

PROCESSO - A. I. Nº 232278.0007/09-4
RECORRENTE - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0272-01/10
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 08/07/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0198-11/11

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 1ª Junta de Julgamento Fiscal, proferida no Acórdão nº 0272-01/10, que julgou Procedente 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:

“Do exame das peças que compõem o presente processo, verifico que a autuação diz respeito à exigência de imposto, decorrente de apreensão de 10.000 litros de álcool etílico hidratado carburante – AEHC, em trânsito, sem o devido pagamento do ICMS referente à operação própria destacado nos respectivos documentos fiscais.

Constatou que o Termo de Apreensão nº 232278.0007/09-4, acostado aos autos às fls. 05/06, foi lavrado para materializar a constatação da irregularidade apontada no DANFE nº 20475. Ou seja: “falta de recolhimento do icms em suas operações próprias com álcool hidratado carburante referente ao DANFe n.20475, de 01/12/2009.”

Conforme estabelece o art. 38 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, o Auto de Infração será lavrado para exigência de tributos, acréscimos tributários e multas, sempre que, mediante ação fiscal relativa a estabelecimento de contribuinte ou desenvolvida no trânsito de mercadorias, for constatada infração à legislação tributária, quer se trate de descumprimento de obrigação principal, quer de obrigação acessória.

Já o art. 28, inciso IV do mesmo RPAF/99, dispõe que a autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que seja lavrado, Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS.

Por sua vez, o art. 41, inciso I, do mesmo Diploma regulamentar processual acima referido, determina que o Auto de Infração far-se-á acompanhar de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará, obrigatoriamente.

Portanto, em conformidade com os dispositivos regulamentares acima referidos, o Auto de Infração deve ser lavrado baseado no Termo de Apreensão, devendo ser acompanhado deste.

No presente caso, constato que no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, consta expressamente o seguinte: “falta de recolhimento do icms em suas operações próprias com álcool hidratado carburante referente ao DANFe n.20475, de 01/12/2009.”

Assim, a “Descrição dos Fatos” no Auto de Infração, encontra-se em perfeita conformidade com a “Descrição dos Fatos” no Termo de Apreensão que o fundamentou, não restando dúvida de que a exigência diz respeito à

“falta de recolhimento do icms em suas operações próprias com álcool hidratado carburante referente ao DANFe n.20475, de 01/12/2009.”

Faço o registro acima, por entender que a descrição da infração no Auto de Infração, isto é, “falta de retenção do ICMS substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária”, em nada prejudicou o contribuinte no exercício do direito de ampla defesa, haja vista que este, claramente, era sabedor do que estava sendo acusado. Mesmo porque, no DANFE nº 20475, arrolado na autuação, o sujeito passivo registrou o valor relativo ao ICMS substituição tributária, assim como, o ICMS relativo à operação própria.

Em verdade, apesar de ter destacado, também, o ICMS referente à operação própria no mencionado DANFE, o sujeito passivo não efetuou o pagamento antecipado a que estava obrigado, pois, não apresentou o comprovante de recolhimento no momento da ação fiscal, bem como, no momento da apresentação da peça de defesa.

Vale registrar, que no Estado da Bahia, as disposições do Convênio ICMS 110/07, que revogou o Convênio ICMS 03/99 e dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes derivados ou não de petróleo, estão disciplinadas nos artigos 512-A e 512-B, do RICMS/BA. Já as operações próprias nas saídas internas ou interestaduais com álcool etílico hidratado combustível são tratadas de forma específicas nos artigos 515-A a 515-H, normas incorporadas ao Regulamento de ICMS do Estado a partir do Protocolo ICMS 17/04.

Assim, o ICMS relativo à operação própria na saída interna com álcool etílico hidratado combustível (AEHC), que deve ser recolhido no momento da saída, é o que está sendo exigido no Auto de Infração em lide. Nessa situação, o imposto será calculado tomando-se por base o valor da operação ou o valor estabelecido em pauta fiscal (o que for maior), incidindo a alíquota de 19% (17% + 2%), nas operações de saídas de AEHC. O recolhimento do imposto correspondente aos dois pontos percentuais adicionais supra referido, deverá ser efetuado em conta corrente específica vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, na forma prevista em ato do Secretário da Fazenda (art. 51, I e 51-A, § 1º, RICMS BA).

É certo que, o art. 515-B, II, do RICMS/BA, determina que o imposto relativo à operação própria nas saídas internas de AEHC será recolhido no momento de sua saída e o DAE devidamente quitado deverá acompanhar a mercadoria na respectiva circulação, o que não ocorreu, no presente caso.

Consigno que o autuado, na condição de distribuidor de combustíveis, como tal definida pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Bio-combustíveis – ANP, poderia afastar a obrigatoriedade do pagamento antecipado do imposto devido pelas operações próprias, caso obtivesse para isso autorização da Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis (COPEC), conforme previsto no art. 515-A, § 2º, RICMS BA, o que de fato não ocorreu.

No que concerne à alegação de utilização de pauta fiscal fictícia, vejo que esta também não pode ser acatada, tendo em vista que a base de cálculo foi constituída pelo próprio autuado, cujos valores foram registrados nos próprios documentos fiscais às fls. 07 a 09. Observo, ainda, que mesmo se ocorresse apuração da base de cálculo do ICMS pertinente às operações internas com AEHC com base em pauta fiscal, não haveria qualquer óbice, porquanto prevista na Cláusula Segunda, I do Protocolo ICMS 17/04, desde quando maior que o valor da operação. Portanto, a apuração da base de cálculo do imposto exigido está em conformidade com a legislação tributária em vigor no Estado da Bahia.

Observo que, a multa indicada no Auto de Infração no percentual de 60% foi a prevista na alínea “e” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, quando a penalidade correta - apesar de, também, ser de 60% -, é a prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei n. 7.014/96, motivo pelo qual retifico, de ofício, a multa aplicada.

Quanto ao pedido de exclusão das multas e juros, certamente, não pode ser apreciado por este órgão julgador de primeira instância, haja vista que a competência para tanto é da Câmara Superior do CONSEF, a quem o pedido deve ser encaminhado, acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos nos termos do art. 159, §1º do RPAF/BA.

Diante do exposto, restando comprovado que o autuado não efetuou o pagamento do ICMS referente à operação própria destacado no respectivo documento fiscal, considero subsistente a infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Em seu Recurso Voluntário, às fls. 50 a 59 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 JJF 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.

Prossseguiu afirmado 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 à 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 previsionamento 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. 71 a 73 dos autos, discordou do julgamento da JJF, 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 o lançamento tributário tal como originalmente realizado, julgando o Auto de Infração procedente.

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 232278.0028/09-1 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 compreendera 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, consequentemente, 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 232278.0007/09-4, 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