

A. I. Nº - 206960.0060/10-0
AUTUADO - GASFORTE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS LTDA.
AUTUANTES - JUAREZ ANDRADE CARVALHO e GILSON LIMA SANTANA
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET 14.12.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0334-05/10

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Operações próprias. O pedido de redução de multa ao patamar de 20% não encontra respaldo na legislação de regência do ICMS. Incompetência da instância administrativa para afastar disposição expressa da legislação ao argumento de cofiscatoriedade das penalidades lançadas no Auto de Infração. Mantida a exigência fiscal. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO A MENOS.. Demonstrado nos autos que os preços de referência (PMPF), para o produto álcool etílico hidratado carburante (AEHC), indicados nas planilhas de apuração do imposto, têm origem em atos do CONFAZ, publicados no Diário da União. O contribuinte procedeu à retenção do ICMS, no período de 28/04/08 a 04/06/08, sem observar os preços vigentes à época. Ineficácia da alegação de que os preços nas vendas efetivas do produto, no varejo, são inferiores ao PMPF – inexistência de prova da alegação, além de ser matéria regida por disposição expressa do Convênio ICMS 13/97, que interpreta a CF e a LC 87/96, em relação à base de cálculo do imposto nas operações sujeitas ao regime da substituição tributária. Afastadas as arguições de vícios do procedimento fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado, em 06/05/2010, para exigir ICMS, no valor total de R\$ 2.844.876,29, em razão das imputações abaixo descritas:

INFRAÇÃO 1 – deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Falta de recolhimento do ICMS normal lançado no livro de Apuração do ICMS e nas DMA's. Ocorrência verificada nos meses de junho, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2008. Valor do item: R\$ 2.754.899,17.

INFRAÇÃO 2 – Procedeu à retenção a menos do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de combustíveis e lubrificantes para contribuintes localizados neste Estado. ICMS-ST retido e recolhido a menor em razão da utilização do valor menor do PMPF na determinação da base de cálculo do imposto, nas saídas de álcool etílico hidratado carburante – AECH. Ocorrência verificada nos meses de abril, maio e junho de 2008. Valor do item: R\$ 89.977,12.

O contribuinte, através de advogado legalmente constituído, conforme procuração anexa (doc. fl. 64), ingressou com defesa.

Preliminarmente, requereu a suspensão da exigibilidade do crédito tributário com fundamento no art. 151, inciso III, do CTN, que trata deste efeito em relação às reclamações administrativas de julgamento. Pediu também a sustação de inscrição em dívida ativa. Disse que não pode o suposto débito

negativo, ou seja, representar obstáculo à emissão de certidões e/ou certificados de regularidade fiscal.

Sustenta a ilegalidade das multas aplicadas. Discorre que a conduta da autuada é de quem, embora enfrentado problemas de caixa que a impendem de efetuar o adimplemento tempestivo de alguns tributos, insiste em cumprir à risca seus deveres acessórios, e requer que sejam atenuadas as multas impostas para, no máximo, 20%, sob pena de adentramento no território do confisco.

Quanto a Infração 2, a Autuada alega “vícios na fundamentação”, dizendo que os autuantes informaram que o preço máximo de venda (PMPF) correto para o produto álcool etílico hidratado combustível (AEHC), no período fiscalizado, é de R\$ 1,70 por litro, conforme se comprovado às fls. 24 dos autos. No entanto, a partir das fls. 25 dos autos, o valor do PMPF ostentado na planilha é de R\$ 1,80 por litro, valor este aplicado aos cálculos relativos ao período de 02.05.2008 a 04.06.2008 (fl.38 do PAF).

Citou e transcreveu o Art. 512-B, caput e incisos III e VIII, dizendo “*que não há, no corpo do Auto de Infração ou nos documentos que o instruem, qualquer indicação de onde foi extraído o valor do PMPF tomado por referência na ação fiscalizatória*”.

Disse que o PMPF adotado pelos autuantes na ação fiscal é superior ao preço praticado ao consumidor final.

Formulou os seguintes pedidos:

- 1) Suspensão da exigibilidade do suposto crédito tributário constante do Auto de Infração;
- 2) Não inscrição crédito tributário enquanto perdurar a discussão administrativa;
- 3) Concessão de certidão positiva com efeito de negativa alusiva ao suposto crédito tributário enquanto perdurar a discussão administrativa;
- 4) Reconhecimento do excesso confiscatório das multas aplicadas e reforma do Auto de Infração, para considerá-lo totalmente improcedente neste ponto, impondo-se correção no sentido de realinhar as penalidades para 20%, em cada caso;
- 5) Reconhecimento dos vícios formais e materiais indicados para a infração 2, com as necessárias correções e esclarecimentos.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 70 a 73 dos autos. Após fazerem uma síntese das alegações defensivas, afirmaram, inicialmente, que a autuada apresentou em sua defesa argumentações inócuas e sem sustentação fática.

Quanto aos efeitos pretendidos disseram que este Processo Administrativo Fiscal – PAF, assim como todos os demais, percorrerem o trâmite normal previsto no RPAF, ou seja, passam pelo crivo dos órgãos administrativos competentes, através do CONSEF, nas suas duas instâncias julgadoras, podendo também ser analisado pela PROFIS, quando ocorrem dúvidas a serem dirimidas sobre a interpretação das leis tributárias vigentes. Afirmando serem descabidas as razões apresentadas pela autuada.

Quanto à alegação a respeito da ilegalidade das multas aplicadas, requerendo que sejam atenuadas para o máximo de 20%, os auditores autuantes abstiveram-se de fazer qualquer comentário, por entenderem que a matéria é da competência do CONSEF e/ou PROFIS. Consideram, entretanto, totalmente improcedentes as argumentações da Autuada.

Em relação à Infração 2, informaram que de fato, no cabeçalho da planilha de cálculo do ICMS-ST retido e recolhido a menor (fl. 24 do PAF), valor correto do PMPF é de R\$ 1,70 por litro do AEHC. Este valor aplicável para o mês de abril de 2008. A partir do maio de 2008, o valor do PMPF foi alterado, passando a ser R\$ 1,80 por litro de AEHC, conforme regis autuantes não informaram esta alteração de valor do PMPF no cabeçalho da planilha, mas registraram corretamente no corpo da citada planilha a mod

venda. Registraram que este fato não alterou em nada o cálculo correto do ICMS-ST, e nem afetou a compreensão da planilha, que foi elaborada de forma clara.

Ressaltaram ainda, que a autuada, por atuar na atividade de distribuição do produto álcool carburante (AEHC), não poderia desconhecer o fato de que os valores do PMPF sofrem alterações ao longo do tempo. Esclarecem que efetivamente ocorreu foi um erro de cálculo da autuada, no período de 28/abril/2008 a 04/junho/2008, para um grupo de Notas Fiscais de saídas de números 272 a 675, resultando em diferenças do ICMS-ST a recolher. Tanto é assim, que nas datas anteriores a 28/abril/2008 e posteriores a 04/junho/2008, a autuada calculou corretamente o ICMS-ST, utilizando os valores do PMPF de R\$ 1,70 e R\$ 1,80 por litro de AEHC, respectivamente.

Disseram que a prova da origem dos preços lançados no Auto de Infração é que nas outras datas a autuada vem utilizando corretamente os valores do PMPF para o cálculo do ICMS-ST e que as Distribuidoras de Combustíveis têm ciência que o PMPF é definido e divulgado através de Atos do CONFAZ – Conselho Nacional de Política Fazendária, publicados e disponibilizados para todos no site do CONFAZ. Ressaltaram que os valores do PMPF do AEHC constantes na planilha do levantamento do débito tributário têm por fonte o ATO COTEPE / PMPF Nº 01 de 09 de Janeiro de 2008 e o ATO COTEPE / PMPF Nº 08 de 23 de abril de 2008, não sendo necessário constar tal informação no texto do Auto de Infração.

Sobre a alegação de que o valor do PMPF utilizado no lançamento é superior ao preço efetivamente praticado a consumidor final, os auditores se abstiveram comentar a questão, por entenderem que esta matéria é da competência do CONSEF e/ou PROFIS.

Concluem que as alegações da autuada no tocante à infração 2 são totalmente descabidas.

Em virtude das razões expostas ratificam toda a ação fiscal e pedem que o Auto de Infração seja julgado Procedente.

VOTO

A defesa do contribuinte em relação à infração 1 não contesta os números levantados na ação fiscal, no tocante ao ICMS das operações de responsabilidade própria da autuada nos meses de junho a dezembro de 2008, lançados na sua escrita fiscal e não recolhidos aos cofres públicos do Estado.

O contribuinte, em relação ao item em exame, pede que sejam respeitados os efeitos previstos no art. 151 do CTN, decorrentes da interposição de recursos ou reclamações, na via administrativa. Solicita também que a Fazenda Pública garanta a emissão de certidões positivas de débitos tributários com efeitos negativos e a sustação de qualquer medida restritiva ou de encaminhamento de inscrição do débito em dívida ativa, até o esgotamento da instância recursal. Os efeitos postulados pelo sujeito passivo decorrem de previsão legal expressa, contida no CTN e demais normas que compõem o ordenamento jurídico, razão pela qual devem ser plenamente assegurados pela Administração Pública. Essa circunstância, no entanto, não impede que a Fazenda Estadual, mesmo suspensa a exigibilidade do crédito tributário, tente junto ao contribuinte convencê-lo a quitar o débito tributário enquanto estiver em curso o processo administrativo. Não logrando êxito, deverá se valer da ação executiva, a ser proposta junto ao Poder Judiciário.

No tocante ao pedido de redução das penalidades, ao patamar de 20%, trata-se de postulação que encontra óbice na legislação de regência do ICMS. A arguição de confiscação de pena pecuniária não pode ser acolhida, visto que a imposição fiscal decorre de expressa previsão da Lei nº 7.014/96, no seu art. 42, inc. I, letra “a”, no percentual de 50%. Ademais, é vedado aos órgãos administrativos de julgamento deixar de aplicar as regras que compõem o ordenamento jurídico-tributário, nos termos do que estabelece o art. 167 do RPAF¹⁰⁰ ~~anteriormente ao Decreto nº 07.629/99~~, ao argumento de que houve violação a regras ou princípio ~~anteriormente ao Decreto nº 07.629/99~~ âmbito do Poder Judiciário poderá o contribuinte buscar a revisão constitucionalidade, até decisão final daquele Poder, é presumida.

Ademais, na esfera administrativa, o contribuinte poderá ser beneficiado com a redução da multa lançada no Auto de Infração, em função da data do pagamento do débito, conforme prescrevem os artigos 45 e 45-A, da Lei de regência do ICMS, situação que se encontra também expressa no Auto de Infração, no correspondente demonstrativo de débito, anexado à fl. 3 do PAF.

Portanto, não acolho os argumentos defensivos e declaro o item 1 procedente.

No tocante à infração 2 a acusação é de retenção e consequente recolhimento a menor do ICMS nas operações de saídas de álcool carburante, no período de 28 de abril de 2008 a 04 de junho de 2008.

Demonstrado na planilha apensa à fl. 24 do PAF, que espelha a apuração do imposto da ST (substituição tributária), que o preço (PMPF) de R\$ 1,70/litro foi utilizado no mês de abril de 2008. Para os meses de maio e junho do mesmo exercício, o PMPF das operações de venda de álcool foi de R\$ 1,80/litro. Esses preços de venda a consumidor, por se encontrarem devidamente publicados no Diário Oficial da União, nos Atos Cotepe/PMPF nº 01, de 09/01/08 e nº 08, de 23/04/08, respectivamente, são de conhecimento público e obrigam a todos indistintamente: contribuintes e Administração Pública. Os referidos atos, após a publicação, têm os mesmos efeitos das demais normas de direito: obrigam e vinculam a todos e o não atendimento das suas prescrições podem resultar em imposição de sanções.

Portanto, não procede a alegação da defesa de que o lançamento fiscal foi omissivo em indicar a fonte de onde foram extraídos os preços de referência. Na planilha de apuração do imposto, não há qualquer vício que tenha impedido o contribuinte de entender a forma como o ICMS foi quantificado no Auto de Infração.

No que se refere à alegação da defensora de que na venda a varejo, os preços praticados ao consumidor são em valor abaixo do PMPF, além deste fato não se encontrar provado nos autos, há que se mencionar a disposição expressa do Convênio ICMS 13/97, de 21/03/97, que ao harmonizar os procedimentos referentes à aplicação do § 7º, do art. 150, da CF e o art. 10, da LC 10/87, no tocante à base de cálculo presumida na ST, declarou expressamente que a restituição do ICMS, quando cobrado sob a modalidade da substituição tributária, se efetivará somente quando não ocorrer operação ou prestação subsequentes à cobrança do imposto, ou forem as mesmas não tributadas ou não alcançadas pela substituição tributária, não cabendo a restituição ou cobrança complementar do ICMS quando a operação ou prestação subsequente se realizar com valor inferior ou superior

Não acolho também as alegações defensivas no tocante à infração nº 2.

Ante o exposto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA “*in totum*” do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206960.0060/10-0, lavrado contra **GASFORTE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$2.844.876,29**, acrescido das multas de 50% sobre R\$2.754.899,17 e 60% sobre R\$89.977,12, previstas no art. 42, incisos I, “a” e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de novembro de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMU