

PROCESSO - A. I. Nº 232278.0002/10-6
RECORRENTE - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0296-04/11
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 26.12.2012

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0080-13/12

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-se de Recurso Voluntário contra Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (4ª JJF) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/01/2010, para exigir ICMS no valor de R\$ 58.311,00, acrescido da multa de 60%, sob a acusação de falta de “*Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária*”.

No campo descrição dos fatos consta: “*Falta de recolhimento do ICMS nas operações próprias, conforme DANFEs ns. 22691, 22687, 22694, 22690, 22692, 22730, 22693, 22662, 22702, 22661, 22676, 22673, 22703, 22678, 22775, 22777, 22731, 22780, 22820, 22821, 22709 e 22714. Sem autorização da COPEC*

Na defesa, o autuado sustentou que o lançamento do ICMS devido por substituição tributária não procede, uma vez que o imposto devido a esse título foi recolhido. Ressaltou que não houve qualquer erro na apuração da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, e que o cálculo foi efetuado por *software* do próprio Estado da Bahia, o qual impede o lançamento de descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS. Requereu a improcedência da autuação.

O autuante prestou a informação fiscal, tendo naquela oportunidade explicado que o produto apreendido fora despachado com a devida substituição tributária, mas sem o recolhimento tempestivo do imposto referente às operações próprias, conforme determinava o disposto no artigo 515-B do RICMS-BA, combinado com o Protocolo 17/04. Após transcrever dispositivos regulamentares, reiterou que no lançamento de ofício exige-se o pagamento do ICMS referente às operações normais, e não o devido por substituição tributária.

Após apreciação em pauta suplementar, o processo foi convertido em diligência para que o sujeito passivo fosse intimado para tomar conhecimento da informação fiscal, com o enquadramento no art. 515-B do RICMS/BA (operação própria de AEHC), bem como fosse reaberto o prazo de defesa em trinta dias.

Devidamente intimado, o autuado apresentou nova defesa e, inicialmente, suscitou a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que desconhecia qual a alíquota que fora aplicada na apuração do imposto lançado de ofício. No mérito, questionou a exigência do recolhimento do ICMS no momento da saída da mercadoria, argumentando que, assim, ficava impedido de compensar créditos e débitos, infringindo o princípio da não cumulatividade do ICMS.

Disse que requereu administrativamente o direito de recolher o tributo no mês seguinte ao da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 515-B, do RICMS-BA, porém a COPEC (Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis) não se manifestou acerca do seu pleito. Dessa forma, impetrou mandado de segurança com pedido de liminar, com o fim de obter a autorização junto ao mencionado órgão desta Secretaria, tendo concedida a liminar.

Ao finalizar, reiterou o pedido de exclusão da multa e dos juros, bem como o abatimento de créditos relativos a valores já recolhidos. Pede pela improcedência do Auto de Infração.

Em nova informação fiscal, o autuante explicou que a ação fiscal foi realizada com base no Prot. ICMS 17/2004 e no art. 515-B do RICMS-BA. Frisou que o mandado de segurança não constitui óbice à constituição do crédito, mas à sua execução. Manteve os termos da autuação.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0296-04/11, o Auto de Infração foi julgado procedente, tendo o ilustre relator afastado a preliminar de nulidade, sob o argumento de que o processo estava revestido das formalidades legais e que a aparente discrepância entre a acusação inicial e a informação fiscal fora sanada mediante a notificação do autuado sobre a informação fiscal com a reabertura do prazo de defesa. Frisou o relator que no campo “*Descrição dos Fatos*” (fl. 1) havia expressa referência ao “*ICMS na operação própria*”.

No mérito, o Auto de Infração foi julgado procedente, sob o argumento de que nos termos do artigo 515-B, do RICMS-BA, o ICMS relativo à operação própria nas saídas internas ou interestaduais de AEHC ou de álcool não destinado ao uso automotivo, transportado a granel, será recolhido quando da saída das mercadorias, porém, compulsando os autos, verificava que esse comando regulamentar não fora obedecido pelo autuado.

Inconformado com a Decisão proferida pela 4ª JJF, o autuado apresenta Recurso Voluntário, fls. 159 a 164, no qual afirma que o Auto de Infração não merece prosperar, pois não houve qualquer inobservância da legislação tributária por sua parte, conforme diz que será demonstrado.

Explica que em razão do princípio da não cumulatividade, todo o ICMS incidente nas etapas anteriores deve ser utilizado como crédito no momento da apuração do imposto devido pelo recorrente. Diz que, para a utilização do crédito de ICMS, é necessário que proceda ao encontro de contas entre os débitos e os créditos, o que é feito mensalmente em seus livros fiscais. Frisa que, como lhe está sendo exigido o pagamento do imposto no momento da saída da mercadoria, não pode obedecer ao princípio da não cumulatividade, pois o valor constante na nota fiscal não leva em consideração os créditos de ICMS que dispõe. Destaca que, como a própria legislação estadual dispõe sobre a não cumulatividade, é ilegal a restrição que o Fisco lhe impõe ao exigir o recolhimento prévio do ICMS. Para embasar seu argumento, transcreve o disposto nos artigos 28 e 29, da Lei nº 7.014/96, e 114, do RICMS-BA.

Assevera que, mesmo entendendo ser absurda a exigência imposta pelo Fisco, requereu administrativamente à COPEC a autorização para recolher o ICMS no mês subsequente à ocorrência do fato gerador, conforme previsto no artigo 515-B do RICMS-BA. Ressalta que, como a COPEC não se pronunciou sobre o seu pedido, esse fato vem causando transtornos e atrasos no cumprimento de suas obrigações avençadas com os seus clientes.

Menciona que impetrou mandado de segurança com o pedido de medida liminar visando obter a autorização da COPEC para recolher o ICMS devido no início do mês seguinte ao da ocorrência do fato gerador, tendo sido a liminar concedida. Diz que, diante da ilegalidade da restrição imposta pelo Fisco, confirmada pela liminar concedida, a presente autuação se mostra improcedente.

Após transcrever o disposto no art. 159, §1º, II e III, do RPAF/99, o recorrente solicita que, caso a autuação venha a ser mantida, a multa e os juros sejam excluídos, tendo em vista a sua boa-fé, que sempre procurou registrar e declarar os seus débitos. Solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Ao exarar o Parecer de fls. 175 e 176, o ilustre representante da PGE/PROFIS, preambularmente, esclarece que a acusação não se refere a não recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, mas sim de não recolhimento de imposto próprio do autuado, conforme foi explicitado na informação fiscal.

Diz que não há como prosperar a tese recursal, uma vez que conduzida para um suposto não recolhimento de ICMS-ST, quando a infração em comento trata de ICMS próprio.

No que tange à citada ação judicial, diz que esse argumento não merece acolhimento, pois não há nos autos qualquer indicação de tal ação.

Ao finalizar seu Parecer, o ilustre procurador opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Ouso discordar da Decisão recorrida, porque vislumbro uma nulidade flagrante no Auto de Infração, por vício insanável, que suscito de ofício, conforme passo a me pronunciar.

Inicialmente, observo que há uma discordância na acusação, entre a descrição dos fatos, presente no Auto de Infração e no Termo de Apreensão e Ocorrências (TAO), e a infração imputada.

Na descrição dos fatos consta: “*Falta de recolhimento do ICMS nas operações próprias, conforme DANFEs nº 22691, 22687, 22694, 22690, 22692, 22730, 22693, 22662, 22702, 22661, 22676, 22673, 22703, 22678, 22775, 22777, 22731, 22780, 22820, 22821, 22709, 22714. Sem autorização da COPEC.*”

No campo “Infração” do Auto de Infração, 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 155.000 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 ICMS 17/04*”, tendo emitido o Termo de Apreensão 232278.0003/10-2 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.

Mas não é isso que se vê ao analisar os documentos fiscais (DANFEs) apensados ao processo. Cito como exemplo a NFe nº 22694, fl. 8: 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 artigo 54, inciso II, 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 22694, 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\$3.800,00, que, abatido o ICMS próprio, 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, (está amparada por medida liminar);
2. retenção e recolhimento a menos 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.

Dessa forma, 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 do Auto de Infração, recomendando a repetição dos atos, a salvo de falhas, nos termos do art. 21 do RPAF/99.

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 232278.0002/10-6, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)**. Recomenda-se a repetição dos atos a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de novembro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

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