

A. I. Nº - 213088.0007/09-4
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
AUTUANTE - LAÉRCIO LUIZ DE MACEDO CAMPOS
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET 29.05.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0106-04/13

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. FALTA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE DETERMINAR A INFRAÇÃO. É nulo o procedimento fiscal que não indique, de forma clara, a descrição dos fatos, os dispositivos legais infringidos e a tipificação da multa correlata com a infração cometida. Infração nula. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/11/2009, exige ICMS no valor de R\$5.629,89, através da seguinte infração: *“Deixou de proceder a retenção e o recolhimento de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações internas subsequentes, para fins de antecipação tributária”* – Multa de 60%.

O autuado apresenta peça defensiva de fls. 20/24, inicialmente, na descrição dos fatos, sustenta que não merece subsistir a autuação, uma vez que não houve qualquer infração à legislação tributária por parte do Impugnante.

Afirma que tal relato não corresponde à realidade posto que, houve sim o recolhimento do tributo devido a título de substituição conforme amplamente discriminado nas NFs-e e nos Documentos de Arrecadação Estadual ora anexados.

Esclarece que houve um erro na apuração do valor do imposto devido a título de substituição, quando da lavratura do Auto de Infração. O Auto de Infração ora impugnado se refere tão somente à suposta falta de retenção do ICMS Substituição devido nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária. Entretanto, o fisco levou em consideração para fixar a base de cálculo do imposto o quanto devido a título de ICMS Substituição, bem como o quanto devido a título de ICMS principal. Constatou, assim, que a falta de retenção do tributo devido a título de substituição que, na realidade, não ocorreu, uma vez que o mesmo foi devidamente recolhido quando da realização das operações de saída da mercadoria, conforme demonstrado alhures.

Ressalta, ainda, que não houve qualquer erro na determinação da base de cálculo por parte da Impugnante, uma vez que não foi incluído na base de cálculo do tributo o desconto incondicional, e que a Impugnante simplesmente preencheu os campos das notas fiscais e o próprio *software* do Estado da Bahia gerou o cálculo.

Aduz que o programa de emissão de Nota Fiscal eletrônica, impede que seja lançado descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS.

Observa, também, que a fiscalização utilizou uma pauta fiscal fictícia, pois a pauta fiscal do Estado da Bahia está muito além da realidade do mercado de combustíveis do Brasil.

Frisa que é vastamente sabido no território baiano que o litro do álcool etílico hidratado combustível **nunca** foi vendido no preço de R\$ 2,00. No entanto, isto nunca impediu a imposição de uma pauta fiscal totalmente desproporcional à realidade, pois enquanto a mercadoria chega a ser distribuída a R\$ 0,91 (noventa e um centavos) o litro, por exemplo, o Estado presume que a mercadoria será vendida, na operação ao consumidor, por muito mais que este valor (qual seja, R\$ 2,00), o que é completamente descabido. A margem de lucro presumida pelo Estado da Bahia é

superior a 110% (cento e dez por cento), o que está fora da realidade do mercado. Não existe preço sequer próximo ao previsto na pauta fiscal.

Afirma que tal fato torna a pauta fiscal um instrumento impróprio para que seja recolhido o tributo, o que demanda a revisão dos valores tidos como devidos, de forma a permitir que o débito seja calculado com base no valor da nota, e não da pauta. Reproduz jurisprudência do STF (Misabel Abreu Machado Derzi, in 'Comentários ao Código Tributário Nacional', Ed. Forense, 3ª ed., 1998; AGA 477831/MG; DJ de 31/03/2003, Relator Ministro José Delgado; RMS 16.810/PA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/10/2006, DJ 23/11/2006 p. 213).

Desse modo, observa que o débito não subsiste. Requer que seja refeita a quantificação dos valores, tendo em vista a ilegalidade de uma pauta fiscal totalmente alheia à realidade do mercado. Cita o art. 159, §1º, inciso II e/ou III do RPAF.

Assim, caso se entenda pela manutenção da infração, roga pela exclusão da multa e dos juros imputados, tendo em vista a sua evidente boa-fé, que sempre procurou registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante o Estado da Bahia.

Pede pela Improcedência do Auto de Infração.

Nas fls. 39/42, consta a informação fiscal, com a descrição de que o autuado transportava 15.000 l de álcool destinados a contribuintes conforme DANFES nºs 20358 e 20368, em anexos. Ficou constatado que o produto foi despachado com a devida substituição do ICMS, mas sem o recolhimento tempestivo do imposto em suas operações, conforme dispõe o art. 515-B do RICMS combinado com o Protocolo ICMS 17/04, razão pela qual foi emitido o Temo de Apreensão nº 232902.0108/09-3, em consequência a emissão do Auto de Infração ora combatido.

Entende que está correta a autuação, pois a mesma busca pagamento do ICMS em operações normais, prevista na legislação citada e não ICMS da substituição tributária conforme alegado pelo contribuinte. Ademais, se houve o recolhimento intempestivo, em suas operações normais, ocorreu por livre e espontânea vontade do autuado, mesmo porque é de conhecimento de todos a necessidade de autorização da COPEC para gozo do prazo normal de pagamento do tributo nestas operações.

Quanto à determinação da base de cálculo, afirma que foram utilizadas as constantes dos DANFES nºs 20358 e 20368, portanto, não se inventou nenhum valor para se cobrar o imposto do contribuinte, o que está cobrando exatamente o valor do ICMS destacado nos documentos fiscais anexados. Quanto a multa, afirma que é a prevista para a infração cometida, e pede pela procedência da autuação.

Na manifestação do contribuinte, fls. 45/49, o autuado repisa o mesmo entendimento, sendo manifesto igual à da peça defensiva. Além disso, pede a aplicação da equidade para a dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, a teor do art. 159, § 1º, inciso II, e ou II, do RPAF.

Nas fls. 65/66, o então relator converteu o PAF em diligência à INFAZ de origem para que seja intimado o autuado no 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 e comunicar ao mesmo a reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias, a partir do momento a ser cientificado. Após supridas as solicitações encaminhar o processo ao autuante para produção de nova informação fiscal.

Em nova peça defensiva, fls. 72/78, inicialmente, afirma ser patente a nulidade da autuação fiscal, uma vez que não consta do Auto de Infração a alíquota aplicada pelo autuante, em flagrante desrespeito ao art. 39, IV, "c", do RPAF.

Ressalta que a indicação da alíquota é imprescindível, uma vez que a Impugnante deve dispor de todos os elementos necessários ao exercício do seu direito de defesa. Assim, ante a ausência da indicação de tal elemento integrante da obrigação tributária, resta patente a nulidade do auto, à luz do art. 2º c/ c art. 18, II, do RPAF, pois de acordo com a SEFAZ/BA, a Impugnante incorreu na

seguinte infração relacionada ao recolhimento do ICMS: “*Infração - Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações da saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária*”.

Observa que o CONSEF converteu em diligência para verificar que a infração, em verdade, cobrava o ICMS próprio, e não o ICMS Substituição, ao passo que intimou o Impugnante para rerepresentar a sua defesa. Contudo, reafirma que o Auto de Infração não merece subsistir, uma vez que não houve qualquer infração à legislação tributária por parte do Impugnante.

Ressalta que é descabido que o Fisco exija do contribuinte a obtenção de uma autorização junto a ele, Fisco, para cumprir suas obrigações fiscais de maneira normal.

Em razão do princípio da não cumulatividade, todo o ICMS incidente nas etapas anteriores deve ser utilizado como crédito no momento de apuração do ICMS devido pela Impugnante. Deste modo, tanto o ICMS próprio da Usina/Refinaria, como parte do ICMS devido pela Impugnante, que são recolhidos no momento da compra da mercadoria perante a Usina/Refinaria, devem ser compensados quando do recolhimento do ICMS por parte da Impugnante.

Explica que para que seja possível à Impugnante utilizar-se do ICMS creditado, é necessário que proceda ao encontro de contas entre créditos e débitos, o que é feito mês a mês em seus livros fiscais e em seus balanços financeiros.

Ora, no momento em que o Fisco exige que o ICMS próprio da Impugnante seja recolhido quando da saída da mercadoria (e que a alíquota seja calculada sobre o preço constante na nota fiscal, por consequência), é impossível obedecer ao princípio da não cumulatividade para que se compense débitos com créditos, uma vez que o valor constante da nota fiscal não leva em consideração os créditos de ICMS dos quais a empresa dispõe e os quais serão compensados no final do mês com o ICMS devido por ela, mas tão somente o preço “cheio” de seu produto, sem qualquer desconto a título de não cumulatividade.

Transcreve a Lei Estadual do ICMS (Lei Estadual nº 7.014/96) no que se refere à não cumulatividade do imposto. Ou seja: a própria Legislação Estadual dispõe sobre a não-cumulatividade do ICMS sendo, portanto, ilegal a restrição do Fisco no que se refere ao recolhimento prévio do ICMS próprio pela Impugnante.

Entende que esta situação agride um direito subjetivo do contribuinte decorrente do princípio da não cumulatividade previsto, também, no art. 155, § 2º, I, da CF, a ora Impugnante, atendendo às exigências do Fisco, providenciou o requerimento no sentido de obter a autorização para recolher o ICMS no mês seguinte à ocorrência do fato gerador, conforme previsto no art. 515-B do Regulamento do Imposto sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte intermunicipal e interestadual e comunicação (RICMS).

Observa que apesar disso, a COPEC se manteve inerte e não se manifestou acerca do pedido de autorização formulado pela Impugnante, o que lhe causou diversos transtornos e atrasos no cumprimento das obrigações avançadas com os seus clientes.

Desse modo, por entender serem ilegais e arbitrárias as exigências de recolhimento prévio do ICMS próprio, por ofender o seu direito líquido e certo à compensação de débitos de ICMS com os valores já recolhidos em operações anteriores (créditos), e, diante da omissão da COPEC em conceder a referida “autorização”, a Impugnante impetrou Mandado de Segurança com pedido de Medida Liminar, tombado sob o número 0011845-65.2010.805.0001, atualmente em trâmite na 4ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA, com o fito de obter a autorização da COPEC para recolher o ICMS por ela devido no início do mês seguinte à ocorrência do fato gerador, e não no momento de saída de suas mercadorias.

Em resposta ao pleito feito pela Impugnante, foi concedida a Medida Liminar no sentido de autorizá-la a recolher o ICMS por ela devido no início do mês seguinte (até o dia 9º) à ocorrência do fato gerador, e não no momento de saída de suas mercadorias, como lhe é de direito.

Ademais, apenas por amor ao debate, não se pode olvidar que a retro mencionada autorização é decorrente de uma previsão regulamentar, ou seja, infralegal, a qual, arbitrariamente e sem qualquer respaldo jurídico, determinou que os contribuintes que comercializassem álcool

hidratado precisariam de uma autorização de um órgão da própria Secretaria da Fazenda (COPEC) para que pudessem recolher o ICMS no mês subsequente ao da saída das mercadorias.

Nota que uma norma infralegal (RICMS) jamais poderia tolher o direito do contribuinte previsto em lei e no próprio RICMS. Contudo, é o que ocorre com os contribuintes distribuidores de álcool hidratado na Bahia, pois a necessidade de obtenção de uma "autorização" do COPEC para que seja possível efetuar o recolhimento do ICMS no mês subsequente inviabiliza completamente a fruição do direito decorrente do princípio da não cumulatividade, pois, repita-se, é impossível proceder com o encontro de débitos e créditos de ICMS se o imposto for cobrado cada vez que ocorra uma saída de mercadoria. Transcreve o art. 159, §1º, inciso II e/ou III do RPAF.

Assim, caso se entenda pela manutenção da infração, roga a Impugnante pela exclusão da multa e dos juros imputados, tendo em vista a sua evidente boa-fé, que sempre procurou registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante o Estado da Bahia.

Protesta que sejam abatidos os créditos decorrentes do ICMS Normal já recolhido nas operações anteriores.

Pede, novamente, pela Improcedência do Auto de Infração.

O autuante, novamente, presta informação fiscal, fls. 89/90, de início, verifica que o pedido de improcedência não encontra nenhum respaldo previsto na legislação. Observa que o valor recolhido a título de ICMS por substituição de R\$46,74 (fl. 07) não representa o montante exigido pela legislação.

Afirma que ocorreu o recolhimento de ICMS em um valor inferior ao exigido, sem nenhuma base legal conforme previsto na legislação que define a matéria:

Art. 512-A. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS relativo às operações internas subseqüentes com as mercadorias abaixo especificadas, na condição de sujeito passivo por substituição, os contribuintes a seguir indicados (Lei 7.014/96 e Conv. ICMS 110/07):

Art. 515-F. Nas operações com álcool, além das disposições dos artigos anteriores, observar-se-ão, especialmente, as seguintes situações:

I - alíquota: art. 51, II, "e" e art. 51-A, II e § 2º;

II - base de cálculo para fins de antecipação ou substituição tributária que encerre a fase de tributação:

a) AEHC: art. 512-B, VIII; (grifo nosso)

Assim, em virtude do valor recolhido ser inferior ao previsto e o de não observar a legislação é que foi reclamado o crédito. Desta forma foi efetuando uma nova memória de cálculos conforme consta na folha 12 da peça vestibular.

Em uma segunda questão o autuado questiona a alíquota aplicada mas é a prevista pela Lei nº 7014/96. Ademais, falece competência à autoridade administrativa e ao julgador processual, a negativa da aplicação de disposição literal regulamentar ou legal, razão pela qual entende ser correta a aplicação da pauta Fiscal decidida em convênios entre as unidades da Federação.

Opina pela manutenção da autuação.

VOTO

O presente Auto de Infração lavrado no trânsito de mercadorias, exige ICMS pela falta de retenção do ICMS substituição, nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, apontando como dispositivo infringido o art. 353, II do RICMS/Ba, com a multa prevista no art. 42, II "e" da Lei nº 7.014/96. da ordem de 60%.

Portanto, a acusação consignada no Auto de Infração é bastante clara: falta de retenção do ICMS Substituição, nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.

Em decorrência da acusação fiscal, o sujeito passivo se defende e acosta cópias de DAEs – Documento de Arrecadação Estadual para comprovar que reteve e recolheu o ICMS – Substituição Tributária.

Contudo, na descrição dos fatos, o relato é de que ficou constatado a falta de recolhimento do ICMS normal e/ou anexação dos DAEs quitados em suas operações próprias com álcool hidratado carburante, referente os DAEs 20358 e 20368. Contribuinte não possui autorização do COPEC para recolher em prazo normal.

Entretanto, não resta dúvida que o autuado, ao impugnar o lançamento, demonstrou claramente que pretendia defender-se de acusação de falta de retenção do ICMS-ST, tanto que chegou a alegar erro na apuração do imposto lançado, por ter englobado o ICMS das operações próprias, ficando evidente que não compreendia a acusação fiscal, e ficou impedido de se defender da verdadeira acusação que lhe estava sendo imputada.

Portanto, ficou evidente a falta de clareza entre o fato ocorrido e a acusação constante do Auto de Infração, bem como indicação de enquadramento da infração e tipificação de multa sem vinculação com o fato constatado, afrontando o princípio do devido processo legal, impossibilitando o exercício do contraditório e da ampla defesa do autuado, pela falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, vício que enseja a nulidade da autuação, de acordo com o art. 18, IV, “a” do RPAF/BA, e recomendo à autoridade competente que determine a renovação da ação fiscal, no estabelecimento do autuado, a salvo de equívocos.

Saliento que esse entendimento já se encontra consolidado na jurisprudência deste Órgão Julgador, à título de exemplo, cito os Acórdãos N°s 0198-11/11 e 0178-11/11, ambos da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **213088.0007/09-4**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA.**, com representação à autoridade competente para que determine a renovação da ação fiscal, desta feita a salvo de equívocos.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de maio de 2013

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR