

PROCESSO	- A. I. N° 218074.1004/09-2
RECORRENTE	- PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0142-05/10
ORIGEM	- IFMT – DAT/SUL
INTERNET	- 22/07/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0194-12/11

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 em face da Decisão primária que julgou pela procedência parcial do Auto de Infração, exigindo ICMS, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

O Auto de Infração, lavrado em 31/10/2009, exige ICMS em razão da “*Falta de recolhimento do ICMS Substituição nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária*”. Na sequência, o fiscal autuante diz, literalmente: “*Digo: falta de recolhimento de ICMS oper. Própria. art. 515-B, inciso II, do RICMS – DEC. 6284/97. Art. 42, Inc. II, “f” da LEI 7014/96. excl*”, tudo com enquadramento no art. 353, II do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Na descrição dos fatos, diz o autuante que:

“Aos trinta dias do mês de outubro de 2009, às 09:20 horas, no exercício de minha função fiscais, procedi, nos termos da legislação vigente, a apreensão de 22.000lts. (vinte e dois mil litros) de AEHC - álcool etílico hidratado carburante e respectivas NF-e 8866, 8867, 8868 e 8872 emitidas em 28/10/2009 pelo contribuinte acima, na condição de descredenciado, sem o recolhimento do imposto referente a operação própria a que está sujeito conforme previsto no artigo 515-B, inc. II e parágrafo 2º, do RICMS/8A - DEC. 6.284/97. A presente ação fiscal teve início no Posto de Combustível, em Posto da Mata – Mun. de N. Viçosa/BA, no momento em que a carreta de placas GVJ-5857-MG/CPY-5368 -MG, procedia a entrega do AEHC relativo a NF-e N° 8866.”

A 5ª JJF, após análise das peças processuais, proferiu Decisão, abaixo transcrita, pela procedência parcial da autuação, para exigir do autuado o pagamento do imposto no valor de R\$5.741,93, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “f”, da Lei nº 7.014/96, além dos acréscimos legais, como segue:

“De início é importante registrar que a exigência de ICMS formalizada no presente Auto de Infração diz respeito ao imposto devido pelas operações próprias efetuadas pelo contribuinte, não assistindo razão ao autuado quando se defende argumentando que o lançamento diz respeito ao ICMS-ST, cujos recolhimentos foram efetuados, conforme DAEs anexados às fls. 50 a 65 dos autos, de acordo com os cálculos elaborados pelo contribuinte.

Delimitada a questão nos termos acima, verifico, a partir do exame das notas fiscais (DANFes) que serviram de base para a exigência fiscal, que as mesmas apresentam desconto de natureza incondicional. É o que se verifica nos DANFe's de nº 8866, 8867, 8868 e 8872. O autuante para lavrar o Auto de Infração tomou por base o valor total dos produtos, sem abater os citados descontos.

A legislação do ICMS, no tocante à base de cálculo nas operações próprias com álcool etílico combustível hidratado (AECH), determina, no art. 515-B, inc. I, que o imposto será calculado tomando-se por base o valor da operação ou o valor estabelecido em pauta fiscal, prevalecendo o que for maior.

No que refere aos chamados “descontos incondicionais”, o art. 54, inc. II, da norma regulamentar, prescreve que “serão deduzidos da base de cálculo os descontos constantes no documento fiscal, desde que não concedidos sob condição, assim entendidos os que estiverem sujeitos a eventos futuros e incertos”.

Ora, em se tratando de operação própria, onde prevaleceu o valor da operação, constante da nota fiscal, e não a pauta fiscal - valor mínimo -, os descontos incondicionais devem ser deduzidos, para efeito da quantificação da base de cálculo, em conformidade com o que impõe a legislação de regência de tributo acima mencionada.

Percebe-se que o agente de tributos autuante laborou em equívoco, ao lançar tão somente o imposto da operação própria, com a base de cálculo incorreta, não tendo verificado que o ICMS-ST, recolhido pelo sujeito passivo, antes do início das operações, foi em valor inferior ao devido, tomando por base a pauta fiscal de R\$ 2,00, sem a subtração dos descontos, parcelas dedutíveis aplicáveis tão somente à operação própria. Ademais, no lançamento do ICMS-ST, a penalidade tem enquadramento distinto, previsto no art. 42, inc.II, letra “d”, sendo que o imposto referente à substituição do AECH também tem o prazo de recolhimento antecipado, conforme estabelece o art. 126, IV, do RICMS/97, abaixo reproduzido:

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:

I - quando industriais, mediante autorização do Diretor de Administração Tributária da região do domicílio fiscal do contribuinte, após Parecer técnico da COPEC;

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

Assim, considerando o acima exposto, deve o lançamento de ofício ser revisto, para considerar na quantificação da base de cálculo da operação própria, os valores constantes dos DANFe's, com a dedução dos descontos incondicionais. Toma-se por base o somatório do campo “Valor Total da Nota”, dos DANFe's, 8866, 8867, 8868 e 8872, anexados às fls. 07/09 do PAF, que já contempla o saldo líquido da operação, após a dedução dos descontos, perfazendo a quantia de R\$ 30.220,66 (7.400,15 + 6.800,15 + 9.520,21 + 6.500,15). Aplicada, sobre esta soma a alíquota de 19% (17% + 2%), resulta no ICMS de R\$ 5.741,93.

Rejeito, por último, o pedido de exclusão da multa e juros imputados na ação fiscal, visto que essas parcelas decorrem de expressa disposição legal, conforme exposto no Auto de Infração e demonstrativo de débito que o integra.

Em decorrência do recolhimento a menor do ICMS-ST, conforme acima explanado, representamos à autoridade fazendária competente para que esta determine a realização de nova ação fiscal visando verificar os procedimentos adotados pelo sujeito passivo e, se for caso, lançar o tributo ainda não pago.

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

Em face da Decisão proferida pela 5^a JJF que julgou o auto parcialmente procedente, o contribuinte interpõe Recurso Voluntário, fls. 119 a 125, e, de início, aduz que dirigiu toda a sua defesa no combate a acusação da ausência de recolhimento do ICMS-ST, com enquadramento no art. 353, II, do RICMS e art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014.

Diz que a 5^a JJF afastou a imputação consignada no presente Auto de Infração, reconhecendo que a infração imputada diz respeito ao ICMS próprio, entendendo que o contribuinte não havia recolhido o imposto relativo à operação própria.

Entende o recorrente que se constitui em absurdo a Decisão proferida em primeiro grau, haja vista uma vez tipificada a infração como “*falta de retenção do ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária*”, não se poderia proceder a uma “correção” da autuação”. Alega que, diante de imputações ambíguas, entende nulo o Auto de Infração ora discutido.

Aduz, para corroborar seus argumentos, que outro ponto a indicar a impropriedade da acusação, é o fato de que o fiscal, em nenhum momento, considerou o abatimento dos créditos referentes à aquisição da mercadoria motivo da autuação. Relativamente à matéria, diz que como o ICMS guarda como característica a não-cumulatividade, entende que uma imputação de “...ICMS própria, com a exação apenas no momento da saída da mercadoria obsta o exercício da conta-corrente de crédito e débito. Se assim fosse entendido, a autoridade fiscal deveria indicar os créditos à que o recorrente faz jus”.

Entende que frente ao fato de que não há segurança para determinar a infração que lhe está sendo imputada, restou caracterizado o prejuízo ao seu direito de defesa, pois, diante da “má qualificação jurídica dos fatos”, o recorrente apresentou, em sede de defesa, impugnação destoante dos fatos imputados. Refere-se ao art. 2º e 18º do RPAF/BA.

Registra que como a JJF afastou a autuação referente ao ICMS-ST, deveria o Auto de Infração ser julgado totalmente improcedente.

Ressalta que possui autorização da COPEC para proceder ao recolhimento no dia 9 do mês subsequente à ocorrência do fato gerador, conforme “autorização concedida por meio de Decisão judicial proferida nos autos do Mandado de Segurança n.º 0030982-33.2010.805.0001”.

Diz que, ainda que o julgado tenha corrigido um erro da autuação, o procedimento utilizado se mostra equivocado, pois deveriam ser considerados os créditos de ICMS anteriormente pagos. Assevera que, da forma como foi feito o lançamento, o ICMS exigido torna-se cumulativo, afrontando os mandamentos do art. 114 do RICMS/BA. Nesse diapasão, na hipótese de que se entenda, subsiste o débito, pugna pela quantificação da exigência fiscal, apropriando-se os créditos de ICMS a que a faz jus.

Requer, em razão da sua evidente boa-fé e com base no art. 159, §1º, inciso II e/ou III do RPAF, a exclusão da multa e dos juros imputados em razão da autuação.

Por derradeiro, protesta pelo conhecimento e provimento do Recurso Voluntário interposto para afastar a totalidade da autuação fiscal. Subsidiariamente, requer a declaração de nulidade do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS, em Parecer exarado pela procuradora Dra. Maria José Coelho Lins de A. Sento-Sé, fls. 212/215, diz, inicialmente, considerar ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão.

Afirma que, da compulsão dos autos verifica que a imputação fiscal está absolutamente clara, devidamente tipificada e alicerçada na legislação tributária estadual, considerando, pois, que pode o contribuinte exercer plenamente o direito de defesa.

Ressalta que a descrição do fato imponível indica irregularidade relativa à falta de recolhimento do ICMS normal em suas operações próprias com álcool hidratado carburante, referentes às Notas Fiscais nºs 8866, 8867, 8868 e 8872.

Chama a atenção para o fato de que o autuante indica, à fl. 1, de maneira equivocada a infração relativa à falta de retenção do ICMS substituição nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, contudo, retifica o equívoco esclarecendo tratar-se de falta de recolhimento do ICMS normal em suas operações próprias com álcool hidratado carburante.

Frisa que os artigos 515-B, inciso II e 353, inciso II, do RICMS, correspondem à infração relativa à falta de recolhimento do ICMS normal, sendo fácil concluir a inexistência de contradição na indicação da infração fiscal perpetrada pelo contribuinte.

Entende crucial destacar que a teor da informação fiscal, fls. 101/105, “não foi acrescentado nenhum documento ou demonstrativo novo nem tampouco alterado o lançamento original, razão pela qual o sujeito passivo não foi intimado para apresentar manifestação em consonância com os termos do RPAF/99”.

Diz que a estratégia defensiva de ignorar a infração indicada pelo autuante, apresentando argumentos apenas contra a infração relativa à falta de retenção do ICMS-ST é incomprensível, uma vez que a retificação da autuação foi realizada tempestivamente e sem provocar qualquer prejuízo ao contribuinte. Por tudo isso, e por falta de amparo legal, entende que a nulidade suscitada deve ser rechaçada.

No mérito, diz que é fundamental assegurar que os erros na apuração da base de cálculo já foram devidamente corrigidos pela douta JJF. Assevera que nos termos do art. 54, III, os descontos incondicionais devem ser deduzidos, para efeito de quantificação da base de cálculo.

Por fim, diz que a CJF é incompetente para apreciar e deliberar sobre pedido de exclusão da multa e juros imputados na presente ação fiscal, em conformidade com os termos preceituados no art. 159, do RPAF/99.

Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar o Acórdão nº 0142-05/10, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Permito-me, inicialmente, dizer que o lançamento em discussão foi descrito no Auto de Infração de forma confusa, dando a entender que a infração tratava de falta de retenção do ICMS-ST nas operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.

Noto que, no campo “infração” do formulário denominado “Auto de Infração”, o fiscal autuante escreveu:

“Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.”

Digo: FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS OPER. PRÓPRIA. Art. 515-B, Inciso 11 do RICMS. Art. 42, II, “f”

Enquadramento: Artigo 353 Inciso II do RICMS aprovado pelo Decreto no 6.284/97.

Tipificação: Artigo 42, Inciso II, Alínea “e”, da Lei 7.014/96

Multa Aplicada: 60 %”

Já no campo destinado à “descrição dos fatos” no mesmo formulário, há o seguinte texto:

“Aos trinta dias do mês de outubro de 2009, às 09:20 horas, no exercício de minha função fiscalizadora, procedi, nos termos da legislação vigente, a apreensão de 22.000lts. (vinte e dois mil litros) de AEHC - álcool etílico hidratado carburante e respectivas NF-e 8866, 8867, 8868 e 8872 emitidas em 28/10/2009 pelo contribuinte acima, na condição de descredenciado, sem o recolhimento do imposto referente a operação própria a que está sujeito conforme previsto no artigo 515-B, inc. II e parágrafo 2º, do RICMS/8A - DEC. 6.284/97. A presente ação fiscal teve início no Posto de Combustível, em Posto da Mata – Mun. de N. Viçosa/BA, no momento em que a carreta de placas GVJ-5857-MG/CPY-5368 -MG, procedia a entrega do AEHC relativo a NF-e Nº 8866.”

É patente que diante dos fatos narrados acima, há flagrante atentado aos ditames do Capítulo III do RPAF/Ba que cuida do Auto de Infração, mais especificamente o art. 39, diz que o Auto de Infração conterá, entre outras coisas, a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, **de forma clara, precisa e sucinta, o total do débito levantado**, a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, etc. Resta evidente que o Fiscal autuante, quando da lavratura do lançamento de ofício deixou de observar o que preceitua o referido artigo do RPAF/Ba, posto que lavrou um Auto absolutamente turvo.

Não há como se admitir que um Auto de Infração produza quaisquer efeitos contendo vícios da natureza daqueles aqui apontados. Não há como prosperar qualquer exigência que se funde em um Auto de Infração que acuse o Contribuinte do cometimento de infração com determinação

turva, dúbia e com capitulação imprecisa ou incorreta. No Auto de Infração em comento, onde há apenas uma infração, há a descrição de duas, quais sejam, a falta de retenção do ICMS e a falta de recolhimento do mesmo imposto, que tem capitulações absolutamente discrepantes, o que fere de morte os princípios constitucionais garantidores do contraditório e da ampla defesa, haja vista que impede o Contribuinte de saber de que deve defender-se. Nesse mesmo sentido, há que se observar que a própria capitulação da multa aplicada, com assento no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96 determina com mais vigor a insegurança quanto à infração, haja vista que enseja o cometimento de infração por “... *descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal*”.

Não por menos, e com o fito de garantir ao Contribuinte o seu direito ao contraditório e à ampla defesa, o art. 18 do mesmo RPAF/Ba é de clareza solar quando diz que são nulos os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa, como é o caso. São nulos também os lançamentos de ofício que não contiverem elementos suficientes para se determinar, **com segurança, a infração**, o que é o caso.

Diante de tudo o quanto exposto, sobretudo diante da insegurança que reveste o lançamento de ofício em discussão, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto para tornar NULO o presente Auto de Infração.

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 218074.1004/09-2, 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

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

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