

A. I. Nº - 232232.0401/10-4
AUTUADO - GASFORTE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS LTDA.
AUTUANTE - JACKSON FERNANDS DE BRITO e MOISÉS DA SILVA SANTOS
ORIGEM - IFMT/SUL
INTERNT - 21.12.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0374-02/10

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. ICMS DESTACADO. ÁLCOOL HIDRATADO. OPERAÇÃO PRÓPRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** EXIGÊNCIA DO IMPOSTO O contribuinte destacou ICMS em notas fiscais e não realizou o recolhimento no prazo previsto no Art. 515-B, do RICMS/BA, relativo à operação própria nas saídas internas ou interestaduais de AEHC - álcool etílico hidratado combustível, transportado a granel, não possuindo autorização para recolhimento em data posterior ao momento da saída das mercadorias. Defesa prejudicada quanto à apreciação do mérito, tendo em vista que a matéria se encontra *sub judice* no âmbito do Poder Judiciário. A exigibilidade do crédito tributário, entretanto, deve ficar suspensa. **b)** MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E DE MORA. A multa por descumprimento da obrigação principal, proposta pelo autuante, é a prevista no artigo 42, II, “F”, da Lei nº 7.014/96, e se aplica ao presente caso, pois o imposto deixou de ser recolhido tempestivamente. Os acréscimos moratórios abrangem o período em que a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa, conforme regra inserta nos artigos 101, § 3º, e 102, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Deve ser dada ao autuado a oportunidade de quitar o débito, no prazo de vinte dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal, caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo ou a Decisão final de mérito seja desfavorável ao contribuinte. Defesa **PREJUDICADA** em relação à obrigação principal. Auto de Infração **PROCEDENTE**, quanto à multa e aos acréscimos moratórios. Decisão unânime.

ELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 13/04/2010, para exigir ICMS no valor de R\$7.410,00, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, sob a acusação de “Falta de recolhimento do imposto devido pela operação própria”, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências às fls.04 a 05.

Consta na descrição dos fatos: “*Falta do recolhimento por antecipação tributária, do ICMS devido sobre operações próprias (contribuinte descredenciado e não autorizado pela COPEC a recolher tal tributo em outra data), referente às saídas de 20.000 (vinte mil) litros de AEHC – Álcool Etílico Hidratado Carburante, cfe. DANFES nºs. 016022, (12/04/2010, destinadas às empresas Mirante Com. De Prod. Der. I Américas e Posto Extremo Sul Ltda, respectivamente.*”

O autuado em sua defesa às fls.16 a 18, impugnou o lançamento consubstanciado no Auto de Infração com base na alegação de que o autuante capitulou a infração no artigo 515-B do RICMS/97, e exigiu o imposto pelo fato de não está cadastrado na COPEC, impossibilitando o exercício do direito de defesa.

Salienta que a fiscalização ignora o Protocolo ICMS 17/04 na qual lhe obriga ao pagamento do ICMS por antecipação tributária no ato da compra no produtor, criando assim um crédito, crédito esse totalmente expurgado, o que não foi observado na autuação.

Informou que protocolou pedido de cadastramento na Copec em dezembro de 2009, tendo o mesmo ficado em análise por todo esse período e nenhuma resposta foi dada, para que essa situação cadastral fosse resolvida, demonstrando, segundo o defendente, o total desrespeito pelo contribuinte, pois ficou entregue nas mãos dos agentes fiscalizadores que por várias vezes abordou e autuou a empresa, obrigando buscar na justiça estadual a solução que era meramente administrativa, através do Mandado de Segurança nº 002727472.2010805.001, 30ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, com Liminar deferida em 12/04/2010, conforme cópia anexada (fl.23), tornando-se nulo o ato praticado pelo agente, uma vez que o auto de infração está datado de 13/04/2010.

Finalizando, ressalta que os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade, cuja desconstituição necessita de prova idônea e convincente, contudo, se o lançamento é efetuado sem a devida observância, das normas legais, não pode prosperar, ainda mais, quando se trata de cerceamento ao direito de defesa, e requer a improcedência do Auto de Infração.

A informação fiscal às fls.37 a 40 foi prestada pelo ATE Eraldo Velame Filho, o qual, esclareceu que o presente auto de infração foi lavrado após a verificação da falta de recolhimento do ICMS referente a operação própria, destacado nas notas fiscais eletrônicas de nº 16022, 16024 e 16025, nos valores de R\$ 6.750,00, R\$12.600,00 e R\$ 6.400,00, conforme cópia dos DANFE's anexos ao PAF, tendo como base legal, o artigo 515-B do RICMS (aprovado pelo Dec. 6284/97).

Destaca que o autuado tem conhecimento de sua obrigação de recolhimento do ICMS da operação própria, referente a cada operação de saída, inclusive requereu autorização para recolhimento do ICMS em data posterior (dia 9 do mês subsequente), conforme admite o próprio autuado em sua defesa.

O preposto fiscal informante rebateu a alegação de que teria sido ignorado o Protocolo 17/04, arguindo que está previsto no mesmo que a obrigatoriedade do recolhimento antecipado do ICMS na entrada no Estado de destino em operação interestadual, e no artigo 515-B, determina o recolhimento do ICMS referente a operação própria na saída de álcool do Contribuinte do Estado da Bahia.

Quanto a cópia de decisão judicial apresentada na defesa, datada de 12/04/2010, concedendo medida liminar ao autuado para efetuar recolhimento até o dia 9 do mês subsequente (fl.23), observa que não foi apresentado nem indicada a data da notificação judicial à Autoridade Fazendária, na qual esta autoridade tomaria conhecimento da decisão judicial e adotaria medidas administrativas para divulgação e cumprimento da determinação judicial. Observa, ainda, que o despacho da autoridade judicial na fl.23, não indica data de início, pelo contrário determina a notificação da autoridade fiscal apontada como coatora, "na forma usual".

Chama a atenção de que o art. 515-B do RICMS/97 determina que o ICMS será recolhido no momento da saída das mercadorias, e no caso, o fato gerador das operações de vendas objeto da lide, foi no dia 12/04/2010, conforme cópias dos DANFES às fls. 6 a 8 do PAF, e nesta data, o autuado deveria recolher o ICMS devido nessas operações, pois foi o dia da saída dos produtos do estabelecimento, precisamente às 11:32 hrs.; 11:35 hrs.; e 11:36 hrs., conforme consta no campo protocolo de autorização nos documentos fiscais.

Salienta que quando foram emitidas as notas fiscais, o magistrado concedendo medida liminar, e argumenta que mesmo que tivesse lido a decisão da Autoridade Fazendária dessa decisão. Por conta disso, sustenta que

antes da decisão judicial e o Contribuinte deveria recolher e apresentar os comprovantes de recolhimento do ICMS aos prepostos da SEFAZ naquela data, cumprindo o determinado no art. 515-B do RICMS.

Ressalta que sendo a atividade fiscal vinculada e obrigatória, conforme determina o § único do Art. 142 do CTN, a fiscalização obrigatoriamente deve cumprir a legislação e dessa forma, para cumprirem a decisão judicial, seria necessário que:

“1º_ A Autoridade Fazendária indicada na ação judicial seja notificada judicialmente dessa decisão;

2º_ Que o Diretor de Administração Tributária da Região Sul (domicílio do Autuado), emita autorização concedendo prazo especial em cumprimento a determinação judicial em caráter liminar.”

Destaca que no art. 515-B, a regra geral é a obrigatoriedade de recolher o ICMS da operação própria a cada operação de saída, e que o § 1º do referido artigo, tem a previsão de recolhimento até o dia 9 do mês subsequente, mediante autorização do Diretor de Administração Tributária da região de domicílio do Contribuinte. Frisa que a legislação autoriza apenas ao Diretor do DAT de domicílio do Contribuinte a emissão da autorização e a ação judicial foi interposta contra o Coordenador de Fiscalização de Petróleo (COPEC).

Com esses argumentos, entende que na data de lavratura do auto de infração, dia 13/04/2010, não havia qualquer ato administrativo no sentido de atender a determinação judicial, pois a SEFAZ ainda não havia sido notificada ou sendo notificada, não houve condição temporal, administrativa ou técnica para emissão e divulgação da referida autorização.

Finaliza dizendo que a obrigação tributária de recolher o tributo devido surgiu no ato da emissão das notas fiscais e na data da autuação não tinha conhecimento de qualquer decisão judicial nem de ato administrativo que autorizasse o autuado a recolher o tributo em prazo especial, pugnando pela procedência da autuação.

VOTO

Na análise das peças processuais, constato que a acusação fiscal faz referência a: “falta de recolhimento do imposto devido pela operação própria”, relativamente ao produto (AEHC – Álcool Etílico Hidratado Carburante) acobertado pelos DANFES nº 16.022; 16.024 e 16.025.

Conforme consta no Termo de Apreensão e Ocorrências às fls. 04 a 05, a autuação foi decorrente do fato de o contribuinte supra não está credenciado e não ter autorização da COPEC para recolher o tributo incidente na operação em questão no mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento.

Verifico ainda que a mercadoria foi apreendida no dia 13/04/2010, e o sujeito passivo acostou ao processo cópia de liminar deferida em 12/04/2010 através Mandado de Segurança nº 0027274-72.2010805.001, da 30ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, para que a fiscalização se abstenha de exigir o imposto incidente nas operações AEHC – Álcool Etílico Hidratado Carburante no trânsito, ficando o autuado autorizado a efetuar o recolhimento do ICMS sobre o produto em questão até o 9º dia do mês subsequente.

Considerando que a matéria foi objeto Mandado de Segurança nº 002727472.2010805.001 contra o Coordenador de Fiscalização de Petróleo – COPEC/SAT, impetrado pelo autuado, referindo-se aos fatos objeto do procedimento fiscal, fica esgotada a instância administrativa em decorrência da escolha da via judicial pelo sujeito passivo, ficando prejudicada a defesa interposta, conforme art. 117 do RPAF/99, que reza *in verbis*: “A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.”

Quanto à multa por descumprimento da obrigação principal e verifico que a multa por descumprimento da obrigação principal prevista no artigo 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e se aplica ao present

de ser recolhido tempestivamente. Os acréscimos moratórios abrangem o período em que a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa, conforme regra inserta nos artigos 101, § 3º, e 102, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB).

Deve ser dada ao autuado a oportunidade de quitar o débito, no prazo de vinte dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal, caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo ou a Decisão final de mérito seja desfavorável ao contribuinte, de que é necessária a sua inclusão no lançamento de ofício, primeiro, porque são consectários do ICMS exigido, e, segundo, para que possam ser cobrados se a Decisão liminar for cassada ou se não for confirmada quando do julgamento final de mérito do Mandado de Segurança impetrado.

Por outro lado, entendo que deve ser dada ao autuado a oportunidade de quitar o débito, no prazo de 20 (vinte) dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal, caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo ou a Decisão liminar não seja confirmada quando do julgamento final de mérito da demanda judicial.

Sendo assim, considero PREJUDICADA a defesa, no que tange ao mérito do imposto exigido, e voto pela PROCEDÊNCIA, relativamente à multa e aos acréscimos moratórios incidentes.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO**, no que tange à obrigação tributária principal, e **PROCEDENTE**, em relação às penalidades e cominações legais, mantendo inalterado o lançamento de ofício promovido por meio do Auto de Infração nº **232232.0401/10-4**, lavrado contra **GASFORTE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS LTDA**. Os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional. Caso ocorra a cassação da liminar concedida em Mandado de Segurança Preventivo ou a Decisão liminar não seja confirmada quando do julgamento final de mérito da demanda judicial, a repartição competente deve intimar o autuado para quitar o débito, no prazo de 20 (vinte) dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal. Após o decurso do referido prazo sem a efetivação do pagamento, todas as penalidades indicadas na autuação devem ser incluídas no cálculo do débito ora exigido.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de dezembro de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR