

PROCESSO - A. I. Nº 124198.0018/09-4
RECORRENTE - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JJF nº 0268-02/10
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 08/07/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0197-11/11

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 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 contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, proferida no Acórdão nº 0268-02/10, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, em decorrência da falta de retenção do ICMS Substituição Tributária nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide com fundamento do voto a seguir reproduzido:

“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 Tributária nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.”

Apesar de estar assim descrita, após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que na descrição do fato o autuante consignou que lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto decorrente de falta de recolhimento do ICMS normal e/ou anexação do respectivo DAE, quitados, em suas operações próprias com ALCÓOL HIDRATADO CARBURANTE, referente DANFE`s nºs 20739, 20741, 20749, 20750, 20781, 20779, 20778, 20748, 20780 e 20804. Contribuinte não possui autorização da COPEC para gozo de recolhimento no prazo normal.

Para embasar a infração foi lavrado o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 124198.0047/09-4, constando no campo Descrição dos Fatos, que foi apurada a seguinte irregularidade: falta de recolhimento do ICMS normal e/ou anexação dos respectivos DAE`s, quitados, em suas operações próprias com “ALCOOL HIDRATADO CARBURANTE, referente DANFE`s nºs nºs 20739, 20741, 20749, 20750, 20781, 20779, 20778, 20748, 20780 e 20804 anexos.

Fez-se necessário repetir o texto da acusação constante nos Auto de Infração e Termo de Apreensão para que não exista dúvida quanto a infração que foi imposta ao sujeito passivo, a qual trata, única e exclusivamente, do ICMS normal. 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. Assim, não tem nenhuma pertinência os argumentos defensivos relativos a substituição tributária, uma vez que, na ação fiscal em lide, nada foi imputado ao autuado em relação a substituição tributária.

Na peça defensiva 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.

No mesmo sentido não tem pertinência a alegação de que foi usada na apuração do imposto a pauta fiscal, uma vez que a autuação não se refere a substituição como alegou a defesa, a autuação é decorrente do ICMS Normal, não tendo o autuante utilizado qualquer pauta fiscal.

Analizando os documentos fiscais que embasaram a autuação fica claro que o fiscal autuante efetuou o lançamento tributário de ofício do valor do ICMS calculado pelo próprio contribuinte, sendo o destacado na Nota Fiscal pelo contribuinte autuado. Entretanto, ao transportar o valor para o Auto de Infração, o autuante indicou o valor de R\$18.810,00, quando o valor correto é R\$18.766,30.

Quanto a alegação defensiva de existência de suposto erro no software de emissão de nota fiscal eletrônica, entendo que essa alegação não tem qualquer pertinência, uma vez que o contribuinte vem utilizando o referido sistema, por muito tempo, não tendo comprovado, pelo menos no presente no auto em lide, ter formalizado qualquer questionamento à Administração Tributária Estadual até a presente data.

Devo esclarecer que Nota Fiscal Eletrônica - NF-e é o documento emitido e armazenado eletronicamente, de existência apenas digital, com o intuito de documentar operações e prestações, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente e autorização de uso pela Secretaria da Fazenda, antes da ocorrência do fato gerador, em substituição à Nota Fiscal modelo 1 ou 1-A e foi instituída pelo Decreto nº 10.066/06, que procedeu a Alteração nº 79 do RICMS/97, cujos efeitos surtiram a partir de 04/08/06, conforme dispõe o art. 231-A, in verbis:

Art. 231-A. A Nota Fiscal Eletrônica - NF-e poderá ser utilizada em substituição à Nota Fiscal modelo 1 ou 1-A, pelos contribuintes do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI ou Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre a Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS (Ajuste SINIEF 07/05).

No primeiro momento a utilização da Nota Fiscal Eletrônica - NF-e era facultativa e deveria o contribuinte solicitar, previamente, seu credenciamento junto à Secretaria da Fazenda, entretanto o mesmo deveria ser usuário do Sistema Eletrônico de Processamento de Dados.

Ocorre que, mediante Alteração nº 92 do RICMS-BA, decorrente do Decreto nº 10414, com efeitos a partir de efeitos de 04/08/07, foi acrescido o art. 231-P, abaixo transcrito:

"Art. 231-P. A partir de 1º de abril de 2008, em substituição à emissão de Nota Fiscal modelo 1 ou 1-A, os contribuintes que exercem as atividades a seguir indicadas ficam obrigados a emitir NF-e nas operações que realizarem:

I - distribuição de combustíveis líquidos, assim definidos e autorizados por órgão federal competente;

II - fabricação de cigarros;

III - distribuidores de cigarros;

IV - produtores, formuladores e importadores de combustíveis líquidos, assim definidos e autorizados por órgão federal competente;

V - transportadores e revendedores" (grifei)

*Antes de imitar NF-e, conforme determina o Art. 231-B, RICMS/BA, 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 que existe falha no sistema de emissão de nota fiscal eletrônica, depois de decorrido tanto tempo de utilização do referido sistema pelo autuado.*

Ademais, o próprio impugnante utilizou como crédito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais para efeito de cálculo da substituição tributária, fato que comprova que, apesar da peça defensiva questionar o programa de emissão de nota fiscal, o contribuinte autuado reconhece que o ICMS normal foi apurado corretamente, ante a utilização do referido valor à título de crédito do imposto. Caso o contribuinte venha, posteriormente, comprovar erro de emissão de nota fiscal eletrônica, deverá a Inspetoria Fiscal competente, programar nova ação fiscal para cobrança da diferença que, fatalmente, irá ser devida no recolhimento do ICMS substituição tributária, uma vez que o crédito utilizado na apuração do imposto devido na substituição deve corresponder ao crédito do ICMS da operação própria e havendo redução do mesmo resultará em um ICMS-ST superior ao recolhido pelo autuante, gerando uma diferença do ICMS devido pelo contribuinte à título de substituição tributária, entretanto, reitero mais uma vez que a questão da substituição tributária não faz parte da presente lide.

Conforme restou comprovado nos autos, em especial no Termo de Apreensão e nos DANFE's, o autuado transportava álcool carburante, destinados a diversos contribuintes, tendo despachado o produto com a devida substituição do ICMS, mas sem o recolhimento tempestivo do imposto em suas operações próprias (ICMS NORMAL, objeto da autuação), conforme determina o 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**, devendo o Documento de Arrecadação Estadual, devidamente quitado, acompanhar a mercadoria na respectiva circulação, devendo, ainda, constar o número da autenticação no corpo da própria nota fiscal, em conformidade com os incisos II e III do citado artigo, in verbis:

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, sem sombra de dúvida, o ICMS Normal, operação própria, deve ser recolhido no momento da saída da mercadoria, salvo se o contribuinte possua 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 que demonstra o acerto da ação fiscal.

Quanto ao pedido de isenção da multa e dos acréscimos moratórios, não pode ser acatado por falta de previsão legal, pois o art. 158, do RPAF/99, trata somente das multas por descumprimento de obrigação acessória, que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte. Assim entendendo que não foram atendidas as exigências acima, razão pela qual deixo de acatar o pedido do autuado. De igual modo, não pode ser acolhido o pedido defensivo com base no Art. 159, pois o mesmo não pode ser apreciado pela Junta de Julgamento Fiscal, uma vez que a competência é da Câmara Superior do CONSEF, devendo o contribuinte requerer diretamente ao órgão competente, se entender ser pertinente.

Devo ressaltar que, 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 – ICM 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.

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

Ressalto, outrossim, que o autuante incorreu em equívoco ao indicar na infração em tela o dispositivo da multa aplicada como sendo a alínea "e" do inciso II do Art. 42, quando o correto é a alínea "f" do mesmo inciso, mesmo art. 42 e mesma da Lei nº 7014/96, pelo que fica retificada o inciso indicado, não havendo nenhuma alteração de valor, uma vez que a multa foi corretamente calculada no percentual de 60%.

Voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, ficando o valor reduzido de R\$18.810,00, para R\$18.766,30.

Em seu Recurso Voluntário, às fls. 88 a 97 dos autos, o recorrente arguiu a nulidade do Auto de Infração por entender que, de acordo com o próprio relatório do acórdão recorrido, o Auto de Infração foi lavrado para exigir a falta de retenção do ICMS substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, contudo, a Decisão proferida pela Junta de Julgamento a condenou ao recolhimento do ICMS supostamente devido, em virtude da operação própria, sem que tal fato tenha sido objeto da autuação fiscal.

Disse que tendo sido autuado em decorrência da ausência de recolhimento do ICMS-ST, dirigiu sua defesa contra esse fato específico e diferentemente do entendido pela Junta de Julgamento Fiscal houve prejuízo para o seu direito de defesa, pois entendeu que a infração imputada decorreu da cobrança do ICMS-ST.

Arguiu que, se foi afastada totalmente a autuação referente ao ICMS substituição, o Auto de Infração deve ser julgado improcedente, pois a imputação somente versa sobre a suposta não retenção do ICMS Substituição, e não do ICMS próprio.

Acrescentou que o julgamento de primeira Instância jamais poderia entender que o ICMS relativo à operação própria não fora recolhido, pois, está sendo imputada uma infração nova que não se encontra na tipificação e enquadramento legal da autuação fiscal, implicando em flagrante violação ao princípio da tipicidade, da ampla defesa e do contraditório. Para corroborar a sua afirmação transcreveu acórdãos da 3ª JFJ deste Conselho de Fazenda.

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.

Prosseguiu afirmando ter havido 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.

Menciona que lhe foi imputado a falta de retenção do tributo devido a título de substituição, entretanto, o imposto fora devidamente recolhido Disse que o valor equivocadamente apurado foi recolhido nas operações de saída da mercadoria.

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.

Conclui pugnando pelo conhecimento e Provimento do Recurso Voluntário, para reforma do acórdão recorrido, julgando-o improcedente, pois o ICMS próprio jamais foi objeto da autuação fiscal, não podendo ser exigida tal cobrança e, se assim não for entendido, postula a declaração de nulidade do auto, tendo em vista que foi cobrado um tributo(ICMS próprio) que não está incluído na tipificação da autuação (ICMS substituição), causando prejuízo à sua defesa.

A PGE/PROFIS, em sua manifestação às fls. 109 a 111 dos autos, discordou do julgamento da JFJ, tendo em vista que a defesa do autuado se desenvolveu em relação à acusação de falta de retenção de ICMS por substituição tributária, nada dispondo sobre a falta de pagamento do ICMS normal devido na saída da mercadoria, em razão da falta de clareza na descrição e na tipificação da infração, o que provocou, indiscutivelmente, prejuízo para o exercício do direito de defesa do contribuinte.

Opinou, então, pelo reconhecimento da nulidade da Decisão recorrida, com esteio no art. 18, inciso IV, do RPAF/BA.

VOTO

É objeto de Recurso Voluntário a Decisão da Primeira Instância que manteve parcialmente o lançamento tributário julgando o Auto de Infração procedente em parte.

A acusação fiscal refere-se à “*falta de retenção do ICMS Substituição, nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária*”, sendo dado como infringido o disposto no art. 353, II, do RICMS-BA e aplicada à multa capitulada no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

Contudo, o imposto exigido neste lançamento de ofício não é o ICMS-ST, mas, sim, o ICMS normal, devido nas operações próprias realizadas pelo sujeito passivo com álcool hidratado carburante, consoante foi registrado no campo “*DESCRIÇÃO DOS FATOS*” do Auto de Infração e Termo de Apreensão e Ocorrências 124198.0047/09-4 anexado à fl. 05.

Entendo que o detalhamento feito no campo “*DESCRIÇÃO DOS FATOS*”, dos referidos documentos, não é capaz de sanar o equívoco do preposto fiscal, já que, em se tratando o lançamento de ofício de um documento formal, a indicação da infração atribuída ao sujeito passivo deve ser feita no local apropriado, a salvo de incorreções, a fim de não comprometer o amplo exercício do direito de defesa.

O sujeito passivo, na defesa, demonstrou claramente que pretendia defender-se de acusação de falta de retenção do ICMS-ST, tanto que chegou a alegar erro na apuração do imposto lançado, por ter englobado o ICMS das operações próprias, ficando evidente que não compreendia a acusação fiscal, e ficou impedido de se defender da verdadeira acusação que lhe estava sendo imputada.

Logo, no presente lançamento de ofício, verifica-se que os equívocos constatados na exigência fiscal importam na insegurança do débito exigido e cerceamento do direito de defesa, caracterizando nulidade insanável, nos precisos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA.

Assim, voto pelo acolhimento da preliminar de nulidade e, conseqüentemente, 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 **124198.0018/09-4**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)**. Recomenda-se à autoridade fiscal competente, a instauração de ação fiscal, no estabelecimento, para verificar o recolhimento do tributo objeto da autuação.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de junho de 2011.

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS