

A. I. N° - 099883.0006/13-1
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.
AUTUANTE - DARIO PIRES DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 08.09.2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0175-04/14

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. IMPOSTO DA OPERAÇÃO PRÓPRIA. FALTA DE PAGAMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO ADMINISTRATIVO. A autuação contém vícios que afetam a sua eficácia. Descumprimento das disposições contidas nos arts. 26 e 28 do RPAF/99. Não atendimento ao devido processo administrativo. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 15/02/2013, diz respeito à falta de recolhimento do ICMS devido pela operação própria, relativamente a operações de saídas de álcool hidratado carburante – DANFEs n° 22326, 22315, 22316, 22317, 22320, 22321, 22323, 21906, 22332, 22322, 22314, 22360, 22361, 22356, 22415 e 22423 –, não tendo o contribuinte autorização da COPEC para gozo de recolhimento no prazo normal. Infração 50.05.01. Imposto lançado: R\$74.685,24. Multa: 60%. Consta que o presente auto de infração foi emitido em substituição ao de n° 099883.0035/11-5, julgado Nulo pelo CONSEF.

O autuado interpõe defesa, fls. 35/44. Inicialmente, pede a nulidade do Auto de Infração, pois afirma que a presente autuação foi lavrada para substituir o Auto de Infração n° 099883.0035/11-5, sob o modelo 4, em decorrência do Termo de Apreensão de Mercadorias, que não substitui o anterior auto de infração, nem o Termo de Apreensão que lhe deu respaldo, tendo em vista a ausência da apreensão da mercadoria, para comprovar o ilícito supostamente cometido. Salienta a obrigatoriedade da lavratura do Termo de Início de Fiscalização, conforme estabelece o art. 26 do RPAF/BA, para que o contribuinte pudesse prestar esclarecimentos ou exibir os elementos solicitados pela fiscalização - art. 28 do RPAF/BA.

Relata precedente deste Conselho de Fazenda - Acórdão JJF n° 0121-03/12, fls. 52/55 - no qual foi julgado nulo auto de infração idêntico ao presente. Transcreve trecho desse Acórdão para afirmar que "a exigência do Termo de Início de Fiscalização representa requisito essencial e o seu descumprimento resulta em invalidade do procedimento, por inobservância do devido processo legal". Requer a nulidade o presente auto de infração.

Quanto ao mérito alega a inexistência de infração, sendo o lançamento, portanto, improcedente, vez que não houve qualquer infração à legislação tributária por parte da Impugnante, não obstante a nulidade delineada.

Alega a influência direta do ICMS próprio diante da majoração do ICMS - Substituição, para tratar sobre a legalidade da cobrança do ICMS substituição, por ser questão prejudicial em relação à cobrança do imposto deste lançamento.

Reproduz o inciso III, do art. 512-B, §1º-A do RICMS-BA para afirmar que a incidência do imposto deveria estar baseada no valor constante da nota fiscal. Tal procedimento não foi realizado pela fiscalização por entender que a base de cálculo obtida pelo valor do preço médio ponderado a consumidor final é o valor consignado em Pauta Fiscal, instrumento sem respaldo constitucional, nem legal, e sim decorrente de ato normativo infralegal, contrariando a determinação do art. 146, inciso III, da Constituição Federal. Traz conteúdo da Súmula 431 do STJ para respaldar seu entendimento.

Apesar do vício apontado, menciona que o valor unitário da mercadoria comercializada, arbitrado pelo Fisco, em valor superior àquele realizado na aquisição do álcool hidratado carburante caracteriza aumento de arrecadação através de instrumento nulo.

Ressalta a ausência de erro na determinação da base de cálculo, em virtude da declaração dos valores em conformidade com a legislação vigente, inclusive, considerando os descontos incondicionais na devida mensuração, mas não utilizando o valor da pauta fiscal por ser ilegal. Afirma que o Programa de Emissão de Nota Fiscal Eletrônica impede o cômputo de valores relacionados com descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS.

Menciona ser descabida a exigência de autorização, pelo Fisco, para o cumprimento de obrigações fiscais. Afirma infringência ao princípio da não cumulatividade o recolhimento no momento da saída da mercadoria, de modo a impedir a compensação de créditos e débitos.

Explica o procedimento da apuração normal do ICMS com intuito de demonstrar que a exigência do Fisco em impor o recolhimento no momento da saída da mercadoria impossibilita o cumprimento do princípio da não cumulatividade. Para consubstanciar seu argumento, o sujeito passivo reproduz os arts. 28 e 29 da Lei nº 7.014/96 e art. 114 do RICMS. Em que pese ser absurda a restrição demonstrada, informa a realização do pedido de autorização junto a COPEC que não se manifestou, de forma positiva, quanto ao pleito formulado.

Consideradas as exigências ilegais e arbitrárias, o impugnante ingressou com pedido de Medida Liminar, tombado sob o número 0108869-59.2011.805.0001, na 3ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA, fls. 48/49, com a finalidade de obter a autorização da COPEC, para recolher o ICMS devido no início do mês seguinte à ocorrência do fato gerador, e não no momento de saída de suas mercadorias. Tal medida liminar foi concedida em 09/11/2011. Entende, desta forma, ser improcedente a presente autuação, diante da ilegalidade da restrição imposta pelo Fisco, posteriormente confirmada em juízo pela decisão liminar favorável aos interesses do impetrante.

Reproduz o art. 159, §1º, incisos II e III, do RPAF, com o fim de excluir a multa e juros, com base na sua conduta de boa-fé na relação com o Fisco Baiano.

Reitera o pedido quanto à improcedência do procedimento realizado e solicita, de forma subsidiária, que sejam abatidos os créditos decorrentes do ICMS normal, recolhido em anteriores operações, bem como as multas e os consectários da mora, diante da boa-fé acima mencionada.

O autuante em sua informação fiscal, fls. 64/68, relata que o autuado transportava pelo Posto Fiscal Honorato Viana, localizado no município de Candeias - BA, 140.000 litros de álcool carburante, acobertado pelos DANFE 22326, 22315, 22316, 22317, 22320, 22321, 22323, 21906, 22332, 22322, 22314, 22360, 22361, 22356, 22415, e 22423, destinado a diversos contribuintes localizado no Estado.

Constatou que o produto despachado possuía a devida substituição do ICMS, mas sem o recolhimento tempestivo do imposto devido pelas operações próprias, diferentemente como dispõe o art. 515-B do RICMS c/c o Protocolo ICMS 17/04. Por esta razão, emitiu o Termo de Apreensão nº 099883.0001/11-3 e em consequência, o Auto de Infração nº 099883.0006/13-1, enquadrando a infração no inciso II do art. 353 do Decreto nº 6.284/97 e a multa no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96.

Relata que a legislação ao tratar do recolhimento do ICMS decorrente das operações próprias com álcool carburante é clara ao enunciar a conduta a ser seguida pelos contribuintes. Reproduz os arts. 515-A e 515-B, do RICMS, para expressar a necessidade do recolhimento antecipado do ICMS relativo à operação própria, no momento da operação de saída do Álcool Etílico Hidratado Combustível - AEHC, além de destacar a obrigatoriedade, quando do trânsito dessa mercadoria, do acompanhamento do Documento de Arrecadação Estadual - DAE referente à operação própria. No caso concreto não havia o DAE referente à operação própria, fazendo-se acompanhar tão somente do DAE referente à substituição tributária, que não foi objeto de autuação fiscal.

Ressalta que a Empresa Petróleo do Valle Ltda. - PETROVALLE não possui o benefício disposto no art. 126, inciso IV, item II, do RICMS, que fixa o recolhimento até o dia 15 do mês subsequente ao das operações, tendo em vista a inexistência da autorização da COPEC (Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis).

Resume as alegações defensivas e entende que são improcedentes pelo fato do enunciado do auto de infração buscar o pagamento do ICMS das operações normais do impugnante, previsto na legislação citada, e não o ICMS da substituição tributária efetuada. Por isso, afirma que a inadimplência imputada decorreu de livre e espontânea vontade do sujeito passivo, em virtude, inclusive, da necessidade de autorização da COPEC para gozo de prazo normal de pagamento do imposto devido nas operações normais.

Quanto à determinação da base de cálculo, esclarece a utilização dos valores constantes dos DANFE citados no Termo de Ocorrência Fiscal de nº 099883.0001/11-3. Assim, afirma que a cobrança é exatamente o valor do ICMS destacado no documento fiscal. No que se refere à multa, informa a propositura do valor previsto para a infração cometida. Reafirma que o auto de infração está respaldado nos ditames legais, equivocando-se o impugnante nas suas razões defensivas.

Pede a procedência do auto de infração.

VOTO

Ao substituir o AI de nº 099883.0035/11-5, o Auto de Infração em tela refere-se à exigência de ICMS sob a acusação da falta de recolhimento do imposto estadual decorrente de operação própria, no momento da saída das mercadorias, em virtude de o sujeito passivo não possuir autorização da COPEC/SEFAZ, nem apresentar documento comprobatório do devido pagamento, quando do trânsito de 140.000 litros de álcool etílico hidratado combustível - AEHC.

Para comprovar o ilícito fiscal, o autuante lavrou o Termo de Ocorrência Fiscal- TAO nº 099883.0001/11-3, fls. 06/07, no qual não consta a ciência do contribuinte ou de seu representante legal.

Verifico, contudo, que o presente auto de infração decorre de novo procedimento fiscal e como tal submete-se aos ditames normativos no que pertine às formalidades requeridas nos termos do art. 28 do RPAF/99. Embora o auto de infração tenha sido lavrado no modelo 4, relativo à fiscalização de mercadorias em trânsito, o presente lançamento não se trata de Auto de Infração de Trânsito, em virtude da ausência de elemento intrínseco da respectiva ação fiscal empreendida, qual seja a instantaneidade. Assim, o auto de infração em lide não substitui o AI de nº 099883.0035/11-5.

Em consonância com o art. 26 do RPAF/BA, Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999, considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento: da apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento; da lavratura do Termo de Início de Fiscalização e da intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização e da emissão de Auto de Infração ou de Notificação Fiscal. Verifica-se, portanto, que o Termo de Ocorrência Fiscal não possui o condão de iniciar o procedimento administrativo fiscal, bem como o auto de infração, modelo 4, lavrado em 15/02/2013, pela ausência da instantaneidade.

Do exposto, a exigência do Termo de Início de Fiscalização representa requisito essencial, e o seu descumprimento resulta em invalidade do procedimento adotado, por inobservância do devido processo administrativo. Neste caso, constato que a autuação contém vício, de modo a afetar a sua eficácia, haja vista o não cumprimento de disposição regulamentar do art. 28 do RPAF, referente ao início do procedimento fiscal da situação fática posta.

O §1º do art. 18 do RPAF/99 admite o saneamento do Auto de Infração no caso de eventuais incorreções ou omissões e a não observância de exigências meramente formais. Neste PAF não se constatou incorreção eventual, pois a irregularidade apontada, a falta de instrumento essencial

para a validade da autuação, compromete o processo administrativo fiscal, infringe a segurança jurídica e sepulta a acusação fiscal.

Portanto, com fulcro no art. 20 do RPAF/99, voto pela NULIDADE do lançamento tributário em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **099883.0006/13-1**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA.**

Esta Junta de Julgamento recorre de Ofício desta decisão, para uma das Câmaras deste Conselho, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99, alterado pelo Decreto n.º 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de setembro de 2014.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR