

PROCESSO - A. I. Nº 128938.0015/09-4
RECORRENTE - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0250-04/11
ORIGEM - IFMT – DAT/NORTE
INTERNET - 15/03/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0032-12/13

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário que impugnou a Decisão da 4ª Junta Julgamento Fiscal, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 04/12/09, onde se exigiu 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. No entanto, 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”.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal exarou a seguinte Decisão:

“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 impetrhou 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.”

O autuado, ora recorrente, inconformado com a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, interpôs Recurso Voluntário, onde requereu a reforma do acórdão, reconhecendo sua ilegalidade, e caso assim não entenda, que seja cobrado o tributo excluído a multa e juros ora atribuídos.

O recorrente esclareceu que em contradição com o colocado pela Junta, entende que a majoração do ICMS-ST influencia diretamente no cálculo do ICMS devido por operação própria, tendo em vista que a base de cálculo do primeiro é oriunda da diferença entre o valor da pauta fiscal e a base de cálculo do segundo. Nesse sentido, aduziu que os valores lançados a título do ICMS na escrita fiscal não traz o real valor das vendas realizadas, uma vez que as normas de cobranças instituídas pela SEFAZ/BA utilizam o valor presumido para apuração da base de cálculo do ICMS, mediante instrumento de pauta fiscal.

Registrhou que o instrumento supracitado para realização da apuração da base de cálculo do ICMS é inconstitucional e ilegal, usando-o mesmo ainda que se saiba que o valor para a incidência do referido imposto tem por base o preço da nota fiscal de venda ou a aplicação da margem de valor agregado (MVA) sobre o preço da nota fiscal de compra da mercadoria. Ressaltou que não há nenhum respaldo legal relativo ao uso da pauta fiscal, nos termos da Súmula 431 do STJ, não obstante, que nem mesmo o Estado da Bahia possui lei que a estabeleça como definidora de base de cálculo.

De acordo com a peça recursal não foi incluído na base de cálculo do tributo o desconto incondicional, uma vez que o sistema de registro contábil do Fisco, qual seja, o programa de emissão de nota fiscal eletrônica, impede que sejam lançados descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS, fazendo com que não ocorra a diminuição da base de calculo do ICMS e, consequentemente, a diminuição da arrecadação tributária.

Arguiu, além do que já exposto, sobre a exigência de credenciamento junto à COPEC para que se recolha o referido imposto no prazo legal. Aduziu que ao exigir que o ICMS seja recolhido no momento da saída da mercadoria ocorre afronta ao princípio constitucional da não-cumulatividade, adotado também pelo RICMS/BA em seu art. 114, pois impede que o contribuinte proceda à compensação entre débitos e créditos.

Por fim, requereu o conhecimento do Recurso e seu provimento para que se reforme o Acórdão recorrido. Ainda, que caso assim não entenda, seja cobrado o referido tributo com a exclusão da multa e dos juros, uma vez que a ora recorrente sempre prezou a boa-fé.

Em seguida, os autos foram encaminhados para o Parecer opinativo da PGE/PROFIS. De acordo com o Parecer da i. Procuradora, Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, diante das divergências entre a

descrição da infração e a descrição dos fatos, o feito fora convertido em diligência e reaberto o trintídio legal ao autuado, lhe garantido a ampla defesa.

Arguiu que a legislação do Estado da Bahia prevê a exigência do imposto na situação do caso presente por antecipação, nos termos dos arts. 515-B e 126, IV do RICMS/BA. Ressaltou ainda, a possibilidade de adoção da pauta fiscal com base no inciso I do art. 515-B, bem como a previsibilidade da apuração da base de cálculo pertinente às operações internas com AEHC lastrada no Protocolo ICMS 17/2004, com valores estabelecidos na IN 34/2007.

Com relação ao pedido da exclusão de multa, salientou que o referido pedido deve ser dirigido à Câmara Superior do CONSEF, nos termos do art. 159 do regulamento do Processo Administrativo.

Por fim, entendeu que os argumentos do recorrente não são suficientes para modificar a Decisão recorrida, pelo qual opinou pelo conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Compulsando os autos, pude constatar que se trata de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, inconformado com a Decisão de 1º grau que julgou procedente o Auto de Infração, em epígrafe.

Cumpre-me, antes de mais nada, externar, de ofício, que foram cumpridas todas as formalidades legais, estando o processo administrativo fiscal em plena observância com os preceitos do RPAF/99. Não tendo havido violação a qualquer princípio jurídico, inclusive tendo sido concedido o direito a ampla defesa e ao contraditório.

O recorrente traz um argumento recursal de ter havido “*illegal*” determinação da base de cálculo para o lançamento de ofício guerreado, vez que não há nenhum amparo legal para a aplicação da pauta fiscal para este fim. Para tanto, se lastreia nos termos estabelecidos na Súmula nº 431 do STJ.

Acerca deste argumento que, em tese, mereceria guarida, o mesmo fica derrocado por não caber se falar em uso da pauta fiscal para determinação da base de cálculo ao caso em tela. O que se constata nos autos é que a determinação da base de cálculo se fundamentou nos próprios valores lançados nas Notas Fiscais que foram objetos da autuação, com base na análise dos referidos documentos fiscais, de emissão do próprio recorrente, acostados às fls. 07 a 09 e do demonstrativo de débito acostado à fl. 03 dos autos.

No mérito, reforma alguma merece a Decisão *a quo*, ficando combalida a tese recursal, por total falta de amparo legal diante dos documentos e fatos apurados nos autos.

Inclusive, descabe nesta análise qualquer apreço a possível erro ao se determinar a base de cálculo, por não se ter incluído na mesma o desconto incondicional, vez que esta matéria não está em voga, na medida em que não foi objeto da infração.

O lançamento de ofício em apreço está amparado no art. 515-B e 126, IV do RICMS/BA, pelo qual se exige o ICMS 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. Não havendo nos autos prova de ter havido este pagamento ou de haver autorização do COPEC para usufruir de pagamento do ICMS normal

Não existe no presente processo administrativo fiscal qualquer comprovação de que a determinação legal do pagamento do ICMS na saída do AEHC tivesse sido pago no prazo legal, aliás o próprio recorrente reconhece que não efetuou o pagamento por antecipação, como determina o dispositivo legal que regulamenta tal operação em foco.

Em relação ao pedido de exclusão da multa imputada, alinhando-me com o opinativo da nobre PGE/PROFIS, entendo que o mesmo deve ser dirigido à Câmara Superior do CONSEF, nos termos

do art. 159 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Por conseguinte, com base nos documentos acostados aos autos e na legislação aplicável entendo devido o lançamento de ofício em combate. Neste diapasão, voto para NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, de modo a julgar pela manutenção da Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **128983.0015/09-4**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)**, devendo ser intimado o recorrente 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, 27 de fevereiro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS