

PROCESSO - A. I. Nº 209732.1206/09-0
RECORRENTE - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JFJ nº 0275-01/10
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 08/04/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0063-11/11

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. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JFJ nº 0275-01/10), 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 antecipação tributária – Imposto: 1.876,63 – Multa: 60%.

A Junta de Julgamento Fiscal assim dirimiu a lide administrativa posta à sua apreciação, *in verbis*:

“Em sede de preliminar, o autuado sustenta que não recebeu cópia do Auto de Infração, o que alega ter cerceado o seu direito de defesa. Na informação fiscal, o autuante diz que o aviso de recebimento acostado à fl. 19 comprova a referida entrega.

Ao analisar o processo, verifico que, às fls. 19 e 20 dos autos, consta que o autuado foi notificado acerca do Auto de Infração, por meio de carta com aviso de recebimento. Além disso, observo que em sua defesa o contribuinte relata de forma detalhada o fato que lhe foi imputado, o que me leva a concluir que ele teve conhecimento do referido Auto de Infração. Dessa forma, entendo que não há razão para o acolhimento dessa preliminar de nulidade.

Ainda em preliminar, o autuado alega que não foi notificado de qualquer descredenciamento e, portanto, o Auto de Infração é nulo.

Por força do disposto no art. 515-B do RICMS-BA, os contribuintes estão obrigados a efetuar o recolhimento do ICMS relativo à operação própria nas saídas internas com AEHC no momento da saída da mercadoria. Como uma exceção a essa regra, prevê o § 1º desse citado artigo que os contribuintes poderão, após autorização da COPEC, recolher o referido imposto até o 9º dia do mês subsequente ao da saída. Dessa forma, não há o que se falar em descredenciamento e, assim, também afasto essa preliminar de nulidade.

Adentrando no mérito, observo que no Auto de Infração em lide o autuado foi acusado da “Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária”. Foi dado como infringido o disposto no art. 353, II, do RICMS-BA. Para essa infração, foi aplicada a multa capitulada no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

Os autuantes, na descrição dos fatos, assim se pronunciaram:

No exercício de nossas funções fiscalizadoras, em data, hora e local [...] constatamos as seguintes irregularidades: mercadoria (5.000 lts de Álcool Etílico Hidratado Carburante), sendo transportado e acondicionado no veículo tanque de placa policial GZG-0226, município de Nanuque/MG., acobertado pelo DANEF nº 21321 datado de 17/12/2009, anexo cópia, estava sem o devido pagamento e recolhimento relativo o ICMS da antecipação tributária da operação própria destacado no aludido documento fiscal, conforme determina o Regulamento do ICMS/Ba., destinado a empresa Comércio de Combustíveis Nunes Ltda, I.E.: 67018796 munic. de Itabuna/Bahia. Para tanto, apreende-se a referida mercadoria para fazer prova em favor do fisco estadual, tendo em vista infração cometida contra a legislação vigente.

Da análise das peças que compõem o processo, especialmente o Termo de Apreensão e Ocorrências, constato que a efetiva razão do lançamento foi a falta de recolhimento do ICMS normal, referente às operações próprias com álcool hidratado carburante, uma vez que o autuado não possuía autorização da COPEC para efetuar o recolhimento do imposto em momento posterior. A divergência entre a acusação formal e a descrição dos fatos

não causou prejuízo ao exercício do direito de defesa, pois o valor lançado se refere ao ICMS normal que foi destacado nos documentos fiscais pelo próprio autuado.

Tomando-se por base o fato efetivamente apurado, depreende-se que o correto enquadramento da infração é no artigo 515-B, II, III, § 1º, do RICMS-BA. Entendo que essa falha não prejudica o lançamento, pois, ao teor do disposto no art. 19, do RPAF/99, a descrição dos fatos deixa evidente o correto enquadramento.

O argumento defensivo pertinente aos créditos fiscais de ICMS decorrentes do imposto pago no momento da aquisição do álcool junto às usinas não merece acolhimento, uma vez que a apropriação desse crédito fiscal é realizada mediante registro nos livros fiscais próprios, obedecendo à legislação pertinente e, portanto, não há como se falar em violação ao princípio da não cumulatividade.

Conforme está sobejamente comprovado nos autos, o autuado efetuou operações de saídas de AEHC e emitiu os documentos fiscais com destaque do imposto, porém não apresentou a comprovação do pagamento do ICMS devido em relação às operações próprias, infringindo, desse modo, o disposto no artigo 515-B do RICMS-BA, que assim dispõe:

Art. 515-B. O imposto relativo à operação própria nas saídas internas ou interestaduais de AEHC ou de álcool não destinado ao uso automotivo, transportado a granel, será recolhido no momento da saída das mercadorias, observando-se o seguinte:

[...]

II - o Documento de Arrecadação Estadual, devidamente quitado, deverá acompanhar a mercadoria na respectiva circulação;

III - o número de autenticação bancária do documento de arrecadação deverá ser indicado no campo “Dados Adicionais” da Nota Fiscal de saída e o número desta no campo “Informações Complementares” do respectivo documento de arrecadação;

§ 1º Os contribuintes industriais poderão, mediante autorização do Diretor de Administração Tributária da região do domicílio fiscal do contribuinte, após Parecer técnico da COPEC, recolher o imposto relativo às operações internas até o 9º dia do mês subsequente ao da saída.

O dispositivo acima transcrito é de tal clareza que, sem grandes esforços interpretativos, depreende-se que o ICMS referente à operação própria deve ser recolhido no momento da saída da mercadoria, salvo se o contribuinte possuir autorização para recolher o referido imposto até o 9º dia do mês subsequente ao da saída. Como no caso em comento não ficou demonstrado nem o pagamento do ICMS em questão e nem a existência de autorização para recolhimento do imposto em momento posterior, fica patente o acerto da ação fiscal.

Ressalto que a multa indicada no lançamento (art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96) necessita ser corrigida, pois ela não está em conformidade com o ilícito fiscal que foi apurado. A pena apropriada para a infração detectada é a prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, no percentual de 60%. Dessa forma, fica retificada a multa consignada no Auto de Infração.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs o Recurso Voluntário de fls. 56/65, 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, irrisignação 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 JF 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 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, 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.

Às fls. 75/76, 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 que a exigência é a falta de recolhimento do ICMS por operação própria.

No mérito, diz não haver possibilidade de concessão de crédito fiscal, tendo em vista que o contribuinte não comprovou os recolhimentos do ICMS na operação anterior, nem na operação objeto da autuação. Afirmo que o sujeito passivo, também, não demonstrou o direito ao recolhimento posterior do ICMS, nos termos do art. 515-B do RICMS.

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 que, 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 do ICMS-ST, tanto que chegou a alegar erro na apuração do imposto lançado, por ter englobado o 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, conseqüentemente, 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 **209732126090**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)**. Recomenda-se à autoridade fiscal competente, a instauração de ação fiscal, no estabelecimento, para verificar o recolhimento do tributo objeto da autuação.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de março de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

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