

PROCESSO - A. I. N° 222552.0013/09-2
RECORRENTE - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0205-02/10
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 08/07/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0195-11/11

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 2ª Junta de Julgamento Fiscal, proferida através do Acórdão nº 0205-02/10, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS no valor de R\$3.753,26, 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/ou anexação dos respectivos DAEs quitados em suas operações próprias com ÁLCOOL HIDRATADO CARBURANTE, referentes ao DANFE 20364 anexo.*”

O autuado apresentou a sua impugnação (fls. 17/21), 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. 40/43, 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:

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

Apesar de está assim descrita, porém, na descrição do fato, a irregularidade imputada ao contribuinte diz respeito à falta de recolhimento do ICMS normal, e a consequente falta de anexação do DAE devidamente quitado, relativamente às suas operações próprias com Álcool Hidratado Carburante através do DANFE nº 20.364 que acobertou o trânsito da mercadoria.

Portanto, este fato não causou qualquer prejuízo à defesa do contribuinte, inclusive o valor lançado no demonstrativo de débito se refere ao valor do ICMS normal, destacado no documento fiscal, 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.

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 amplamente demonstrado acima, o que foi autuado foi o ICMS Normal destacado no documento fiscal.

Quanto à exigência fiscal, de acordo com o inciso II do artigo 515-B, do RICMS/97, “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". O inciso I do citado dispositivo regulamentar determina que a base de cálculo do imposto devido é o valor da operação ou o valor estabelecido em pauta fiscal, prevalecendo o que for maior.

No presente caso, conforme dito acima, a autuação tomou por base exatamente o valor da operação constante no documento fiscal, qual seja, R\$19.754,00, e o imposto destacado no mesmo no valor de R\$3.753,26. Logo, ao contrário do que alegou o autuado, não houve utilização de pauta fiscal para a apuração do débito do valor lançado no demonstrativo de débito.

Registre-se ainda que sobre idêntica matéria esta Junta de Julgamento Fiscal já se pronunciou em outros Autos de Infração lavrados contra o mesmo contribuinte, mantendo a exigência fiscal, conforme pode se extrair da leitura dos Acórdãos CONSEF: JJF nº 0164-02.10; 167-02.10 e 168-02.10.

Quanto ao pedido para redução ou cancelamento da multa aplicada pelo descumprimento da obrigação principal, ressalto a legalidade da mesma, tendo em vista que está prevista no artigo 42, II, "e", da Lei nº 7.014/96, não podendo ser acatado o pedido de sua exclusão ou redução, visto que a penalidade imposta está vinculada à infração cometida, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

Conforme ressaltado nos julgamentos acima citados, se o contribuinte tivesse realmente interesse de quitar o débito sem a multa e sem os acréscimos moratórios, teria utilizado do benefício da recente Lei Nº 11.908, de 04 de maio de 2010, a qual dispensou o pagamento de multas por infrações e de acréscimos moratórios relacionados a débitos fiscais do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias – ICMS e do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, decorrentes de fatos geradores ocorridos até 31 de dezembro de 2009, inclusive com cobrança ajuizada, desde que o interesse fosse formalizado pelo contribuinte até 25 de maio de 2010, entretanto, não consta nos autos que assim tenha procedido o impugnante.

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 NORMAL, conforme determina o dispositivo acima mencionado, não possuindo autorização para recolhimento em data posterior ao momento da saída das mercadorias.

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

O autuado, por meio de seu representante legal, formalizou Recurso Voluntário (fls. 56/64), 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 previsionamento 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. 76/78, 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 epigrafado 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 2ª 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 inexistentes 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 lastradores 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/ou anexação dos DAE's quitados, em suas operações próprias com ALCÓOL HIDRATADO CARBURANTE, referente ao DANFE 20364 anexo*”), 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 **222552.0013/09-2**, 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