

PROCESSO - A. I. Nº 124157.0787/09-8
RECORRENTE - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0359-01/10
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 08/07/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0183-11/11

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 a tipificação da multa correlata com a infração cometida. Há insegurança na determinação da infração, bem como cerceamento do direito de defesa. Acatadas as preliminares de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, proferida através do Acórdão nº 0359-01/10, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS no valor de R\$5.700,00, acrescido da multa de 60%, em decorrência da “*falta de retenção do ICMS Substituição, nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.*”

Consigna a descrição dos fatos, no Auto de Infração e no Termo de Apreensão, como “*falta de comprovante de ICMS por Antecipação Tributária referente aos DANFES nº 20784 e 20986 (cópias anexas) emitidos por contribuinte DESCRENCIADO COPEC/SEFAZ, correspondente a 15.000 lts de Alcool Hidratado, ilícito previsto no RICMS/BA. de acordo Decreto nº 6.284/97.*”

O autuado apresentou a sua impugnação (fls. 16/18), concentrando sua defesa na suposta falta de recolhimento do ICMS Substituição devido nas operações de saída de mercadoria sujeitas à antecipação tributária, tendo o autuante, às fls. 41/44, prestado a informação fiscal de praxe, contestando as teses defensivas, enquanto o autuado, voltando a se manifestar às fls. 52/58, reiterou as alegações defensivas, asseverando que não cometeu qualquer infração à lei ou ao RICMS-BA quanto ao recolhimento do ICMS devido por substituição tributária.

A Junta de Julgamento Fiscal julgou a lide administrativa posta à sua apreciação, na seguinte literalidade:

“Trata o Auto de Infração em epígrafe da “falta de retenção do ICMS substituição nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária”. Para essa infração, foi aplicada a multa capitulada no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

Nos termos do artigo 512-A, do RICMS-BA, as distribuidoras de combustíveis são responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS relativo às operações internas subsequentes com o álcool etílico hidratado carburante (AEHC). Por força do previsto no inciso IV do artigo 126 desse citado Regulamento, nas operações de saídas de AEHC, o ICMS a ser recolhido pelo responsável em decorrência de substituição tributária será pago no momento da saída da mercadoria. O disposto no parágrafo único desse artigo 126 admite que o ICMS em comento seja recolhido até o dia 15 do mês subsequente ao da operação, quando a distribuidora possuir autorização da COPEC para tanto. Como no caso em tela o autuado não possuía essa referida autorização, conforme relação de fl. 108, ele estava obrigado a para efetuar o pagamento do ICMS devido por substituição tributária no momento da operação.

Na sua defesa, o autuado reconhece que estava obrigado a recolher o ICMS devido por substituição tributária no momento da operação, porém questiona o cálculo efetuado pelo autuante e a legalidade dessa antecipação do pagamento.

A ciência dessa obrigação fica clara quando se observa que, nos documentos trazidos na defesa, há comprovação de que parte do ICMS devido por substituição tributária foi recolhido pelo autuado no momento da operação. Todavia, os argumentos defensivos atinentes a erro na apuração do imposto cobrado não podem prosperar, pois o imposto foi calculado corretamente. Observo que o preço do litro do álcool empregado pelo autuante (R\$ 2,00) é exatamente o mesmo utilizado pelo autuado ao apurar a base de cálculo da substituição tributária (R\$ 2,00).

A única diferença que há entre os cálculos efetuados pelo autuante e pelo autuado reside na dedução do ICMS referente à operação própria. Efetivamente, ao se apurar o ICMS devido por substituição tributária, deve ser deduzido o valor que foi pago a título de ICMS próprio. No caso em tela, no momento da ação fiscal, o autuado não comprovou o pagamento do ICMS próprio e, portanto, não havia crédito a deduzir, como acertadamente considerou o autuante. Não seria razoável admitir que o autuado, estando obrigado a pagar o ICMS próprio no momento da realização da operação de saída, não efetuasse o pagamento e ainda deduzisse, como crédito a seu favor, o valor que deixou de recolher tempestivamente.

A exigência do ICMS em tela no momento da saída da mercadoria com base em dispositivo regulamentar não contém qualquer ilegalidade, pois se trata de matéria atinente a obrigação acessória, que não modifica a metodologia de apuração do imposto. Também não procede a alegação de inobservância do princípio da não cumulatividade, pois os créditos fiscais efetivamente arcados pelo autuado serão lançados nos livros fiscais próprios, conforme previsto na legislação tributária pertinente.

No que tange à utilização da pauta fiscal, ressalto que a Lei nº 7.014/96 expressamente prevê tal hipótese e, o teor do disposto no art. 167, inc. I, do RPAF/99, não cabe a este órgão julgador administrativo a decretação de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

O alegado erro no software de emissão de nota fiscal eletrônica não pode prosperar, pois o autuado vem utilizando o referido sistema há tempo, sem que tenha sido comprovada qualquer irregularidade que o invalidasse. Nos termos do art. 231-B do RICMS-BA, ao emitir nota fiscal eletrônica, o contribuinte deverá, previamente, realizar os testes no ambiente disponibilizado pela Secretaria da Fazenda - SEFAZ, observado os procedimentos previstos em ato específico do Secretário da Fazenda. Portanto, não há como se aceitar a alegação defensiva, apresentada apenas após autuação, de existe falha no sistema de emissão de nota fiscal eletrônica.

Quanto aos descontos incondicionais, saliento que os DANFES acostados ao processo deixam claro que, acertadamente, nem autuado e nem o autuante consideraram tais valores na determinação da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária.

Conforme restou comprovado nos autos, em especial no Termo de Apreensão e nos DANFES, o autuado transportava álcool carburante, destinados a diversos contribuintes, tendo despachado o produto sem o recolhimento tempestivo do ICMS devido por substituição tributária, conforme determina o art. 126, IV, parágrafo único, II, do RICMS-BA, cujo teor transcrevo a seguir:

Art. 126. O imposto a ser recolhido pelo responsável em decorrência de substituição tributária por antecipação será pago:

[...]

IV - nas operações de saída de álcool etílico hidratado combustível (AEHC) e de álcool a granel não destinado ao uso automotivo, no momento da saída das mercadorias.

[...]

Parágrafo único. Nas hipóteses do inciso IV, os contribuintes poderão, mediante autorização competente, recolher o imposto decorrente de substituição tributária por antecipação até o dia 15 do mês subsequente ao das operações, sendo que:

[...]

II - quando distribuidores de combustíveis, mediante autorização da COPEC.

Tendo em vista essa determinação regulamentar acima transcrita, foi correto o procedimento do autuante, ao lavrar o Auto de Infração em tela para cobrar o ICMS devido por substituição tributária que não tinha sido recolhido no momento previsto. Todavia, observo que na defesa, o autuado trouxe ao processo documentos que comprovam o recolhimento tempestivo de parte do ICMS devido por substituição tributária em relação a uma parte das notas fiscais acostadas ao processo. Para que não há cobrança de imposto em duplicidade, esses valores pagos tempestivamente pelo autuado devem ser excluídos da autuação, conforme a tabela abaixo:

DANFE Nº	DATA SAÍDA	DATA PGTO	VALOR ICMS-ST	FLS.
----------	------------	-----------	---------------	------

20784	07/12/09	04/12/09	R\$ 46,74	19/21
20986	09/12/09	08/12/09	R\$ 23,37	22/24
VALOR TOTAL A SER EXCLUÍDO DA AUTUAÇÃO			R\$ 70,11	----

Deduzindo o valor acima (R\$ 70,11) do débito cobrado no Auto de Infração (R\$ 5.700,00), a infração subsiste no montante de R\$ 5.629,89.

O pedido de dispensa de multa não pode ser apreciado por este órgão julgador de primeira instância, uma vez que a competência para tanto é da Câmara Superior deste CONSEF, nos termos do art. 159 do RPAF/99. Caso seja do interesse do autuado, ele poderá requerer à Câmara Superior tal dispensa, nos termos do art. 159 do RPAF/99, obedecidas as formalidades e condições ali previstas. No que concerne aos juros, inexistente previsão legal para a sua dispensa, conforme pretendido pelo autuado.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$5.629,89.”

O autuado, por meio de seu representante legal, formalizou Recurso Voluntário (fls. 81/87), sustentando exigir, o Auto de Infração, ICMS decorrente de falta de retenção do ICMS Substituição nas operações de 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.

Afirmou que ao contrário do que assevera o acórdão, o ICMS-ST foi totalmente recolhido pelo recorrente no momento da saída das mercadorias, conforme comprovam os NEFs e os DAES anexados aos autos.

Em seguida, o Recurso Voluntário alegou 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.

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 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.

Prosseguindo, afirmou que o valor autuado jamais poderia ter sido amparado em uma pauta fiscal, a qual não reflete a realidade do mercado, devendo, a autuação fiscal, ser baseada em números concretos e não supostos e fictícios, sob pena de ser cobrado do contribuinte importes além do *quantum* efetivamente devido.

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.

Em conclusão, requereu o conhecimento e Provimento do Recurso Voluntário, para reforma do acórdão recorrido, julgando improcedente o Auto de Infração, protestando pelo reconhecimento da ausência de qualquer infração à lei ou ao regulamento do ICMS no que pertine à acusação de uma suposta “*falta de retenção do ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, conforme consta nos autos*”.

Às fls. 99/100, a PGE/PROFIS opinou pela rejeição da preliminar de nulidade, por entender que, apesar da capitulação infracional se referir à falta de retenção do ICMS-ST, a descrição fática e os cálculos que acompanharam a autuação indicavam, como exigência, a falta de recolhimento do

ICMS por operação própria.

No mérito, asseverou ser impossível a concessão de crédito fiscal, tendo em vista que o contribuinte não comprovou os recolhimentos do ICMS na operação anterior, nem na operação objeto da autuação, tampouco demonstrando o direito ao recolhimento posterior do ICMS, nos termos do art. 515-B do RICMS.

Manifestou-se, ao final, pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O Auto de Infração epigrafado imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, tendo a Primeira Instância, decidido pela procedência parcial da autuação, o que gerou a irresignação do sujeito passivo, manifestada através de Recurso Voluntário, visando promover a reforma do julgado.

Do exame das peças processuais, constata-se ter o recorrente suscitado a nulidade da ação fiscal, sob o fundamento de que teve o seu direito de defesa cerceado, porquanto se exigia ICMS decorrente de falta de retenção do ICMS-Substituição Tributária nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, enquanto a Decisão se reportou ao recolhimento do ICMS supostamente devido em virtude de operação própria, sem que tal infração fosse objeto da autuação fiscal.

Asseverou que, tendo sido autuado em decorrência da ausência de recolhimento do ICMS-ST, dirigiu a sua defesa contra esse fato específico.

Ocorre que o decisório da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, após rejeitar a preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa, posicionou-se na linha de não terem pertinência os argumentos trazidos na peça defensiva, por se referirem à base de cálculo da substituição tributária, matéria totalmente distinta daquela que foi objeto da autuação - ICMS Normal.

Dúvidas inexistem de que, efetivamente, o autuado desenvolveu o seu inconformismo com foco na acusação de falta de retenção de ICMS devido por substituição tributária, não se reportando à acusação de falta de pagamento do ICMS normal, devido na saída da mercadoria, imputação sobre a qual versou a sua condenação na Decisão de piso.

Nesse contexto, entendo que se encontra configurado o prejuízo à defesa do contribuinte, mesmo que, no âmbito do Recurso Voluntário, fosse contestada a real infração, porquanto supresso estaria o julgamento sobre o tema na 1ª Instância.

Com efeito, a descrição dos fatos e documentos fiscais lastreadores da autuação indicam que o fiscal autuante efetuou o lançamento tributário de ofício, no valor do ICMS “normal”, próprio da operação de saída da mercadoria, entretanto, incorreu em erro ao enquadrá-lo, no campo específico, como falta de retenção do ICMS Substituição, fato capaz de gerar dúvida ao sujeito passivo, o qual apresentou sua defesa com foco na infração apontada no enquadramento e não naquela realmente cometida.

Válido ressaltar o aspecto de que o autuante, embora no enquadramento normativo constante do Auto de Infração, cite o artigo 353, inciso II, do RICMS/BA, que trata de ICMS devido na condição de substituto tributário, na Informação Fiscal prestada aduziu se encontrar a autuação também lastreada nos artigos 126, 515-A e 515-B, todos do RICMS/BA, os quais dispõem sobre o imposto devido por operação própria, não tendo a JJF determinado a reabertura do prazo de defesa para que o contribuinte tomasse conhecimento e se defendesse da real imputação.

Assim é que, frise-se, somente na informação fiscal ficou claro que se tratava de falta de recolhimento do ICMS normal, referente às operações próprias do contribuinte, nesse quadro circunstancial havendo nítida divergência entre a acusação (“*falta de retenção do ICMS Substituição nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária*”) e a

descrição do fato infracional (*“falta de comprovante de ICMS por Antecipação Tributária referente aos DANFES nº 20784 e 20986 (cópias anexas) emitidos por contribuinte DESCRENCIADO COPEC/SEFAZ, correspondente a 15.000 lts de Álcool Hidratado, ilícito previsto no RICMS/BA. de acordo Decreto nº 6.284/97.”*), o que torna, incontestavelmente, insegura a determinação da infração apurada, implicando no cerceamento do direito de defesa do autuado.

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, geraria 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.

Em suma, o caso concreto é de decretação da nulidade do Auto de Infração, não sendo hipótese de saneamento, em face da impossibilidade de se determinar, com segurança, a infração verificada na ação fiscal, a qual teria originado a autuação.

Destaco, finalmente, que, apesar de aparentar atraso na cobrança do imposto porventura devido, tal posicionamento, entretanto, pode representar economia futura para o Estado da Bahia, ao evitar possíveis honorários sucumbenciais, os quais, provavelmente, ocorreriam em uma demanda no âmbito da Justiça Estadual.

Concludentemente, voto 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 124157.0787/09-8, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)**. Recomenda-se à autoridade 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

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS