos.

Não acatou a arguição de que não foi incluído desconto incondicional na apuração da base de cálculo do ICMS-ST, pois o imposto devido pelas operações próprias é apurado com base na pauta fiscal, que no período fiscalizado era de R\$1,9754 por litro, valor considerado pelo próprio autuado, no cálculo do ICMS-ST. Disse não ser razoável o argumento defensivo de que os campos do software de emissão das notas fiscais eletrônicas não possibilitam a inclusão do desconto incondicional na base de cálculo do ICMS normal.

Concluiu pela Procedência da autuação.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs o Recurso Voluntário de fls. 53/60, 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 demonstra a nulidade do Auto de Infração em discussão, pois a infração imputada, na verdade, seria outra que não aquela registrada no próprio instrumento infracional. Salienta que a capitulação legal registrada no Auto de Infração, toda referente ao ICMS-ST, não coincide com a que foi registrada na informação fiscal mencionada pelo acórdão recorrido.

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.

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 Recurso Voluntário 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.

Dáí, 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 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.

À fl. 69, a PGE/PROFIS opinou pela rejeição da preliminar de nulidade, por entender que, apesar da capitulação infracional se referir à falta de retenção do ICMS-ST, a descrição fática e os cálculos que acompanham a autuação indicam, sem qualquer sombra de dúvidas, que a exigência é a falta de recolhimento do ICMS por operação própria.

No mérito, diz não haver o que se corrigir na base de cálculo do imposto exigido, uma vez que foi lançada pelo próprio contribuinte, em seus documentos e livros fiscais. Afirma que o argumento em torno do desconto incondicional não pode ser acatado, já que, nem por outros meios foi comprovado que houve concessão de qualquer tipo de desconto ao adquirente da mercadoria.

Manifestou-se, ao final, pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

A preliminar de nulidade da autuação merece acatamento.

Em primeiro lugar, constata-se que o preposto fiscal atribui ao sujeito passivo, por intermédio da infração 1, da presente autuação, a falta de retenção do ICMS-ST nas operações de saídas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, *in casu* álcool hidratado combustível. O dispositivo regulamentar invocado (art. 353, II, do RICMS), em consonância com a descrição da infração, trata do dever de retenção e de recolhimento do ICMS-ST, na qualidade de sujeito passivo por substituição.

Sucedendo, ao revés do quanto consignado pelo autuante no campo reservado à descrição da infração, o imposto exigido neste lançamento de ofício não é o ICMS-ST, mas, sim, o ICMS normal, devido nas operações próprias realizadas pelo sujeito passivo com álcool hidratado

carburante, consoante foi registrado no campo “*DESCRIÇÃO DOS FATOS*” e na informação fiscal prestada no decorrer da instrução processual.

É de rigor salientar que, ao contrário do entendimento firmado pela Junta e pela PGE/PROFIS, o detalhamento feito no campo “*DESCRIÇÃO DOS FATOS*” não é capaz de sanar o equívoco do preposto fiscal, já que, em se tratando o lançamento de ofício de um documento formal e que deve ser produto de uma atividade administrativa plenamente vinculada, a indicação da infração atribuída ao sujeito passivo deve ser feita no local apropriado, a salvo a incorreções meramente formais que não comprometam o amplo exercício do direito de defesa.

Na hipótese vertente, o esclarecimento definitivo acerca da exigência só veio com a informação fiscal. O sujeito passivo, na defesa, demonstrou claramente que pretendia defender-se de acusação de falta de retenção o ICMS-ST, tanto que chegou a alegar erro na apuração do imposto lançado, por ter englobado do ICMS das operações próprias. Ficou evidente que o recorrente não compreendeu a acusação fiscal, em sua integridade, e ficou impedido de se defender da verdadeira acusação que estava escamoteada nesta autuação.

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, gera 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.

Ante o exposto, voto pelo acolhimento da preliminar de nulidade e, consequentemente, 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 **124198.0005/09-0**, 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, 15 de março de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS