

PROCESSO - A. I. N° 099883.0030/09-1
RECORRENTE - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JFJ nº 0327-01/10
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 08/07/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0193-11/11

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. Acolhidas 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 0327-01/10, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS no valor de R\$54.422,27, 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 recolhimento do ICMS normal e anexação dos respectivos DAEs quitados em suas operações próprias com ÁLCOOL HIDRATADO CARBURANTE, referentes aos DANFE’s nºs. [...] anexos.*”

O autuado apresentou a sua impugnação (fls. 30/32), 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. 85/88, 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:

“Da análise das peças que compõem o processo, especialmente o Termo de Apreensão e Ocorrências, constato que a efetiva razão do lançamento foi a falta de recolhimento do ICMS normal, referente às operações próprias com álcool hidratado carburante, uma vez que o autuado não possuía autorização da COPEC para efetuar o recolhimento do imposto no prazo normal.

Considero que essa divergência entre a acusação formal e a descrição dos fatos não causou prejuízo ao exercício do direito de defesa. Saliento que o valor lançado no demonstrativo de débito se refere ao ICMS normal que foi destacado nos documentos fiscais e que deveria ter sido pago antes da saída da mercadoria, haja vista que o contribuinte não comprovou possuir autorização da COPEC para pagamento do tributo nesta operação em outro prazo.

Os argumentos defensivos pertinentes à falta de pagamento do ICMS devido por substituição tributária não tem qualquer pertinência com a autuação, uma vez que não é essa a acusação tratada no presente lançamento de ofício. Na defesa, é feita referência à apuração da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, porém essa matéria é totalmente diferente da que foi objeto da autuação e, portanto, não elide a infração.

Ao se examinar os documentos fiscais que embasaram a autuação, constata-se que o autuante, ao apurar o valor devido, somou o ICMS que foi destacado nos DANFEs e cobrou o montante apurado, não havendo, portanto, equívoco na apuração da base de cálculo do imposto cobrado.

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 é razoável aceitar a alegação defensiva, apresentada apenas após autuação, de existe falha no sistema de emissão de nota fiscal eletrônica.

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 imposto referente a operação própria (ICMS NORMAL, objeto da autuação), conforme determina o art. 515-B do RICMS-BA, cujo teor transcrevo a seguir:

Art. 515-B. O imposto relativo à operação própria nas saídas internas ou interestaduais de AEHC ou de álcool não destinado ao uso automotivo, transportado a granel, será recolhido no momento da saída das mercadorias, observando-se o seguinte:

[...]

II - o Documento de Arrecadação Estadual, devidamente quitado, deverá acompanhar a mercadoria na respectiva circulação;

III - o número de autenticação bancária do documento de arrecadação deverá ser indicado no campo "Dados Adicionais" da Nota Fiscal de saída e o número desta no campo "Informações Complementares" do respectivo documento de arrecadação;

§ 1º Os contribuintes industriais poderão, mediante autorização do Diretor de Administração Tributária da região do domicílio fiscal do contribuinte, após Parecer técnico da COPEC, recolher o imposto relativo às operações internas até o 9º dia do mês subsequente ao da saída.

Da interpretação dos dispositivos acima, depreende-se que o ICMS Normal, operação própria, deve ser recolhido no momento da saída da mercadoria, salvo se o contribuinte possuir autorização do Diretor de Administração Tributária, após Parecer técnico da COPEC, para recolher o imposto relativo às operações internas até o 9º dia do mês subsequente ao da saída, o que não foi comprovado nos autos.

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.

Pelo acima exposto, ficou comprovado que o autuante apenas exigiu o pagamento do ICMS destacado nas notas fiscais emitidas pelo autuado e que não tinha sido recolhido no prazo previsto no art. 515-B, do RICMS-BA, relativo à operação própria nas saídas internas de álcool etílico hidratado combustível, transportado a granel, uma vez que o autuado não possuía autorização para efetuar o recolhimento em data posterior ao momento da saída das mercadorias.

Por fim, ressalto que o enquadramento legal da multa indicada no Auto de Infração (art. 42, II, "e", da Lei nº 7.014/96) está equivocado, pois não guarda correlação com a irregularidade que foi efetivamente apurada. Dessa forma, de ofício, retifico o enquadramento legal da multa, para o artigo 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração."

O autuado, por meio de seu representante legal, formalizou Recurso Voluntário (fls. 104/112), 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.

Argumentou que tendo sido autuado em decorrência da ausência de recolhimento do ICMS-ST, dirigiu sua defesa contra esse fato específico, aliás, irresignação acolhida pelo próprio Agente de Tributo Estadual, consoante se verifica da leitura do acórdão da Decisão, ao se referir à informação fiscal.

Outrossim, disse o recorrente que, apesar de afastada, na sua totalidade, a autuação referente ao ICMS Substituição, a JJF entendeu não ter ele recolhido o imposto relativo à operação própria, julgando procedente o Auto de Infração, por considerar tratar-se, única e exclusivamente, do ICMS normal.

Arguiu que tal fato demonstrava a nulidade do Auto de Infração em discussão, pois a infração imputada, na verdade, seria outra que não aquela registrada no próprio instrumento infracional. Questionou, também, como poderia se defender de fatos tão ambíguos, apontando que a capitulação legal constante do Auto de Infração não coincidia com aquela que o agente fiscal consignou na sua informação fiscal.

Prosseguindo no inconformismo, asseverou que, em virtude da má qualificação jurídica dos fatos e do enquadramento em infração diversa, teria apresentado impugnação destoante, em clara ofensa ao seu direito de defesa, conforme evidenciado, causando prejuízo à defesa do recorrente.

Nesse quadro circunstancial, pugnou pela nulidade do Auto de Infração, por ter causado prejuízo à sua defesa, a qual não compreendeu, de forma adequada, a natureza da infração aplicada, invocando os artigos, 2º e 18, IV, “a” do RPAF como fundamento de sua tese.

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.

Afirmou que a mercadoria chega a ser distribuída a R\$0,91 (noventa e um centavos) o litro, enquanto o Estado presume que ela será vendida, na operação ao consumidor, por muito mais que este valor, ou seja, R\$2,00, o que é completamente descabido, disso importando em margem de lucro presumida pelo Estado da Bahia superior a 110% (cento e dez por cento), inexistindo, segundo diz, preço sequer próximo àquele previsto na pauta fiscal.

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.

Por fim, rogou a exclusão da multa e 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, tendo sempre procurado registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante o Estado da Bahia.

Em conclusão, requereu o conhecimento e Provimento do Recurso Voluntário, para reforma do acórdão recorrido, julgando improcedente o Auto de Infração e, se assim não fosse entendido, postulava a declaração de nulidade do Auto de Infração, tendo em vista ter sido fundamentado em legislação inaplicável ao caso, bem como em face do prejuízo à sua defesa pela divergência da cobrança de ICMS próprio e tipificação de ICMS-Substituição.

Às fls. 124/126, a PGE/PROFIS opinou pelo conhecimento e Improvimento do Recurso voluntário, por entender que os argumentos do recorrente não são suficientes para modificar a Decisão recorrida.

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 infringida.

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 mandado intimar o contribuinte para tomar conhecimento dos fundamentos do auditor e sobre eles se manifestar.

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 recolhimento do ICMS normal e anexação dos DAE’s quitados, em suas operações próprias com ALCÓOL HIDRATADO CARBURANTE, referente aos DANFE’s n.ºs. [...] anexos”*), 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 **099883.0030/09-1**, 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, 21 de junho de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

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