

PROCESSO - A. I. N° 099883.0035/11-5
RECORRENTE - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JFJ nº 0067-03/12
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 08.01.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0116-13/12

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. INCERTEZA E INSEGURANÇA DO LANÇAMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. Imputação diverge da matéria fática. Autuação equivocada. Impossibilidade de prosseguimento do feito. Decretada, de ofício, a nulidade do Auto de Infração. Considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de apreciar o Recurso Voluntário à Decisão exarada acerca do Auto de Infração em lide, lavrado em 15/9/11, acusando falta de recolhimento do imposto [ICMS] devido pela operação própria, relativamente *a operações de saídas de álcool hidratado carburante – DANFES nºs 22326, 22315, 22316, 22317, 22320, 22321, 22323, 21906, 22332, 22314, 22361, 22360, 22356, 22415 e 22423 –*, não tendo o contribuinte autorização da COPEC para gozo de recolhimento no prazo normal. Imposto lançado: R\$ 74.670,12. Multa: 60%.

A defesa às fls. 32/37 destaca que a infração descrita se refere à falta de recolhimento do imposto devido pela operação própria, porém não houve infração à legislação tributária, restando observar que de acordo com o fisco a irregularidade consiste no fato de que o pagamento do tributo deveria ter sido feito antes da saída da mercadoria, por não ter a empresa autorização da COPEC para pagamento do tributo em outro prazo.

Argumenta que a exigência é desarrazoada, porque impede a empresa de exercer o seu direito de compensar créditos e débitos mediante a efetivação do critério da não-cumulatividade. E que desta forma, por esse critério, todo o ICMS incidente nas etapas anteriores deve ser utilizado como crédito no momento da apuração do imposto devido pela empresa, mediante o encontro de débitos e créditos do imposto, mês a mês; como o fisco exige que o ICMS próprio da empresa seja recolhido quando da saída da mercadoria, aplicando-se a alíquota sobre o preço constante na Nota Fiscal, é impossível obedecer ao critério da não-cumulatividade, uma vez que o valor constante na Nota Fiscal não leva em consideração os créditos dos quais a empresa dispõe para compensação no final do mês, mas tão-somente o preço “cheio” da mercadoria, sem qualquer desconto em função da não-cumulatividade.

Indica o art. 155, II, e § 2º, I, da Constituição, nos arts. 28 e 29 da lei do ICMS e no art. 114 do regulamento, e considera frente à legislação que dispõe sobre a não-cumulatividade do tributo, se revestir de ilegalidade a restrição imposta pelo fisco no que se refere ao recolhimento prévio.

Presente aos autos, a i. JFJ relata a infração acusada, e aponta as DANFES nºs 22326, 22315, 22316, 22317, 22320, 22321, 22323, 21906, 22332, 22314, 22361, 22360, 22356, 22415 e 22423, que diretamente relacionam-se a falta de recolhimento do imposto [ICMS] devido pela operação própria nas saídas de álcool hidratado carburante.

Destaca que o sujeito passivo impetrou Mandado de Segurança – Processo nº 0108869-59.2011.805.0001, obtendo Liminar no sentido de que sua empresa fosse excluída do Regime

Especial de Fiscalização e Pagamento referente ao ICMS, autorizando-a a recolher o imposto até o dia 9º do mês subsequente às operações.

Aponta então os julgadores que de acordo com o art. 117 do RPAF/99, e com a redação dada pelo Decreto nº 8.001/01, a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao direito de defender-se na esfera administrativa, ou a desistência da impugnação ou do Recurso interposto.

Face ao art. 122, IV, do RPAF/99, concluem restar extinto o presente processo administrativo, de modo que o CONSEF deve abster-se de julgar, encaminhando-se os autos à PGE/PROFIS para as providências decorrentes, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, aguardando a Decisão final do Judiciário.

Julgam pelo Não Conhecimento da defesa, por se encontrar prejudicada, ficando extinto o presente processo administrativo.

O recorrente apresenta Recurso Voluntário às fls. 70/75, iniciando por sintetizar a demanda, que consistiu na exigência do pagamento do ICMS no momento das saídas, o que impediria o direito de compensar o imposto com os créditos anteriores havidos. Alude o recorrente a agressão ao princípio da não-cumulatividade (CF, art. 155, § 2º, inciso I).

Atendendo ao Fisco, nos termos do art. 515-B do RICMS/BA, requereu autorização para pagamento do imposto no mês seguinte ao das operações. Porém o COPEC manteve-se inerte a esse respeito, o que a levou a impetrar Mandado de Segurança, tendo obtido a concessão da mesma, para pagamento do ICMS até o dia 09 dos meses seguintes aos das operações realizadas.

Alude que o Acórdão ora recorrido julga pela extinção do PAF para futura cobrança pela PGE/PROFIS, contraria *in totum* a matéria contida no Mandado de Segurança, o que não poderia ensejar a aplicação dos arts. 117 e 122 IV do RPAF/99.

Entende o recorrente que obtida Liminar em Mandado de Segurança, ensejaria a faculdade de no máximo a anulação do Auto de Infração e não como foi, a extinção do processo por entender prejudicada a defesa.

Alega em seu Recurso que o que ensejou a presente acusação foi a situação irregular reconhecida pelo Poder Judiciário, não podendo, portanto, o ato subsistir. Comenta que a Liminar apenas ratifica ser cabível a impugnação, não podendo ensejar a presunção da desistência. Realça que o art. 122, IV do RPAF/99 prevê a extinção do PAF nas situações nas quais haja ingresso em juízo do sujeito passivo relativamente à matéria objeto da lide, não visto no presente caso.

Conclui o recorrente requerendo em seu pedido pelo conhecimento do presente Recurso e seu provimento de forma a reformar a Decisão, tendo em vista a não desistência ou renúncia por parte da mesma, de maneira que seja julgado improcedente o Auto de Infração em comento.

O opinativo da PGE/PROFIS analisando o indicado Mandado de Segurança, frente ao objeto e texto consignados no mesmo, cita ocorrer o esgotamento da instância administrativa, de conformidade ao art. 117 do RPAF/99, o qual transcreve.

Realça a i.Procuradora que a lavratura do Auto de Infração é perfeitamente cabível, mesmo que com exigibilidade suspensa, pois teria a faculdade de evitar os efeitos da decadência, possibilitando futura exigibilidade do crédito no caso da ação mandamental ser julgada improcedente. E que o mesmo cuidado se presta na aplicação de multa e acréscimos moratórios. Comenta que frente à precariedade dos provimentos cautelares, por si só conduzem à conclusão que a concessão de medida liminar não afasta posterior cobrança de penalidades moratórias, no caso de não ser confirmada a Decisão liminar no julgamento final do mérito da demanda judicial.

Destaca que durante a vigência da liminar, o contribuinte amparado por norma concreta e individual, deverá ter a oportunidade de quitar o débito sem a imposição de penalidades moratórias, - caso o provimento definitivo seja oposto ao sentido da liminar concedida-(sic).

Transcreve entendimento do STJ, MP 2027/2000.IN/SRF 89/00 realçando “*A parte que o requer fica sujeita à sua cassação, devendo arcar com os consectários decorrentes do atraso ocasionado pelo deferimento da medida*”, “*....cabendo ao Fisco a cobrança do crédito tributário na sua integralidade, inclusive quanto aos encargos decorrentes de mora*”.

Na mesma linha, cita o Acórdão CJF nº 0172-12/06 deste CONSEF.

Emite Parecer entendendo que o Recurso Voluntário tem seu conhecimento prejudicado, e nos termos do art. 117 do RPAF/99, opina pelo Não Conhecimento do mesmo.

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 22326, 22315, 22316, 22317, 22320, 22321, 22323, 21906, 22332, 22314, 22361, 22360, 22356, 22415 e 22423, 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.

A informação fiscal dizendo que o autuado transportava 140.000 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 22326, fl. 6/7: 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 no exemplo citado, foi então de 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 22326, 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 para considerar PREJUDICADA a análise do Recurso Voluntário decretando a NULIDADE do Auto de Infração e 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 **099883.0035/11-5**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)**. Recomenda-se a repetição dos atos a salvo de falhas (art. 21 do RPAF/99).

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de dezembro de 2012.

FERNANDO ANTONIO.BRITO DE ARAUJO – PRESIDENTE

OSWALDO IGNACIO AMADOR - RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS