

PROCESSO - A. I. Nº 232197.0002/09-5
RECORRENTE - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0315-02/10
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 08/07/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0172-11/11

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

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, proferida no Acórdão nº 0315-02/10, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, em decorrência da falta de retenção do ICMS Substituição Tributária nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide com fundamento do voto a seguir reproduzido:

“Trata-se de Auto de Infração lavrado no trânsito da mercadoria, no Posto Fiscal Honorato Viana, cuja infração foi descrita no Auto de Infração como “Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.”

Apesar de está assim descrita, porém, na descrição do fato, a irregularidade imputada ao contribuinte diz respeito à falta de recolhimento do ICMS normal, e a consequente falta de anexação do DAE devidamente quitado, relativamente às suas operações próprias com Álcool Hidratado Carburante através dos DANFEs nº 20963, 20964, 20967, 20968 e 20976 que acobertou o trânsito da mercadoria.

Portanto, este fato não causou qualquer prejuízo à defesa do contribuinte, inclusive o valor lançado no demonstrativo de débito se refere ao valor do ICMS da operação própria, que deveria ter sido pago antes da saída da mercadoria, haja vista que o contribuinte não comprovou que possuía autorização da COPEC para pagamento do tributo nesta operação em outro prazo.

Ao defender-se o impugnante trata de base de cálculo da substituição tributária, matéria totalmente diferente da que foi objeto da autuação. Por consequência os argumentos trazidos pela defesa de que não houve falta de recolhimento do ICMS por substituição tributária não é capaz de elidir a autuação, uma vez que, repito, este não foi o motivo da autuação, conforme demonstrado acima, o que foi autuado foi o ICMS Normal referente à operação própria.

Quanto a exigência fiscal, de acordo com o inciso II do artigo 515-B, do RICMS/97, “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”. O inciso I do citado dispositivo regulamentar determina que a base de cálculo do imposto devido é o valor da operação ou o valor estabelecido em pauta fiscal, prevalecendo o que for maior.

Não existe na legislação tributária do Estado da Bahia pauta fiscal para determinação da base de cálculo da operação própria para o AEHC, mas tão-somente a Instrução Normativa nº 04 de 27/02/2009, no caso de antecipação parcial do referido produto.

Portanto, de acordo com o artigo 515-B do RICMS/97, a base de cálculo é o valor da operação. Quanto ao valor lançado no demonstrativo de débito à fl.02, verifico dois equívocos: o primeiro diz respeito à alíquota

aplicada, pois foi calculado indevidamente à alíquota de 27%, quando o correto é de 19%. O outro equívoco concerne ao valor da base de cálculo das operações constantes nos DANFEs objeto da autuação.

Para visualizar o erro na base de cálculo, vale analisar o demonstrativo abaixo:

Nº	(LTS)	VL OPERAÇÃO	ICMS NORMAL
20963	5.000	9.877,00	1.876,63
20964	5.000	9.877,00	1.876,63
20967	5.000	9.877,00	1.876,63
20968	5.000	9.877,00	1.876,63
20976	10.000	19.754,00	3.753,26
TOTAIS	30.000	59.262,00	11.259,78

Desta forma, houve equívoco no cálculo do débito, uma vez o valor correto, consoante a legislação acima citada, deve ser de R\$ 11.259,78, calculado sobre o valor da operação de R\$59.262,00, sendo lançado o ICMS de R\$ 16.200,00, valor esse, calculado sobre a base de cálculo no total de R\$60.000,00.

Quanto a alegação de que foi utilizada indevidamente pauta fiscal fictícia para calcular o imposto, o equívoco apontado na defesa está sendo corrigido conforme cálculo acima.

Quanto ao pedido para redução ou cancelamento da multa aplicada pelo descumprimento da obrigação principal, ressalto a legalidade da mesma, tendo em vista que está prevista no artigo 42, II, "e", da Lei nº 7.014/96, não podendo ser acatado o pedido de sua exclusão ou redução, visto que a penalidade imposta está vinculada à infração cometida, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

Conforme ressaltado nos diversos julgamentos ocorridos no âmbito deste Colegiado, se o contribuinte tivesse realmente interesse de quitar o débito sem a multa e sem os acréscimos moratórios, teria utilizado do benefício da recente Lei Nº 11.908, de 04 de maio de 2010, a qual dispensou o pagamento de multas por infrações e de acréscimos moratórios relacionados a débitos fiscais do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias – ICMS e do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, decorrentes de fatos geradores ocorridos até 31 de dezembro de 2009, inclusive com cobrança ajuizada, desde que o interesse fosse formalizado pelo contribuinte até 25 de maio de 2010, entretanto, não consta nos autos que assim tenha procedido o impugnante.

Nestas circunstâncias, não resta dúvida que o autuante na condição de preposto fiscal na fiscalização de mercadorias em trânsito agiu de forma correta, visto que efetivamente o documento fiscal mencionado acima, deveria estar acompanhado do comprovante de recolhimento do ICMS correspondente à operação própria do estabelecimento, conforme determina o art.515-B, do RICMS/97, não possuindo autorização para recolhimento em data posterior ao momento da saída das mercadorias. Contudo, tendo em vista que houve erro no valor do débito lançado no demonstrativo de débito, este fica reduzido para o valor de R\$11.259,78, conforme acima demonstrado.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.”

Em seu Recurso Voluntário, às fls. 61 a 70 dos autos, o recorrente arguiu a nulidade do Auto de Infração por entender que, de acordo com o próprio relatório do acórdão recorrido, o Auto de Infração foi lavrado para exigir a falta de retenção do ICMS substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, contudo, a Decisão proferida pela Junta de Julgamento Fiscal o condenou ao recolhimento do ICMS supostamente devido, em virtude da operação própria, sem que tal fato tenha sido objeto da autuação fiscal.

Disse que tendo sido autuado em decorrência da ausência de recolhimento do ICMS-ST, dirigiu sua defesa contra esse fato específico e diferentemente do entendido pela Junta de Julgamento Fiscal houve prejuízo para o seu direito de defesa, pois entendeu que a infração imputada decorreu da cobrança do ICMS-ST.

Arguiu que se foi afastada totalmente a autuação referente ao ICMS substituição, o Auto de Infração deve ser julgado improcedente, pois a imputação somente versa sobre a suposta não retenção do ICMS Substituição, e não do ICMS próprio.

Acrescentou que o julgamento de Primeira Instância jamais poderia entender que o ICMS relativo à operação própria não fora recolhido, pois, está sendo imputada uma infração nova que não se encontra na tipificação e enquadramento legal da autuação fiscal, implicando em flagrante

violação ao princípio da tipicidade, da ampla defesa e do contraditório. Para corroborar a sua afirmação transcreveu acórdãos da 3ª JJF deste Conselho de Fazenda.

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.

Prosseguiu afirmando ter havido 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.

Menciona que lhe foi imputado a falta de retenção do tributo devido a título de substituição, entretanto, o imposto fora devidamente recolhido. Disse que o valor equivocadamente apurado foi recolhido nas operações de saída da mercadoria, fato reconhecido pelo próprio autuante.

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 previsionamento da Súmula nº 431 do Superior Tribunal de Justiça.

Conclui pugnando pelo conhecimento e Provimento do Recurso Voluntário, para reforma do acórdão recorrido, julgando-o improcedente e, se assim não for entendido, postula a declaração de nulidade do Auto de Infração, tendo em vista que foi cobrado um tributo (ICMS próprio) que não está incluído na tipificação da autuação (ICMS substituição), causando prejuízo à sua defesa.

A PGE/PROFIS, em sua manifestação às fls. 82 a 84 dos autos, discordou do julgamento da JJF, tendo em vista 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, em razão da falta de clareza na descrição e na tipificação da infração, o que provocou indiscutivelmente prejuízo para o exercício do direito de defesa do contribuinte.

Opinou, então, pelo reconhecimento da nulidade da Decisão recorrida, com esteio no art. 18, inciso IV, do RPAF/BA.

VOTO

É objeto de Recurso Voluntário a Decisão da Primeira Instância que manteve o lançamento tributário tal como originalmente realizado, julgando o Auto de Infração procedente em parte.

A acusação fiscal refere-se à “*falta de retenção do ICMS Substituição, nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária*”, sendo dado como infringido o disposto no art. 353, II, do RICMS-BA e aplicada à multa capitulada no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

Contudo, 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 “*DESCRICAÇÃO DOS FATOS*” do Auto de Infração e Termo de Apreensão e Ocorrências nº 232197.0003/09-1, anexado à fl. 05.

Entendo que o detalhamento feito no campo “*DESCRICAÇÃO DOS FATOS*”, dos referidos documentos, não é capaz de sanar o equívoco do preposto fiscal, já que, em se tratando o lançamento de ofício de um documento formal, a indicação da infração atribuída ao sujeito passivo deve ser feita no local apropriado, a salvo de incorreções, a fim de não comprometer o amplo exercício do direito de defesa.

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, ficando evidente que não compreendera a acusação fiscal, e ficou impedido de se defender da verdadeira acusação que lhe estava sendo imputada.

Logo, no presente lançamento de ofício, verifica-se que os equívocos constatados na exigência fiscal trouxeram insegurança na compreensão da imputação atribuída ao sujeito passivo, cerceando seu direito de defesa, caracterizando, portanto, nulidade insanável, nos precisos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA, consoante o entendimento apresentado pela PGE/PROFIS.

Assim, 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/BA, 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 232197.0002/09-5, 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, 20 de junho de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS