

PROCESSO - A. I. Nº 124157.0805/09-6
RECORRENTE - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO –Acórdão 1ª JJF nº 0332-01/10
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 28/12/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0395-11/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. VÍCIOS. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERNAS COM ÁLCOOL HIDRATADO CARBURANTE. SAÍDAS DO ESTABELECIMENTO DISTRIBUIDOR. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Houve discrepância entre a infração imputada e a descrição dos fatos, e, ainda, quanto ao enquadramento, 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 lhe sendo imputado a título de ilícito tributário, requisito este indispensável ao exercício do contraditório e da ampla defesa, garantias capitais do devido processo legal. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. 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 08/01/2010 para exigir ICMS no valor de R\$77.900,00, 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 comprovante de ICMS por antecipação tributária referente aos DANFES nº 21758/21770(..) 22270 (cópias anexas, emitidos por contribuinte credenciado COPEC/SEFAZ correspondente à venda de 205.000 litros de álcool hidratado, ilícito previsto no RICMS/BA”*.

Em Primeira Instância, a lide foi dirimida sob os fundamentos seguintes:

Trata o Auto de Infração em epígrafe da “falta de retenção do ICMS substituição nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária”. Dessa forma, foi exigido o imposto correspondente, acompanhado da multa capitulada no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

Nos termos do artigo 512-A, do RICMS-BA, as distribuidoras de combustíveis são responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS relativo às operações internas subsequentes com o álcool etílico hidratado carburante (AEHC). Por força do previsto no inciso IV do artigo 126 desse citado Regulamento, nas operações de saídas de AEHC, o ICMS a ser recolhido pelo responsável em decorrência de substituição tributária será pago no momento da saída da mercadoria. O disposto no parágrafo único desse artigo 126 admite que o ICMS em comento seja recolhido até o dia 15 do mês subsequente ao da operação, quando a distribuidora possuir autorização da COPEC para tanto. Como no caso em tela o autuado não possuía essa referida autorização, conforme relação de fl. 108, ele estava obrigado a para efetuar o pagamento do ICMS devido por substituição tributária no momento da operação de saída.

Na sua defesa, o autuado reconhece que estava obrigado a recolher o ICMS devido por substituição tributária no momento da operação, porém questiona o cálculo efetuado pelo autuante e a legalidade dessa antecipação do pagamento.

A ciência dessa obrigação fica clara quando se observa que, nos documentos trazidos na defesa, há comprovação de que parte do ICMS devido por substituição tributária foi recolhido pelo autuado no momento

da operação. Todavia, os argumentos defensivos atinentes a erro na apuração do imposto cobrado não pode prosperar, pois o imposto foi calculado corretamente. Observo que o preço do litro do álcool empregado pelo autuante (R\$ 2,00) é exatamente o mesmo preço utilizado pelo autuado ao apurar a base de cálculo da substituição tributária (R\$ 2,00).

A única diferença que há entre os cálculos efetuados pelo autuante e pelo autuado reside na dedução do ICMS referente à operação própria. Efetivamente, ao se apurar o ICMS devido por substituição tributária, deve ser deduzido o valor que foi pago a título de ICMS próprio. No caso em tela, no momento da ação fiscal, o autuado não comprovou o pagamento do ICMS próprio e, portanto, não havia crédito a deduzir, como acertadamente considerou o autuante. Não seria razoável admitir que o autuado, estando obrigado a pagar o ICMS próprio no momento da realização da operação de saída, não efetuasse esse pagamento e ainda deduzisse, como crédito fiscal a seu favor, o valor que deixou de recolher tempestivamente.

A exigência do ICMS em tela no momento da saída da mercadoria com base em dispositivo regulamentar não contém qualquer ilegalidade, pois se trata de matéria atinente a obrigação acessória, que não modifica a metodologia de apuração do imposto. Também não procede a alegação de inobservância do princípio da não cumulatividade, pois os créditos fiscais efetivamente arcados pelo autuado serão lançados nos livros fiscais próprios, conforme previsto na legislação tributária pertinente.

No que tange à utilização da pauta fiscal, ressalto que a Lei nº 7014/96 expressamente prevê tal hipótese e, o teor do disposto no art. 167, inc. I, do RPAF/99, não cabe a este órgão julgador administrativo a decretação de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

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 há como se aceitar a alegação defensiva, apresentada apenas após autuação, de que existe falha no sistema de emissão de nota fiscal eletrônica.

Quanto aos descontos incondicionais, saliento que os DANFEs acostados ao processo deixam claro que, acertadamente, nem autuado e nem o autuante consideraram tais valores na determinação da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária.

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 ICMS devido por substituição tributária, conforme determina o art. 126, IV, parágrafo único, II, do RICMS-BA, cujo teor transcrevo a seguir:

Art. 126. O imposto a ser recolhido pelo responsável em decorrência de substituição tributária por antecipação será pago:

[...]

IV - nas operações de saída de álcool etílico hidratado combustível (AEHC) e de álcool a granel não destinado ao uso automotivo, no momento da saída das mercadorias.

[...]

Parágrafo único. Nas hipóteses do inciso IV, os contribuintes poderão, mediante autorização competente, recolher o imposto decorrente de substituição tributária por antecipação até o dia 15 do mês subsequente ao das operações, sendo que:

[...]

II - quando distribuidores de combustíveis, mediante autorização da COPEC.

Tendo em vista essa determinação regulamentar acima transcrita, foi correto o procedimento do autuante, ao lavrar o Auto de Infração em tela para cobrar o ICMS devido por substituição tributária que não tinha sido recolhido no momento previsto. Todavia, observo que na defesa, o autuado trouxe ao processo documentos que comprovam o recolhimento tempestivo de parte do ICMS devido por substituição tributária em relação a uma parte das notas fiscais acostadas ao processo. Para que não haja cobrança de imposto em duplicidade, esses valores pagos tempestivamente pelo autuado devem ser excluídos da autuação, conforme a tabela abaixo:

DANFE Nº	DATA SAÍDA	DATA PGTO	VALOR ICMS-ST	FLS.
21736	26/12/09	24/12/09	R\$ 23,37	50/52
21737	26/12/09	24/12/09	R\$ 23,37	53/55
21738	26/12/09	24/12/09	R\$ 23,37	56/58
21739	26/12/09	24/12/09	R\$ 23,37	59/61
21740	26/12/09	24/12/09	R\$ 23,37	62/64
21741	26/12/09	24/12/09	R\$ 23,37	65/67
21742	26/12/09	24/12/09	R\$ 23,37	68/70

21748	26/12/09	24/12/09	R\$ 23,37	71/73
21749	26/12/09	24/12/09	R\$ 23,37	74/76
21751	26/12/09	24/12/09	R\$ 23,37	77/79
21752	26/12/09	24/12/09	R\$ 23,37	80/82
21755	26/12/09	24/12/09	R\$ 46,74	83/85
21756	26/12/09	24/12/09	R\$ 23,37	86/88
21757	26/12/09	24/12/09	R\$ 23,37	89/91
21760	26/12/09	24/12/09	R\$ 23,37	92/94
21763	26/12/09	24/12/09	R\$ 23,37	95/97
21764	26/12/09	24/12/09	R\$ 23,37	98/100
VALOR TOTAL A SER EXCLUÍDO DA AUTUAÇÃO			R\$ 420,66	----

Deduzindo o valor acima (R\$ 420,66) do débito cobrado no Auto de Infração (R\$ 77.900,00), a infração subsiste parcialmente no montante de R\$ 77.479,34.

O pedido de dispensa de multa e dos acréscimos moratórios não pode ser acatado, uma vez que tal matéria, por ser referente a descumprimento de obrigação principal, é da competência exclusiva 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 a referida dispensa, nos termos do art. 159 do RPAF/99, obedecidas as formalidades e condições ali previstas.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 77.479,34.

Inconformado, o sujeito passivo apresenta súplica recursal às fls. 149/157, arguindo, em síntese, de início, que muito embora a infração que lhe foi imputada seja relativa ao ICMS-ST, a JJF a condenou ao recolhimento do ICMS supostamente devido por operação própria, sem que tal fato tenha sido objeto de autuação fiscal, sendo patente o erro contido na Decisão de primeiro grau, pois essa discrepância enseja a nulidade do lançamento de ofício, como previsto no art. 2º c/c art. 18 do RPAF-BA, sobre o que transcreveu julgados proferidos pelas juntas deste CONSEF.

Argumenta, adentrando no mérito, que o Auto de Infração impugnado se refere apenas à suposta falta de retenção do ICMS-ST devido nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária e que o fisco considerou, para fixar a base de cálculo respectiva, o quanto devido a esse título (ICMS-ST), bem como o quanto devido a título de ICMS principal, sem, entretanto, considerar o crédito fiscal que faz jus concernentes a mercadorias comercializadas, a tornar o tributo cumulativo em contramão ao que rege o art. 114, do RICMS-BA.

Reporta-se ao fato que neste Estado é vastamente sabido que o álcool etílico combustível, na época, não era vendido com o preço de R\$ 2,00, o que nunca impediu a imposição de uma pauta fiscal e que, enquanto a mercadoria chega a ser distribuída a 0,91 o litro, este Estado presume que será vendida na operação ao consumidor por valor superior, o que torna a pauta fiscal um instrumento impróprio para se exigir o ICMS, o que estaria por demandar a revisão dos valores a fim de permitir que o débito seja calculado com base na nota fiscal e não nessa pauta fiscal.

E que, mesmo assim considerando, que para atendimento das exigências fiscais, afirma ter providenciado o requerimento em 1/12/2009, para obter autorização de recolhimento do ICMS no mês subsequente à ocorrência do fato gerador a teor do art. 515B do RICMS, mas que a COPEC ainda não se manifestou, a lhe causar diversos transtornos, o que veio a fundamentar a interposição de mandado de segurança, tendo-lhe sido concedida liminar, citando a Súmula nº 431 do STJ.

Pugna, por fim, para que seja declarada a nulidade da autuação face ao prejuízo causado à defesa e que se ultrapassada, ainda que se considere devida à exigência fiscal, que devem ser refeitos e quantificados os valores em homenagem ao princípio da legalidade com vistas a refletir a realidade de mercado, invocando, ainda, o art. 159, § 1º, II e III para redução da penalidade sob o abrigo da equidade por não ter agido de má fé.

A PGE/PROFIS no Parecer exarado às fls. 169/170, argumenta no sentido de que a ausência de clareza e segurança na descrição e tipificação da infração provoca prejuízo às garantias constitucionais da ampla defesa, da segurança jurídica, a macular o devido processo legal, opinando pela decretação de nulidade do auto infracional ante a divergência entre a infração

tipificada no corpo deste e a que foi objeto de julgamento, o que opinou com lastro no art. 18 do RPAF-BA, pelo Provimento do Recurso Voluntário. À fl. 172 consta o Despacho exarado pela procuradora assistente, concordando.

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 como os fatos que lhe servem de sustentação foram descritos pela fiscalização.

Com efeito, essa discrepância foi também constatada pela PGE/PROFIS no Parecer exarado, eis que, como ali expandido, há manifesta discrepância entre a infração imputada e a descrição dos fatos, e, ainda, quanto ao enquadramento, 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 lhe sendo imputado a título de ilícito tributário, requisito este indispensável ao exercício do contraditório e da ampla defesa, garantias capitais do devido processo legal.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário com lastro nos presentes fundamentos para declarar a NULIDADE do lançamento de ofício à luz do art. 18, IV, “a”, do RPAF-BA, com efeito, de reformar a Decisão de Primeira Instância.

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 124157.0805/09-6, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de dezembro de 2011.

RUBENS BEZERRA DE SOARES - PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA -RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS