

PROCESSO - A. I. Nº 124157.0847/10-4
RECORRENTE - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0386-02/10
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 22/07/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0190-12/11

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 o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, inconformado com a Decisão de 1ª Instância deste CONSEF, com base no art. 169, I, “b”, do citado Regulamento.

O Auto de Infração, lavrado em 07/04/2010, exige ICMS no valor de R\$5.700,00, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, sob a acusação de “*Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.*”

Consta na descrição dos fatos: “*Falta de comprovante de ICMS por Antecipação Tributária da operação própria referente aos DANFEs nº 2510 e 2511 (cópias anexas), emitidos por contribuinte DESCREDENCIADO COPEC/SEFAZ, correspondente à 15.000 lts de Álcool Hidratado, ilícito previsto no RICMS/BA, de acordo com Decreto nº 6.284/97.*”

Após apreciar as razões de defesa e a informação fiscal, a 2ª JJF manteve a infração imputada ao sujeito passivo sob a seguinte Decisão a respeito da nulidade arguida pelo contribuinte.

Trata-se de Auto de Infração lavrado no trânsito da mercadoria, no Posto Fiscal Honorato Viana, cuja infração imputada no Auto de Infração como “Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.”

Consta na descrição que o fato que ensejou a autuação foi: “Falta de comprovante de ICMS por antecipação tributária, referente aos DANFEs nº 2167/2176 e 2178 (cópias anexas), emitidos por contribuinte DESCREDENCIADO COPEC/SEFAZ, correspondente às 15.000 lts de Álcool Hidratado, ilícito previsto no RICMS/BA, de acordo Decreto nº 6.284/97.”

Pelo que se vê, a irregularidade imputada ao contribuinte diz respeito à do recolhimento do ICMS por antecipação tributária da operação própria, e a consequente falta de anexação do DAE devidamente quitado, relativamente às suas operações próprias com Álcool Hidratado Carburante através dos DANFEs nº 2167, 2176 e 2178 que acobertaram o trânsito da mercadoria.

Além disso, na informação fiscal às fls.74 a 77, o preposto fiscal esclareceu que a exigência fiscal se trata da falta de recolhimento do ICMS devido pela operação própria, conforme exige o artigo 126, do RICMS/97, tendo juntado à fl.78 a Memória de Cálculo do imposto lançado no Auto de Infração.

Verifico que este fato não causou qualquer prejuízo à defesa do contribuinte, pois o sujeito passivo tomou ciência dessa informação, conforme intimação à fl.82, inclusive o valor lançado no demonstrativo de débito se refere ao valor do ICMS da operação própria, que deveria ter sido pago antes da saída da mercadoria, haja vista que o contribuinte não comprovou que possuía autorização da COPEC para pagamento do tributo nesta operação em outro prazo. Se correto este valor, o mesmo será objeto de apreciação por ocasião do mérito da autuação.

Ao defender-se o impugnante trata de base de cálculo da substituição tributária, matéria totalmente diferente da que foi objeto da autuação. Por consequência os argumentos trazidos pela defesa de que não houve falta de recolhimento do ICMS por substituição tributária não é capaz de elidir a autuação, uma vez que, repito, este não foi o motivo da autuação, conforme demonstrado acima, o que foi autuado foi o ICMS Normal referente à operação própria.

No mérito, observando as determinações do art. 512-B, I e II, do RICMS/BA e de que:

“Não existe na legislação tributária do Estado da Bahia pauta fiscal para determinação da base de cálculo da operação própria para o AEHC, mas tão-somente a Instrução Normativa nº 29/2009, alterada pela Instrução Normativa nº 04 de 27/02/2009, no caso de antecipação parcial do referido produto”, a JJF afirma que de acordo com o referido artigo regulamentar “a base de cálculo é o valor da operação ou o valor estabelecido em pauta fiscal, prevalecendo o que for maior. Quanto ao valor lançado no demonstrativo de débito à fl.02, verifico que o mesmo está correto, haja vista que foi utilizado o valor de R\$ 2,00 que corresponde ao Preço Médio Ponderado a Consumidor Final (PMPF) estabelecido no Ato COTEPE nº 10, de 07 de outubro de 2010, que disciplina as regras dos Convênios ICMS nº 138/06 e 110/07”.

Apresentando como foi calculada a base de cálculo, diz que a mesma foi realizada com base no Ato COTEPE 7/2010, por ter sido maior que o valor da operação.

Por fim, não foi aceito o pedido de isenção da multa da multa e dos acréscimos moratórios e a Decisão teve o seguinte desfecho:

No tocante às questões de ilegalidade nos atos normativos arguidas na defesa, deixo de apreciá-las por não se incluir na competência do órgão julgador na esfera administrativa (art.167, I, do RPAF/99).

Nestas circunstâncias, não resta dúvida que o autuante na condição de preposto fiscal na fiscalização de mercadorias em trânsito agiu de forma correta, visto que efetivamente o documento fiscal mencionado acima, deveria estar acompanhado do comprovante de recolhimento do ICMS correspondente à operação própria do estabelecimento, conforme determina o art.515-B, do RICMS/97, não possuindo credenciamento para efetuar o recolhimento em data posterior ao momento da saída das mercadorias.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão de 1º Grau, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 217/224).

Após sintetizar a infração e a Decisão prolatada pela 2ª JJF, afirma o recorrente que a mesma não pode prosperar, pois *“muito embora a infração imputada ao contribuinte diga respeito tão-somente ao ICMS-ST, houve a sua condenação ao recolhimento do ICMS supostamente devido em virtude da operação própria, sem que tal infração tenha sido objeto da autuação fiscal”*.

Observa que tendo sido autuado pela ausência de recolhimento do ICMS-ST, pautou toda a sua defesa contra este fato específico, defesa, inclusive, acolhida pelo próprio Agente de Tributo Estadual, conforme se pode verificar pelo trecho do Acórdão hostilizado e que transcreveu. Entretanto, a JJF entendeu que a empresa não havia recolhido o imposto relativo à operação própria, julgando procedente o Auto de Infração. Em assim sendo, restava patente o absurdo em que incorreu o Acórdão. E, pergunta, como pode se defender de fatos ambíguos, inclusive com a capitulação legal indicada no próprio Auto de Infração não coincidente com aquela que o agente fiscal indicou na sua informação fiscal, ou seja, o autuante informou que a empresa desobedeceu às determinações do art. 515-B do RICMS/BA, combinado com o Protocolo ICMS 17/04 e no Auto de Infração consignou que a desobediência seria aos arts. 353, inciso II do RICMS e art. 42, I, da Lei nº 7.014/96?

Em assim sendo, restava patente o prejuízo à sua defesa e à insegurança na determinação da infração ora discutida.

Adentrando em considerações a respeito da incongruência existente no Auto de Infração e na Decisão recorrida, entende que o mesmo deve ser anulado, pois *“causou prejuízo à defesa do recorrente, que não compreendeu da forma adequada à natureza da infração que lhe fora imputada”*. Para embasar sua argumentação, cita as determinações do art. 2º e 18, IV, “a”, do RPAF/BA e que, ao ser acrescentado na autuação um *“elemento novo que não se encontra na*

tipificação da autuação fiscal" houve flagrante violação ao princípio da tipicidade, da ampla defesa e do contraditório.

Salienta, ainda, que houve erro na apuração do valor do imposto devido a título de substituição (se a acusação tenha sido realmente esta), quando da lavratura do Auto de Infração, pois nele foi exigido o imposto referente a título de ICMS-ST, bem como o devido a título de ICMS principal, sem abatimento de qualquer crédito fiscal a que faz jus, além de não ter sido considerado, na sua base de cálculo, o desconto incondicional existente nos DANFe's.

Diz não proceder o cálculo realizado pela fiscalização ao utilizar uma pauta fiscal (a do Estado da Bahia) que se encontra muito além da realidade do mercado de combustíveis do Brasil. Que como vastamente sabido, o litro do álcool etílico hidratado combustível nunca foi vendido no preço de R\$ 2,00 no território baiano. Argumenta que, enquanto a mercadoria chega a ser distribuída a R\$ 0,91 o litro, por exemplo, o Estado presume que a mercadoria será vendida, na operação ao consumidor, por muito mais que este valor (qual seja, R\$ 2,00), o que é completamente descabido. A margem de lucro presumida pelo Estado da Bahia é superior a 110%, portanto fora da realidade do mercado. Não existe preço sequer próximo ao previsto na pauta fiscal, o que a torna um instrumento impróprio para que seja recolhido o tributo, o que demanda a revisão dos valores tidos como devidos, de forma a permitir que o débito seja calculado com base no valor da nota, e não da pauta. Observa que, através da Súmula nº 431 do STJ é ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal.

Por fim, afirma que, se o entendimento for pela subsistência do débito apurado, requer que seja refeita a quantificação dos valores, tendo em vista a ilegalidade de uma pauta fiscal e a exclusão da multa e dos 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, que sempre procurou registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante o Estado da Bahia.

A PGE/PROFIS (fls. 342/343) emite Parecer jurídico tendo afastado, de pronto, a nulidade da autuação arguida pelo recorrente, sob a seguinte argumentação.

Da análise dos autos, vejo que não assiste razão ao Recorrente, senão vejamos.

A indicação dos dispositivos regulamentares e legais infringidos feita pelo autuante de fato não correspondem à exigência fiscal consubstanciada. No entanto, é cediço que o fundamento da autuação está no fato descrito, e esse é claro ao indicar que a exigência se refere ao ICMS por operação própria.

