

PROCESSO - A. I. Nº 210943.0058/09-9
RECORRENTE - GASFORTE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL -
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0381-02/10
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 05/09/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0250-11/12

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. ICMS DESTACADO. ÁLCOOL HIDRATADO. OPERAÇÃO PRÓPRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. NULIDADE. FALTA DE CLAREZA E SEGURANÇA. Comprovado prejuízo ao contribuinte no seu direito ao contraditório, tendo em vista a ocorrência de erro tanto na descrição dos fatos quanto no enquadramento da infração imputada. Acatada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **NULO**. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Por força de Recurso Voluntário interposto em face do acórdão em referência que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado 19/12/2009 por imputar a falta de retenção do ICMS Substituição nas operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação do imposto. ICMS no valor de R\$ 14.820,00, multa de 60%.

Na descrição fática e no Termo de Apreensão e Ocorrências de fl. 05 dos autos consta que se trata de falta de comprovante do ICMS das operações próprias, referente aos DANFE's 13429, 13433, 1345, 13437 e 13439, emitido por contribuinte descredenciado COPEC/SEFAZ.

A 2ª JF dirimiu a lide administrativa com base no voto condutor proferido nestes termos :

“Trata-se de Auto de Infração lavrado no trânsito da mercadoria, cuja infração foi descrita no Auto de Infração como “Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.”

Verifico que, apesar da infração conter a aludida descrição, após analisar as peças que compõem o presente PAF, 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, quitado, em sua operação própria com ÁLCOOL HIDRATADO CARBURANTE, referente DANFE constante dos autos, não possuindo o contribuinte autorização da COPEC para gozo de recolhimento no prazo normal.

Para embasar a infração foi lavrado o Termo de Apreensão, constando no campo “Descrição dos Fatos”, que foi apurada a seguinte irregularidade: “O contribuinte acima identificado não recolheu, no prazo regulamentar, o ICMS sobre a operação própria referente a venda de álcool combustível hidratado, conforme DANFEs números 13429, 13433, 1345, 13437 e 13439”.

A repetição do texto da acusação, constante nos Auto de Infração e Termo de Apreensão é oportuna 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, bem como não cabe a aplicação da Súmula 01 desse CONSEF/BA.

Quanto à alegação de que o Auto de Infração foi Lavrado por Agente de Tributos Estaduais e que essa competência lhe foi atribuída através de um provimento derivada, formalizado por meio da Lei 11.470/2009, cuja questão está sendo apreciada pelo STF, através d ADI número 3.857, cabe lembrar que, no que pertine às

alegações de inconstitucionalidade dos atos normativos ou leis estaduais, cabe consignar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167 I do RPAF/BA.

Na peça defensiva o impugnante trata de base de cálculo da substituição tributária, matéria totalmente diferente da que foi objeto da autuação.

Analizando os documentos fiscais, que embasaram a autuação, fica com clareza cristalina que o fiscal autuante efetuou o lançamento tributário de ofício do valor do ICMS calculado pelo próprio contribuinte, sendo os valores destacados nas Notas Fiscais pelo contribuinte autuado.

Os valores autuados foram os destacados nos documentos fiscais e foram indicados pelo contribuinte autuado nos DANFEs números 13429, 13433, 1345, 13437 e 13439”.

Conforme restou comprovado nos autos, em especial no Termo de Apreensão e nos aludidos DANTF'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 consta 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.

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, igualmente, que o autuante se equivocou 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 retificado o inciso indicado, não havendo nenhuma alteração de valor, uma vez que a multa foi corretamente calculada no percentual de 60%.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Em sede de Recurso, o contribuinte às fls. 79/89, inicialmente, argui a nulidade da acusação fiscal sob a alegação, em síntese, de que não há perfeita correlação entre a descrição dos fatos e a infração, e por ser o lançamento tributário ato da administração pública que deve obediência irrestrita a lei e, em especial, aos princípios da estrita legalidade e da verdade material.

E que por haver erro de fato e de direito, eis que há discrepância no AI entre os fatos relatados e os critérios jurídicos aplicados, a causar cerceamento do direito de defesa e, pois, a nulidade respectiva.

Diz que no campo “descrição dos fatos” consta que não houve o recolhimento do ICMS no prazo legal sobre operação própria referente à venda de álcool combustível hidratado, e que, no campo “infração” consta que houve a falta de retenção do ICMS nas operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, bem como pela falta de pagamento do impostos sobre operação própria, apresentando a autuação dois subitens como enquadramento e tipificação. Assim, alega que naquele, com lastro no art. 353, II, do RICMS, imputa-se a obrigação de reter o imposto nas operações de saídas internas para efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes deste Estado. E que neste – tipificação – o autuante tipificou a multa no art. 42, II, “e”, como sendo pela não retenção do imposto pelo sujeito passivo da obrigação.

Menciona que no Demonstrativo de Débito anexo ao Auto de Infração, que o valor do ICMS supostamente devido foi calculado em face da falta de recolhimento do imposto sobre operação própria, tendo o preposto fiscal não integrado no cálculo o valor do MVA que corresponde a R\$ 0,00 (zero), a demonstrar que os valores foram calculados sobre a operação própria.

Pontua que se podem extrair duas conclusões, a uma que o demonstrativo de débito guarda conformidade com a descrição fática, mas, que, contudo, não corresponde com a tipificação legal apresentada pelo autuante com dois subitens, já que o último trata de obrigação de retenção pelo contribuinte do ICMS-ST, enquanto o primeiro trata de falta de recolhimento do imposto em operação própria.

Destaca que na descrição dos fatos a autoridade fazendária não identificou claramente qual a imputação que lhe estava aplicando, pois suscitou tanto a questão da substituição tributária como da falta de recolhimento em operação própria.

Acrescenta que o demonstrativo da base de cálculo não acompanhou a imputação havendo um hiato entre o que supostamente está sendo lançado de ofício e o quanto apurado pela fiscalização.

Faz alusão ao princípio da verdade material e transcreve o art. 142 do CTN, afirmando que o Auto de Infração contraria o disposto no art. 39 do RPAF que transcreveu, a ensejar a aplicação do art. 18 da mesma norma regulamentar. Neste sentido, passa a transcrever ementas da Câmara Superior deste CONSEF.

Em seguida, invoca, em suma, a ilegitimidade da autoridade coatora, como considerou, para lavrar a autuação, visto que se tratava de agentes de tributos, que diz não ter se submetido a concurso público e que lhe falta competência para constituir créditos legitimamente, tendo, após, transcrito a regra do art. 37, II, da CF e a ementa do julgado de 27.02.2009 na ADI nº 3857 que reconheceu a inconstitucionalidade da lei no Estado do Ceará, afirmando que fica demonstrada a situação de irregularidade ante a incompetência da autoridade administrativa, sendo imprescindível a anulação do Auto de Infração.

Adiante, adentra no mérito, pontuando, em síntese que, não obstante o esmero do preposto fiscal que este incorreu em erro ao analisar os documentos fiscais, pois no lançamento de ofício encontra-se citado os DANFE's 13429, 13433, 1345, o que afirmou não existir, eis que pela lógica entende-se que a numeração é 13435, 13437 e 13439 a evidenciar a ocorrência de violação do art. 353, II “d” do RICMS-BA, e que tais notas fiscais que disse anexar confirmam a retenção do imposto em que pese sua condição de sujeito passivo por substituição, e que não há que se falar em falta de retenção vez que resta comprovado pela descrição das notas fiscais, motivo pelo qual não se aplica ao caso presente o art. 353, II, do RICMS-BA, e nem tampouco a multa imposta, uma vez que as notas fiscais comprovam que de fato houve a retenção do ICMS substituído, a espelhar a falta de solidez da infração a causar a nulidade da autuação.

Conclui requerendo a nulidade da acusação fiscal por força do disposto no art. 18, IV, do RPAF e em atendimento da Súmula nº 01 do CONSEF-BA, que superada, que seja declarada a incompetência do agente de tributo para lavrar a autuação, e que seja assim o PAF sobrestado até o julgado da ADI nº 4.233, e, no mérito, que seja reconhecido que apesar de ter-lhe sido imputado

a falta de retenção do imposto como substituto tributário, o que disse não ter ocorrido, como afirma comprovar as referidas notas fiscais que estava por coligir.

A PGE/PROFIS proferiu Parecer às fls. 111/113 destacando que constatou à sociedade que a acusação fiscal não está devidamente tipificada e nem lastreada na legislação tributária.

Considerou que no Auto de Infração e na Informação Fiscal de fls. 57/61 houve a descrição da infração como falta de retenção do ICMS- ST e não operação de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, enquanto que, na descrição fática consta que o sujeito passivo não recolheu tempestivamente o ICMS sobre operação própria referente à venda de álcool combustível hidratado à vista dos DANFES n^{os} 13429, 13433, 1345, 13435, 13437 e 13439.

Nesse sentido, mencionou, a JJF citou expressamente o art. 515-B do RICMS, do que concluiu que o fundamento da ação fiscal consistiu no ICMS referente às operações normais e não aquelas relativas ao ICMS-ST, opinando pela nulidade do Auto de Infração para restaurar as garantias do devido processo legal ante o comprometimento dos princípios constitucionais da ampla defesa e da segurança jurídica, posicionando-se pelo provimento da súplica recursal.

À fl. 114 reside o despacho exarado pela Procuradora Assistente anuindo com a posição externada no Parecer referido, pela nulidade do lançamento de ofício por lhe faltar clareza na descrição fática.

VOTO

O Auto de Infração epigrafado imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS. Do exame do PAF confirmei o acerto da posição da douta Procuradoria, pois há efetivamente vício ensejador de decretação da nulidade do lançamento de ofício, isto porque se verifica que a descrição dos fatos e documentos fiscais lastreadores da autuação. Indicam que o autuante efetuou o lançamento tributário de ofício, no valor do ICMS “normal”, próprio da operação de saída da mercadoria, entretanto, incorreu em erro ao enquadrá-lo, no campo específico, como falta de retenção do ICMS Substituição Tributária, o que pôde gerar dúvida e prejudicar o exercício da ampla defesa ante essa discrepância, como invocado pelo recorrente.

Assim é que, o autuante conquanto aplique como enquadramento o artigo 353, inciso II, do RICMS/BA, que trata de ICMS devido na condição de substituto tributário, a autuação trata de imposto devido por operação própria.

Logo, razão assiste ao sujeito passivo ao invocar também em sede recursal que no lançamento de ofício há a existência de vício insanável que o fulmina, a teor do disposto no 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 também acarreta prejuízo ao pleno exercício do contraditório, por gerar uma insegurança jurídica.

Saliento, nesta esteira, que a regra do § 1º do art. 18 do RPAF é inaplicável ao caso em discussão, porquanto tal norma apenas admite o saneamento do Auto de Infração na hipótese de incorreções, omissões ou inobservância de exigências meramente formais.

Pelo que, nesse contexto, acolho o Parecer da PGE/PROFIS para decretar a nulidade do Auto de Infração em face da incerteza nele existente que acarretou o cerceamento do amplo e constitucional direito de defesa, não sendo possível, como visto, sanear essa situação de dúvida, por força da qual não se pode determinar, com segurança, a infração porventura verificada na ação fiscal.

Voto, pois, pela decretação de NULIDADE do Auto de Infração, julgando pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário e, nos termos do art. 156 do RPAF, represento à autoridade fiscal competente para instaurar novo procedimento fiscal, no estabelecimento do autuado, isento de falha, observando-se o prazo decadencial.

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 **210943.0058/09-9**, lavrado contra **GASFORTE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS LTDA.**, devendo ser representado à autoridade fiscal competente para instaurar novo procedimento fiscal, no estabelecimento do autuado, isento de falha, observando-se o prazo decadencial.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de julho de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANÃO BARBOSA - RELATORA

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