

A. I. Nº - 128983.0015/09-4
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.
AUTUANTE - GILMAR OLIVEIRA DIAS
ORIGEM - IFMT-DAT/NORTE
INTERNET - 21.09.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0250-04/11

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. ICMS DESTACADO OPERAÇÃO PRÓPRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Restou comprovado que 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. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 04/12/09 para exigir ICMS no valor de R\$5.643,00, acrescido de multa de 60%, em decorrência da falta de retenção do ICMS substituição na operação de saída de mercadoria sujeita à antecipação tributária. Consta, na descrição dos fatos “Falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar sobre operação própria referente à venda de álcool hidratado transportado conforme DANFE nº 20590 20591 e 20588. O contribuinte não possui autorização junto a COPEC”.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 15/20), inicialmente discorre sobre a infração e afirma não ser verdade a acusação de que deixou de recolher o ICMS-ST discriminado na NFe e DAE.

Admite que houve erro na apuração do valor do imposto devido a título de substituição tributária, mas 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”.

Afirma que não foi “incluso na base de cálculo do tributo o desconto incondicional”, em razão de que preencheu os campos das notas fiscais e o próprio *software* do Estado da Bahia que gerou o cálculo e para verificar esse fato, basta lançar qualquer desconto incondicional no *software* de emissão da Nota Fiscal Eletrônica e se verá que o valor deste não é sequer computado na base de cálculo, sendo registrado em um campo à parte justamente para que não ocorra a diminuição da base de cálculo do ICMS e, diminuição da arrecadação tributária.

Questiona se o programa de emissão de Nota Fiscal eletrônica disponibilizado pelo Fisco impede que sejam lançados descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS, como seria possível ter incluído indevidamente o desconto incondicional na base de cálculo.

Contesta os cálculos efetuados pela fiscalização utilizando uma pauta fiscal fictícia, muito além da realidade do mercado de combustíveis do Brasil, visto que no território baiano o litro do AEHC nunca foi vendido ao consumidor com preço de R\$2,00, chega a ser distribuída a R\$ 0,91 o litro, enquanto o Estado presume preço de venda de R\$2,00, o que é completamente descabido, presumindo margem de lucro superior a 110%, ficando fora da realidade do mercado.

Transcreve ementa do Acórdão RMS 16.810/PA julgado em 03/10/06 pelo Superior Tribunal de Justiça, cujo Relator foi o Ministro LUIZ FUX, decidindo pela suspensão dos efeitos da Port. 788 da Secretaria da Fazenda do Estado do Pará, estabelecendo cobrança do ICMS com base em pauta

fiscal. Requer que se entendido que o débito subsiste que seja refeita a quantificação dos valores, tendo em vista a ilegalidade de uma pauta fiscal totalmente alheia à realidade do mercado.

Além disso, requer que seja excluída a multa e os juros imputados, em vista de ter agido com boa-fé, ao registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante o Estado da Bahia de acordo com o art. 159, §1º, II e/ou III do RPAF. Requer a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal prestada às fls. 37 a 39 o autuante esclarece que no momento da ação fiscal o autuado conduzia a mercadoria acobertada pelos DANFEs nº's 20590 20591 e 20588, “com a devida substituição do ICMS, mas sem o recolhimento tempestivo do imposto em suas operações próprias, conforme manda o art. 515-B do RICMS/BA combinado com o Protocolo 17/04”.

Afirma que a legislação tributária é clara quando enuncia os ditames a serem seguidos pelos contribuintes, o artigo 515-B faz menção expressa da necessidade do recolhimento antecipado do ICMS relativo à operação própria no momento da saída de Álcool Etílico Hidratado Combustível (AEHC) fazendo-se se acompanhar do DAE referente à operação, tendo em vista que o estabelecimento autuado não possui autorização do COPEC para recolhimento em prazo especial.

Comenta os argumentos apresentados na defesa e diz que pelo enunciado do Auto de Infração o que se busca é o pagamento do ICMS normal conforme previsto na legislação do ICMS e não do ICMS-ST. Destaca que não tendo autorização da COPEC para fazer recolhimento em prazo especial o pagamento deve ser feito de imediato.

Esclarece que a base de cálculo utilizada foi à mesma constante do DANFE 21838 e não foi inventada para se cobrar o imposto e sim o valor que está destacado no documento fiscal. Requer a procedência do Auto de Infração.

Na assentada do julgamento em 26/08/10 a 4ª JJF decidiu converter o processo em diligência (fl. 46) no sentido de que o autuado fosse intimado para tomar conhecimento da informação fiscal, com enquadramento no art. 515-B do RICMS/BA e reabrir o prazo de defesa.

Após intimado, o recorrente manifestou-se (fls. 51/55) dizendo que impugnou a infração como se fosse da falta de recolhimento do ICMS substituição, mas tendo sido esclarecido na informação fiscal que se trata de exigência do imposto relativo a falta de acompanhamento de DAEs da operação própria, com reabertura do prazo de defesa, passa a fazê-lo.

Com relação a exigência do recolhimento do ICMS nas operações com Álcool Carburante, por motivo de não possuir autorização do COPEC para recolhimento em prazo normal, afirma que ao exigir que recolha o valor “no momento da saída da mercadoria, o Fisco impede de exercer o seu direito de compensar créditos e débitos mediante a efetivação do princípio da não cumulatividade”.

Ressalta que o ICMS incidente nas etapas anteriores, pago pelas usinas produtoras de álcool constitui crédito fiscal pela compra, a ser compensado do débito no momento da venda e para isso se faz necessário o encontro de contas entre créditos e débitos, mensalmente.

Argumenta que no momento que é exigido o ICMS próprio no momento da saída da mercadoria, aplicando a alíquota prevista sobre o valor da operação fica impossibilitado de obedecer ao princípio da não cumulatividade, visto que não leva em consideração os créditos fiscais relativos às aquisições da mercadoria.

Ressalta que o citado princípio é previsto nos artigos 28 e 29 da Lei 7.014/96 e art. 114 do RICMS/BA, e é ilegal a restrição imposto pois agride o direito subjetivo do contribuinte assegurado no art. 155, §2º, I da Constituição Federal (CF).

Informa que requereu autorização para recolher o ICMS no mês seguinte ao da ocorrência do fato gerador nos termos do art. 515-B, mas o COPEC “se manteve inerte e não se manifestou acerca do pedido” causando diversos transtornos e atrasos no cumprimento de obrigações.

Por entender ser ilegal e arbitrário a exigência de recolhimento prévio de ICMS próprio, impetrou Mandado de Segurança com pedido de Medida Liminar com o fito de obter autorização da COPEC, para recolher o ICMS no mês seguinte ao da ocorrência do fato gerador e não no momento da saída de suas mercadorias (Processo nº 0011845-65.2010.805.0001).

Afirma que em resposta ao seu pleito foi concedida liminar em Mandado de Segurança no sentido de que o imposto fosse recolhido até o 9º dia do mês seguinte ao da ocorrência do fato gerador. Ressalta que se confirmada a decisão final favorável a seus interesses, a autuação mostra-se improcedente.

Por fim, caso se entenda pela manutenção da infração, roga pela exclusão da multa e dos juros imputados, nos termos do art. 159 do RPAF/BA, em vista de sua boa-fé ao declarar adequadamente seus débitos perante ao Estado da Bahia. Requer a improcedência da autuação.

O autuante presta a segunda informação fiscal (fls. 65/70), comenta a lavratura do Auto de Infração, a diligência fiscal e alegações defensivas, passando a contestá-las.

Salienta que a exigência fiscal tem respaldo no Protocolo 17/04 do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) e art. 515-B c/c o art. 126 do RICMS/BA, conforme transcrita às fls. 67/68.

Quanto ao “fato da operação estar amparada em Decisão Liminar determinando a imediata suspensão da exigibilidade do ICMS” informa que conforme Parecer PROFAZ de nº 626/01, constante do PAF nº 206986.011/00-1 e 917007-30.1 de demanda similar, “os efeitos da ação de mandado de segurança é de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mas não de seu lançamento” por entender que não há impedimento de constituir o crédito e sim de executá-lo.

Transcreve decisões judiciais (RE 119.156-SP; RE 260.040-SP e 216.298-SP) em cujas decisões o STJ manifestou a medida liminar em mandado de segurança suspende a exigibilidade do crédito tributário, mas não impede a Fazenda Pública de efetuar o seu lançamento. Requer a procedência do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração acusa “Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações da saída de mercadorias sujeita à antecipação tributária”, tendo consignado na descrição dos fatos que o autuado cometeu a seguinte infração: “Falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar sobre operação própria referente à venda de álcool hidratado transportado conforme DANFE N. 20590, 20591 e 20588. O contribuinte não possui autorização junto ao COPEC”.

Também no Termo de Apreensão e de Ocorrência, o autuante descreveu a irregularidade por ele apurada como sendo a falta de recolhimento do ICMS normal em suas operações próprias com álcool hidratado carburante referente aos citados DANFEs.

Assim, após intimar o autuado para tomar conhecimento da real acusação fiscal e reabrir o prazo de defesa, o contribuinte, em nova manifestação, informa que impetrou Mandado de Segurança com pedido de Medida Liminar com o fito 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 (Processo nº. 0011845-65.2010.805.0001), e que lhe “foi concedida a Medida Liminar no sentido de autorizá-la a recolher o ICMS devido no início do mês seguinte (até o dia 9º) à ocorrência do fato gerador e não no momento de saída de suas mercadorias”.

Apesar de o contribuinte ter informado da existência de uma Medida Liminar, não foi juntado ao processo qualquer documento que comprovasse tal medida judicial e qual o teor da segurança concedida. Caso ficasse comprovada a proteção judicial concedida como informada pelo autuado, ensejaria a extinção do processo administrativo fiscal, com desistência da defesa a partir do momento do ingresso em juízo, relativamente à matéria objeto da lide, antes de proferida ou de tornada irrecorrível a decisão administrativa (artigos 117 e 122, IV do RPAF/BA).

Entretanto, mesmo admitindo que a proteção judicial tenha sido concedida como informado pelo impugnante, ensejaria o recolhimento do imposto ora reclamado até o nono dia do mês subsequente da ocorrência da operação. Logo, tendo o Auto de Infração sido lavrado no dia 04/12/09, o ICMS devido relativo à operação própria referente à venda de álcool hidratado consignada nos DANFEs 20590 20591 e 20588 deveria ter sido recolhido até o dia 09/01/10, entretanto, tendo o autuado protocolado defesa em 09/02/10 (fl. 15) e manifestação acerca da diligência em 23/12/10 (fl. 31) não juntou ao processo qualquer prova de que tenha pago o imposto no suposto prazo requerido e concedido judicialmente.

Dessa forma, restou comprovado que não foi feito o pagamento do ICMS ora exigido no prazo previsto na legislação do imposto, tendo em vista que o autuado não possui autorização do COPEC (art. 515-B c/c o art. 126 do RICMS/BA e Protocolo ICMS 17/04), nem foi comprovado ter recolhido no prazo que alegou ter sido concedido judicialmente (9º dia do mês subsequente a da operação), ficando caracterizado o cometimento da infração.

Quanto ao pedido pela exclusão da multa e juros, não pode ser acatado por falta de previsão legal, tendo em vista que o art. 158, do RPAF/99, trata somente das multas por descumprimento de obrigação acessória, que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal. Ressalto que o pedido defensivo com base no art. 159 do citado diploma legal, não pode ser apreciado pela Junta de Julgamento Fiscal, uma vez que a competência é da Câmara Superior do CONSEF.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **128983.0015/09-4**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.643,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de setembro de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR