

A. I. Nº - 222522.0001/10-8
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ WALTER DE SOUZA ANDRADE
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 11/06/2013

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0074-05/13

EMENTA: ICMS. NULIDADE. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEL. ÁLCOOL. FALTA DE RECOLHIMENTO. Desconformidade entre o enquadramento da infração (art. 353, inciso II do RICMS-BA), a penalidade aplicada e a pretensão fiscal que é de exigência de imposto sobre a operação própria, na forma do art. 515-B do RICMS-BA. A segunda instância desta CONSEF, no caso, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, conforme o Acórdão CJF Nº 0183-11/11, em decisão unânime, reverteu a decisão de Primeira Instância, que entendeu pela procedência em caso semelhante. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No Auto de Infração lavrado em 27/01/2010, foi efetuado lançamento de ICMS no valor total de R\$39.409,11 em razão da falta de retenção do ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, acrescido de multa de 60%.

A impugnante apresenta defesa à fls. 46/50, onde aduz que, houve sim, o recolhimento do tributo devido a título de substituição conforme amplamente discriminado nas NFs-e e nos Documentos de Arrecadação anexados ao processo. Que houve um erro na apuração do valor do imposto devido a título de substituição, quando da lavratura do Auto de Infração.

Aduz que o Auto de Infração ora impugnado se refere tão somente à suposta falta de retenção do ICMS Substituição devido nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária. Que, entretanto, o Fisco levou em consideração para fixar a base de cálculo do imposto o valor devido a título de ICMS Substituição, bem como o quanto devido a título de ICMS principal. Que isto posto, constatou-se a falta de retenção do tributo devido por substituição que, na realidade, não ocorreu, uma vez que o mesmo foi devidamente recolhido quando da realização das operações de saída da mercadoria, conforme demonstrado. Que não foi incluído na base de cálculo do tributo o desconto incondicional, uma vez que a impugnante simplesmente preencheu os campos das notas fiscais e o próprio *software* do Estado da Bahia gerou o cálculo.

Que o cálculo realizado pela fiscalização utilizou uma pauta fiscal fictícia, que no Estado da Bahia está muito além da realidade do mercado de combustíveis do Brasil. Que é vastamente sabido no território baiano que o litro do álcool etílico hidratado combustível nunca foi vendido pelo preço de R\$2,00. No entanto, isto nunca impediu a imposição de uma pauta fiscal totalmente desproporcional à realidade. Que tal fato, a torna um instrumento impróprio para que seja recolhido o tributo, o que demanda a revisão dos valores tidos como devidos, de forma a permitir que o débito seja calculado com base no valor da nota, e não da pauta. Transcreve julgamento do STJ sobre o tema.

Que desse modo, ainda que se entenda que o débito subsiste, requer que seja refeita a quantificação dos valores, tendo em vista a ilegalidade de uma pauta fiscal totalmente alheia à realidade do mercado e, além disso, de acordo com o art. 159, §1º, inciso II e/ou III do RPAF:

Art. 159. Poderá ser requerida à Câmara Superior do CONSEF a dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de equidade.

§ 1º O pedido de aplicação de equidade deverá fundamentar-se em qualquer das seguintes circunstâncias e ser acompanhado, se for o caso, das devidas provas, sob pena de não ser conhecido:

(...)

II - ter o sujeito passivo agido de boa-fé, diante de razoável e justificada dúvida de interpretação;

III - ter o sujeito passivo agido de boa-fé, em razão de ignorância da legislação tributária, tendo em vista o seu nível de instrução e as condições adversas do local da infração;

(...)

Que caso se entenda pela manutenção da infração, pede pela exclusão da multa e dos juros imputados, tendo em vista a sua evidente boa-fé, pois sempre procurou registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante o Estado da Bahia. Diante do exposto, requer que o Auto de Infração impugnado seja julgado improcedente.

O autuante apresentou informação fiscal à fl.71/76, aduzindo que o lançamento se fundamenta no protocolo 17/2004, art. 515-B do RICMS/BA 97. Que o impugnante não trouxe nenhuma prova material pra ação fiscal e que a liminar que determina a suspensão da exigibilidade do ICMS não impede o lançamento de ofício de acordo com decisões do STJ (transcreve trechos de acórdãos desse Tribunal). Requer ao final, a manutenção do lançamento integralmente.

VOTO

Constato que o autuante lavrou o Auto de Infração na fiscalização do trânsito de mercadoria, para lançar o imposto devido pela à falta de retenção do ICMS Substituição, nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, sendo dado como infringido o disposto no art. 353, II, do RICMS-BA, estando devidamente enquadrada nos seguintes termos, *in verbis*:

Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado.

(...)

O sujeito passivo se defendeu da infração, acostando aos autos cópias de diversos DAE - Documento de Arrecadação Estadual para comprovar que reteve e recolheu o ICMS - Substituição Tributária, além de tecer considerações sobre erros cometidos pelo autuante quanto à base de cálculo considerada, contestando a aplicação de pauta fiscal.

O autuante, ao prestar informação fiscal, passou a imputar ao sujeito passivo uma infração diferente, enquadrando-o no art. 515-B, II, além de contestar medida liminar que não se encontra acostada ao processo. Vejamos do que trata o citado artigo do RICMS/BA:

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:

(...)

È verdade que no campo destinado à descrição da infração pelo próprio autuante, ele fez referência à falta de recolhimento do ICMS normal de álcool combustível e que sendo a indicação do dispositivo regulamentar de forma equivocada não ensejaria a nulidade conforme art. 19 do RPAF:

Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

No entanto, no campo também destinado à descrição da infração pelo texto padrão do Sistema Emissor de Auto de Infração – SEAI, a infração foi descrita como sendo falta de retenção do ICMS Substituição, acompanhado do respectivo enquadramento no art. 353 do RICMS, e o impugnante apresentou sua defesa com foco na infração apontada no enquadramento e não naquela realmente cometida.

Assim, comprova-se que há absoluta falta de clareza entre o fato ocorrido e a acusação constante do Auto de Infração, em flagrante afronta ao princípio da ampla defesa, pela falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração.

A segunda instância desta CONSEF, no caso, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, conforme o Acórdão CJF Nº 0183-11/11, em decisão unânime, reverteu a decisão de Primeira Instância, que entendeu pela procedência em caso semelhante, cujo teor reproduzo integralmente abaixo, para melhor compreensão da Decisão:

“VOTO

O Auto de Infração epigrafado imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, tendo a Primeira Instância, decidido pela procedência parcial da autuação, o que gerou a irresignação do sujeito passivo, manifestada através de Recurso Voluntário, visando promover a reforma do julgado.

Do exame das peças processuais, constata-se ter o recorrente suscitado a nulidade da ação fiscal, sob o fundamento de que teve o seu direito de defesa cerceado, porquanto se exigia ICMS decorrente de falta de retenção do ICMS-Substituição Tributária nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, enquanto a Decisão se reportou ao recolhimento do ICMS supostamente devido em virtude de operação própria, sem que tal infração fosse objeto da autuação fiscal.

Asseverou que, tendo sido autuado em decorrência da ausência de recolhimento do ICMS-ST, dirigiu a sua defesa contra esse fato específico.

Ocorre que o decisório da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, após rejeitar a preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa, posicionou-se na linha de não terem pertinência os argumentos trazidos na peça defensiva, por se referirem à base de cálculo da substituição tributária, matéria totalmente distinta daquela que foi objeto da autuação - ICMS Normal.

Dúvidas inexistem de que, efetivamente, o autuado desenvolveu o seu inconformismo com foco na acusação de falta de retenção de ICMS devido por substituição tributária, não se reportando à acusação de falta de pagamento do ICMS normal, devido na saída da mercadoria, imputação sobre a qual versou a sua condenação na Decisão de piso.

Nesse contexto, entendo que se encontra configurado o prejuízo à defesa do contribuinte, mesmo que, no âmbito do Recurso Voluntário, fosse contestada a real infração, porquanto supresso estaria o julgamento sobre o tema na 1ª Instância.

Com efeito, a descrição dos fatos e documentos fiscais lastreadores da autuação indicam que o fiscal 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, fato capaz de gerar dúvida ao sujeito passivo, o qual apresentou sua defesa com foco na infração apontada no enquadramento e não naquela realmente cometida.

Válido ressaltar o aspecto de que o autuante, embora no enquadramento normativo constante do Auto de Infração, cite o artigo 353, inciso II, do RICMS/BA, que trata de ICMS devido na condição de substituto tributário, na Informação Fiscal prestada aduziu se encontrar a autuação também lastreada nos artigos 126, 515-A e 515-B, todos do RICMS/BA, os quais dispõem sobre o imposto devido por operação própria, não tendo a JJF determinado a reabertura do prazo de defesa para que o contribuinte tomasse conhecimento e se defendesse da real imputação.

Assim é que, frise-se, somente na informação fiscal ficou claro que se tratava de falta de recolhimento do ICMS normal, referente às operações próprias do contribuinte, nesse quadro circunstancial havendo nítida divergência entre a acusação (“falta de retenção do ICMS Substituição nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária”) e a descrição do fato infracional (“falta de comprovante de ICMS por Antecipação Tributária referente aos DANFes nº 20784 e 20986 (cópias anexas) emitidos por contribuinte DESCREDENCIADO COPEC/SEFAZ, correspondente a 15.000 lts de Álcool Hidratado, ilícito previsto no RICMS/BA. de acordo Decreto nº 6.284/97.”), o que torna, incontestavelmente, insegura a determinação da infração apurada, implicando no cerceamento do direito de defesa do autuado.

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, geraria 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.

Em suma, o caso concreto é de decretação da nulidade do Auto de Infração, não sendo hipótese de saneamento, em face da impossibilidade de se determinar, com segurança, a infração verificada na ação fiscal, a qual teria originado a autuação.

Destaco, finalmente, que, apesar de aparentar atraso na cobrança do imposto porventura devido, tal posicionamento, entretanto, pode representar economia futura para o Estado da Bahia, ao evitar possíveis honorários sucumbências, os quais, provavelmente, ocorreriam em uma demanda no âmbito da Justiça Estadual.

Concludentemente, voto 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.”

Também há na 2ª Instância deste CONSEF, decisão pela nulidade de julgamento de 1ª Instância em outro caso semelhante (ACÓRDÃO CJF Nº 0397-11/11), corroborando o fundamento exposto no acórdão citado, e que aqui reproduzo pequeno trecho ilustrativo:

Porém, só na informação fiscal ficou claro versar a autuação sobre a falta de recolhimento do ICMS normal, referente às operações próprias do contribuinte, nesse contexto, sem margem a dúvidas, existe uma clara divergência entre a acusação imputada ao autuado e o fato infracional na autuação.

Também neste processo, só na informação fiscal ficou plenamente esclarecido o verdadeiro teor da infração. Em conclusão, tal vício não é passível de saneamento, visto que uma vez adotado um critério jurídico, não é possível alterar o lançamento no mesmo auto de infração sob justificativa de que houve erro de descrição e enquadramento do fato concreto, não podendo o fisco rever, neste caso, o lançamento de ofício no mesmo processo.

Assim, com base no art. 18, inciso IV, do RPAF/99, considero NULO o Auto de Infração e recomendo à autoridade competente que determine a renovação da ação fiscal, a salvo de equívocos no sentido de exigir o crédito tributário a favor da Fazenda Pública.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO, o Auto de Infração nº 222522.0001/10-8 lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA**. Recomenda-se à autoridade competente que determine a renovação da ação fiscal, a salvo de equívocos no sentido de exigir o crédito tributário.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de maio de 2013.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR