

A. I. Nº - 210413.0013/10-2
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
AUTUANTE - JOSENILTON DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET 05.11.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0267-04/12

EMENTA: ICMS. NULIDADE. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEL. ÁLCOOL. FALTA DE RECOLHIMENTO. Desconformidade entre o enquadramento da infração (art. 353, inciso II do RICMS-BA) e a pretensão fiscal, que é a exigência do imposto sobre a operação própria na forma do art. 515-B do RICMS-BA. Vício insanável nos termos do art. 18, §1º do RPAF. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 05/06/2010 para exigir ICMS no valor de R\$53.796,60, acrescido de multa de 60%, em decorrência da falta de retenção do ICMS substituição na operação de saída de mercadoria sujeita à antecipação tributária. Consta, na descrição dos fatos *“Falta de recolhimento do ICMS normal e em sua operação própria com ÁLCOOL HIDRATADO CARBURANTE por não possuir autorização do COPEC para o recolhimento do imposto no prazo normal”* conforme DANFE’s 29495, 29431, 29506, 29494, 29497, 39472, 29252, 29450, 29498, 29501, 29524, 29502, 29499, 29375, 29402, 29464, 29469, 29471 e 29380.

O autuado, na defesa (fls. 34/36), inicialmente discorre sobre a infração e afirma não ser verdade a acusação de que deixou de recolher o ICMS-ST discriminado na NFe e DAE.

Ressalta que não houve erro na determinação da base de cálculo do ICMS ST. Não foi *“incluído 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 e 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 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.

Questiona se o programa de emissão de nota fiscal eletrônica disponibilizado pelo Fisco impede que seja lançado descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS, como seria possível ter incluído indevidamente o desconto incondicional na base de cálculo.

Alem disso, requer que seja excluída 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. Requer à improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal prestada às fls. 56/47 o autuante esclarece que o impugnante transportava 143.000 de álcool carburante acobertado pelo DANFEs acima relacionado, destinados a contribuintes localizados neste Estado *“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 232902.0123/09-2 e lavrado o Auto de Infração correspondente.

Afirma que a legislação tributária é clara quando enuncia os ditames a serem seguidos pelos contribuintes, 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 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 foram indicados no enquadramento.

Comenta os argumentos apresentados na defesa e diz que pelo enunciado do Auto de Infração o que se busca é o pagamento do ICMS normal conforme previsto na legislação do ICMS e não do ICMS-ST. Destaca que não tendo autorização da COPEC para fazer recolhimento em prazo especial o pagamento deve ser feito de imediato.

Esclarece que a base de cálculo foi constituída de acordo com os valores indicados nos DANFEs e não foi inventado para se cobrar o imposto e sim o valor que está destacado no documento fiscal. Requer a procedência do Auto de Infração.

Conforme fl. 56, a 4ª JJF decidiu converter o processo em diligência no sentido de que o autuado fosse intimado para tomar conhecimento da informação fiscal, com enquadramento no art. 515-B do RICMS/BA e reabrir o prazo de defesa.

Depois de intimado, o recorrente manifestou-se (fls. 61/69) frisando que a majoração do ICMS ST influencia o cálculo do ICMS próprio, pois a base de cálculo de um é oriunda da diferença entre o valor da pauta fiscal e a base de cálculo do outro e, por isso, é válida a discussão acerca da legalidade na cobrança do ICMS ST, pois se trata de questão prejudicial em relação à cobrança do ICMS da operação própria.

Diz que o fisco se valeu do valor presumido da mercadoria para a imposição de base de cálculo do ICMS, mesmo quando sabendo que o valor para a incidência tributária deveria ser o da nota fiscal, o que, aduz, é inconstitucional ou legal, pelo que transcreve o art. 146, II, “a”, da CF e Súmula 431 do STJ, o que torna o AI nulo.

Repete os argumentos defensivos já ditos sobre a forma em que efetuou o cálculo do ICMS e *software* utilizado ressaltando ser descabido a exigência de autorização junto à Fazenda Estadual, para cumprir obrigações fiscais de maneira *normal*, o que lhe impede exercer seu direito de compensar créditos e débitos, lógica decorrente do princípio da não cumulatividade.

Ressalta que o ICMS incidente nas etapas anteriores, pago pelas usinas produtoras de álcool constitui crédito fiscal pela compra, a ser compensado do débito no momento da venda e para isso se faz necessário o encontro de contas entre créditos e débitos, mensalmente.

Argumenta que 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.

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

Informa que requereu 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.

Por entender ser ilegal e arbitrária a exigência de recolhimento prévio de ICMS próprio, impetrou 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 e não no momento da saída de suas mercadorias (Processo nº 00118869-59.2011.805.0001).

Afirma que em resposta ao seu pleito foi concedida liminar em Mandado de Segurança no sentido de que o imposto fosse recolhido no início do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador e não no momento de saída de suas mercadorias.

Por fim, caso se entenda pela manutenção da infração, 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 ao Estado da Bahia. Requer a improcedência da autuação.

O autuante presta a segunda informação fiscal (fls. 79/88). Descreve os fatos e as razões defensivas e passa a contestá-las.

Salienta que a exigência fiscal tem respaldo no Protocolo ICMS 17/04 do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) e art. 515-B c/c o art. 126 do RICMS/BA, que transcreve.

Quanto ao *“fato da operação estar amparada em Decisão Liminar determinando a imediata suspensão da exigibilidade do ICMS”* informa que conforme da então, à época, 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.

Transcreve decisões judiciais (RE 119.156-SP; RE 260.040-SP e 216.298-SP) em cujas decisões o STJ manifestou a medida liminar em mandado de segurança suspende a exigibilidade do crédito tributário, mas não impede a Fazenda Pública de efetuar o seu lançamento. Requer a Procedência do Auto de Infração.

VOTO

No Auto de Infração, a infração está descrita como falta de retenção do ICMS substituição nas operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, a enquadrando no art. 353, inciso II do RICMS-BA.

Inicialmente contribuinte o impugnou argumentando que o ICMS devido por substituição discriminado nas NFs-e fora recolhido conforme DAEs que anexou.

Por sua vez, na informação fiscal, o autuante informou que o que efetivamente exige é o pagamento do ICMS relativo às operações próprias conforme previsto no art. 515-B do RICMS-BA. Em face dessa clara desconformidade entre a descrição e tipificação da infração no auto e a exação de fato, àquela altura entendendo isso se constituir vício saneável com reabertura de prazo para que o contribuinte se manifestasse sobre a real exação, em 20/03/2011 a 4ª JJF converteu o PAF em diligência nesse sentido.

Embora, posteriormente, o contribuinte tenha impugnando o lançamento com o novo enquadramento especificado pelo autuante na informação fiscal, sobrevindo em 19/11/2011 na 2ª Instância deste CONSEF, decisão pela nulidade de julgamento de 1ª Instância em caso semelhante (ACÓRDÃO CJF Nº 0397-11/11), corroborando o fundamento exposto no acórdão citado, entendo que a divergência aventada, absolutamente vicia o lançamento vez que sua correção no auto não é possível por implicar em mudança de fulcro da acusação. Portanto, pedindo vênica para, a título ilustrativo, transcrever o voto do ilustre relator do Acórdão CJF Nº 0397-11/11 que foi acolhido por unanimidade, com base no art. 18, inciso IV do RPAF, declaro nulo este auto de infração e com fundamento no art. 156 do mesmo regulamento, recomendo à autoridade competente a renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas, no sentido de exigir eventual crédito tributário a favor da Fazenda Pública.

O Auto de Infração epígrafado imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, decidindo a primeira instância pela extinção do processo administrativo fiscal, na linha de considerar prejudicada a Defesa apresentada, o que gerou a irresignação do sujeito passivo, manifestada através de Recurso Voluntário, visando promover a reforma do julgado.

Ocorre que, ao examinar as peças processuais constantes da procedimentalidade, constatei a existência de questão ensejadora de decretação da nulidade da autuação, a qual pode e deve ser apreciada, de ofício, por este CONSEF, por se tratar de matéria de ordem pública, independentemente de provocação das partes e do ingresso em juízo.

Com efeito, a descrição dos fatos e documentos fiscais lastreadores da autuação indicam que o autuante efetuou o lançamento tributário de ofício, no valor do ICMS “normal”, próprio da operação de saída da mercadoria, entretanto, incorreu em erro ao enquadrá-lo, no campo específico, como falta de retenção do ICMS Substituição Tributária, fato capaz de gerar dúvida ao sujeito passivo, o qual apresentou sua defesa com foco na infração apontada no enquadramento e não naquela realmente infringida.

Válido ressaltar o aspecto de que o autuante embora cite, no enquadramento normativo consignado no Auto de Infração, o artigo 353, inciso II, do RICMS/BA, que trata de ICMS devido na condição de substituto tributário, na Informação Fiscal prestada o preposto do Fisco aduziu se encontrar a autuação também lastreada nos artigos 126, 512-B, 515-A e 515-B, todos do RICMS/BA, os quais tratam de imposto devido por operação própria.

De acordo com a descrição dos fatos, a acusação imputada e dispositivos legais citados no Auto de Infração leva-se a concluir que o lançamento tributário em questão trata da falta de retenção do ICMS devido por substituição tributária.

Porém, só na informação fiscal ficou claro versar a autuação sobre a falta de recolhimento do ICMS normal, referente às operações próprias do contribuinte, nesse contexto, sem margem a dúvidas, existe uma clara divergência entre a acusação imputada ao autuado e o fato infracional na autuação.

Sendo assim, no presente lançamento de ofício, verifica-se a existência de vício insanável que fulmina o Auto de Infração que é a não identidade do fato infracional descrito no lançamento ao fato ensejador da imputação, o que por si só já causaria a nulidade do lançamento, a teor do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, segundo o qual é nulo o lançamento de ofício que não contenha elementos suficientes para se determinar, com segurança, a natureza da infração cometida, o que também acarreta prejuízo ao pleno exercício do contraditório, por gerar uma insegurança jurídica.

Registre-se que a regra do § 1º do art. 18 do RPAF é inaplicável ao caso em discussão, porquanto tal norma apenas admite o saneamento do Auto de Infração na hipótese de incorreções, omissões ou inobservância de exigências meramente formais.

Desse modo, impõe-se a decretação da nulidade do Auto de Infração pela situação de incerteza nele existente, nesse passo, acarretando o cerceamento do amplo e constitucional direito de defesa do sujeito passivo, não sendo saneável por configurar situação de dúvida em que não se pode determinar, com segurança, a infração porventura verificada na ação fiscal, e que teria originado a autuação em lide.

Destaco, finalmente, que, apesar de representar um aparente atraso na tramitação do processo administrativo fiscal, em face do retrocesso, tal posicionamento, entretanto, pode representar economia futura para o Estado da Bahia, ao evitar possíveis honorários sucumbenciais, os quais, provavelmente, ocorreriam em uma demanda no âmbito da Justiça.

Concludentemente, comungando do entendimento já manifestado, através de diversas decisões proferidas por este Órgão julgador, em autuações idênticas, voto pela decretação de ofício da NULIDADE do presente Auto de Infração, julgando PREJUDICADO o Recurso Voluntário e, nos termos do art. 156 do RPAF, represento à autoridade fiscal competente para instaurar novo procedimento fiscal, no estabelecimento do autuado, isento de falha.

Diante do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, recomendando que o procedimento fiscal seja renovado no estabelecimento do autuado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 210413.0013/10-2, lavrado contra PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE). Recomenda-se à autoridade competente a renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de outubro de 2012.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR