

PROCESSO - A. I. N° 124198.0011/09-0
RECORRENTE - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0155-01/10
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 12/07/2011

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0184-12/11

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

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, no qual impugnou a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou procedente o Auto de Infração, lavrado em 03/12/09, no qual exige ICMS no valor de R\$4.304,45, acrescido de multa de 60% em decorrência da falta de retenção do ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, em sua Decisão, afirmou o seguinte:

“O Auto de Infração lavrado após apreensão de 11.500 litros de álcool etílico hidratado carburante – AEHC realizada pelo Posto Fiscal, transportado com DANFES 10126 e 10127, exige ICMS decorrente da falta de retenção do ICMS substituição nas operações de saída da mercadoria sujeita à antecipação tributária. Na descrição dos fatos, corrige o preposto fiscal o móvel da exigência, afirmando que se trata da falta de recolhimento do ICMS normal relativo às operações próprias.

Relata o Termo 124198.0039/09-1, fl. 05, lavrado em 03.12.09, que a apreensão ocorreu diante da constatação da ausência do recolhimento do ICMS relativo à operação própria. O álcool apreendido ficou sob guarda e responsabilidade (fiel depositário) do próprio autuado, conforme Termo de Depósito, fl. 06.

Alega o autuado que efetuou o recolhimento da substituição tributária, conforme faz prova as próprias notas fiscais eletrônicas e DAES anexos. Argumenta que houve erro na apuração do valor do imposto, uma vez que na fixação da base de cálculo lançou o valor da substituição e o valor principal; esclarece ainda que na emissão da nota fiscal eletrônica não incluiu na base de cálculo o desconto incondicional, uma vez que o próprio SOFTWARE do Estado gerou o cálculo. O autuante, por sua vez, diz que o transporte de 11.500 litros de álcool carburante estava acobertado pelas DANFES 10126 e 10127, com a devida substituição do ICMS, mas, ausente o recolhimento tempestivo de imposto relativo às operações próprias, cuja autuação tem base legal no art. 515-B RICMS BA.

Examinando a legislação que rege à espécie, verifico que a exigência encontra guarida na regra do art. 2º, § 1º, III da Lei Complementar 87/96 ao estabelecer que “O ICMS incide sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente”. Regra essa que deve ser conciliada com o mandamento constitucional no sentido de que “o ICMS não incidirá sobre operações que destinarem a outros Estados, petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica” (art. 155, X, b), assertiva quem também tem previsão no art. 3º, III, LC 87/96.

Assim disposta, a operação interestadual com tais mercadorias resta bipartida e o entendimento prevalente é que a imunidade constitucional estaria circunscrita à remessa do Estado de origem até a fronteira do Estado destinatário; passando a ocorrer o fato gerador do ICMS na “entrada” do território do Estado.

Entendimento esse ratificado pelo STF no RE 198088-5, ao decidir que a imunidade constitucional não foi instituída em prol do consumidor, mas do Estado de destino dos produtos, ao qual caberá, em sua totalidade, o ICMS sobre eles incidente, desde a remessa até o consumo.

Estados e Distrito Federal, então, através o Convênio ICMS 110/07, dispõem sobre o regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, e outros produtos; autorizados, quando destinatários, a atribuir aos remetentes de outra unidade da federação a condição de sujeito passivo por substituição tributária em relação ao ICMS sobre tais operações.

O caso em tela aborda a apreensão de 11.500 litros de álcool etílico hidratado carburante – AEHC, em trânsito, sem o devido pagamento do ICMS referente a antecipação tributária da operação própria destacado nos respectivos documentos fiscais. No Estado da Bahia, as regras do Convênio ICMS 110/07, que revogou o convênio ICMS 03/99 e trata das questões inerentes à substituição tributária, estão disciplinadas nos artigos 512-A e 512-B, RICMS BA; de outro lado, 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 de ICMS do Estado a partir do Protocolo ICMS 17/04.

É, portanto, o ICMS relativo às operações próprias nas saídas internas com álcool etílico hidratado combustível (AEHC), que deve ser recolhido no momento da saída, que está sendo exigido no presente Auto de Infração, cujo demonstrativo de débito consta da folha 03. 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 será 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).

Assegura o autuado que efetuou o pagamento do ICMS referente à antecipação tributária da operação própria destacado, nos respectivos documentos fiscais de fls. 07 e 08; no entanto, os documentos de arrecadação estadual respectivos não acompanham as mercadorias. O art. 515-B, II, RICMS BA ensina 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, pois, nos presentes autos.

Poderia ainda o autuado, na condição de distribuidora de combustíveis, como tal definida pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Bio-combustíveis – ANP, livrar-se do pagamento antecipado, bastando para isso que obtivesse autorização da Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis (COPEC), conforme previsto no art. 515-A, § 2º, RICMS BA. O que também não ocorreu.

A alegação de utilização de pauta fiscal fictícia, também não pode ser acatada tendo em vista que a base de cálculo foi constituída pelo próprio autuado, cujos valores foram registrados no próprio documento fiscal à fl. 08 e fl. 14. Além disso, a apuração da base de cálculo do ICMS pertinente às operações internas com AEHC com base em pauta fiscal é prevista na Cláusula Segunda, I do Protocolo ICMS 17/04 e o valor estabelecido na IN 34/07. Portanto, a apuração da base de cálculo do imposto exigido está em conformidade com a legislação tributária em vigor no Estado da Bahia, não havendo qualquer ilegalidade.

Igualmente não se justifica o pedido de exclusão das multas e juros, uma vez que a boa fé do autuado não é motivo de exoneração fiscal, considerando que o direito tributário se move por viés objetivo, a teor do art. 136, CTN; além disso, a imposição da multa decorreu da obrigação principal. De toda sorte, deixo de apreciar de forma definitiva tal pedido, nesta instância administrativa, visto que o pedido deve ser encaminhado à Câmara Superior do CONSEF, acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos nos termos do art. 159, §1º do RPAF/BA.

A argüição de não ter incluído desconto incondicional na apuração da base de cálculo do ICMS-ST ou que o próprio software do Estado da Bahia gerou o cálculo, não há de ser acatada, pois, como apreciado anteriormente, o ICMS operações próprias de AEHC é apurado com base na Pauta Fiscal (Prot. ICMS 17/04 e IN 34/07) que no período fiscalizado era de R\$1,963 por litro, valor considerado pelo próprio autuado, no cálculo do ICMS-ST. Não sendo razoável o argumento defensivo de que os campos do software de emissão das notas fiscais eletrônicas (NFe) não possibilitam a inclusão do desconto incondicional na base de Cálculo do ICMS normal.

Pelo exposto, restou comprovado que o autuado não demonstrou a correção na apuração do imposto diante dos demonstrativos elaborados pela fiscalização. Correta é a exigência fiscal.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

O sujeito passivo ingressou com Recurso Voluntário (fls. 87 a 94), alegando que é patente o absurdo em que incorre o acórdão, uma vez que, tendo sido a autuação tipificada como “*falta de retenção do ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária*”, não há como fundamentar uma cobrança completamente diversa, qual seja, a cobrança do ICMS normal, sendo assim, alega que o ato suscita de nulidade.

Aduziu que houve prejuízo para o direito de defesa do recorrente, que entendeu a infração como decorrente da cobrança do ICMS-ST. Logo, o Auto de Infração não contém os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, motivo pelo qual pediu pela nulidade do Auto de Infração.

Disse que se o próprio proposto fiscal reconheceu que o ICMS Substituição foi recolhido, o Auto de Infração deve ser julgado totalmente improcedente, uma vez que a autuação somente versa sobre a suposta não retenção do ICMS Substituição, e não do ICMS próprio.

Afirmou que, como não foi considerado o crédito fiscal a que faz jus o recorrente, foi constatada a falta de retenção do tributo devido a título de substituição, o que, na realidade, não ocorreu, uma vez que o mesmo foi devidamente recolhido quando da realização das operações de saída da mercadoria, conforme demonstrado alhures e reconhecido pelo próprio preposto fiscal.

Alega que é improcedente o cálculo realizado pela fiscalização, que utilizou uma pauta fiscal fictícia, pois a pauta fiscal do Estado da Bahia está muito além da realidade do mercado de combustíveis do Brasil.

Ressaltou que, caso se entenda pela manutenção da infração, seja excluído a multa e os juros imputados, tendo em vista a sua boa-fé.

Concluiu requerendo a nulidade ou a improcedência. Caso ambas sejam rejeitadas, requer seja corrigido o valor julgado pela junta.

A PGE/PROFIS, por meio da ilustre procuradora Dra. Maria José Coelho Lins de A. de Sento-Sé, emitiu o seu Parecer opinativo, no qual asseverou seu entendimento que a imputação fiscal não está descrita de maneira clara, nem tampouco está devidamente tipificada e alicerçada nos termos da legislação tributária estadual. O presente lançamento tributário não atendeu a todos os requisitos descritos no art. 39 do RPAF/99, comprometendo o exercício pleno do direito de defesa do contribuinte consagrado no Texto Constitucional.

A preclaro procuradora afirmou que na Descrição dos Fatos contida no Auto de Infração (fl.01), o autuante descreveu a irregularidade relativa à falta de recolhimento do ICMS normal, todavia, indicou como infração a falta de retenção do ICMS Substituição.

No seu Parecer salientou ainda que o sujeito passivo não foi devidamente intimado acerca dos esclarecimentos prestados pelo autuante, o que acarretou o comprometimento do contraditório e do devido processo legal, aduzindo que a arguição do sujeito passivo relativa à nulidade por cerceamento de defesa deverá ser acolhida em face das provas contidas nos autos.

Concluiu opinando pelo Provimento do Recurso Voluntário. Tal Parecer foi corroborado pelo despacho da ilustre procuradora assistente, Dra. Aline Solano Casali, nos termos consignados às fls. 180 e 181.

VOTO

Compulsando os autos, verifico que assiste razão ao autuado quando afirma que a autuação foi tipificada como “*falta de retenção do ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária*”, nos termos consignados à fl. 01 dos autos. Portanto, não há como fundamentar uma cobrança completamente diversa, qual seja a cobrança do ICMS normal.

Ora, a 1^a Junta de Julgamento Fiscal deve ater o seu voto à infração contida no Auto de Infração, não podendo extrapolar o seu julgamento ao condenar o sujeito passivo por uma infração que não está tipificada nos autos.

Ao fundamentar a cobrança em ICMS dito normal e afastar a cobrança por ICMS substituição, a 1^a Junta de Julgamento Fiscal alterou o teor do lançamento de ofício concernente ao Auto de Infração, não possibilitando que o autuado pudesse se defender, em sede de 1^a Instância, do que, de fato, estava sendo julgado. O ato praticado pela Junta de Julgamento Fiscal feriu o princípio da ampla defesa e do contraditório, ao julgar matéria diversa da infração constante do Auto de Infração, sobre a qual o sujeito passivo não pôde se manifestar. Vale aduzir ainda que se constata, na lavratura do Auto de Infração, outros erros formais, a exemplo da falta de totalização do débito, bem como a ausência da data de vencimento.

Como bem arguiu a nobre PGE/PROFIS em seu Parecer opinativo, o lançamento tributário em lide não contemplou todos os requisitos descritos no art. 39 do RPAF/99, o que implicou no cerceamento do exercício pleno do direito de defesa do contribuinte consagrado no Texto Constitucional. Em comunhão com o meu entendimento, a preclara procuradora afirmou que, na Descrição dos Fatos contida no Auto de Infração, em epígrafe (fl. 01), o autuante descreveu a irregularidade relativa à falta de recolhimento do ICMS normal, todavia, indicou como infração a falta de retenção do ICMS Substituição. Isto corrobora, de modo incontestável, os vícios contidos na autuação em tela.

Por conseguinte, após a análise do caso, à luz do que preceitua o art. 39, inciso III, combinado com o art. 18 do RPAF/99, o Auto de Infração deve ser considerado NULO, recomendando novo procedimento fiscal, a salvo de falhas, no estabelecimento. Logo, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a 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 **124198.0011/09-0**, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA**. Recomenda-se novo procedimento fiscal no estabelecimento, a salvo de falhas.

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

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS