

PROCESSO - A. I. Nº 232278.0003/10-2
RECORRENTE - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0267-02/10
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 08/07/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0173-11/11

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 0267-02/10, 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, 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.”

Verifico que, apesar da infração conter a aludida descrição, após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que na descrição do fato o autuante consignou que lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto decorrente de falta de recolhimento do ICMS normal e/ou anexação do respectivo DAE, quitado, em sua operação própria com ÁLCOOL HIDRATADO CARBURANTE, referente DANFE constante dos autos, não possuindo o contribuinte autorização da COPEC para gozo de recolhimento no prazo normal.

Para embasar a infração foi lavrado o Termo de Apreensão, constando no campo “Descrição dos Fatos”, que foi apurada a seguinte irregularidade: “falta de recolhimento do ICMS normal em suas operações próprias com álcool hidratado carburante, referente ao DANFE 20587em anexo”.

A repetição do texto da acusação, constante nos Auto de Infração e Termo de Apreensão é oportuna para que não exista dúvida quanto à infração que foi imposta ao sujeito passivo, a qual trata, única e exclusivamente, do ICMS normal. 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 normal, destacado no documento fiscal, que deveria ter sido pago antes da saída da mercadoria, haja vista que o contribuinte não comprovou possuir autorização da COPEC para pagamento do tributo nesta operação em outro prazo. Assim, não tem nenhuma pertinência os argumentos defensivos relativos à substituição tributária, uma vez que, na ação fiscal em lide, nada foi imputado ao autuado em relação à substituição tributária.

Na peça defensiva o impugnante trata de base de cálculo da substituição tributária, matéria totalmente diferente da que foi objeto da autuação.

Analisando os documentos fiscais, que embasaram a autuação, fica com clareza cristalina que o fiscal autuante efetuou o lançamento tributário de ofício do valor do ICMS calculado pelo próprio contribuinte, sendo os valores destacados nas Notas Fiscais pelo contribuinte autuado.

Os valores autuados foram os destacados nos documentos fiscais e foram indicados pelo contribuinte autuado nos DANFE's 22203, 23201, 23299, 23271, 23272, 23270, 23269, 23288, 23286, 23293, 23292, 23298, 23294, 23295, 23297, 23296, anexo aos autos.

Conforme restou comprovado nos autos, em especial no Termo de Apreensão e nos aludidos DANTF's, o autuado transportava álcool carburante, destinados 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), conforme determina o 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, devendo o Documento de Arrecadação Estadual, devidamente quitado, acompanhar a mercadoria na respectiva circulação, devendo, ainda, constar o número da autenticação consta no corpo da própria nota fiscal, em conformidade com os incisos II e III do citado artigo, in verbis:

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.

Da interpretação dos dispositivos acima, sem sombra de dúvida, o ICMS Normal, operação própria, deve ser recolhido no momento da saída da mercadoria, salvo se o contribuinte possua autorização do Diretor de Administração Tributária, após Parecer técnico da COPEC, para recolher o imposto relativo às operações internas até o 9º dia do mês subsequente ao da saída, o que não foi comprovado nos autos, o que demonstra o acerto da ação fiscal.

Quanto ao pedido de redução da multa e dos acréscimos moratórios, não podem ser acatados por falta de previsão legal, pois o art. 158, do RPAF/99, trata somente das multas por descumprimento de obrigação acessória, que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte. Assim, entendo que não foram atendidas as exigências acima, razão pela qual deixo de acatar o pedido do autuado. De igual modo, não pode ser acolhido o pedido defensivo com base no Art. 159, pois o mesmo não pode ser apreciado pela Junta de Julgamento Fiscal, uma vez que a competência é da Câmara Superior do CONSEF, devendo o contribuinte requer diretamente ao órgão competente, se entender ser pertinente.

Pelo acima exposto, entendo que restou comprovado que o autuante apenas exigiu o pagamento do ICMS destacado nas notas fiscais emitidas pelo autuado e que 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, não possuindo autorização para recolhimento em data posterior ao momento da saída das mercadorias.

Ocorre, contudo, que o autuante, ao somar os valores do ICMS devido relativo às operações próprias constantes dos DANFE's, às fls. 6 a 21 dos autos, totalizou o valor a mais (R\$35.739,00). A soma dos valores devidos relativo à tais operações, constantes dos aludidos DANFE's, é R\$35.655,97.

Ressalto, igualmente, que o autuante se equivocou ao indicar na infração em tela o dispositivo da multa aplicada como sendo a alínea "e" do inciso II do Art. 42, quando o correto é a alínea "f" do mesmo inciso, mesmo art. 42 e mesma da Lei nº 7014/96, pelo que fica retificado o inciso indicado, não havendo nenhuma alteração de valor, uma vez que a multa foi corretamente calculada no percentual de 60%.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração."

Em seu Recurso Voluntário, às fls. 109 a 117 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 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 JFJ 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 provisionamento 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. 127 a 129 dos autos, discordou do julgamento da JFJ, 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 *“DESCRIÇÃO DOS FATOS”* do Auto de Infração e Termo de Apreensão e Ocorrências nº 232278.0004/10-9, anexado à fl. 04.

Entendo que o detalhamento feito no campo *“DESCRIÇÃO 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 compreendia 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, 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 232278.0003/10-2, 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