Portanto, não há que se falar em nulidade, quando foi possível ao autuado, desde o inicio, compreender com clareza o fato que lhe era imputado.

O próprio demonstrativo de cálculo indica que o que se exige é o ICMS por operação própria, assim como as descrições do Termo de Apreensão.

Afasto, pois, a nulidade suscitada, por não vislumbrar qualquer prejuízo ao exercício do direito de defesa do autuado.

No mérito entendeu, quanto à alegação do recorrente de não ter sido abatido o crédito fiscal a que faz jus, que o lançamento fiscal se deu no trânsito de mercadorias e, como não ficou provado o pagamento do imposto em operação anterior nem na operação objeto da autuação, não se poderia falar em crédito fiscal. Ressaltando de que o recorrente não comprovou o recolhimento do ICMS nos termos do art. 515-B, do RICMS/BA, que transcreveu, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário interposto.

Na assentada de julgamento, a douta representante da PGE/PROFIS manifesta-se pela nulidade da ação fiscal tendo em vista a falta de clareza da infração imputada ao sujeito passivo tributário.

VOTO

A infração, 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 resta 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*;

No campo “Descrição dos Fatos” (fl. 01) foi dito que a infração trata da falta de comprovante do ICMS em relação às operações próprias do contribuinte, referente aos DANFe's nºs 2510 e 2511 (fl. 01).

No Termo de Apreensão e Ocorrências de nº 124157.0847/10-4 (fl. 04) consta que a apreensão das mercadorias se deu pela falta de retenção do ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária e que o recorrente se encontrava descredenciado junto a esta Secretaria de Fazenda para postergação do recolhimento do imposto.

O autuado em sua defesa inicial aponta a incongruência da imputação e afirma que o ICMS-ST já havia sido recolhido antes da ação fiscal. De igual forma, aponta erros no cálculo da base do imposto exigido.

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. 02), o fiscal utilizou como base de cálculo para exigir o ICMS o valor consignado nos documentos fiscais relativos à substituição tributária. E, apenas como observação, o valor do imposto ST consignado nos DANFe's foi calculado pelo valor do PMPF – preço médio ponderado ao consumidor, ou seja R\$2,00.

No seu Recurso Voluntário, o recorrente volta com os mesmos argumentos apresentados em sua peça inaugural e aponta incongruências na Decisão da JJF.

Com tal relato, somente posso me alinhar com o Recurso Voluntário interposto.

De fato, 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 e como consta na descrição dos fatos, é diverso do acusado, ou seja, a fiscalização diz que constatou a falta de recolhimento do imposto das operações próprias da empresa e não a falta de recolhimento do ICMS-ST.

Ressalto, neste momento, que o modelo do Auto de Infração utilizado contém um campo designado “Infração” e outro designado “Descrição dos Fatos”. O campo “Infração” destina-se à descrição do tipo da infração, precisamente, a sua natureza, a acusação. Já o campo “Descrição dos Fatos” destina-se a descrever as circunstâncias motivadoras do fato, onde são prestados esclarecimentos e/ou os dados complementares do fato acusado no campo “Infração”. Em assim sendo, os dados acessórios não podem se reportar a fato diverso daquele que constitui o enunciado principal indicado no campo “Infração”.

Acrescente-se a este fato de que o Termo de Apreensão se reporta à “*falta de recolhimento do ICMS-ST*”.

Mais ainda, a penalidade sugerida pelo fiscal diz respeito ao imposto não retido pelo sujeito passivo por substituição.

E, por fim, a base de cálculo para cobrar o imposto é a relativa à substituição tributária.

O art. 39, III, do RPAF/BA é expresso ao determinar que a descrição do fato deve ser feita de forma clara e precisa para dar certeza da irregularidade apurada. Visa conceder ao contribuinte o

pleno exercício do seu direito de defesa, que somente pode ser exercido se ele souber do que está sendo acusado.

Assim, como bem pontuado na Súmula nº 01 deste CONSEF, *Os atos dos autuantes devem-se pautar no conteúdo no Código Tributário Nacional, mais precisamente em seu artigo 142, parágrafo único, bem como no RPAF/99, em seu art. 39, e a descrição da ocorrência dos fatos deve ser feita da forma mais clara e segura possível, incluindo-se aí a demonstração dos cálculos e a informação dos métodos utilizados para determinar a base de cálculo do imposto.*

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, como realizada a fiscalização, houve ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, hipóteses previstas no art. 18, IV, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA, por não conter elementos suficientes para se determinar com segurança a infração imputada ao sujeito passivo tributário.

Meu voto é pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto para julgar NULO o Auto de Infração ora hostilizado e recomendo 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 ora exigido através de denúncia espontânea, se acaso já não o tenha recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **124157.0847/10-4**, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA**. Recomenda-se à autoridade competente a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de julho de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS