

3ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0027-13/12

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. ICMS DESTACADO OPERAÇÃO PRÓPRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. NULIDADE. Da análise dos autos, verifica-se que as infrações praticadas pelo contribuinte autuado são: 1. Falta de recolhimento do ICMS próprio, esta amparada por medida liminar; 2. Falta de retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes, na condição de responsável por substituição tributária, e 3. Falta de recolhimento do ICMS retido. Existência de discordância na acusação, criando víncio insanável, impossibilitando determinar a natureza da infração e o montante do débito tributário. Incorreções e omissões não podem ser corrigidas e suprimidas. Declaração de ofício pela nulidade do Auto de Infração. Recomendada a repetição dos atos, a salvo de falhas. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente PAF da análise do Auto de Infração que foi lavrado em 09/01/10 exigindo ICMS no valor de R\$26.272,82 acrescido de multa de 60%, em decorrência da falta de retenção do ICMS substituição na operação de saída de mercadoria sujeita à antecipação tributária.

A descrição dos fatos aponta para a “Falta de recolhimento do ICMS normal e anexação dos DAEs quitados em suas operações própria com ÁLCOOL HIDRATADO CARBURANTE referente aos DANFEs nº 22417, 22418, 22420/22422, 22424, 22425, 22427, 22335, 22388 e 22389 anexos; o contribuinte não possui autorização junto a COPEC para gozo de recolhimento no prazo normal”.

Na inicial apresentada (fls. 24/26), o autuado discorre sobre a infração e afirma não ser verdade que deixou de recolher o ICMS-ST discriminado nas NF-e e DAEs. Admite que houve erro na apuração do valor do imposto devido a título de substituição tributária, mas o Fisco levou em consideração para fixar a base de cálculo do imposto “o quanto devido a título de ICMS principal”.

Reconhecendo ter ocorrido erro na apuração do valor do imposto devido de substituição, aduz que o mesmo foi devidamente recolhido quando das operações de saída das mercadorias.

Cita que não foi “incluso na base de cálculo do tributo o desconto incondicional”, em razão de que preencheu os campos das notas fiscais e o próprio *software* do Estado da Bahia que gerou o cálculo, o que pode ser verificado, bastando lançar qualquer desconto incondicional no *software* de emissão da Nota Fiscal Eletrônica e se verá que o valor deste não é sequer computado 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 consequente perda na arrecadação tributária.

Questiona que, se o programa de emissão de Nota Fiscal eletrônica disponibilizado pelo Fisco impede que sejam lançados descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS, não seria possível ter incluído indevidamente o desconto incondicional na base de cálculo.

Requer sejam excluídos a multa e os juros imputados, em vista de ter agido com boa-fé, ao registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante o Estado da Bahia de acordo com o art. 159, §1º, II e/ou III do RPAF, e a improcedência do Auto de Infração.

A informação fiscal prestada às fls. 68/71 relata que o autuado transportava 70.000 litros de álcool carburante acobertados pelos DANFEs descritos acima, destinados a diversos contribuintes “com a devida substituição do ICMS, mas sem o recolhimento tempestivo do imposto em suas operações próprias, conforme manda o art. 515-B do RICMS/BA combinado com o Protocolo 17/04”, ocasião em que foi emitido o Termo de Apreensão 099883.0005/09-7 e lavrado o Auto de Infração correspondente.

Afirma que o artigo 515-B faz menção expressa da necessidade do recolhimento antecipado do ICMS relativo à operação própria no momento da saída de Álcool Etílico Hidratado Combustível (AEHC) fazendo-se acompanhar do DAE referente à operação, tendo em vista que o estabelecimento autuado não possui autorização do COPEC para recolhimento em prazo especial.

Transcreve os artigos 515-A, 515-B e 126 do RICMS/BA que foram indicados no enquadramento, afirmando a clareza dos ditames a serem seguidos pelos contribuintes. Realça que o artigo 515-B faz menção expressa da necessidade do recolhimento antecipado do ICMS relativo à operação própria no momento da saída de Álcool Etílico Hidratado Combustível (AEHC) fazendo-se acompanhar do DAE referente à operação, pois o estabelecimento autuado não possui autorização para recolhimento em prazo especial.

Esclarece que a base de cálculo foi constituída de acordo com os valores indicados nos DANFEs e se está a cobrar o imposto, no valor que está destacado em cada documento fiscal.

À fl. 76, verifica-se conversão do PAF em diligencia pela 4ª. JJF, com objetivo de intimar o acusado para tomar conhecimento da informação fiscal, apontar para o correto enquadramento infracional no art. 515-B do RICMS/BA e reabrir o prazo de defesa. O recorrente manifestou-se (fls. 81/85) dizendo que sua impugnação focou na infração acusada como se fosse falta de recolhimento da substituição, mas tendo sido esclarecido na informação fiscal que se trata de exigência do imposto relativo a falta de acompanhamento de DAEs da operação própria, com reabertura do prazo de defesa, passa a fazê-lo.

Relata entender que a exigência de recolher o valor “no momento da saída da mercadoria, o Fisco impede de exercer o seu direito de compensar créditos e débitos mediante a efetivação do princípio da não cumulatividade”. Segue dizendo que os créditos fiscais nas ocasiões das compras, deverão ser compensados mensalmente, pois no momento que é exigido o ICMS próprio pela saída da mercadoria, aplicando a alíquota prevista sobre o valor da operação, fica impossibilitado de obedecer ao princípio da não cumulatividade, visto que não leva em consideração os créditos fiscais relativos às aquisições da mercadoria.

Indica que o princípio é previsto nos artigos 28 e 29 da Lei nº 7.014/96 e art. 114 do RICMS/BA, e é ilegal a restrição imposta, pois agride o direito subjetivo do contribuinte assegurado no art. 155, §2º, I da Constituição Federal (CF).

Assegura ter requerido autorização para recolher o ICMS no mês seguinte ao da ocorrência do fato gerador nos termos do art. 515-B, mas o COPEC “se manteve inerte e não se manifestou acerca do pedido” causando diversos transtornos e atrasos no cumprimento de obrigações.

Foi por esse motivo, e verificando a ilegalidade e arbitrariedade da exigência de recolhimento prévio de ICMS próprio, impetrhou Mandado de Segurança com pedido de Medida Liminar com o fito de obter autorização da COPEC, para recolher o ICMS no mês seguinte ao da ocorrência do fato gerador (Processo nº 0011845-65.2010.805.0001). Referida Liminar foi obtida, concedendo ao impetrante poder recolher o imposto até o 9º dia do mês seguinte ao da ocorrência do fato gerador, asseverando que em sendo favorável à decisão final, a autuação se revelará improcedente.

Pede pela improcedência da infração, e no caso em que se entenda pela manutenção da mesma, roga pela exclusão da multa e dos juros imputados, nos termos do art. 159 do RPAF/BA, em vista de sua boa-fé ao declarar adequadamente seus débitos perante o Estado da Bahia.

Nova informação fiscal (fls. 100/105), contesta as alegações defensivas, salientando que a exigência fiscal tem respaldo no Protocolo 17/04 do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) e art. 515-B c/c o art. 126 do RICMS/BA, conforme transcrita às fls. 102/103.

E o agente fiscal aduz a respeito da aventureira Decisão Liminar determinando a imediata suspensão da exigibilidade do ICMS” que conforme Parecer PROFAZ de nº 626/01, constante do PAF nº 206986.011/00-1 e 917007-30.1 de demanda similar, “os efeitos da ação de mandado de segurança é de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mas não de seu lançamento” por entender que não há impedimento de constituir o crédito e sim de executá-lo.

A análise do PAF pela i. 4ª JJF, é desenvolvida conforme segue:

“O Auto de Infração acusa “Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações da saída de mercadorias sujeita à antecipação tributária”, tendo consignado na descrição dos fatos que o autuado cometeu a seguinte infração: “Falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar sobre operação própria referente à venda de álcool hidratado transportado conforme DANFEs 20590, 20591 e 20588. O contribuinte não possui autorização junto ao COPEC”.

Também no Termo de Apreensão e de Ocorrência, o autuante descreveu a irregularidade por ele apurada como sendo a “falta de recolhimento do ICMS normal em suas operações próprias com álcool hidratado carburante” referente aos citados DANFEs.

Assim, após intimar o autuado para tomar conhecimento da real acusação fiscal e reabrir o prazo de defesa, o contribuinte, em nova manifestação, informa que impetrhou Mandado de Segurança com pedido de Medida Liminar com o fito de obter a autorização da COPEC para recolher o ICMS devido no início do mês seguinte à ocorrência do fato gerador e não no momento de saída de suas mercadorias (Processo nº. 0011845-65.2010.805.0001), e que lhe “foi concedida a Medida Liminar no sentido de autorizá-la a recolher o ICMS devido no início do mês seguinte (até o dia 9º) à ocorrência do fato gerador e não no momento de saída de suas mercadorias”.

O autuado juntou às fls. 86/88 cópia da Medida Liminar ingressada na 4ª Vara da Fazenda Pública da Capital, cujo deferimento estabelece “concedo a liminar requerida para determinar à Autoridade apontada como Coatora que autorize a Impetrante a recolher o ICMS por ela devido no início do mês seguinte à ocorrência do fato gerador, tudo em conformidade como previsto no artigo 515-B, §§1º e 2º do RICMS”.

Pelo exposto, o teor da proteção judicial concedida como informado pelo impugnante, enseja o recolhimento do imposto ora reclamado até o nono dia do mês subsequente da ocorrência da operação. Logo, tendo o Auto de Infração sido lavrado no dia 09/01/10 o ICMS devido relativo à operação própria referente à venda de álcool hidratado consignadas nos DANFEs 22417, 22418, 22420/22422, 22424, 22425, 22427, 22335, 22388 e 22389 deveria ter sido recolhido até o dia 09/02/10, entretanto, tendo o autuado protocolado defesa em 31/03/10 (fl. 73) e manifestação acerca da diligência em 27/04/10 (fl. 80) não juntou ao processo qualquer prova de que tenha pago o imposto no prazo requerido e concedido judicialmente.

Dessa forma, restou comprovado que não foi feito o pagamento do ICMS ora exigido no prazo previsto na legislação do imposto, tendo em vista que o autuado não possui autorização do COPEC (art. 515-B c/c o art. 126 do RICMS/BA e Protocolo ICMS 17/04), nem foi comprovado ter recolhido no prazo que alegou ter sido concedido judicialmente (9º dia do mês subsequente a da operação), ficando caracterizado o cometimento da infração.

Quanto ao pedido pela exclusão da multa e juros, não pode ser acatado por falta de previsão legal, tendo em vista que o art. 158, do RPAF/99, trata somente das multas por descumprimento de obrigação acessória, que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal. Ressalto que o pedido defensivo com base no art. 159 do citado diploma legal, não pode ser apreciado pela Junta de Julgamento Fiscal, uma vez que a competência é da Câmara Superior do CONSEF.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

O Recurso Voluntário apresentado pela recorrente e acostado às fls. 121 a 125 versa sobre os mesmos aspectos apreciados na impugnação inicial, não tendo sido apresentados fatos novos ou aspectos que divirjam da anterior manifestação.

Reproduz os arts. 28 e 29 da Lei Estadual do ICMS, bem como o art. 114 do RICMS-BA enfatizando a não-cumulatividade do ICMS, entendendo serem ilegais e arbitrárias as exigências do pagamento prévio do ICMS próprio. Citam que frente à inércia do COPEC em manifestar-se acerca da solicitação de prazo especial para recolhimento do imposto incidente sobre os produtos objetos desta autuação, restou-lhe recorrer à Justiça, obtendo Liminar de Mandado de Segurança para recolhimento do imposto de que trata a presente, nos dias 09 dos meses seguintes às operações de saídas.

Transcreve o §1º, II e III do art. 159 do RPAF/99 para que de conformidade a esses mandamentos, caso se entenda a manutenção da infração, roga pela exclusão da multa e dos juros imputados, tendo em vista sua boa-fé.

Requer a Improcedência do lançamento de ofício.

Manifestando-se acerca dos autos, a PGE/PROFIS em opinativo da lavra da i.Procuradora Dra. Maria Helena Cruz Bulcão (fls. 134/135/136), a mesma destaca a divergência havida entre a descrição da infração e a descrição dos fatos, tendo resultado em diligência dada a conhecer à parte dentro do período legal de 30 dias para manifestações desejadas.

Transcreve a i.Procuradora o art. 515-B, I, II, III §2º e art. 126, inciso IV do RICMS/BA, citando restar prevista a exigência do imposto na situação em comento, por antecipação.

Comenta ainda, possível adoção da pauta fiscal consoante permissão legal disposta no inciso I do art. 515-B, bem como resta a previsibilidade da apuração da base de cálculo nas operações internas com o AEHC com valores estabelecidos na IN 34/2007, com lastro no Protocolo ICMS 17/2004.

Finaliza seu Parecer apontando que pedido de exclusão de multas ao apelo da equidade deverá ser dirigido à Câmara Superior do CONSEF, atendidos os pressupostos no art. 159 do RPAF/99.

Salienta que os argumentos do recorrente não são suficientes para modificar a Decisão recorrida, opinando pelo conhecimento e Improvimento do Recurso voluntário interposto.

VOTO

Ao início, uso discordar da Decisão recorrida, porque vislumbro nulidade flagrante que suscito de ofício, por vício insanável, conforme descrevo.

No presente Auto de Infração existe uma discordância na acusação, entre a descrição dos fatos, o Termo de Apreensão e Ocorrências (TAO), e a infração imputada.

Na descrição dos fatos consta: "Falta de recolhimento do ICMS normal e anexação dos DAEs quitados em suas operações própria com ÁLCOOL HIDRATADO CARBURANTE referente aos DANFEs nº 22417, 22418, 22420/22422, 22424, 22425, 22427, 22335, 22388 e 22389 anexos. O contribuinte não possui autorização junto a COPEC para gozo de recolhimento no prazo normal".

No campo "infração" do AI, está dito: "falta de retenção do ICMS substituição na operação de saída de mercadoria sujeita à antecipação tributária".

Desde o início, esta confusão levou o contribuinte autuado a afirmar em sua defesa não ser verdade a acusação de que deixou de recolher o ICMS-ST discriminado na NFe e DAE, e admitir que houve erro na apuração do valor do imposto devido a título de substituição tributária, mas que o Fisco levou em consideração para fixar a base de cálculo do imposto "o quanto devido a título de ICMS principal", e que, mesmo ocorrendo este erro na apuração do valor do imposto devido de substituição, o mesmo foi devidamente recolhido quando das operações de saída das mercadorias.

Apenas na informação fiscal prestada pelo autuante, se tentou "consertar" a acusação, dizendo que o autuado transportava 70.000 litros de álcool carburante acobertados pelos DANFEs relacionados, destinados a diversos contribuintes "com a devida substituição do ICMS, mas sem o recolhimento tempestivo do imposto em suas operações próprias, conforme manda o art. 515-B do RICMS/BA combinado com o Protocolo 17/04", tendo emitido o Termo de Apreensão 099883.0005/09-7 e lavrado o Auto de Infração correspondente.

Assegurou o autuante que a legislação tributária é clara quando enuncia os ditames a serem seguidos pelos contribuintes, e o artigo 515-B faz menção expressa da necessidade do recolhimento antecipado do ICMS relativo à operação própria, no momento da saída de Álcool Etílico Hidratado Combustível (AEHC), fazendo-se acompanhar do DAE referente à operação, tendo em vista que o estabelecimento autuado não possui autorização do COPEC para recolhimento em prazo especial.

Em resumo, está sendo exigido o pagamento antecipado do ICMS próprio, sendo que o contribuinte possui liminar concedida em Mandado de Segurança para recolher o ICMS no mês seguinte ao da ocorrência do fato gerador e não no momento da saída de suas mercadorias (Processo nº 0011845-65.2010.805.0001).

Mas não é isso que se vê ao analisar os documentos fiscais (DANFEs) apensados ao processo. Cito como exemplo a NFe n.º 22417, fl. 7; Consta que 10.000 litros de AEHC foram vendidos para Rodrigues Torres Com de Deriv Petro Ltda, pelo valor unitário de R\$1,9754, o que resulta no montante da operação de R\$19.754,00, utilizada como base de cálculo do ICMS próprio. Considerando que a base de cálculo para o ICMS por substituição tributária, para este produto em questão, é fixada em pauta fiscal em R\$2,00, foi apurado o ICMS-ST de R\$46,74. O total da operação seria então R\$19.800,74.

Ocorre que o autuado concede desconto incondicional ao seu cliente no valor de R\$4.400,00, o que reduz o valor da nota fiscal para R\$15.400,74.

O art. 54, inciso II, que faz parte do Capítulo IX, do RICMS/97, que trata da Base de Cálculo do ICMS, preconiza que serão deduzidos da base de cálculo os descontos constantes no documento fiscal, desde que não concedidos sob condição, assim entendidos os que estiverem sujeitos a eventos futuros e incertos.

Assim, a base de cálculo do ICMS próprio para a NFe 22417, abatido o desconto incondicional será de R\$15.354,00 e o imposto a ser recolhido de R\$2.917,26.

O ICMS devido por substituição tributária (aquele cuja ocorrência se dará na saída do produto do posto revendedor de combustíveis ao consumidor final), será decorrente da aplicação da alíquota de 19% (art. 51-A, I, do RICMS), sobre 10.000 litros valorados a R\$2,00 pela pauta fiscal, resultando em R\$20.000,00, que, abatido do ICMS próprio acima indicado de R\$2.917,26, resulta no ICMS-ST a ser retido e recolhido pelo contribuinte autuado de R\$882,74. Como se vê no DANFE, o ICMS retido por substituição tributária foi de apenas R\$46,74.

Portanto, as infrações praticadas pelo contribuinte autuado, em relação a esta NFe, são:

1. Falta de recolhimento do ICMS próprio no valor de R\$2.917,26, esta amparada por medida liminar;
2. Falta de retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes, na condição de responsável por substituição tributária, no valor de R\$836,00, e
3. Falta de recolhimento do ICMS retido no valor de R\$46,74 (ao menos não foram trazidos aos autos as provas do recolhimento).

Assim, por não ser possível determinar a natureza da infração e o montante do débito tributário, na forma em que o auto de infração foi lavrado, e como estas incorreções e omissões não podem ser corrigidas e suprimidas, e lastrado no art. 18, IV, "a", e § 1º, do RPAF/99, considero PREJUDICADO o Recurso apresentado e voto pela NULIDADE de ofício do Auto de Infração, recomendando a repetição dos atos, a salvo de falhas (art. 21, do mesmo Regulamento).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar PREJUDICADO o Recurso Voluntário apresentado, e, de ofício, declarar NULO o Auto de Infração nº 099883.0031/09-8, lavrado contra PETRÓLEO DO VALLE

*GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)*

LTDA. (PETROVALLE). Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal a salvo das falhas apresentadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de outubro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR - RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR DA PGE/PROFIS