

PROCESSO	- A. I. Nº 232278.0005/10-5
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0330-03/10
ORIGEM	- IFMT – DAT/METRO
INTERNET	- 12/07/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0182-12/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CONTRADIÇÃO ENTRE O FATO CONSTATADO E O FATO DESCRITO NO AUTO DE INFRAÇÃO. 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 art. 353, II, do RICMS, porém, 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 arts. 515-A, 515-B e 126 do RICMS. Nos termos do art. 39, III, do RPAF, a descrição do fato deve ser feita de forma clara e precisa. O § 1º do art. 18 do RPAF 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, tendo em vista a Decisão exarada no Acórdão JJF Nº 0330-03/10, que julgou Nulo o presente Auto de Infração, lavrado para cobrar ICMS, no valor histórico de R\$37.430,00, em razão da “falta de retenção do ICMS Substituição” relativo a operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária. No campo “Descrição dos Fatos” é dito que teria sido constatada falta de recolhimento de ICMS das operações próprias, referente aos DANFEs ali especificados sem autorização da COPEC.

Em defesa (fls. 31/33), a empresa destacou que a infração descrita no Auto se refere à falta de retenção do ICMS devido por substituição relativamente a operações com mercadorias sujeitas à antecipação tributária, porém tal relato não correspondia à realidade, pois o tributo devido a título de substituição estava pago. Alega que o fisco tomou por base de cálculo do imposto tanto o devido por substituição como o relativo ao ICMS principal, sendo que a falta de retenção do tributo a título de substituição não existia, pois já recolhida anteriormente. Ressaltou, ainda, não ter havido qualquer erro por parte da empresa, pois não foi incluído na base de cálculo do tributo o desconto incondicional, haja vista que o programa de emissão da Nota Fiscal Eletrônica não permite que se compute, na base de cálculo, desconto incondicional, sendo este registrado em campo à parte. Em seguida, pleiteia, caso mantida a ação fiscal, a dispensa da multa e juros com fulcro no art. 159, § 1º, II e III, do RPAF.

O fiscal autuante (fls. 129/133) informa que o contribuinte estava transportando álcool carburante com os DANFEs indicados com o pagamento da devida substituição do ICMS, mas sem o recolhimento do imposto de suas operações próprias, conforme comando do art. 515-B do RICMS, combinado com o Protocolo 17/04 e, por isso, a infração foi enquadrada no inciso II do art. 353 do Decreto nº 6.284/97, e a multa no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96. Afirma que a legislação que trata do recolhimento do ICMS nas operações próprias com álcool carburante é clara e o art. 515-B do RICMS faz menção expressa à necessidade do recolhimento antecipado do imposto relativo à operação própria no momento da saída da mercadoria, prevendo o inciso II que no trânsito a mercadoria deve fazer-se acompanhar do documento de arrecadação. No caso em exame, a mercadoria estava transitando sem o DAE referente à operação própria, fazendo-se acompanhar tão-somente do DAE referente à substituição tributária, que não foi objeto de autuação. Aduz que o autuado não goza do benefício previsto no art. 126, IV, item II, do RICMS para recolhimento do imposto até o dia 15 do mês subsequente ao das operações, pois a empresa não tem autorização nesse sentido da COPEC (Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis).

Quanto às questões levantadas pela defesa, afirma que buscou o pagamento do ICMS das “operações normais” e não o ICMS da substituição tributária.

Com relação à base de cálculo, explica que foi usada a constante nos DANFEs e, portanto, não foi inventado nenhum valor.

A 3ª JF pronuncia a seguinte Decisão.

A infração imputada ao autuado foi descrita nestes termos: “Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária”.

Já no campo “Descrição dos Fatos” é dito que teria sido constatada falta de recolhimento de ICMS das operações próprias, referente aos DANFEs ali especificados, sem autorização da COPEC (Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis).

Há uma questão a ser analisada como preliminar, que consiste em se determinar qual o fulcro ou objeto da ação fiscal.

De um lado, a defesa sinaliza que a infração descrita no Auto se refere à falta de retenção do ICMS devido por substituição relativamente a operações com mercadorias sujeitas a antecipação tributária, e alega que o imposto devido a título de substituição tributária se encontrava pago.

Noto que com a informação prestada pelo fiscal autuante operou-se uma contradição substancial quanto ao fulcro do procedimento em análise. Com efeito, embora a autuação se refira claramente a falta de retenção de imposto, o autuante diz na informação que o produto foi despachado com a devida substituição tributária, mas sem o recolhimento do imposto relativo às operações próprias. Isso é reiterado mais adiante, ao frisar que, pelo enunciado do Auto de Infração, o que se busca neste Auto é o pagamento do ICMS das “operações normais”, e não o ICMS da substituição tributária.

Não é razoável o argumento do nobre autuante quanto ao sentido do enunciado da imputação. O modelo do Auto de Infração contém um campo designado “Infração” e outro designado “Descrição dos Fatos”. O campo “Infração” destina-se à descrição do tipo do cometimento, entendendo-se por tipo o cerne, a natureza da infração. Já o campo “Descrição dos Fatos” destina-se à especificação das circunstâncias que envolvem o fato, aduzindo esclarecimentos ou dados complementares do fato narrado no campo “Infração”. Assim sendo, o enunciado principal, aquele que determina a natureza, fulcro ou cerne da infração, deve estar contido no campo “Infração”, apondo-se no campo “Descrição dos Fatos” os dados acessórios, as informações complementares, as circunstâncias. É evidente que as circunstâncias e os dados complementares ou acessórios relatados na “Descrição dos Fatos” não podem se reportar a fato diverso daquele que constitui o enunciado principal indicado no campo “Infração”.

No caso em exame, a acusação identificada e descrita no campo próprio – campo “Infração” – é de que foi constatada a falta de retenção do ICMS devido a título de substituição, relativamente a operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária. Se se trata de falta de retenção de ICMS a título de substituição, isso significa que a imputação diz respeito ao imposto devido por substituição relativo a operações de terceiros, figurando o autuado como responsável ou substituto tributário, nada tendo a ver com a obrigação relativa ao ICMS devido pelas operações próprias do sujeito passivo.

Retomando a análise do caso em apreço, consta no Auto que o fato foi enquadrado no art. 353, II, do RICMS. Isso confirma que a autuação se refere à falta de retenção do tributo a título de substituição tributária, atribuindo-se ao autuado a condição de substituto tributário. Foi disso que o contribuinte se defendeu, alegando que o tributo devido a título de substituição havia sido pago.

Não há dúvida que na informação o 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. Ora, essa informação contraria o enunciado central assinalado no campo “Infração”. Como pode o campo “Infração” conter um enunciado que não corresponde à infração concretamente verificada?

Nos termos do art. 39, III, do RPAF, a descrição do fato deve ser feita de forma clara e precisa. A clareza do Auto de Infração não é somente para o órgão julgador. É também, e principalmente, para o autuado, a fim de que ele saiba do que está sendo acusado.

O § 1º do art. 18 do RPAF somente admite o saneamento do Auto de Infração em se tratando de eventuais incorreções ou omissões ou da não-observância de exigências meramente formais. No caso presente, não se trata de uma incorreção “eventual”, pois diz respeito à determinação do fulcro da autuação, constituindo portanto um vício substancial.

Na informação fiscal o autuante alude à possibilidade de o imposto relativo às operações normais não ter sido pago. A repartição fiscal analisará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se o contribuinte, antes do início de nova ação fiscal, sanar alguma irregularidade porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, exime-se de sanções.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com fundamento no art. 18, § 1º, do RPAF.

Recorreram de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/2000.

VOTO

A infração imputada ao contribuinte e conforme descrito no Auto de Infração diz respeito à “Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária”.

O fiscal autuante consignou que foi infringido o art. 353, inciso II, do RICMS/BA que trata da antecipação tributária a ser feita pelo contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias que indica. No específico caso da presente lide o AEHC – álcool etílico hidratado combustível, neste citado artigo da norma regulamentar encontra-se inserido no inciso IV e não no inciso II.

A multa indicada encontra-se contida no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96 que trata da penalidade a ser aplicada *quando não for retido o imposto pelo sujeito passivo por substituição*;

Já no campo “Descrição dos Fatos” foi dito que a infração trata da falta de recolhimento do ICMS em relação às operações próprias do contribuinte, referente aos DANFEs ali especificados (fl. 01).

Esta mesma acusação consta do Termo de Apreensão e Ocorrências de nº 232278.0005/10-5 (fl. 04).

O autuado em sua defesa aponta a incongruência da imputação e afirma que o ICMS-ST já havia sido recolhido antes da ação fiscal.

O autuante, nas suas contrarrazões afirma textualmente de que o lançamento fiscal diz respeito à falta de recolhimento do ICMS em relação às operações comerciais próprias do contribuinte e não do imposto ST. Assim, como a empresa não possui autorização da COPEC (Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis), deve, no trânsito, a mercadoria fazer-se acompanhar do documento de arrecadação, conforme determinações do art. 515-B do RICMS/BA.

Por outro lado, ao analisar o demonstrativo de débito (fl. 03), o fiscal somou na base de cálculo para apuração do ICMS a ser exigido os valores totais dos DANFEs, incluindo, desta forma, o imposto das operações próprias com aquele da substituição tributária.

Com tal relato somente posso me alinhar com a Decisão recorrida, já que não resta claro qual foi, efetivamente, o fulcro da autuação. Embora a infração diga respeito à falta de recolhimento do ICMS-ST, o fato que a determinou, conforme expressou o autuante, é diverso do acusado, ou seja, a fiscalização disse que constatou a falta de recolhimento do imposto das operações próprias da empresa e não a falta de recolhimento do ICMS-ST.

O nobre relator e julgadores da JJF pontuaram corretamente de que, conforme determinações do art. 39, III, do RPAF/BA, a descrição do fato deve ser feita de forma clara e precisa para dar certeza da irregularidade apurada, visando conceder ao contribuinte o pleno exercício do seu direito de defesa, somente plenamente exercido se ele souber do que está sendo acusado.

E, no presente caso, não se pode alegar, objetivando sanar os vícios existentes no processo, a previsão legal contida no § 1º do art. 18 do RPAF, já que ela somente admite o saneamento do Auto de Infração em se tratando de eventuais incorreções ou omissões ou a não-observância de exigências meramente formais. No caso, a incorreção foi na determinação do fulcro da autuação, precisamente, o contribuinte foi acusado de uma infração que tem natureza totalmente diversa da dita apurada pelo fiscal autuante, o que se constitui vício insanável.

Em assim sendo, indubitavelmente, da forma como realizada a fiscalização, houve ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, hipóteses prevista no art. 18, IV, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA, o que determinou a nulidade do lançamento de ofício, por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança a infração imputada ao sujeito passivo tributário.

Comungando com o entendimento expendido pela 3ª JJF, meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO da Decisão recorrida, a mantenho em sua totalidade. Recomenda-se à autoridade competente a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, observando que esta renovação somente poderá ser realizada através de fiscalização no estabelecimento do recorrente. E, por fim, pode o recorrente, antes do início de qualquer procedimento fiscal, recolher o imposto porventura existente através de denúncia espontânea.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **232278.0005/10-5**, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA**. Recomenda-se à autoridade competente a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, observando que esta renovação somente poderá ser realizada através de fiscalização no estabelecimento do recorrente.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de junho de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATOR

ROSANA MACIEL BITENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS