

A. I. Nº - 210663.0008/09-0
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.
AUTUANTE - LUIZ FERNANDO ALMEIDA CARDOSO
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 21.03.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº0062-04/12

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 05/12/2009, exige ICMS no valor de R\$ 11.286,00, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, 'e' da Lei 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 DANFES (documentos auxiliares de notas fiscais eletrônicas) 20.732, 20.733, 20.742 e 20.743). O Termo de Apreensão e Ocorrências número 124198.0045/09-1 foi juntado às fls. 05 e 06.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 17 a 21.

Assevera que a autuação não merece subsistir, de vez que não houve infração à legislação tributária. 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, no seu entendimento, que houve um erro na apuração do ICMS por substituição quando da lavratura do Auto de Infração, pois o fisco levou em conta, para fixar a base de cálculo, tanto o quanto devido nas operações próprias, como o quanto 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 minoração da arrecadação tributária.

Transcrevendo decisão do STJ, afirma que, a seu ver, outro erro do autuante foi tomar por base uma pauta fiscal fictícia, cujos valores estão muito além dos praticados no comércio de combustíveis no Brasil. Enquanto a mercadoria chega a ser distribuída a R\$ 0,91 por litro, por exemplo, o Estado presume que será vendida ao consumidor no patamar de R\$ 2,00, e por isso requer revisão fiscal, para que seja refeita a quantificação do débito.

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. 34 a 37.

Rebate as argumentações defensivas, afirmando que a mercadoria transitava apenas com o documento de arrecadação estadual referente ao imposto 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 quê 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 07 de dezembro de 2010, a 4ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal - decidiu converter o processo em diligência à INFAZ de origem, para que fossem adotadas as seguintes providências (fl. 42):

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 (fls. 44 e 45), o autuado se manifesta às fls. 49 a 54, onde afirma que, ao exigir o recolhimento do ICMS próprio, o fisco obsta o seu direito de compensar créditos, o que afronta o princípio da não cumulatividade (art. 155, parágrafo 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 os arts. 28 e 29 da Lei 7.014/96, juntamente com 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 quê 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.

Novamente, com fundamento no art. 159 do RPAF/BA, pleiteia a exclusão da multa e dos “*juros imputados*”. Subsidiariamente, pede o abatimento de créditos relativos a valores já recolhidos, e conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal às fls. 63 a 68, afirmando que os trabalhos de fiscalização foram efetuados com base no Protocolo ICMS 17/2004 e no art. 515-B do RICMS/97.

As mercadorias transitavam sem comprovantes de pagamento do imposto próprio e o sujeito passivo, conforme destaca, não possui autorização para recolher até o dia 15 do período seguinte. A base de cálculo foi constituída de acordo com os documentos apresentados pelo próprio fiscalizado, enquanto a multa é aquela prevista na legislação para o ilícito constatado.

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 fundamentam 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 da acusação e 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. 07 a 10, emitidos pelo próprio autuado, pelo quê não cabe aventar nulidade por desconhecimento de alíquota ou base de cálculo.

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, 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 auxiliares de notas fiscais eletrônicas, 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, uma vez que

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 no campo “*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 **210663.0008/09-0**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 11.286,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, ‘e’ da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de março de 2012.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR