

PROCESSO - A. I. N° 210413.0004/10-3
RECORRENTE - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0321-01/10
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 24/02/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0030-11/12

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 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. Acolhida a preliminar de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Mediante Recurso Voluntário o contribuinte se insurgiu contra o acórdão em referência que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 05/01/2010 para exigir ICMS no valor de R\$40.095,00, acrescido da multa de 60%, por imputar-lhe a “*falta de retenção do ICMS substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária*”.

Consta da descrição fática que se refere à “*FALTA DE RECOLHIMENTO, NO PRAZO REGULAMENTAR, DO ICMS SOBRE AS OPERAÇÕES PRÓPRIAS NA VENDA DE ÁLCOOL HIDRATADO, CONFORME DANFES DAS NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS N°s 21.879, 21.885, 21.892, 21.989, 22.111, 22.119, 22.120, 22.125, 22.127 e 22.135*”.

Também no Termo de Apreensão e Ocorrências nº 210943.0003/10-3 de fls. 05 e 06 consta que a irregularidade constatada concerne à falta de recolhimento, no prazo regulamentar, do ICMS sobre as operações próprias nas vendas de álcool hidratado carburante.

A JJF dirimiu o contencioso administrativo sob os fundamentos seguintes:

“Observo, inicialmente, que a despeito de o autuado ter alegado que fora intimado apenas por meio de edital publicado no Diário Oficial do Estado, solicitando, por essa razão, que lhe fosse devolvido o prazo de defesa, consta às fls. 22/23, que o contribuinte foi regularmente intimado por via postal, o que afasta qualquer sugestão de que tivesse ocorrido cerceamento do seu direito de defesa. Ademais, o fato de ter apresentado defesa no prazo normal, quando abordou os fatos evidenciados na autuação, contestando a acusação fiscal, indica, sem sombra de dúvida, que o contribuinte teve conhecimento de todos os elementos constantes dos autos.”

“Após analisar os elementos constitutivos do Auto de Infração, especialmente a própria peça inicial, o Termo de Apreensão e os DANFES (documentos auxiliares das notas fiscais eletrônicas), verifico que a autuação diz respeito à exigência de ICMS decorrente da apreensão de 75.000 litros de AEHC (álcool etílico hidratado carburante), que se encontrava em trânsito, sem o devido pagamento do imposto referente à operação própria, apesar de destacado nos documentos fiscais.”

*“Constatou que o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 210943.0003/10-3, acostado às fls. 05/06, foi lavrado para materializar a constatação da irregularidade apurada nos DANFES, isto é, a “*FALTA DE RECOLHIMENTO, NO PRAZO REGULAMENTAR, DO ICMS SOBRE AS OPERAÇÕES PRÓPRIAS NA**

VENDA DE ÁLCOOL HIDRATADO, CONFORME DANFES DE N°.S 21.879, 21.885, 21.892, 21.989, 22.111, 22.119, 22.120, 22.125, 22.127 e 22.135.”

Saliente que de acordo com o art. 38 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o Auto de Infração deve ser lavrado sempre que, mediante ação fiscal, for constatada infração à legislação tributária, quer se trate de descumprimento de obrigação principal, quer de obrigação acessória. Já o seu art. 28, inciso IV, dispõe que a autoridade administrativa que efetuar tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária, lavrará Termo de Apreensão para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração.

Por sua vez, o art. 41, inciso I do mesmo Regulamento, 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 referidos dispositivos regulamentares, o Auto de Infração deve ser lavrado com fundamento no Termo de Apreensão, devendo ser acompanhado deste.

Na presente situação, percebo que no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, consta expressamente o seguinte: “FALTA DE RECOLHIMENTO, NO PRAZO REGULAMENTAR, DO ICMS SOBRE AS OPERAÇÕES PRÓPRIAS NA VENDA DE ÁLCOOL HIDRATADO, CONFORME DANFES DE N°.S 21.879, 21.885, 21.892, 21.989, 22.111, 22.119, 22.120, 22.125, 22.127 e 22.135.”

Assim, a “Descrição dos Fatos” no Auto de Infração, encontra-se em perfeita conformidade com a “Descrição dos Fatos” apostila no Termo de Apreensão que o fundamentou, não restando dúvida de que a exigência diz respeito à “FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DECORRENTE DAS OPERAÇÕES PRÓPRIAS COM ÁLCOOL HIDRATADO CARBURANTE.”

Este registro se presta a deixar claro que a descrição da infração contida 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 ao contribuinte no exercício do direito de ampla defesa, haja vista que ele, claramente, era sabedor do que estava sendo acusado. Mesmo porque, nos DANFES arrolados na autuação, o autuado registrou os valores relativos ao ICMS substituição tributária devidos, efetuando o pagamento correspondente, conforme comprovantes que anexou. Ademais, a despeito de ter destacado, também, o ICMS referente à operação própria nos DANFES, não efetuou o pagamento antecipado a que estava obrigado, não apresentou os comprovantes de recolhimentos no momento da ação fiscal, e nem os acostou à peça de defesa.

Ressalto que as disposições do Convênio ICMS 110/07, que revogou o Convênio ICMS 03/99, que dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes derivados ou não de petróleo, se encontram 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 específica nos artigos 515-A a 515-H, normas incorporadas ao Regulamento do ICMS do Estado da Bahia a partir do Protocolo ICMS 17/04.

Deste modo o ICMS relativo às operações próprias aqui sob análise, e que deve ser recolhido no momento da saída, é o que está sendo exigido no Auto de Infração em lide, caso em que no cálculo do imposto deve-se tomar por base o valor da operação ou o valor estabelecido em pauta fiscal (o que for maior), aplicando-se a alíquota de 19% (17% + 2%), nas operações de saídas de AEHC. O imposto correspondente aos dois pontos percentuais adicionais, 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 do RICMS BA).

Em sua impugnação, o contribuinte alegou que o lançamento não corresponde à realidade dos fatos, argumentando que foi exigido o pagamento do ICMS referente às saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, sendo que o tributo devido a título de substituição tributária tinha sido recolhido. Assevero, entretanto, com base no quanto delineado acima, que descabe inteiramente a alegação defensiva quanto à existência de qualquer equívoco na constituição do crédito tributário, da forma como consubstanciada nos presentes autos.

Consigno que o autuado, na condição de distribuidor de combustíveis, como definido 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 autorização da Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis (COPEC), conforme previsto no art. 515-A, § 2º do RICMS BA, o que de fato não ocorreu. Assim, os documentos que acobertavam a carga transportada deveriam se fazer acompanhar dos respectivos DAEs, devidamente quitados, com os números das autenticações bancárias sendo indicados nas notas fiscais, providências não adotadas pelo contribuinte.

Apesar de o autuado ter se insurgido contra a apuração da base de cálculo do ICMS pertinente às operações próprias com base em pauta fiscal, não há qualquer óbice para a adoção desse procedimento, desde quando se encontra previsto na cláusula segunda, inciso I do Protocolo ICMS 17/04, desde que maior que o valor da operação. Assim, a apuração da base de cálculo do ICMS exigido está em conformidade com a legislação tributária em vigor no Estado da Bahia.

Observo, no entanto, que o autuante incorreu em equívoco ao calcular o valor do imposto devido, haja vista que aplicou uma alíquota de 27%, quando a correta é de 19%. Assim, sobre a quantidade total do produto (75.000 litros de AEHC), aplique o valor previsto na pauta fiscal (R\$2,00), que resulta na base de cálculo de R\$150.000,00, sobre a qual incide a alíquota de 19%, resultando no ICMS total de R\$28.500,00, concernente à operação própria.

Constatou, por outro lado, que apesar de o autuante ter sugerido um percentual correto para a multa (60%), a recomendação baseada na alínea “e” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96 não é a indicada para o presente caso, uma vez que a tipificação correta é aquela verificada em sua alínea “f”, por se tratar de “hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo”, razão pela qual, de ofício, retifico a multa aplicada.

Quanto ao pedido de exclusão das multas e juros, consigno que não pode ser apreciado em primeira instância, haja vista que a competência para tanto, no que se refere à multa, é da Câmara Superior do CONSEF, a quem o pedido pode ser encaminhado, acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos nos termos do art. 159, § 1º do RPAF/BA. No que concerne aos juros, não existe previsão a sua exclusão.

Diante do exposto, restando comprovado que o autuado não efetuou o pagamento do ICMS referente à operação própria destacado nos respectivos documentos fiscais, considero parcialmente subsistente a infração e voto pela procedência parcial do Auto de Infração.”

Às fls. 96/105 consta a súplica recursal e a afirmativa do sujeito passivo de que, embora o lançamento fiscal refira-se ao ICMS por substituição sobre o que sustentou toda a sua defesa, acrescentando ser vedado à fiscalização efetuar posterior alteração do lançamento fiscal, e que, por isso a JJF entendeu que se trata de infração pelo não recolhimento do imposto relativo à operação própria.

Afirma, assim, que se a JJF decidiu dessa forma, de que não houve a retenção do ICMS Substituição e, sim ICMS próprio, que a autuação deve ser julgada nula, passando a transcrever ementas deste CONSEF, da 3^a e 5^a JJF cujo teor das decisões é pela nulidade do auto infracional por haver discrepância entre a acusação e a descrição fática.

Prossegue alegando que, mesmo que a infração que está lhe sendo imputada fosse relativa ao ICMS próprio, que haveria equívoco, pois não houve qualquer abatimento dos créditos aos quais faz jus decorrente de mercadoria comercializada, de modo que a infração é totalmente descabida, a ensejar o refazimento do lançamento para considerar tais créditos e não como pretendeu a autuante que disse ter simplesmente considerado o valor da nota fiscal e aplicado a alíquota correspondente, o que tornaria o ICMS cumulativo, indo de contra ao que dispõe o art. 114, do RICMS-BA, requerendo o refazimento do cálculo.

Menciona que não cometeu erro na determinação da base de cálculo, pois não inclui o desconto incondicional, tendo apenas preenchido os campos das notas fiscais e os softwares deste Estado e que o próprio sistema de registro contábil do fisco baiano, notadamente o programa de emissão de nota fiscal que impede que sejam lançados descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS.

Pontua que o cálculo é também improcedente, pois foi utilizada pela autuante uma pauta fiscal fictícia, eis que a baiana está muita além da realidade de mercado de combustíveis do Brasil.

Ressalta que é fato notório que o litro do álcool etílico hidratado combustível na época era vendido a R\$ 2,00 e que isto não obstou a aplicação dessa pauta fictícia, e que o Estado da Bahia presume ser a margem do lucro presumido superior a 100% o que está fora da realidade, a tornar imprópria à pauta fiscal sobre o que transcreveu a Súmula nº 431 do STJ.

Afirma que, se entender que subsiste o débito, que seja refeito o cálculo correspondente, salientando e transcrevendo o art. 159, § 1º, II e /ou III do RPAF-BA, sobre a dispensa ou redução da multa por descumprimento de obrigação principal ao apelo da equidade.

Por fim, por tais fundamentos, requer a declaração de nulidade do Auto de Infração por ter havido prejuízo à defesa e, por cautela, a sua improcedência.

A PGE/PROFIS no Parecer exarado às fls. 117/119, se pronunciou que o julgamento deve ser não somente pela decretação de nulidade da Decisão de piso como de todos os demais atos administrativos executados com preterição do direito de defesa, ante a ausência de clareza entre a

descrição e a tipificação da infração, já que o contribuinte se defendeu apenas sobre a base de cálculo do ICMS-ST, ignorando por completo o cerne da infração descrita no Termo de Apreensão e Ocorrências e na Informação Fiscal, e que, por isso cabe a reabertura do prazo de defesa para que o PAF guarde conformidade com o devido processo legal.

Findou opinando pela decretação do decisório “*a quo*” a teor do que prescreve o art. 18, IV, do RPAF-BA, Parecer este, cuja posição foi confirmada pela procuradora assistente no Despacho de fl. 120.

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 descritos pela fiscalização.

Com efeito, essa discrepância foi também constatada pela PGE/PROFIS no Parecer exarado às fls. 117/119, 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 ter assegurado ao sujeito passivo precisão e segurança quanto ao que lhe está sendo imputado a título de ilícito tributário.

E tanto é que o recorrente, na sua impugnação não se defendeu sobre a falta de retenção nas operações próprias, mas, sim, acerca da que lhe foi imputada, qual seja, a decorrente de operação sob o regime do ICMS-ST, tendo, após a lavratura do auto infracional havido a alteração do teor da acusação fiscal.

Pelo que, acompanho a posição da Procuradoria, a qual, friso, ser cediça neste Colegiado e, em consequência, acolho a preliminar para declarar a nulidade do auto infracional.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário 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 210413.0004/10-3, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de janeiro de 2012.

RUBENS BEZERRA DE SOARES - PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA - RELATORA

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