

PROCESSO - A. I. Nº 210413.0001/10-4
RECORRENTE - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JF nº 0036-04/12
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 26.11.2012

3ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0033-13/12

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 vício 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 de apreciação do Auto de Infração lavrado em 04/01/2010, exigindo o ICMS no valor de R\$ 64.152,00, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, 'e' da Lei nº 7.014/96, sob a acusação de falta de recolhimento do imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações de saídas de mercadorias sujeitas à substituição por antecipação tributária (álcool hidratado carburante).

Em sua impugnação, o autuado contradiz a autuação, afirmando não ter havido infração à legislação tributária, que a acusação é falsa, pois tal recolhimento foi efetuado, conforme documentos anexados.

Diz que a seu ver houve um erro na apuração do imposto devido por substituição, pois o fisco levou em conta, para fixar a base de cálculo, o tributo devido nas operações próprias e por substituição tributária.

Ressalta seu acerto ao determinar a base de cálculo, pois não incluiu na mesma o desconto incondicional, já que simplesmente preencheu os campos do programa fornecido pelo Estado da Bahia para emitir o documento eletrônico.

Assevera que para verificar essa situação, basta lançar qualquer desconto incondicional no *software* de emissão da nota fiscal eletrônica, onde se verificará 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 tributação do ICMS, e conseqüente redução da arrecadação tributária.

Com fundamento no art. 159 do RPAF/BA, pede a exclusão da multa e dos “*juros imputados*”. Finaliza pleiteando a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal às fls. 95 a 98 são rebatidas as argumentações defensivas, e afirmado que o contribuinte não possui autorização da COPEC para recolher o ICMS das operações próprias no dia 15 do mês subsequente. O agente fiscal informa que a exigência do tributo, não recai sobre o

imposto retido, que o autuado disse ter recolhido, mas sobre o de operações próprias. Aduz que elaborou a base de cálculo a partir dos dados constantes dos documentos auxiliares de notas fiscais eletrônicas (DANFES).

A 4ª JF decidiu converter o processo em diligência à INFAZ de origem, para que fossem adotadas as seguintes providências (fl. 115):

1. Intimar o sujeito passivo para tomar conhecimento da informação fiscal, com o enquadramento no art. 515-B do RICMS/BA (operação própria de AEHC), mediante comprovante de entrega a ser acostado ao processo.
2. Comunicar a reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias.

Às fls. 121 a 124, em manifestação o autuado pondera que o fisco, ao exigir o recolhimento do ICMS próprio, obsta o seu direito de compensar créditos, situação que afronta o princípio da não cumulatividade (art. 155, parágrafo 2º, I, CF/88). E que tanto o ICMS próprio da usina / refinaria, como parte do ICMS devido por si, que são recolhidos no momento da compra da mercadoria perante a usina / refinaria, devem ser utilizados, compensados quando do recolhimento, o que faz através de encontro de contas em sua escrita.

Indica o art. 114 do RICMS/BA, asseverando a impossibilidade de obedecer ao sobredito princípio constitucional, desde que no valor da nota fiscal não são considerados os créditos que já dispõe e aqueles que serão compensados no final do mês, mas tão somente o “*preço cheio*” do produto, sem qualquer desconto a título de não cumulatividade.

Aduz ter requerido administrativamente, a faculdade de recolher o tributo no mês seguinte ao da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 515-B, RICMS/BA. Como a COPEC se manteve inerte e não se manifestou acerca do pleito, restou impetrar mandado de segurança com pedido de liminar, a qual foi concedida.

Reitera o pleito de exclusão da multa e dos “*juros imputados*”. Subsidiariamente, requer o abatimento de créditos relativos a valores já recolhidos e conclui solicitando a improcedência do Auto de Infração.

Em nova informação fiscal às fls. 133 a 136, é esclarecido que os trabalhos de fiscalização foram efetuados com base no Protocolo ICMS 17/2004 e no art. 515-B do RICMS/97. Comenta o i. agente, que com relação ao Mandado de Segurança em comento, de acordo com o Parecer PROFAZ 626/2001, o mesmo não veda a constituição do crédito, mas à sua execução (menciona também, com transcrições, jurisprudência do STJ e outro Parecer, constante do processo administrativo fiscal 917007301, de 29 de janeiro de 2003).

O relatório expedido pela i. 4ª. JF, diz que apesar da aparente discrepância entre a acusação inicial relativa ao imposto por antecipação tributária, e a informação fiscal, que se referiu àquele sobre operações próprias, o presente PAF está revestido das formalidades legais, já que restam determinados o sujeito passivo, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, que se encontra fundamentada na legislação vigente, assim como nos documentos que fundamentam o ato administrativo.

Para salvaguardar os princípios encartados no art. 2º do RPAF/99, foi gerada diligência e reaberto o prazo de defesa de 30 (trinta) dias, informando ao autuado a natureza específica do lançamento. seja, que a exigência recai sobre o tributo devido nas operações próprias, e não sobre aquele concernente à substituição tributária por antecipação.

Informam que o refazimento da quantificação dos valores, em função do fato da não concordância com a pauta fiscal, em verdade é um pleito de diligência, e não pode ser acatado.

Os autos encontram-se devidamente instruídos e não são vislumbradas omissões, obscuridades ou contradições que ensejem a necessidade de qualquer esclarecimento técnico. Com referência à base de cálculo e à pauta fiscal, de acordo com o que adiante será exposto e fundamentado, também não configuram motivos para revisão fiscal.

Com relação ao Mandado de Segurança, informam i. julgadores que nada relativo ao mesmo foi juntado ao processo, não podendo desta forma ser exarada qualquer decisão com fundamento em simples alegações, destituídas de base documental.

Adentrando ao mérito, assim explicitam:

“No mérito, entendo que a apuração da base de cálculo do ICMS pertinente às operações internas com AEHC com fundamento em pauta fiscal é prevista na cláusula 2ª, I do Protocolo ICMS 17/2004, cujo valor é estabelecido na IN 34/2007.

Cláusula segunda O estabelecimento industrial ou comercial que promover saída interna ou interestadual de AEHC ou de álcool para fins não-combustíveis, antes de iniciada a remessa, efetuará o recolhimento do imposto destacado na Nota Fiscal relativa à operação de saída, observando-se:

I - o imposto a ser recolhido antecipadamente será calculado tomando-se por base o valor da operação ou o valor de referência estabelecido na legislação estadual, prevalecendo o que for maior, aplicando-se a alíquota vigente para as operações internas ou interestaduais, conforme o caso;

II - o recolhimento do imposto será realizado mediante documento de arrecadação específico, devendo o mencionado documento, devidamente quitado, acompanhar a mercadoria; (...).

Portanto, a base de tributação do imposto exigido está em conformidade com a legislação em vigor no Estado da Bahia, não havendo qualquer ilegalidade.

Inclusive, é importante ressaltar que os valores unitários foram tomados dos documentos fiscais, em quantias menores do que as estabelecidas em pauta, favorecendo o contribuinte. Além do mais, conforme disposto no art. 167, I do RPAF/BA, não está incluída na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual.

O contribuinte também não juntou aos autos comprovantes de recolhimento no mês subsequente à ocorrência do fato gerador. A defesa é de março de 2010 e o mês posterior ao fato é de fevereiro de 2010.

A questão levantada pelo autuado, de que não errou ao determinar a base de cálculo, pois não incluiu na mesma o desconto incondicional, não está em discussão neste processo, pois não foi objeto da infração, motivo pelo qual não merece ser apreciada.

De acordo com o art. 515-B do RICMS/97, 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.

Compulsando-se os documentos dos autos, verifico que, de fato, o supracitado comando regulamentar não foi obedecido, na medida em que o imposto referente às operações próprias destacado nos documentos fiscais não foi pago.

Não se pode cogitar a pretendida compensação com valores já pagos (abatimento de créditos relativos a quantias antes recolhidas), pois o Auto de Infração é de “trânsito de mercadorias”, versa sobre operações pontuais (fls. 06 e 07) e não há provas no processo de que o autuado possui autorização administrativa ou judicial para recolhimento posterior.

O tributo devido por substituição não se exige no presente lançamento. Não há erro na determinação da base de cálculo, como argumentou o impugnante, já que a quantia lançada no Auto de Infração é tão somente aquela registrada nos campos “Valor do ICMS” dos DANFES.

O pedido de exclusão de multa e acréscimos legais não pode ser conhecido nem deliberado por este órgão julgador, por falta de atribuição legal para tanto.

Infração caracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

O Recurso Voluntário apresentado pela recorrente e acostado às fls. 155 a 160 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 os §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. 169/170 e 171), 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 os art. 515-B, I, II, III §2º e 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

Peço vênia para discordar da decisão recorrida, porque vislumbrei uma nulidade flagrante no auto de infração, por vício insanável, que suscito de ofício. Vejamos:

Inicialmente, existe uma discordância na acusação, entre a descrição dos fatos, presente no Auto de Infração (AI), no Termo de Apreensão e Ocorrências (TAO), e na 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".

Esta imprecisão 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 salvar 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.

Tradução: 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 22115, fl. 7: Consta que 5.000 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\$9.877,00, 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\$23,37.

O total da operação seria então R\$9.877,00. Ocorre que o autuado concede desconto incondicional ao seu cliente no valor de R\$2.200,00, o que reduz o valor da nota fiscal para R\$7.700,37.

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 22115, abatido o desconto incondicional será de R\$7.677,00 e o imposto a ser recolhido de R\$1.458,63.

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 5.000 litros valorados a R\$2,00 pela pauta fiscal, resultando em R\$10.000,00, que, abatido o ICMS próprio, acima indicado de R\$1.458,63, resulta no ICMS-ST a ser retido e recolhido pelo contribuinte autuado de R\$441,37. Como se vê no DANFE, o ICMS retido por substituição tributária foi de apenas R\$23,37.

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

1. Falta de recolhimento do ICMS próprio no valor de R\$1.458,63, (está amparado 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\$441,37, e
3. Falta de recolhimento do ICMS retido no valor de R\$23,37 (comprovante do recolhimento não foi trazido aos autos).

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, 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 **210413.0001/10-4**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)**, recomendando a repetição dos atos a salvo de falhas (art. 21 do RPAF/99).

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de outubro de 2012.

FERNANDO ANTONIO.BRITO DE ARAUJO – PRESIDENTE

OSWALDO IGNACIO AMADOR - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR PGE/PROFIS