

PROCESSO - A. I. N° 232267.0012/09-3
RECORRENTE - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF n° 0325-01/10
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 08/07/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0179-11/11

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 09/01/2010, por imputar ao sujeito passivo a falta de retenção de ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária – Imposto: R\$ 43.162,49 – Multa: 60%.

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

“Após analisar os elementos constitutivos do Auto de Infração, especialmente a própria peça inicial, o Termo de Apreensão e os DANFEs (documentos auxiliares das notas fiscais eletrônicas), verifico que a autuação diz respeito à exigência de ICMS decorrente de apreensão de 115.000 litros de AEHC (álcool etílico hidratado carburante), que se encontrava em trânsito, sem o devido pagamento do imposto referente à operação própria, apesar de destacado nos documentos fiscais.

Constatou que o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 232267.0024/09-1, acostado às fls. 05/06, foi lavrado para materializar a constatação da irregularidade apurada nos DANFEs, isto é, a “FALTA DE RECOLHIMENTO, NO PRAZO REGULAMENTAR, DO ICMS RELATIVO ÀS OPERAÇÕES PRÓPRIAS, REFERENTE À VENDA DE ÁLCOOL HIDRATADO CARBURANTE, TRANSPORTADO A GRANEL, NO TOTAL DE 115.000 LITROS, CONFORME DANFEs DE N°.S 21.888, 21.908, 22.309, 22.311, 22.318, 22.319, 22.324, 22.325, 22.333, 22.334, 22.345, 22.346, 22.353, 22.354, 22.355, 22.357, 22.358 e 22.359”

Saliento que de acordo com o art. 38 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o Auto de Infração deve ser lavrado sempre que, mediante ação fiscal, for constatada infração à legislação tributária, quer se trate de descumprimento de obrigação principal, quer de obrigação acessória. Já o seu art. 28, inciso IV, dispõe que a autoridade administrativa que efetuar tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária, lavrará Termo de Apreensão para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração.

Por sua vez, o art. 41, inciso I do RPAF/BA, determina que o Auto de Infração se fará acompanhar de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará, obrigatoriamente. Portanto, em conformidade com os referidos dispositivos regulamentares, o Auto de Infração deve ser lavrado com fundamento no Termo de Apreensão, devendo ser acompanhado deste.

Na presente situação, percebo que no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, consta expressamente o seguinte: “FALTA DE RECOLHIMENTO, NO PRAZO REGULAMENTAR, DO ICMS RELATIVO ÀS OPERAÇÕES PRÓPRIAS, REFERENTE À VENDA DE ÁLCOOL HIDRATADO CARBURANTE, TRANSPORTADO A GRANEL, NO TOTAL DE 115.000 LITROS, CONFORME DANFEs...”

Assim, a “Descrição dos Fatos” no Auto de Infração, encontra-se em perfeita conformidade com a “Descrição dos Fatos” apostila no Termo de Apreensão que o fundamentou, não restando dúvida de que a exigência diz respeito à “FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DECORRENTE DAS OPERAÇÕES PRÓPRIAS COM ÁLCOOL HIDRATADO CARBURANTE.”

Este registro se presta a deixar claro que a descrição da infração contida no Auto de Infração, isto é, “falta de retenção do ICMS substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária”, em nada prejudicou ao contribuinte no exercício do direito de ampla defesa, haja vista que ele, claramente, era

sabedor do que estava sendo acusado. Mesmo porque, nos DANFES arrolados na autuação, o autuado registrou os valores relativos ao ICMS substituição tributária devidos, efetuando o pagamento correspondente, conforme comprovantes que anexou. Ademais, a despeito de ter destacado, também, o ICMS referente à operação própria nos DANFES, não efetuou o pagamento antecipado a que estava obrigado, não apresentou os comprovantes de recolhimentos no momento da ação fiscal, e nem os acostou à peça de defesa.

Ressalto que as disposições do Convênio ICMS 110/07, que revogou o Convênio ICMS 03/99, que dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes derivados ou não de petróleo, se encontram 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 específica nos artigos 515-A a 515-H, normas incorporadas ao Regulamento do ICMS do Estado da Bahia a partir do Protocolo ICMS 17/04.

Deste modo, o ICMS relativo às operações próprias aqui sob análise, e que deve ser recolhido no momento da saída, é o que está sendo exigido no Auto de Infração em lide, caso em que no cálculo do imposto deve-se tomar por base o valor da operação ou o valor estabelecido em pauta fiscal (o que for maior), aplicando-se a alíquota de 19% (17% + 2%), nas operações de saídas de AEHC. O imposto correspondente aos dois pontos percentuais adicionais, 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 do RICMS BA).

Em sua impugnação, o contribuinte alegou que o lançamento não corresponde à realidade dos fatos, argumentando que foi exigido o pagamento do ICMS referente às saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, sendo que o tributo devido a título de substituição tributária tinha sido recolhido, em conformidade com os comprovantes de arrecadação e com os DANFES, que anexou. Assevero, entretanto, com base no quanto delineado acima, que descabe inteiramente a alegação defensiva quanto à existência de qualquer equívoco na constituição do crédito tributário, da forma como consubstanciada nos presentes autos.

Consigno que o autuado, na condição de distribuidor de combustíveis, como definido 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 autorização da Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis (COPEC), conforme previsto no art. 515-A, § 2º do RICMS BA, o que de fato não ocorreu. Desta forma, os documentos que acobertavam a carga transportada deveriam se fazer acompanhar dos respectivos DAEs, devidamente quitados, com os números das autenticações bancárias sendo indicados nas notas fiscais, providências não adotadas pelo contribuinte.

Apesar de o autuado ter se insurgido contra a apuração da base de cálculo do ICMS pertinente às operações próprias com base em pauta fiscal, não há qualquer óbice para a adoção desse procedimento, uma vez que se encontra previsto na cláusula segunda, inciso I do Protocolo ICMS 17/04, desde quando maior que o valor da operação. Assim, a apuração da base de cálculo do ICMS exigido está em conformidade com a legislação tributária em vigor no Estado da Bahia.

Constato que apesar de o autuante ter sugerido um percentual correto para a multa (60%), a recomendação baseada na alínea “e” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96 não é indicada para o presente caso, uma vez que a tipificação correta é aquela verificada em sua alínea “f”, por se tratar de “hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo”, razão pela, de ofício, retifico a multa aplicada.

Quanto ao pedido de exclusão das multas e juros, consigno que não pode ser apreciado em primeira instância, haja vista que a competência para tanto, no que se refere à multa, é da Câmara Superior do CONSEF, a quem o pedido pode ser encaminhado, acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos nos termos do art. 159, § 1º do RPAF/BA. No que concerne aos juros, não existe previsão a sua exclusão.

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 e 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.

Argumenta que tendo sido autuado em decorrência da ausência de recolhimento do ICMS-ST, dirigiu sua defesa contra esse fato específico, aliás, irresignação acolhida pelo próprio Agente de Tributo Estadual, consoante se verifica da leitura do acórdão da Decisão, ao se referir à informação 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. 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, 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 previsionamento 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 face ao 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.

Sucede 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 integritude, 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 de Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar NULO o Auto de Infração nº 232267.0012/09-3, 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