

PROCESSO - A. I. Nº 210663.0007/09-4
RECORRENTE - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0024-02/11
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 28/12/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0388-11/11

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, pois há evidente contradição entre a infração e a descrição dos fatos no Auto de Infração. Entretanto, o recorrente não suscitou a nulidade da autuação. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PREJUDICADO**. De ofício, decretação de **NULIDADE** do Auto de Infração. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Mediante Recurso Voluntário o contribuinte insurgiu-se contra o acórdão em destaque que julgou o Auto de Infração em lide, lavrado em 05/12/2009, para exigir ICMS no valor histórico de R\$7.524,00, acrescido da multa de 60%, por imputar o cometimento da seguinte infração: *“falta de retenção do ICMS Substituição nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, contendo na autuação esta fática: falta de recolhimento do ICMS sobre a operação própria, nos prazos regulamentares, referente à venda de ÁLCOOL HIDRATADO CARBURANTE, referente DANFE’s nºs 20644; 20645; 20665 e 20697, anexos”*.

Em primeira instância, a lide foi dirimida sob os fundamentos seguintes :

(...)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 210943.0140/09-7, constando no campo Descrição dos Fatos, que foi apurada a seguinte irregularidade: falta de recolhimento do ICMS normal sobre as operações próprias, no prazo regulamentar, referente à venda de alcool hidratado carburante automotivo, conforme notas fiscais nºs 20644; 20645; 20665 e 20697.

Fez-se necessário repetir o texto da acusação constante nos Auto de Infração e Termo de Apreensão para que não exista dúvida quanto à 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 à substituição tributária, uma vez que, na ação fiscal em lide, nada foi imputado ao autuado em relação à 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 conseqüência 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.

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\$7524,00, quando o valor correto é R\$7.506,52.

Quanto à 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 emitir 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 Inspeção 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 juros, 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 entendo 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.

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\$7524,00, para R\$7.506,52"

Inconformado, o sujeito passivo apresentou súplica recursal às fls. 88/93, no bojo da qual, para asseverar que, embora o lançamento fiscal refira-se ao ICMS por substituição, a JJF entendeu que trata-se de infração pelo não recolhimento do imposto relativo à operação própria e que por isso o julgou procedente, e que o fisco considerou para fixação da base de cálculo tanto aquele regime como este, por ter utilizado do valor cheio da pauta fiscal, sem deduzir o ICMS próprio.

Acrescentou que foi por si afirmado que não houve erro no software de emissão de nota fiscal eletrônica, tendo a JJF afirmado exatamente o oposto, e que não foi inclusa na base de cálculo o desconto incondicional, visto que simplesmente preencheu os campos das notas fiscais e o próprio software, tendo o Estado da Bahia gerado o cálculo respectivo.

Mencionou que, recolheu o ICMS-ST com base na diferença entre o valor constate da pauta fiscal de R\$ 2,00 litro e o valor do ICMS próprio que lhe cabe recolher, sem o cálculo que é concedido aos postos de gasolina; que agiu corretamente vez que a legislação tributária impõe que esse desconto não seja computado para fins de pagamento do ICMS, e que recolheu o ICMS-ST observando o valor da pauta fiscal menos o valor do ICMS próprio, desconsiderando o valor cheio da pauta fiscal, como se equivocou o auditor autuante.

Prosseguiu alegando que não procede o entendimento da JJF de que havia ocorrido seu descredenciamento da COPEC por recolher o ICMS-próprio no mês subsequente ao da saída de mercadorias, o que disse ser irrazoável, pois a autorização tem permissivo legal, que arbitrariamente sem lastro jurídico determinou que os contribuintes que comercializassem álcool hidratado precisariam de autorização daquele órgão fazendário para recolhimento do ICMS-ST no mês subsequente ao da saída das mercadorias.

Afirmou que é de comezinho saber que é impossível para qualquer empresa manter suas atividades sem proceder ao encontro de débitos e créditos ao final do mês (conta-corrente), procedimento que disse ser preciso para viabilizar a efetivação do princípio da não-cumulatividade do ICMS-ST, passando a transcrever o teor dos artigos 28, 29 e 114 do RICMS-BA.

E que assim não é legítimo que o seu direito como contribuinte seja tolhido por norma infralegal, ficando os contribuintes distribuidores de álcool hidratado na Bahia obrigados a obter autorização da COPEC para gozar do direito de efetuar o recolhimento do tributo (ICMS-ST) no mês subsequente, a inviabilizar, com isso, a fruição do direito ao não-cumulatividade, frisando ser impossível se proceder ao encontro de débitos e créditos se o ICMS for exigido a cada vez que ocorra a saída de mercadoria, afirmando, ainda, ser impertinente a exigência do art. 126, do RICMS-BA.

Passou a tecer comentários em derredor da Pauta Fiscal contida na Instrução Normativa nº 29/2009 e que o montante lançado não poderia se basear em pauta fiscal por não refletir a realidade mercadológica, e que a autuação deve se estribar em valores concretos e não fictícios, sob pena de exigir do contribuinte, valores além do devido.

Destacou que o álcool hidratado na Bahia, nunca é vendido a R\$ 2,00 o litro nos postos de gasolina e que, para o fisco, ainda que esse produto seja comercializado com valores inferiores àqueles, que o ICMS é sempre computado considerando a pauta fiscal, situação essa sobre a qual há súmula do STJ (431) declarando a ilegalidade dessa cobrança, cumprindo que seja recalculado o tributo em foco com esteio no preço real praticado no mercado de postos de gasolina à época da ocorrência dos fatos geradores ou com base na MVA, pugnando, por fim, pela reforma da Decisão recorrida.

A PGE/PROFIS no parecer exarado às fls. 105/106, se pronunciou pela decretação de nulidade do auto infracional ante à divergência entre a infração tipificada no corpo deste e a que foi objeto de julgamento, malferindo o direito de defesa do contribuinte, e que a descrição diversa da tipificação legal gera a insegurança à defesa do contribuinte, podendo induzi-lo a erro em prejuízo à defesa. Por derradeiro, estribando-se no art. 18 do RPAF-BA, opinou pela nulidade da autuação, o que foi corroborado no despacho de fl. 107, pela procuradora assistente.

VOTO

Por força de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, foi devolvido a esta Câmara o reexame sobre o Auto de Infração lavrado no trânsito de mercadoria no Posto Fiscal Honorato Viana, imputando a ausência de retenção do ICMS-ST nas operações de saída de mercadorias – álcool hidratado carburante - sujeitas à antecipação tributária, constando da descrição fática a falta de recolhimento do ICMS sobre operação própria, do que, de início, constato no nascedouro do PAF, haver uma cristalina divergência entre a imputação e os fatos que lhe servem de sustentação, como foram descritos pela fiscalização.

Com efeito, essa discrepância foi também constatada pela PGE/PROFIS no parecer exarado às fls. 105/106, eis que, como ali expendido, há manifesta discrepância entre a infração imputada e a descrição dos fatos, e, ainda, quanto ao enquadramento normativo, vícios que, por sua vez, não se harmonizam com os requisitos do devido processo legal e que maculam o direito de defesa por não assegurar ao sujeito passivo precisão e segurança quanto ao que lhe está sendo imputado

a título de ilícito tributário, requisito este indispensável ao exercício do contraditório e da ampla defesa, garantias capitais do devido processo legal.

E tanto é que o recorrente, na sua impugnação de fls. 18/20, não se defendeu sobre a falta de retenção nas operações próprias, mas, sim, acerca do que lhe foi imputado, a saber, a falta de recolhimento do ICMS-ST, tendo sido esclarecido somente na informação fiscal de fls. 41/44, o que foi inclusive mencionado pelo Relator de primeiro grau à fl. 75 do acórdão recorrido.

E, muito embora tenha o recorrente se restringido a se reportar sobre esse relevante aspecto na sua súplica recursal “en passant”, sem, entretanto, requerer a decretação de nulidade da autuação, de ofício, a decreto, acompanhando a posição da Procuradoria, a qual, friso, ser cediça neste Colegiado. Em consequência, ficam prejudicadas as razões recursais como acima relatado, que assim deixam de ser enfrentadas, posto que prejudicadas.

Do exposto, declaro de ofício a NULIDADE do Auto de Infração à luz do art. 18, IV, “a”, do RPAF-BA, julgando PREJUDICADO o Recurso Voluntário interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, decretar **NULO** o Auto de Infração nº **210663.0007/09-4**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2011.

RUBENS BEZERRA DE SOARES - PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA - RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS