

PROCESSO - A. I. N° 232278.0015/09-7
RECORRENTE - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0368-01/10
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 08/07/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0184-11/11

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 0368-01/10, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS no valor de R\$18.810,00, 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 pagamento do ICMS normal referentes aos DANFES 20.735, 20.728, 20.734, 20.763, 20.729, 20.730 e 20.731, sem autorização da COPEC.*”

O autuado apresentou a sua impugnação (fls. 20/22), 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. 52/56, prestado a informação fiscal de praxe, contestando as teses defensivas.

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

“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 50.000 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.

Constato 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 PAGAMENTO DO ICMS NORMAL REFERENTE AOS DANFES 20.735, 20.728, 20.734, 20.763, 20.729, 20.730 e 20.731, SEM AUTORIZAÇÃO DA COPEC.”

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 PAGAMENTO DO ICMS NORMAL REFERENTE AOS DANFES 20.735, 20.728, 20.734, 20.763, 20.729, 20.730 e 20.731, SEM AUTORIZAÇÃO DA COPEC.”

Assim, a “Descrição dos Fatos” no Auto de Infração, encontra-se em perfeita conformidade com a “Descrição dos Fatos” aposta 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 NORMAIS 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 às fls. 30 a 50. 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, desde quando 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 a 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 para 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.”

O autuado, por meio de seu representante legal, formalizou Recurso Voluntário (fls. 72/78), 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.

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 o recorrente 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. 90/91, 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, diz não haver possibilidade de 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 epígrafado imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, tendo a Primeira Instância decidido pela procedência 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, em razão da exigência de ICMS decorrente de falta de retenção do ICMS Substituição 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, e que tratam de 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 pagamento do ICMS Normal referentes aos DANFES 20.735, 20.728, 20.734, 20.763, 20.729, 20.730 e 20.731, sem autorização da COPEC.”*), 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 tramitação do processo administrativo fiscal, em face do retrocesso, 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 **232278.0015/09-7**, 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