

PROCESSO - A. I. Nº 128983.0014/09-8
RECORRENTE - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0260-02/10
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 08/07/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0175-11/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CONTRADIÇÃO ENTRE O FATO CONSTATADO E O FATO DESCRITO NO AUTO DE INFRAÇÃO. FALTA DE SEGURANÇA QUANTO À INFRAÇÃO APONTADA. A acusação no Auto de Infração diz respeito à falta de retenção do ICMS devido por substituição, relativamente a operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, com fundamento no artigo 353, inciso II, do RICMS/BA, porém, tanto na descrição dos fatos, quanto ao ser prestada a informação fiscal, ficou patente que se trataria do imposto relativo às “operações normais” do contribuinte, e não ao imposto devido por substituição, aduzindo o autuante que o fundamento estaria nos artigos 126, 512-A e 515-B, todos do RICMS/BA. Nos termos do artigo 39, inciso III, do RPAF/99, a descrição do fato deve ser feita de forma clara e precisa. O §1º do artigo 18 do RPAF/99 somente admite o saneamento do Auto de Infração em se tratando de eventuais incorreções ou omissões. No caso presente não se trata de uma incorreção “eventual”, pois diz respeito à determinação do fulcro da autuação, constituindo, portanto, um vício substancial. Acolhidas as preliminares de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “b”, do RPAF/99, interposto pela 2ª JJF após julgamento pela Procedência em Parte do Auto de Infração - através do Acórdão JJF nº 0260-02/10 - lavrado pela Fiscalização de Trânsito de Mercadorias para imputar ao sujeito passivo “*Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária. Imposto lançado: R\$ 29.700,00. Multa: 60%.*”.

Em Primeira Instância, o julgamento proferido pela JJF pela Procedência em Parte do Auto de Infração epigrafado, teve os seguintes fundamentos, *in verbis*:

“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 ALCÓOL HIDRATADO CARBURANTE, referente ao 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 20587 em 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 têm 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 indicados pelo contribuinte no DANFE 20587, anexo aos autos. Conforme restou comprovado nos autos, em especial no Termo de Apreensão e no DANFE 20587, 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), 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 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. Observo, contudo, que o autuante apura equivocadamente a base de cálculo, tendo em vista que o valor correto, constante, inclusive da nota fiscal, é de R\$ 29.630,70 e o valor devido é de R\$5.629,83. 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 EM PARTE do Auto de Infração.”.

Inconformado com o Julgado, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 50 a 59 – onde, de início, alega que é patente o abuso em que incorreu a Decisão recorrida, visto que a autuação foi tipificada como “*falta de retenção do ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária*”, não há que se falar em importação de recolhi-

mento de ICMS devido pela operação própria, sendo, assim, a infração imputada pela JJF na verdade é outra que não aquela registrada no próprio Auto de Infração epigrafado, ou seja, a capitulo legal registrada no Auto, toda referente ao ICMS-ST, art. 353, II, não coincide com aquela que o agente fiscal registrou na informação fiscal mencionada no acórdão recorrido, art. 515-B.

Assim, conclui que o Auto de Infração é Nulo, e que, ao contrário do que entendeu a JJF, houve prejuízo ao seu direito de defesa, em ofensa ao art. 2º do RPAF/BA, já que em virtude da má qualificação jurídica dos fatos e da imputação de infração diversa, o recorrente apresentou defesa desatoante dos fatos imputados, já que não compreendeu da forma adequada à natureza da infração que lhe fora imputada.

Aduz, ainda, que se a JJF afastou a autuação referente ao ICMS Substituição, o Auto de Infração deve ser julgado totalmente Improcedente, uma vez que versa somente sobre suposta não retenção do ICMS-ST, e não do ICMS próprio, e a JJF, ao entender que o recorrente não recolhe o ICMS relativo à operação própria, está imputando uma infração nova que não se encontra na tipificação e enquadramento legal da autuação fiscal, em flagrante violação ao princípio da tipicidade, da ampla defesa e do contraditório.

Cita os acórdãos JJF nºs 0212-03/10 e 0296-03/10 como precedentes deste Conselho de Fazenda, no sentido de anular Autos de Infração lavrados contra a própria empresa, sobre a mesma matéria.

Pontua, ainda, que houve erro na apuração do valor do imposto devido a título de ICMS-ST, se esta é realmente a imputação discutida afinal, já que ao fixar a base de cálculo não se considerou o crédito fiscal a que faz jus o recorrente, e que não houve falta de retenção do tributo devido a este título, devidamente recolhido quando da saída da mercadoria.

Alega que houve ofensa ao princípio da não-cumulatividade, porquanto não foram considerados os créditos do ICMS anteriormente pagos, e requer que, caso subsista o débito exigido, que seja refeita a quantificação dos valores, apropriando-se os créditos de ICMS a que faz jus, e ainda que seja incluído na base de cálculo do imposto exigido, o desconto incondicional.

Alega, ainda, que a Fiscalização utilizou uma pauta fiscal fictícia, muito além da realidade do mercado de combustíveis do Brasil, e que a Súmula nº 431 do STJ já declarou a legalidade da cobrança do ICMS com base em pauta fiscal, requerendo a revisão dos valores exigidos.

Ao final, requer alternativamente, caso subsista a exigência fiscal, a dispensa da multa ao apelo da equidade, na forma do art. 159, §1º, incisos II e III do RPAF/BA.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo de fls. 71 a 73, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, consignando que a legislação do Estado da Bahia prevê a exigência do imposto no caso presente, por antecipação, como se depreende do disposto nos arts. 515-B e 126, inciso IV, do RICMS/BA, notando-se que a autuação fiscal tomou por base os valores contidos nos documentos fiscais que acompanhavam as mercadorias, onde restam ausentes os recolhimentos do imposto relativo às operações próprias. Saliento, por fim, que a possibilidade de adoção de pauta fiscal encontra permissivo legal no inciso I do art. 515-B, bem como o Protocolo ICMS 17/2004, com valores estabelecidos na IN 34/07, e que o pedido de dispensa de multa deve ser dirigido à Câmara Superior do CONSEF, como estabelece o art. 159 do RPAF/BA.

VOTO

De logo devemos consignar que merece apreciação e acatamento a preliminar de nulidade do Auto de Infração epigrafado, pela existência de vício contido no presente lançamento de ofício que o contamina de forma insanável, visto que o erro no enquadramento da infração imputada ao sujeito passivo não pode ser corrigido na medida em que induziu o contribuinte a apresentar impugnação totalmente dissociada do fato infracional detectado pela fiscalização quando do trânsito da mercadoria.

Por sua vez, a descrição dos fatos no campo do Auto de Infração - fl. 01 - em nada esclareceu qual a infração imputada ao sujeito passivo, pois em flagrante contradição com a infração descrita no campo próprio do referido lançamento de ofício, o que corrobora a evidente insegurança que permeia esta autuação, agravada pela descrição de dispositivo regulamentar – art. 353, inciso II, do RICMS/BA - que não guarda relação com a infração lançada.

Registre-se que apenas restou esclarecida na informação fiscal - portanto após apresentação da peça defensiva - a efetiva imputação, qual seja, a falta de recolhimento do ICMS devido pela operação própria do contribuinte, momento em que foram citados os dispositivos regulamentares embasadores da exigência fiscal.

Assim, não há dúvida que a informação fiscal inovou, ao tomar por fundamento jurídico os arts. 515-A e 515-B do RICMS, o que é incompatível com a regra do art. 353, II, como consta no Auto de Infração, e ao explicar que o lançamento diz respeito ao ICMS das “operações normais”, e não ao ICMS devido por substituição tributária, contrariando o enunciado central assinalado no campo “Infração”, que não corresponde à infração concretamente verificada.

Registre-se que a regra do §1º do art. 18 do RPAF é inaplicável no presente caso, pois este apenas admite o saneamento do Auto de Infração na hipótese de incorreções, omissões ou inobservância de exigências meramente formais, mas no caso em epígrafe não há meras incorreções, omissões ou inobservância de exigências formais, pois o erro acima apontado, ao tornar inseguro o lançamento tributário, cerceou o direito de defesa do contribuinte, princípio constitucional inafastável, constituindo-se em um vício substancial.

E, de fato, 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, determina a aplicação 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, votamos pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, modificando a Decisão recorrida para julgar NULO o Auto de Infração epigrafado 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 **128983.0014/09-8**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)**. Representa-se à autoridade competente 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de junho de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS