

PROCESSO - A. I. Nº 128983.0002/10-3
RECORRENTE - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JFJ nº 0364-01/10
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 28/12/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0389-11/11

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. Modificada a Decisão recorrida. Auto de Infração **NULO**. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JFJ nº 0364-01/10), que concluiu pela Procedência do presente Auto de Infração, que acusa o contribuinte da falta de retenção de ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária – Imposto: R\$16.629,00 – Multa: 60%.

A Junta de Julgamento Fiscal dirimiu a lide administrativa com base nos seguintes fundamentos, *in verbis*:

"Da análise das peças que compõem o processo, especialmente o Termo de Apreensão e Ocorrências, depreendi que a efetiva razão do lançamento foi a falta de recolhimento do ICMS normal, referente às operações próprias com álcool hidratado carburante, uma vez que o autuado não possuía autorização da COPEC para efetuar o recolhimento do imposto no prazo normal.

Considero que essa divergência entre a acusação formal e a descrição dos fatos não causou prejuízo ao exercício do direito de defesa. Saliento que o valor lançado no demonstrativo de débito se refere ao ICMS normal que foi destacado nos documentos fiscais e 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.

Os argumentos defensivos pertinentes à falta de pagamento do ICMS devido por substituição tributária não tem qualquer pertinência com a autuação, uma vez que não é essa a acusação tratada no presente lançamento de ofício. Na defesa, é feita referência à apuração da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, porém essa matéria é totalmente diferente da que foi objeto da autuação e, portanto, não elide a infração.

Ao se examinar os documentos fiscais que embasaram a autuação, constata-se que o autuante, ao apurar o valor devido, somou o ICMS que foi destacado nos DANFes e lançou o montante apurado, não havendo, portanto, equívoco na apuração da base de cálculo do imposto cobrado.

O alegado erro no software de emissão de nota fiscal eletrônica não pode prosperar, pois o autuado vem utilizando o referido sistema há tempo, sem que tenha sido comprovada qualquer irregularidade que o invalidasse. Nos termos do art. 231-B do RICMS-BA, ao emitir nota fiscal eletrônica, 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 existe falha no sistema de emissão de nota fiscal eletrônica.

Conforme restou comprovado nos autos, em especial no Termo de Apreensão e nos DANFes, o autuado transportava álcool carburante, destinados a diversos contribuintes, tendo despachado o produto sem o recolhimento tempestivo do imposto referente a operação própria (ICMS NORMAL, objeto da autuação), conforme determina o art. 515-B do RICMS-BA, cujo teor transcrevo a seguir:

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, depreende-se que o ICMS Normal, operação própria, deve ser recolhido no momento da saída da mercadoria, salvo se o contribuinte possuir 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 pedido de dispensa de multa não pode ser apreciado por este órgão julgador de primeira instância, uma vez que a competência para tanto é da Câmara Superior deste CONSEF, nos termos do art. 159 do RPAF/99. Caso seja do interesse do autuado, ele poderá requerer à Câmara Superior tal dispensa, nos termos do art. 159 do RPAF/99, obedecidas as formalidades e condições ali previstas. No que tange aos juros, inexistente previsão legal para a sua dispensa, conforme pretendido pelo autuado.

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

Por fim, ressalto que o enquadramento legal da multa indicada no Auto de Infração (art. 42, II, "e", da Lei nº 7.014/96) está equivocado, pois não guarda correlação com a infração que foi efetivamente apurada. Dessa forma, de ofício, retifico o enquadramento legal da multa, para o art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração".

Inconformado, o sujeito passivo interpôs o Recurso Voluntário de fls. 69/78, 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.

Argumenta 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, diz 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.

Alega que tal fato demonstra a nulidade do Auto de Infração em discussão, pois a infração imputada, na verdade, seria outra que não aquela registrada no próprio instrumento infracional. Salienta que a capitulação legal registrada no Auto de Infração, toda referente ao ICMS-ST, não coincide com a que foi registrada na informação fiscal mencionada pelo acórdão recorrido.

Prosseguindo no inconformismo, assevera 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.

Nesse quadro circunstancial, pugna 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, alega 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.

Ressalta, 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 postula 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.

Afirma 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 - assevera - 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.

Por fim, roga pela 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, requer o conhecimento e provimento do Recurso, para reforma do acórdão recorrido, julgando improcedente o Auto de Infração e, se assim não for entendido, postula a declaração de nulidade do Auto de Infração, tendo em vista ter sido fundamentado em legislação inaplicável ao caso, bem como face ao prejuízo à sua defesa pela divergência da cobrança de ICMS próprio e tipificação de ICMS-Substituição.

Às fls. 90/92, a PGE/PROFIS opinou pelo Provimento do Recurso Voluntário, com base nos seguintes argumentos:

"O contribuinte só logrou perceber a ausência de coincidência entre a infração indicada no Auto de Infração e a descrita no Termo de Ocorrências e na Informação Fiscal por ocasião da interposição do presente Recurso voluntário. Com efeito, o sujeito passivo trata tão somente da base de cálculo de substituição tributária, ignorando por completo o cerne da infração descrita no Termo de Apreensão e Ocorrências.

Efetivamente, a falta de clareza na descrição e na tipificação da infração provocou indiscutivelmente prejuízo para o exercício do direito de defesa inerente ao contribuinte cidadão, em um Estado de Direito.

A Decisão proferida pela JJF reconhece expressamente o equívoco perpetrado pelo autuante sem, contudo, quilar os nefastos efeitos desencadeados na hipótese concreta.

Comungo do entendimento que não só a Decisão da JJF deverá ser decretada nula como todos aqueles atos administrativos executados com preterição do direito de defesa do sujeito passivo. Destarte, caberá a reabertura do prazo de defesa para que o contribuinte seja intimado e devidamente informado quanto à descrição clara e precisa da infração e da sua respectiva tipificação, tudo com vistas a restauração dos princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal".

VOTO

A preliminar de nulidade da autuação merece acatamento.

Em primeiro lugar, constata-se que o preposto fiscal atribui ao sujeito passivo, por intermédio da presente autuação, a falta de retenção do ICMS-ST nas operações de saídas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, *in casu* álcool hidratado combustível. O dispositivo regulamentar invocado (art. 353, II, do RICMS), em consonância com a descrição da infração, trata do dever de retenção e de recolhimento do ICMS-ST, na qualidade de sujeito passivo por substituição.

Sucedee que, ao revés do quanto consignado pelo autuante no campo reservado à descrição da infração, 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*” e na informação fiscal prestada no decorrer da instrução processual.

É de rigor salientar que, ao contrário do entendimento firmado pela Junta e pela PGE/PROFIS, o detalhamento feito na no campo “*DESCRIÇÃO DOS FATOS*” não é capaz de sanar o equívoco do preposto fiscal, já que, em se tratando o lançamento de ofício de um documento formal e que deve ser produto de uma atividade administrativa plenamente vinculada, a indicação da infração atribuída ao sujeito passivo deve ser feita no local apropriado, a salvo as incorreções meramente formais que não comprometam o amplo exercício do direito de defesa.

Na hipótese vertente, o esclarecimento definitivo acerca da exigência só veio com a informação fiscal. 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 do ICMS das operações próprias. Ficou evidente que o Recorrente não compreendeu a acusação fiscal, em sua integridade, e ficou impedido de se defender da verdadeira acusação que estava escamoteada nesta autuação.

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, gera 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.

Divirjo do entendimento firmado pela d. PGE/PROFIS, quanto à possibilidade de reabertura do prazo de defesa com vistas à regularização deste procedimento administrativo fiscal, uma vez que o vício toca à descrição do próprio ilícito tributário; ou seja, a sua correção equivale a uma nova atuação, daí porque entendo que deverá ser feito num igualmente novo Auto de Infração.

Ante o exposto, 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 **128983.0002/10-3**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA**. Representa-se à Autoridade Fiscal competente, objetivando a instauração de novo procedimento fiscal no estabelecimento do contribuinte.

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

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

FABIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

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