

A. I. Nº - 269354.0006/21-0
AUTUADO - LUBRINOR LUBRIFICANTES DO NORDESTE LTDA.
AUTUANTES - LUÍS HENRIQUE DE SOUSA ALEXANDRE e DANTE GRISI
ORIGEM - SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 07.07.2023

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0087-05/23-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. Conforme previsto no Art. 17, I, e § 1º, I da Lei nº 7.014/96, a base de cálculo é o valor da operação, sendo que o montante do imposto integra a sua própria base de cálculo. Abatidas as quantidades devolvidas por meio de notas fiscais. Infração parcialmente subsistente. Nulidades não acolhidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 11/06/2021, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$ 6.033.846,38, em razão da seguinte imputação:

***Infração 01 – 02.01.03:** Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de outubro e dezembro de 2016, janeiro a dezembro de 2017, janeiro a março e maio a dezembro de 2018, janeiro a dezembro de 2019 e janeiro a junho de 2020, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 6.033.846,38, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.*

Foram anexados: ordem de serviço, relatório de fiscalização, demonstrativo e Termos de Início de Fiscalização e de Ciência da Lavratura do Auto de Infração, enviados via DT-e, com ciência em 10/05/2021 e 21/06/2021, respectivamente (fls. 08 a 25).

O Autuado apresentou Defesa (fls. 28 a 37), tempestivamente, na qual pediu que esta seja recebida com a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do Art. 151, III do CTN, bem como seja possibilitada a juntada posterior de documentos, por motivo de força maior, com base no Art. 123, § 5º, I do RPAF/99, tendo em vista a morte do seu contador no curso do prazo para impugnação.

Disse que sempre realizou operações que legitimamente considerava, e considera, imunes ao ICMS, ou que não sofreriam a sua incidência, sempre declarando desta forma ao emitir a sua documentação fiscal, sem qualquer questionamento após quase 5 (cinco) anos.

Aduziu que o lançamento impugnado não permite a identificação e separação dos valores cobrados, já que a autuação não se encontra suficientemente fundamentada, não havendo qualquer informação sobre as condições que levaram à desconsideração da operação como sujeita à substituição tributária ou como foram encontradas as bases de cálculo impostas na autuação e por que não foram consideradas as devoluções e créditos derivados da não cumulatividade.

Destacou que as operações que realizou estavam sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme o Art. 289, § 6º, e seguintes, do RICMS/12, e o Convênio ICMS nº 110/07, mas que ainda que não fosse aplicado tal regime, o produto comercializado era petróleo bruto, apesar de constar nas notas fiscais a indicação de ser óleo combustível do tipo OCP-200, e ainda seria cabível a substituição tributária por diferimento nos termos do Art. 286, XIII do RICMS/12.

Afirmou que não foi analisada a existência de estornos e devoluções de produtos no curso da fiscalização, devendo serem reduzidas as devoluções comprovadas, em razão da inocorrência do fato gerador de boa parte dos lançamentos efetuados.

Alegou ter havido majoração ilegal da base de cálculo do tributo, sendo atribuído valor superior no percentual de 21,95% do que o montante indicado na nota fiscal emitida, quando deveria ser o valor da operação, conforme estabelecido no Art. 17, I da Lei nº 7.014/96.

Discorreu sobre a impossibilidade de cobrança de multa de ofício pela ausência de intenção em lesar o Fisco, configurando mero atraso passível apenas de penalidade moratória, bem como da sua inconstitucionalidade baseado na violação do princípio da vedação ao confisco, conforme entendimento vinculativo do STF.

Acrescentou a necessidade de abatimento proporcional do crédito tributário não considerado na autuação no importe de R\$ 1.200.000,00, solicitando a autorização para a dilação de prazo para a juntada dos documentos que comprovam a sua existência.

Requeru o conhecimento de sua Defesa, deferindo a suspensão da sua exigibilidade e autorizando a juntada posterior de documentos, a anulação do Auto de Infração e, no mérito, cancelar integralmente o crédito tributário lançado, por se tratar de operações submetidas ao regime de substituição tributária, ou parcialmente, em razão da devolução parcial de produtos e da não consideração de créditos fiscais a que fazia jus.

Protestou provar o alegado por todas as provas em direito admitidas, em especial a juntada de novos documentos e perícias nos documentos e estabelecimentos da empresa.

Acompanham a Defesa diversas cópias de documentos fiscais, consolidação do contrato social e cópia do Auto de Infração e seus anexos (fls. 38 a 128).

Um dos Autuantes apresentou Informação Fiscal (fls. 130 a 132), na qual relatou que o Autuado tem como atividade econômica a fabricação de produtos do refino de petróleo, CNAE 1921-7/00, tendo obtido a habilitação ao Programa DESENVOLVE, classe I, por 72 (setenta e dois) meses, para modernização e reativação da sua planta industrial, conforme Resolução nº 151/2005, mas não utiliza o citado benefício fiscal.

Lecionou que, mesmo que tenha ocorrido algumas aquisições de óleo combustível 2A com ICMS substituição tributária, cerca de 600 mil kgs, deveria ter se creditado do ICMS, tanto o normal quanto o retido, pelo fato de ter atividade industrial, se obrigando a efetuar a retenção do imposto na operação interna subsequente, conforme preceitua o Art. 291 do RICMS/12, exceto para clientes com atividade industrial, quando não caberia o lançamento do ICMS relativo à substituição tributária, mas somente o ICMS normal, na forma do Art. 8º, § 8º, III da Lei nº 7.014/96.

Informou que, no período objeto da autuação, o Autuado comercializou cerca de 13.239.431 kgs de óleo OCP-200 sem lançamento de ICMS em campo próprio, fazendo referência relativa à base de cálculo e ICMS substituição tributária na origem, dando uma conotação de que o produto já havia sido anteriormente tributado pelo regime de substituição tributária, tendo sido constatado que as vendas internas de óleo combustível, NCM 2710.19.22, realizadas para pessoas jurídicas consumidores finais não sofreram o destaque do ICMS normal, mas foi efetuado regularmente o crédito fiscal das aquisições de matéria-prima.

Sustentou que não foram consideradas as devoluções de vendas de óleo combustível porque a autuação enfocou as vendas efetuadas, e as devoluções ocorreram posteriormente a estas vendas, e que o ICMS integra a sua própria base de cálculo, conforme determinado pelo Art. 17, § 1º, I da Lei 7.014/96.

Requeru que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Após intimado, o Autuado anexou cópia da procuração e da carteira da OAB do outorgado (fls. 137 a 141).

Designado como Relator, após ter efetuado a avaliação dos elementos constantes nestes autos, declarei estar concluída a sua instrução e solicitei a sua inclusão em pauta de julgamento.

VOTO

Inicialmente, verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no Art. 39 do RPAF/99.

Ressalto que não foram apresentadas novas provas após a interposição da Defesa, mesmo após decorridos 9 (nove) meses, e que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário decorre do Art. 151, III do CTN, enquanto perdurar o processo administrativo tributário, e independe de qualquer deferimento por parte desta Junta de Julgamento Fiscal.

Da análise dos fatos descritos no processo, observo que o Auto de Infração registra a acusação de falta de recolhimento do imposto em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nas saídas de óleo combustível do tipo OCP-200, no período de outubro de 2016 a junho de 2020.

O demonstrativo apresenta de forma cristalina a infração, indicando o número e modelo do documento fiscal, CFOP da operação, data de emissão e, quanto à mercadoria, código, CST, NCM, descrição, quantidade, preço unitário, valor, base de cálculo, alíquota e ICMS devido.

Preliminarmente, verifico que não se encontra no presente processo nenhum motivo elencado na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração, tendo o lançamento sido efetuado de forma compreensível, indicado os dispositivos infringidos e a multa aplicada, bem como não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, com o imposto e sua base de cálculo apurados conforme os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O Autuado suscitou a nulidade da autuação por cerceamento de defesa, sob o argumento que os diversos vícios, como a ausência de verificação de devolução de produtos, a substituição tributária aplicável ao caso, os créditos de ICMS a que alega ter direito e a aplicação de multa em percentual inconstitucional, denotam a imprecisão da base de cálculo utilizada, caracterizando a nulidade dos atos administrativos, nos termos do Art. 18, II do RPAF/99.

Tais alegações não implicam a nulidade da autuação, tendo em vista que o processo administrativo fiscal existe exatamente para aperfeiçoar o lançamento de ofício, realizando os ajustes necessários para que o processo fique saneado para as etapas posteriores, sendo que tal procedimento não gera nenhum prejuízo à defesa do Autuado.

Ademais, o Autuado elaborou sua defesa com minúcias atacando cada ponto que entendeu equivocado. Portanto, com base no princípio *pas de nullité sans grief*, inserto no § 2º do Art. 18 do RPAF/99 e no parágrafo único do Art. 283 do novel CPC, rejeito a nulidade suscitada.

Quanto à alegação de que as aquisições de óleo combustível do tipo 2A foram efetuadas com ICMS retido por substituição tributária, destaco que o Autuado possui a atividade econômica de fabricação de produtos do refino de petróleo.

Logo, deveria ter se creditado de ambos os valores do imposto, tanto o ICMS da operação própria quanto o ICMS retido por substituição tributária, por ser sujeito passivo por substituição tributária da mesma mercadoria, obrigando-se a efetuar a retenção do imposto na operação interna subsequente para comercialização, conforme preceitua o Art. 291 do RICMS/12.

Ou destacar somente o ICMS da operação própria, nas operações destinadas para utilização como insumo por contribuintes industriais, quando não caberia o lançamento do ICMS relativo à substituição tributária, conforme estabelece o Art. 8º, § 8º, III da Lei nº 7.014/96.

Não há nenhuma prova da alegação do Autuado de que o produto comercializado não era óleo combustível, mas óleo bruto de petróleo, cujas operações estariam sujeitas à substituição tributária por diferimento, nos termos do Art. 286, XIII do RICMS/12, embora o produto constante nas notas fiscais fosse óleo combustível do tipo OCP-200.

De início, já estaria se configurando uma fraude, ao vender um produto e indicar outro nas notas fiscais, e a hipótese de diferimento não se aplica ao caso concreto, pois o citado dispositivo

indica que este se encerra nas suas aquisições, já que as suas saídas não são destinadas a estabelecimento refinador de óleo bruto de petróleo.

Quanto ao questionamento a respeito da determinação da base de cálculo do imposto, o Autuado se equivocou, certamente por não ter observado que o disposto no Art. 17, I da Lei nº 7.014/96, deve ser interpretado conjuntamente com o § 1º, I, do mesmo artigo e norma legal, definindo que o montante do próprio imposto integra a sua base de cálculo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

Quanto ao suposto crédito escritural que o Autuado alegou que não foi considerado, verifiquei que a maioria das DMAS do Autuado estão zeradas até o mês de janeiro de 2020, e no mês de fevereiro de 2020 passa a constar saldo credor de período anterior incompatível com as suas operações, não podendo ser levado em consideração.

Não foram apresentados os estornos alegados, mas, quanto às notas fiscais de devolução, entendo que assiste razão ao Autuado, motivo pelo qual reduzi as quantidades devolvidas no mesmo mês em que foi emitida cada nota fiscal de venda referenciada, visto que ocorreram no mesmo mês ou no mês imediatamente subsequente às vendas, motivo pelo qual reputo parcialmente subsistente a autuação, no valor de R\$ 5.996.148,85, conforme demonstrativo abaixo:

Mês	BC ICMS	Alíquota	ICMS	NFs Devolução	Data	Quantidade	Preço	ICMS
out/2016	157.190,24	18%	28.294,24	-	-	-	-	28.294,24
dez/2016	329.597,56	18%	59.327,56	-	-	-	-	59.327,56
jan/2017	153.731,71	18%	27.671,71	-	-	-	-	27.671,71
fev/2017	479.304,88	18%	86.274,88	-	-	-	-	86.274,88
mar/2017	310.763,41	18%	55.937,41	-	-	-	-	55.937,41
abr/2017	420.000,00	18%	75.600,00	-	-	-	-	75.600,00
mai/2017	553.512,20	18%	99.632,20	-	-	-	-	99.632,20
jun/2017	763.085,37	18%	137.355,37	-	-	-	-	137.355,37
jul/2017	620.439,02	18%	111.679,02	2158 e 2169	27 e 31/07/2017	5.730	1,75	109.477,87
ago/2017	616.682,93	18%	111.002,93	2272 e 2348	22/08 e 07/09/2017	2.090	1,75	110.200,06
set/2017	243.620,88	18%	43.851,76	-	-	-	-	43.851,76
out/2017	786.643,90	18%	141.595,90	-	-	-	-	141.595,90
nov/2017	586.536,59	18%	105.576,59	-	-	-	-	105.576,59
dez/2017	709.024,39	18%	127.624,39	-	-	-	-	127.624,39
jan/2018	680.048,78	18%	122.408,78	-	-	-	-	122.408,78
fev/2018	521.121,95	18%	93.801,95	-	-	-	-	93.801,95
mar/2018	86.707,32	18%	15.607,32	-	-	-	-	15.607,32
mai/2018	578.292,68	18%	104.092,68	-	-	-	-	104.092,68
jun/2018	748.951,22	18%	134.811,22	-	-	-	-	134.811,22
jul/2018	1.037.195,12	18%	186.695,12	-	-	-	-	186.695,12
ago/2018	1.040.487,80	18%	187.287,80	-	-	-	-	187.287,80
set/2018	1.448.121,95	18%	260.661,95	-	-	-	-	260.661,95
out/2018	1.179.726,83	18%	212.350,83	-	-	-	-	212.350,83
nov/2018	1.592.731,71	18%	286.691,71	-	-	-	-	286.691,71
dez/2018	2.024.302,44	18%	364.374,44	3898	03/01/2019	1.750	3,10	363.183,59
jan/2019	1.180.258,54	18%	212.446,54	4022	30/01/2019	1.070	2,57	211.842,90
fev/2019	1.384.477,80	18%	249.206,00	-	-	-	-	249.206,00
mar/2019	508.150,00	18%	91.467,00	-	-	-	-	91.467,00
abr/2019	1.724.378,05	18%	310.388,05	-	-	-	-	310.388,05
mai/2019	1.046.180,49	18%	188.312,49	-	-	-	-	188.312,49
jun/2019	1.041.931,71	18%	187.547,71	4515 e 4580	10 e 27/06/2019	6.710	2,68	183.600,26
jul/2019	1.427.590,24	18%	256.966,24	4718	02/08/2019	3.580	2,68	254.860,16
ago/2019	867.565,85	18%	156.161,85	4748 e 4768	13 e 19/08/2019	6.320	2,68	152.443,84

set/2019	178.182,80	18%	32.072,90	-	-	-	-	32.072,90
out/2019	529.389,02	18%	95.290,02	-	-	-	-	95.290,02
nov/2019	1.096.925,61	18%	197.446,61	5083, 5140, 5152 e 5195	04, 09 e 19/11 e 02/12/2019	13.670	2,20	190.903,94
dez/2019	1.477.219,51	18%	265.899,51	5241, 5267, 5271 e 5285	16, 24, 27 e 30/12/2019	9.750	2,20	261.190,98
jan/2020	1.332.182,93	18%	239.792,93	5301, 5358, 5419 e 6392	07, 21 e 30/01 e 07/02/2020	20.600	2,30	229.471,68
fev/2020	854.484,88	18%	153.807,28	5427	10/02/2020	3.080	2,30	152.252,25
mar/2020	552.880,49	18%	99.518,49	-	-	-	-	99.518,49
abr/2020	142.347,56	18%	25.622,56	-	-	-	-	25.622,56
mai/2020	356.341,46	18%	64.141,46	-	-	-	-	64.141,46
jun/2020	153.060,98	18%	27.550,98	-	-	-	-	27.550,98
Valor Total			6.033.846,38			74.350		5.996.148,85

Destaco que esta 5ª JJF não tem competência para declarar a inconstitucionalidade ou ilegalidade da legislação estadual, nos termos do Art. 167, I e III, do RPAF/99, bem como no Art. 125, I e III, da Lei nº 3.956/81 - COTEB, sendo certo que a multa aplicada está prevista no Art. 42 da Lei nº 7.014/96 e que não há previsão legal para o seu cancelamento ou a sua redução.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 5.996.148,85.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269354.0006/21-0**, lavrado contra **LUBRINOR LUBRIFICANTES DO NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o Autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 5.996.148,85**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 6 de junho de 2023.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR