

PROCESSO - A. I. Nº 124198.0008/09-9
RECORRENTE - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1º JJF nº 0323-01/10
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 08/07/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0177-11/11

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

Versam os autos de Recurso Voluntário interposto em face do acórdão em referência que julgou pela Procedência do Auto de Infração, lavrado em 03/12/2009, por imputar ao sujeito passivo a falta de retenção de ICMS Substituição Tributária nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação – Imposto: R\$ 3.762,00 – Multa: 60%.

A Primeira Instância Julgadora decidiu a lide administrativa nestes termos, *in verbis*:

Do exame das peças que compõem o presente processo, verifico que a autuação diz respeito à exigência de imposto, decorrente de apreensão de 15.000 litros de álcool etílico hidratado carburante – AEHC, em trânsito, sem o devido pagamento do ICMS referente à operação própria destacado nos respectivos documentos fiscais.

Constatado que o Termo de Apreensão n. 124198.0036/09-2, acostado aos autos às fls. 05/06, foi lavrado para materializar a constatação da irregularidade apontada nos DANFES nºs. 20574 e 20576, ou seja: “FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS NAS SUAS OPERAÇÕES PRÓPRIAS COM ÁLCOOL HIDRATADO CARBURANTE, REFERENTES AOS DANFES Nº.S 20574 E 20576, DE 02/12/2009 EM ANEXOS.”

Conforme estabelece o art. 38 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, o Auto de Infração será lavrado para exigência de tributos, acréscimos tributários e multas, sempre que, mediante ação fiscal relativa a estabelecimento de contribuinte ou desenvolvida no trânsito de mercadorias, for constatada infração à legislação tributária, quer se trate de descumprimento de obrigação principal, quer de obrigação acessória.

Já o art. 28, inciso IV do mesmo RPAF/99, dispõe que a autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que seja lavrado, Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS.

Por sua vez, o art. 41, inciso I, do mesmo Diploma regulamentar processual acima referido, determina que o Auto de Infração far-se-á acompanhar de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará, obrigatoriamente.

Portanto, em conformidade com os dispositivos regulamentares acima referidos, o Auto de Infração deve ser lavrado com fundamento no Termo de Apreensão, devendo ser acompanhado deste.

No presente caso, constato que no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, consta expressamente o seguinte: “FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS NAS SUAS OPERAÇÕES PRÓPRIAS COM ÁLCOOL HIDRATADO CARBURANTE, REFERENTES AOS DANFES Nº.S 20574 E 20576, DE 02/12/2009 EM ANEXOS.”

Assim, a “Descrição dos Fatos” no Auto de Infração, encontra-se em perfeita conformidade com a “Descrição dos Fatos” no Termo de Apreensão que o fundamentou, não restando dúvida de que a exigência diz respeito à “FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS NAS SUAS OPERAÇÕES PRÓPRIAS COM ÁLCOOL HIDRATADO CARBURANTE, REFERENTES AOS DANFES Nº.S 20574 E 20576, DE 02/12/2009 EM ANEXOS.”

O registro acima se faz necessário, pois, a meu ver, a descrição da infração no Auto de Infração em exame, isto é, “falta de retenção do ICMS substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação

tributária”, em nada prejudicou o contribuinte no exercício do direito de ampla defesa, haja vista que este, claramente, era sabedor do que estava sendo acusado. Mesmo porque, nos DANFES n.ºs 20574 e 20576 arrolados na autuação, o sujeito passivo registrou os valores relativos ao ICMS substituição tributária devidos, inclusive, efetuando o recolhimento, conforme comprovantes de recolhimentos acostados aos autos. Em verdade, apesar de ter destacado, também, o ICMS referente à operação própria nos mencionados DANFES, o sujeito passivo não efetuou o pagamento antecipado a que estava obrigado, pois, não apresentou os comprovantes de recolhimentos no momento da ação fiscal, assim como, no momento da apresentação da peça de defesa.

Vale registrar, que no Estado da Bahia, as disposições do Convênio ICMS 110/07, que revogou o Convênio ICMS 03/99 e dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes derivados ou não de petróleo, estão disciplinadas nos artigos 512-A e 512-B, do RICMS/BA. Já as operações próprias nas saídas internas ou interestaduais com álcool etílico hidratado combustível são tratadas de forma específicas nos artigos 515-A a 515-H, normas incorporadas ao Regulamento de ICMS do Estado a partir do Protocolo ICMS 17/04.

Assim, o ICMS relativo às operações próprias nas saídas internas com álcool etílico hidratado combustível (AEHC), que deve ser recolhido no momento da saída, é o que está sendo exigido no Auto de Infração em lide. Nessa situação, o imposto será calculado tomando-se por base o valor da operação ou o valor estabelecido em pauta fiscal (o que for maior), incidindo a alíquota de 19% (17% + 2%), nas operações de saídas de AEHC. O recolhimento do imposto correspondente aos dois pontos percentuais adicionais supra referido, deverá ser efetuado em conta corrente específica vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, na forma prevista em ato do Secretário da Fazenda (art. 51, I e 51-A, § 1º, RICMS BA).

Observe que, apesar de o autuado alegar que efetuou o pagamento do ICMS referente à antecipação tributária da operação própria destacado nos respectivos documentos fiscais, os indispensáveis comprovantes de recolhimentos respectivos não acompanham as mercadorias.

Ora, o art. 515-B, II, do RICMS/BA determina que o imposto relativo à operação própria nas saídas internas de AEHC será recolhido no momento da sua saída e o DAE devidamente quitado deverá acompanhar a mercadoria na respectiva circulação, o que não se observa, no presente caso.

Consigno que o autuado, na condição de distribuidor de combustíveis, como tal definida pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Bio- combustíveis – ANP, poderia afastar a obrigatoriedade do pagamento antecipado do imposto devido pelas operações próprias, caso obtivesse para isso autorização da Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis (COPEC), conforme previsto no art. 515-A, § 2º, RICMS BA, o que de fato não ocorreu.

No que concerne à alegação de utilização de pauta fiscal fictícia, vejo que esta também não pode ser acatada, tendo em vista que a base de cálculo foi constituída pelo próprio autuado, cujos valores foram registrados nos próprios documentos fiscais às fls. 07 a 09. Observe, ainda, que mesmo se ocorresse apuração da base de cálculo do ICMS pertinente às operações internas com AEHC com base em pauta fiscal, não haveria qualquer óbice, porquanto prevista na Cláusula Segunda, I do Protocolo ICMS 17/04, desde quando maior que o valor da operação. Portanto, a apuração da base de cálculo do imposto exigido está em conformidade com a legislação tributária em vigor no Estado da Bahia.

Observe que, a multa indicada no Auto de Infração no percentual de 60% foi a prevista na alínea “e” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, quando a penalidade correta, apesar de também ser de 60%, é a prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, motivo pelo qual retifico de ofício a multa aplicada.

Quanto ao pedido de exclusão da multa, certamente, não pode ser apreciado por este órgão julgador de primeira instância, haja vista que a competência para tanto é da Câmara Superior do CONSEF, a quem o pedido deve ser encaminhado, assim querendo o contribuinte, acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos nos termos do art. 159, §1º do RPAF/BA. Com relação ao pedido de exclusão dos juros, cabe-me consignar que inexistente previsão legal para sua dispensa, conforme pretendido pelo impugnante.

Diante do exposto, restando comprovado que o autuado não efetuou o pagamento do ICMS referente à operação própria destacado nos respectivos documentos fiscais, considero subsistente a infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, 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.

Outrossim, diz 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.

Alega 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. Saliencia 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, assevera 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, pugna 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, alega 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. Daí, 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.

Ressalta, 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 postula 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.

Afirma 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 - assevera - 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, roga pela 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, requer o conhecimento e provimento do Recurso Voluntário, para reforma do acórdão recorrido, julgando improcedente o Auto de Infração e, se assim não for entendido, postula a declaração de nulidade do Auto de Infração, 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 Tributária.

A PGE/PROFIS opinou, com base no art. 18, IV, do RPAF/99, pela declaração de nulidade da autuação, posição esta acolhida, sem ressalvas, no despacho proferido pela procuradora assistente, por ter havido cerceamento do direito de defesa consagrado no texto constitucional.

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 de Julgamento Fiscal 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, com exceção das 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, 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 **124198.0008/09-9**, 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

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS