

A. I. N° - 232278.0002/10-6
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.
AUTUANTE - OSMÁRIO DA SILVA MENDONÇA
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 17.11.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0296-04/11

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERNAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. O imposto relativo às operações próprias nas saídas internas ou interestaduais de AEHC ou de álcool não destinado ao uso automotivo, transportado a granel, será recolhido no momento da saída das mercadorias. O processo foi convertido em diligência, com reabertura de prazo de defesa, para dar conhecimento ao sujeito passivo de que o lançamento versa sobre o tributo incidente nas operações próprias. Rejeitada a preliminar de nulidade. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 20/01/2010, exige ICMS no valor de R\$ 58.311,00, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, 'e' da Lei nº 7.014/96, sob a acusação de falta de recolhimento do imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações de saídas de mercadorias sujeitas à substituição por antecipação tributária (álcool hidratado carburante, concernente aos documentos auxiliares de notas fiscais eletrônicas 22.691, 22.687, 22.694, 22.690, 22.692, 22.730, 22.693, 22.662, 22.702, 22.661, 22.676, 22.673, 22.703, 22.678, 22.775, 22.777, 22.731, 22.780, 22.820, 22.821, 22.709 e 22.714).

Às fls. 04 e 05 foi juntado o Termo de Apreensão e Ocorrências número 232278.0003/10-2.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 34 a 36.

Assevera que a autuação não merece subsistir, de vez que não houve infração à legislação. A acusação, que é de falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária, é falsa, pois tal recolhimento foi efetuado, conforme documentos anexados.

Ocorre que houve um erro na apuração do gravame devido por substituição quando da lavratura do Auto de Infração, pois o fisco levou em conta, para fixar a base de cálculo, o quanto devido nas operações próprias, bem como o valor devido por substituição.

Em seguida, ressalta que não errou ao determinar a base de cálculo, pois não incluiu na mesma o desconto incondicional, já que simplesmente preencheu os campos do programa fornecido pelo Estado da Bahia para emitir o documento eletrônico.

Pontua que, para verificar essa situação, basta lançar qualquer desconto incondicional no *software* de emissão da nota fiscal eletrônica, de forma a constatar 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 tributação do ICMS, e conseqüente redução da arrecadação tributária.

Com fundamento no art. 159 do RPAF/BA, pede a exclusão da multa e dos “*juros imputados*”. Finaliza pleiteando a improcedência do Auto de Infração.

O autuante junta informação fiscal às fls. 105 a 109.

Rebate as argumentações defensivas, afirmando que a mercadoria transitava apenas com o documento de arrecadação estadual referente ao imposto devido por antecipação tributária, que não foi objeto da autuação, inexistindo comprovante do pagamento do tributo por operações próprias. O sujeito passivo não possui autorização da COPEC para efetuar o recolhimento até o dia 15 do mês subsequente, pelo que deveria transitar com o comprovante de pagamento do ICMS.

Em seguida, afirma que, para a determinação da base de cálculo, foram tomados os valores registrados nas notas fiscais eletrônicas, e que a multa cominada encontra respaldo legal.

Conclui requerendo a procedência do lançamento.

Na pauta de 09 de novembro de 2010, a 4ª JF decidiu converter o processo em diligência à INFAZ de origem, para que fossem adotadas as seguintes providências (fl. 116):

1. Intimar o sujeito passivo para tomar conhecimento da informação fiscal, com o enquadramento no art. 515-B do RICMS/BA (operação própria de AEHC), mediante comprovante de entrega a ser acostado ao processo.
2. Comunicar a reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias.

Devidamente intimado (fl. 119), o autuado se manifesta às fls. 121 a 127, onde, após suscitar nulidade por desconhecimento da alíquota aplicada, afirma que, ao exigir o recolhimento do ICMS próprio, o fisco obsta o seu direito de compensar créditos, situação que afronta o princípio da não cumulatividade (art. 155, § 2º, I, CF).

Nos seus dizeres, tanto o ICMS próprio da usina / refinaria, como parte do ICMS devido por si, que são recolhidos no momento da compra da mercadoria perante a usina / refinaria, devem ser compensados quando do recolhimento, o que faz através de encontro de contas em sua escrita.

Transcrevendo o art. 114 do RICMS/BA, assevera que é impossível obedecer ao sobredito princípio constitucional, na medida em que o valor da nota fiscal não leva em consideração os créditos que já dispõe e aqueles que serão compensados no final do mês, mas tão somente o “*preço cheio*” do produto, sem qualquer desconto a título de não cumulatividade.

Em seguida, informa que providenciou requerimento administrativo para recolher o tributo no mês seguinte ao da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 515-B, RICMS/BA. Todavia, a COPEC se manteve inerte e não se manifestou acerca do pleito, em razão de que impetrou mandado de segurança com pedido de liminar, com o fim de obter a autorização junto ao mencionado órgão desta Secretaria. Sublinha que a liminar foi concedida.

Reitera o pleito de exclusão da multa e dos “*juros imputados*”. Subsidiariamente, requer o abatimento de créditos relativos a valores já recolhidos e conclui solicitando a improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal às fls. 138 a 143, afirmando que os trabalhos de fiscalização foram efetuados com base no Protocolo ICMS 17/2004 e no art. 515-B do RICMS/97. Quanto ao mandado de segurança, de acordo com o Parecer PROFAZ 626/2001, não há óbices à constituição do crédito, mas à sua execução (menciona também, com transcrições, jurisprudência do STJ e outro Parecer, constante do processo administrativo fiscal 917007301, de 29 de janeiro de 2003).

Conclui mantendo os termos da autuação.

VOTO

Apesar da aparente discrepância entre a acusação inicial relativa ao imposto por antecipação tributária, e a informação fiscal, que se referiu àquele sobre operações próprias, saliento que este processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais, já que restam determinados o sujeito passivo, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, que se encontra fundamentada na legislação vigente, assim como nos documentos que embasam o ato administrativo.

O campo “*Descrição dos Fatos*”, de fl. 01, contém referência expressa ao “*ICMS na operação própria*”. Por isso, objetivando salvaguardar os princípios encartados no art. 2º do RPAF/99, foi reaberto o prazo de defesa de 30 (trinta) dias, informando ao autuado a natureza específica do lançamento, ou seja, que a exigência recai sobre o tributo devido nas operações próprias, e não sobre aquele concernente à substituição tributária por antecipação.

O procedimento preenche todas as formalidades previstas nos dispositivos constantes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 (RPAF/BA), não ensejando violação a qualquer princípio jurídico. O contraditório e a defesa foram exercidos plenamente, pois o sujeito passivo demonstrou ter perfeito conhecimento da infração.

O tributo reclamado nada mais é do que a soma do imposto consignado (no campo “*Valor do ICMS*”) dos documentos auxiliares de notas fiscais eletrônicas de fls. 06 a 27, emitidos pelo próprio autuado, pelo que não cabe aventar nulidade por desconhecimento de alíquota.

Portanto, fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada.

O pedido do defendente de que seja refeita a quantificação dos valores, em função do fato de não concordar com a pauta fiscal, em verdade é um pleito de diligência, e não pode ser acatado. Não há razões para o seu acolhimento, pois os autos encontram-se devidamente instruídos e não vislumbro omissões, obscuridades ou contradições que ensejem a necessidade de qualquer esclarecimento técnico. Com referência à base de cálculo e à pauta fiscal, de acordo com o que adiante será exposto e fundamentado, também não configuram motivos para revisão fiscal.

Quanto ao mandado de segurança, primeiramente, nada relativo ao mesmo foi juntado ao processo, e “*o que não está nos autos não está no mundo*”. Não pode, portanto, o julgador, exarar qualquer decisão com fundamento em simples alegações, destituídas de base documental.

Por outro lado, de acordo com o entendimento já pacificado nos tribunais superiores do País (fls. 142/143), a constituição do crédito do Estado não é obstada pela medida judicial, mas sim a sua execução.

No mérito, entendo que a apuração da base de cálculo do ICMS pertinente às operações internas com AEHC com fundamento em pauta fiscal é prevista na cláusula 2ª, I do Protocolo ICMS 17/2004, cujo valor é estabelecido na IN 34/2007.

Cláusula segunda. O estabelecimento industrial ou comercial que promover saída interna ou interestadual de AEHC ou de álcool para fins não combustíveis, antes de iniciada a remessa, efetuará o recolhimento do imposto destacado na Nota Fiscal relativa à operação de saída, observando-se:

I - o imposto a ser recolhido antecipadamente será calculado tomando-se por base o valor da operação ou o valor de referência estabelecido na legislação estadual, prevalecendo o que for maior, aplicando-se a alíquota vigente para as operações internas ou interestaduais, conforme o caso;

II - o recolhimento do imposto será realizado mediante documento de arrecadação específico, devendo o mencionado documento, devidamente quitado, acompanhar a mercadoria; (...).

Portanto, a base de tributação do gravame exigido está em conformidade com a legislação em vigor no Estado da Bahia, não havendo qualquer ilegalidade.

Inclusive, é importante ressaltar que os valores unitários foram tomados dos documentos fiscais, em quantias menores do que as estabelecidas em pauta, favorecendo o contribuinte. Além do mais, conforme disposto no art. 167, I do RPAF/BA, não está incluída na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual.

A questão levantada pelo autuado, de que não errou ao determinar a base de cálculo, pois não incluiu na mesma o desconto incondicional, não está em discussão neste processo, pois não foi objeto da infração, motivo pelo qual não merece ser apreciada.

De acordo com o art. 515-B do RICMS/97, o imposto relativo à operação própria nas saídas internas ou interestaduais de AEHC ou de álcool não destinado ao uso automotivo, transportado a

granel, será recolhido no momento da saída das mercadorias.

Compulsando-se os documentos dos autos, verifica-se que, de fato, o supracitado comando regulamentar não foi obedecido, na medida em que o imposto referente às operações próprias, destacado nos documentos fiscais, não foi pago.

Não se pode cogitar a pretendida compensação com valores já pagos (abatimento de créditos relativos a quantias antes recolhidas), pois o Auto de Infração é de “*trânsito de mercadorias*”, versa sobre operações pontuais e não há provas no processo de que o autuado possui autorização administrativa ou judicial para recolhimento posterior.

O tributo devido por substituição não se exige no presente lançamento. Não há erro na determinação da base de cálculo, como argumentou o impugnante, já que a quantia lançada no Auto de Infração é tão somente aquela registrada nos campos “*Valor do ICMS*” dos DANFES.

O pedido de exclusão de multa e acréscimos legais não pode ser conhecido nem deliberado por este órgão julgador, por falta de atribuição legal para tanto.

Infração caracterizada.

Ante o exposto, 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 **232278.0002/10-6**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 58.311,00**, 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 novembro de 2011.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIM - JULGADOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR