

A. I. N° - 124157.0797/09-3
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALE LTDA. (PETROVALLE)
AUTUANTES - ANTONIO JOSÉ DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET 01.12.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0310-05/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. Exigência de fato jurídico diverso daquele efetivamente ocorrido implicou preterição do direito de defesa. Inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração imputada. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 23/12/09, exige ICMS no valor de R\$ 58.900,00, acrescido de multa de 60% em decorrência da falta de retenção do ICMS Substituição Tributária nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação. Consta da descrição dos fatos que a falta de comprovantes do ICMS por antecipação tributária se refere aos DANFES N°s 21445, 21394, 221396, 21068, 21038, 21037, 21026, 20793, 21158, 21022, 21152, 21509, 21501, 21514, 21515, 21510, 21486 e 21504, emitidos por contribuinte descredenciado da COPEC/SEFAZ, correspondente a 155.000 litros de álcool hidratado.

O autuado na defesa apresentada (fls. 49/51), inicialmente, repete os termos da autuação e diz que o auto de infração não merece subsistir, uma vez que não houve qualquer infração à legislação tributária. Ressalta que o relato da descrição dos fatos não corresponde à realidade, posto que fez o recolhimento do tributo devido conforme discriminado na própria nota fiscal e os documentos de arrecadação anexos. O que, de fato ocorreu, deduz, foi um erro na apuração no imposto devido por substituição.

Diz que o fisco exige uma suposta falta de retenção do ICMS substituição, mas que considerou na fixação da base de cálculo o valor devido por substituição tributária e o quanto devido à título do ICMS principal. Assim, acabou por constatar a falta de retenção de imposto, que nunca ocorreu.

Insiste que não incluiu na base de cálculo do tributo o desconto incondicional, pois, apenas preencheu os campos das notas fiscais e o próprio software do Estado da Bahia gera o cálculo.

Afirma que para verificar esse fato, basta lançar qualquer desconto incondicional no *software* de emissão da Nota Fiscal Eletrônica e se verá que o valor deste não é sequer computado pelo *software* na base de cálculo, sendo registrado em um campo à parte, justamente, para que não ocorra a diminuição da base de cálculo do ICMS e, diminuição da arrecadação tributária. Conclui que o próprio programa de emissão de nota fiscal eletrônica impede que sejam lançados descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS.

Lembra, ainda que, por acaso, se entenda pela manutenção da infração, roga a exclusão da multa e juros imputados, conforme art. 159, § 1º, II e III, RPAF, tendo em vista a evidente boa-fé do autuado.

Finaliza pela improcedência do Auto de Infração.

A Informação Fiscal é prestada, às fls. 111/114, argumentando que o autuado efetuou operações de venda interna de produtos tributados pelo ICMS, sem o recolhimento do imposto devido, estando na condição de contribuinte descredenciado junto à COPEC/SEFAZ, RICMS BA.

Diz que o texto é claro e obriga ao contribuinte sem autorização da COPEC, nas vendas internas de álcool a granel, a emissão, junto com a nota fiscal, do comprovante do pagamento do ICMS que deverá acompanhar as mercadorias, no momento da circulação, cujo valor será determinado de acordo com o art. 518-B, inciso I, supra referenciado.

Para maior clareza, sugere examinar a memória de cálculo fl. 115, tendo utilizado pauta fiscal da Instrução Normativa nº 29/2009.

Conclui a Informação reiterando que, sem a autorização competente o contribuinte não pode operar recolhendo no mês subsequente e que isso, sequer foi abordado, nas razões.

Pede a procedência do Auto de Infração.

O autuado volta a manifestar-se acerca da presente ação fiscal arguindo que transportava 155.000 litros de álcool hidratado e o fisco exige ICMS com base de cálculo de R\$ 310.000,00, resultado da aplicação da Pauta Fiscal de R\$ 2,00 (Instrução Normativa nº 29/2009). Defende que as alegações constantes da Informação Fiscal não merecem guarida, sob o argumento de que o ICMS-ST foi recolhido no momento da saída das mercadorias, conforme os DAES anexos.

Lembra que o Auto de Infração exige suposta falta de retenção de ICMS Substituição tributária e não ao ICMS próprio. Entretanto, o fisco considerou na base de cálculo o ICMS substituição tributária, bem como o valor do ICMS próprio. Utilizou o valor da pauta cheia sem a dedução do ICMS próprio. Reitera que ICMS-ST com base na diferença entre o valor constante na Pauta Fiscal (R\$2,00/litro) e o valor do ICMS próprio.

Diz que é irrazoável o argumento fiscal do seu descredenciamento, decorrente de uma previsão infralegal, arbitrária e sem respaldo jurídico; questiona acerca do princípio da não-cumulatividade do ICMS, a teor do art. 28 da Lei nº 7.014/96, entendendo que a autorização da COPEC para efetuar o recolhimento do ICMS-ST no mês seguinte inviabiliza a fruição desse princípio.

Argumenta ainda, que é ilegal a utilização como referência da Pauta Fiscal contida na IN 29/2009, na apuração da base de cálculo; que não reflete a realidade do mercado. Afirma que a autuação fiscal deve ser baseada em valores concretos e não fictícios, como é o caso da Pauta Fiscal.

Insiste que no território baiano o litro do AEHC nunca foi vendido no preço de R\$ 2,00. Reitera que tal valor é irrazoável e arbitrário; mesmo que o litro de álcool seja vendido a valores abaixo de R\$ 2,00 (o que efetivamente ocorre), o produto será tributado sempre com base na Pauta Fiscal. Aduz que o Superior Tribunal da Justiça já pacificou entendimento que é ilegal a cobrança de ICMS sob o regime de Pauta Fiscal, através da Súmula nº 431.

Conclui que não houve qualquer infração no que se refere à falta de retenção de ICMS nas operações de saída.

VOTO

O Auto de Infração lavrado após apreensão de álcool etílico hidratado carburante – AEHC realizada pelo Posto Fiscal Honorato Viana, transportado com DANFES N^{os} 21445, 21394, 221396, 21068, 21038, 21037, 21026, 20793, 21158, 21022, 21152, 21509, 21501, 21514, 21515, 21510, 21486 e 21504, emitidos por contribuinte descredenciado da COPEC/SEFAZ, correspondente a 155.000 litros de álcool hidratado, para exigir, em tais circunstâncias, o ICMS decorrente da operação própria, na forma prevista do art. 515-B, RICMS BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Materializa a autuação o Termo de Apreensão 124157.0797/09-3, fls. 05/06, lavrado em 23.12.09, cuja apreensão ocorreu diante da constatação da ausência do recolhimento próprio. O álcool apreendido ficou sob guarda e responsabilidade do transportador das mercadorias, conforme Termo de Depósito, fl.06.

Alega o autuado que não cometeu a infração; que na suposta falta de retenção do ICMS substituição, o erro foi fiscal, ao considerar na fixação da base de cálculo, o valor devido por substituição tributária e o ICMS principal; lembra que o auto de infração exige suposta falta de retenção de ICMS Substituição tributária e não o ICMS próprio e que aquele, o ICMS-ST foi recolhido no momento da saída das mercadorias, conforme os DAES anexos.

O autuante, por sua vez, se apóia nos dispositivos previstos nos art. 126 e 515-B, RICMS BA para afirmar que o contribuinte sem autorização da COPEC, nas vendas internas de álcool a granel, deve fazer acompanhar, junto com a respectiva nota fiscal, comprovante do pagamento do ICMS, cujo valor será determinado de acordo com o art. 518-B, inciso I, abaixo descrito:

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:

I - o imposto será calculado tomando-se por base o valor da operação ou o valor estabelecido em pauta fiscal, prevalecendo o que for maior;

Analisando o teor da acusação fiscal, que se refere à “*falta de retenção do ICMS substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.*”, o respectivo enquadramento, a documentação acostada aos autos, especialmente, as cópias de DANFES (documentos auxiliares de nota fiscal eletrônica), apenas aos autos, fls. 09/26, assim como os respectivos DAES, fls. 59/107, além das argumentações defensivas e o posicionamento do autuante, constato que a autuação esteja maculada por preterição do direito de defesa.

Eis que, enquanto no Auto de Infração consta de forma cristalina que o imposto lançado se refere à parcela devida pelas saídas subsequentes da mercadoria (álcool hidratado), acusação esta baseada no art. 353, inciso II, RICMS/BA; em sua Informação Fiscal, o autuante sustentou que o montante exigido se referia a outra parcela do tributo; aquela concernente à operação própria realizada pelo sujeito passivo, inclusive amparando a acusação em dispositivos regulamentares diversos, isto é, nos artigos 515-A e 515-B do RICMS/BA, fato este que implica no cerceamento do direito de defesa do contribuinte, por se tratarem de acusações totalmente diversas.

É sabido que o Direito Tributário é caracterizado pela sua formalidade, no qual os atos devem ser praticados de acordo com as formas prescritas na legislação, sob pena de sua ineficácia no mundo jurídico. Formalidade que devem guardar pertinência com a qualidade dos atos administrativos que são estritamente atos vinculados à lei, onde mister se faz lembrar que todo ato administrativo é também um ato jurídico e como tal, o lançamento tributário de ofício deve ser praticado de acordo com as formas prescritas na lei, dentre outras, a fundamentação legal do lançamento e a descrição correta da infração.

Observo, destarte, que não se trata de eventual incorreção ou de inobservância de exigências meramente formais, sendo possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, a evitar a nulidade do Auto de Infração, a teor do art. 18, § 1º, RPAF BA. No Processo Tributário a descrição do fato deve ser feita numa linguagem jurídica adequada para estabelecer a exata relação jurídico-tributária, pois a exigência tributária deve apresentar todos os elementos que caracterizam sua abrangência. No instante em que a linguagem jurídica utilizada não descreve o fato infringente com clareza, o lançamento deve ser cancelado sem a apreciação de mérito.

Não se pode falar, portanto, no presente caso, de simples descrição equivocada dos fatos, mas da exigência de fato jurídico diverso do efetivamente ocorrido e, de tal sorte, que mesmo a base de cálculo que dimensiona a materialidade do tributo foi constituída para hipótese de incidência diversa, conforme memória de cálculo, de fl. 115.

O valor da presente exação imposto é o ICMS relativo às operações com álcool etílico hidratado combustível (AEHC), que deve ser rec

Calculado, tomando-se por base o valor da operação (ou o valor estabelecido em pauta fiscal - o que for maior), incidindo a alíquota de 19% (17% + 2%), nas operações de saídas de AEHC. O recolhimento do imposto correspondente aos dois pontos percentuais adicionais supra referido, que deve 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, RICMS BA).

Desta forma, da maneira como realizada a autuação, houve ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, significando que ocorreu a hipótese prevista no art. 18, incisos II e IV, alínea “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o que determina a nulidade do lançamento de ofício, por ter sido praticado com preterição do direito de defesa, além de não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança a infração imputada.

Recomenda-se à autoridade competente a renovação dos atos, a salvo de falhas, conforme determina o art. 21 do RPAF BA.

Diante do 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 **124157.0797/09-3**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)**, recomenda-se à autoridade competente a renovação dos atos, a salvo de falhas, de acordo o art. 21, RPAF BA.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de novembro de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR