

PROCESSO - A. I. Nº 210413.0014/11-7
RECORRENTE - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0270-02/12
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 22/05/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0142-11/13

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. ICMS DESTACADO. ÁLCOOL HIDRATADO. OPERAÇÃO PRÓPRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Restou comprovado que, nas saídas internas de álcool etílico hidratado combustível transportado a granel, foi destacado o ICMS normal, referente à operação própria, porém não foi efetuado o recolhimento do imposto no prazo previsto no art. 515-B, do RICMS-BA. O contribuinte não possuía autorização para recolhimento do imposto em data posterior à saída das mercadorias. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versam os autos de Recurso Voluntário interposto em face do acórdão que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 17/09/2011 para exigir ICMS no valor de R\$20.691,00 por imputar a falta de recolhimento do imposto devido pela operação própria, exigindo-se ICMS no importe de R\$33.105,60 e multa de 60%.

A 2ª JF decidiu a lide esposando os seguintes fundamentos, *verbis*:

“O presente lançamento de ofício exige ICMS em razão da falta de recolhimento do imposto devido pela operação própria, conforme determina o Art. 515-B e art. 126 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6284/972.

Diferente do que alega o autuado, o mesmo não efetuou o recolhimento do ICMS das operações próprias, nas saídas de Álcool Carburante, conforme determina os Artigos 515-B e 126 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6284/97, combinado com o Protocolo 17/04, conforme indicado no Termo de Apreensão e Ocorrências sob nº 210413.0041/11-4 e o presente Auto de Infração.

Quanto à arguição de que a COPEC não forneceu a autorização para o recolhimento no dia 09 do mês subsequente às saídas, está prevista a sua competência para tanto, e uma vez não concedida tal autorização, caberia o pagamento nas saídas dos aludidos produtos, o que efetivamente, no presente caso, não ocorreu em relação ao imposto próprio.

Vale dizer que a alegação defensiva de ofensa ao princípio da não cumulatividade do ICMS, por não ter utilizado o crédito fiscal referente às etapas anteriores de circulação das mercadorias no momento de apuração do ICMS devido, não se sustenta, haja vista que os idôneos créditos escriturados são passíveis de utilização. Não está a se obstar a utilização dos créditos existentes. Ocorre que no presente caso o autuado deveria ter recolhido o imposto relativo aos aludidos produtos nas saídas dos mesmos, não havendo impedimento para que haja aproveitamento dos créditos lançados em seu conta corrente para deduzir das operações que sejam consignadas a débito ou mesmo utilizá-los das formas que o RICMS prevê.

No que alude a Liminar em Mandado de Segurança o sujeito passivo não apresenta nos autos a aludida Decisão ou qualquer indicativo de sua existência, não havendo elementos nos autos para acolhimento de tal pretensão.

Quanto à exclusão ou redução das multas e juros e dedução dos créditos relativos a operações anteriores não há competência dessa unidade fracionária do CONSEF, para tais providências.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

O autuado, inconformado, recorre do julgado, aduzindo que o Auto de Infração encontra-se impregnado de vício de inconstitucionalidade e, portanto, em hipótese alguma, poderia ter sido

julgado Procedente por este colendo Conselho de Fazenda. Descreve a infração imputada de uma suposta falta de recolhimento do ICMS o que, contudo, como diz, não subsiste na medida em que recolheu o referido imposto e tomou como base a diferença entre o valor do ICMS-ST e o valor da Pauta Fiscal.

Pontua que, primeiramente, é preciso que se frise que, a majoração do ICMS - Substituição influencia diretamente no cálculo do ICMS - próprio, pois a base de cálculo de um é oriundo da diferença entre o valor da Pauta Fiscal e a base de cálculo do outro e que assim é válida a discussão acerca da legalidade na cobrança do ICMS Substituição, pois se tratar de questão prejudicial em relação à cobrança do ICMS cobrado.

Diz que a Fazenda Pública Estadual se valeu do valor presumido da mercadoria para a imposição de base de cálculo do ICMS, utilizando o instrumento de Pauta Fiscal, mesmo quando é sabido que o valor para a incidência do referido imposto deveria ser baseado no da nota e que tal instrumento não encontra nenhum respaldo legal, haja vista que nem mesmo o Estado da Bahia possui lei que promova a Pauta Fiscal como definidora de base de cálculo de ICMS.

Destaca que o regime de pautas fiscais para definição da base de cálculo do ICMS jamais poderia ter sido estabelecido por ato normativo infralegal, e que a Carta Magna determina que somente lei complementar pode versar acerca de base de cálculo, tudo como se extrai do art. 146, III, "a", que reproduz, e ainda a súmula do STJ.

Defende que, a despeito da definição da base de cálculo do imposto cobrado na presente autuação conter vício de ilegalidade, ainda há uma Pauta Fiscal absurdamente incoerente com a realidade, uma vez que foi arbitrado pelo Fisco o valor de R\$2,00 por litro de álcool, quando é sabido que adquire a mercadoria no valor de R\$0,91.

Indaga como se pode impor uma margem presumida superior a 100% para fins de Pauta Fiscal e que somente se pode inferir, nesse caso, que tal majoração se deu com a finalidade de aumentar a arrecadação, o que torna, portanto, o instrumento em comento nulo.

Ressalta, ainda, que não houve qualquer erro na determinação da base de cálculo e que declarou os valores conforme a legislação pátria, ou seja, não utilizando o valor de Pauta Fiscal (por ser evidentemente ilegal), tendo utilizado conforme se pode concluir a seguir, dos descontos incondicionais para serem abatidos dos valores a serem recolhidos, conforme autorizado pelo nosso ordenamento, e não incluindo tais descontos base de cálculo do ICMS.

Enfatiza o fato de que não foi incluído na base de cálculo do tributo o desconto incondicional, porque simplesmente preencheu os campos das notas fiscais e o próprio *software* do Estado da Bahia gerou o cálculo e que para que seja verificado 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, conseqüentemente, a diminuição da arrecadação tributária, ou seja, o próprio 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.

Reporta-se ao Auto de Infração para dizer que não realizou o recolhimento do ICMS normal em suas operações próprias com Alcool Hidratado Carburante por motivo do contribuinte não possuir autorização da COPEC. E que lhe parece descabido a Fazenda Estadual exigir do contribuinte a obtenção de uma autorização junto à própria Fazenda, para cumprir suas obrigações fiscais de maneira normal.

E que ao assim exigir, ou seja, o recolhimento do valor relativo ao ICMS próprio no momento da saída da mercadoria, o Fisco lhe impede de exercer o seu direito de compensar créditos e débitos, lógica decorrente do princípio – consagrado em toda a legislação pátria - da não cumulatividade.

Faz menção ao princípio da não cumulatividade, de que todo o ICMS incidente nas etapas anteriores deve ser utilizado como crédito no momento de apuração do ICMS por ela devido e que tanto o ICMS próprio da Usina/Refinaria, como parte do ICMS devido que são recolhidos no momento da compra da mercadoria perante a Usina/Refinaria, devem ser compensados quando do recolhimento do ICMS por parte dela, o que se faz necessário que se proceda ao encontro de contas entre créditos e débitos, o que é feito mês a mês em seus livros fiscais e em seus balanços financeiros.

Acrescenta que, no momento em que o Fisco lhe exige que o ICMS próprio que seja recolhido quando da saída da mercadoria (e que a alíquota seja calculada sobre o preço constante na nota fiscal, por consequência), é impossível obedecer ao princípio da não cumulatividade para que sejam compensados débitos com créditos, uma vez que o valor constante da nota fiscal não leva em consideração os créditos de ICMS dos quais a empresa dispõe e os quais serão compensados no final do mês com o ICMS devido por ela, mas tão somente o preço “cheio” de seu produto, sem qualquer desconto a título de não cumulatividade. Em seguida, faz alusão aos artigos 28 e 29 da Lei Estadual do ICMS (Lei Estadual nº 7.014/96) que transcreveu, como também o art. 114 do RICMS-BA.

E que, desse modo, é de se concluir que, até mesmo a Legislação Estadual dispõe acerca da não cumulatividade do ICMS, o que leva à afirmação de ser ilegal a restrição do Fisco no que concerne ao recolhimento prévio do ICMS próprio, e fere um direito subjetivo do contribuinte decorrente do princípio da não cumulatividade previsto, também, no art. 155, § 2º, inciso I, da CF.

Alega que atendeu às exigências do Fisco, tendo providenciado o requerimento no sentido de obter a autorização para recolher o ICMS no mês seguinte à ocorrência do fato gerador, conforme previsto no art. 515-B do Regulamento do Imposto sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte intermunicipal e interestadual e comunicação (RICMS), mas a COPEC não se manifestou positivamente acerca do pedido de autorização, o que lhe causou diversos transtornos e atrasos no cumprimento das obrigações avençadas com os seus clientes.

Por tal motivo, menciona que impetrou Mandado de Segurança com pedido de Medida Liminar, tombado sob o número 0108869-59.2011.805.0001, em trâmite na 3ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA, 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, tendo-lhe sido concedida a Medida Liminar para recolher o ICMS devido no início do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador, e não no momento de saída de suas mercadorias, como lhe é de direito.

Adiante, afirma que não se pode olvidar que a retro mencionada autorização é decorrente de uma previsão regulamentar, ou seja, infralegal, a qual, arbitrariamente e sem qualquer respaldo jurídico, determinou que os contribuintes que comercializassem álcool hidratado precisariam de uma autorização de um órgão da própria Secretaria da Fazenda (COPEC) para que pudessem recolher o ICMS no mês subsequente ao da saída das mercadorias e que uma norma infralegal (RICMS) jamais poderia ceifar direito do contribuinte previsto em lei e no próprio RICMS.

Mas que, os contribuintes distribuidores de álcool hidratado na Bahia precisam obter uma “autorização” do COPEC para que seja possível efetuar o recolhimento do ICMS no mês subsequente, o que disse obstacularizar completamente a fruição do direito decorrente do princípio da não cumulatividade, por ser impossível se proceder ao encontro de débitos e créditos de ICMS se o imposto for cobrado cada vez que ocorra uma saída de mercadoria.

Postula, à luz do art. 159, §1º, inciso II e/ou III do RPAF, para requerer a Câmara Superior do CONSEF a dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de equidade.

Roga pela exclusão da multa e dos juros imputados face à sua evidente boa-fé, que sempre procurou registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante o Estado da Bahia.

Por fim, requer a reforma da Decisão para que o Auto de Infração seja julgado Improcedente.

Subsidiariamente, caso se entenda pela manutenção da autuação, requer ainda o abatimento dos créditos decorrentes do ICMS Normal já recolhido nas operações anteriores, bem como as multas e os consectários da mora, tendo em vista a evidente boa fé, como alegou que sempre procurou demonstrar o recorrente.

A PGE-PROFIS não foi instada a proferir Parecer.

VOTO

O Auto de Infração consiste na imputação de que o Recorrente não recolheu o ICMS devido nas operações próprias quando da saída de 55.000 litros de álcool carburante acobertados pelos DANFEs nºs 20488, 20485, 20484, 20505, 20489, 20507, 20479 e 20480 destinados a diversas empresas.

Consta, ainda, que o contribuinte não estava autorizado pela COPEC para recolher o imposto em prazo posterior, tendo sido autuado quando da passagem pelo Posto Fiscal Honorato Viana, localizado no município de Candeias-BA.

A imputação, pois, tem como base legal o art. 515-B, II combinado com o § 2º do RICMS-BA, cujo parágrafo segundo determina que, quando da saída de mercadoria, esta deve ser transportada e acobertada pelo documento fiscal com número de autenticação bancária do documento de arrecadação que deverá ser indicado no campo “dados adicionais” da nota fiscal de saída e o número desta no campo “informações complementares” do respectivo documento de arrecadação.

Consoante supra relatado no longo arrazoado recursal declinado às fls. 65 a 73, o sujeito passivo contesta a antecipação do ICMS, bem como a necessidade de obtenção da autorização da COPEC e, ainda, que o princípio da não cumulatividade estaria sendo maculado ao ser exigido que o ICMS próprio seja recolhido quando da saída da mercadoria e com a alíquota calculada sobre o preço constante na nota fiscal, já que o valor nela constante não considera os créditos do imposto que dispõe, que cabem ser compensados no final do mês com o ICMS devido, considerando, apenas, o preço “cheio” de seu produto com base em Pauta Fiscal desgarrada do valor real.

Primeiramente, devo consignar tal como o fez a JJF que, em que pese o recorrente mencionar expressamente o ajuizamento de ação mandamental com concessão de Decisão liminar, todavia, não coligiu aos autos qualquer documento a esse respeito, tendo, portanto, se limitado a alegar, mas sem nada provar, alegação essa que não tem como repercutir efeitos sobre este PAF por ausência de peça comprobatória respectiva.

Em segundo plano, é cediça a legalidade do ICMS-ST e necessidade de prévia autorização da COPEC para que o pagamento seja em data posterior ao da saída da mercadoria, ou seja, no início do mês seguinte e não no momento da saída da mercadoria conforme disposições contidos no RICMS-BA, sendo esta CJF incompetente para apreciar e deliberar sobre a alegada inconstitucionalidade. Além do que, como vale acentuar, o autuante se valeu dos preceitos normativos vigentes na legislação tributária baiana para lavrar a autuação. Logo, razão não assiste ao recorrente, neste sentido.

No que toca à alegação de que a Pauta Fiscal utilizada para cálculo da base fiscal é ilegal e que esta matéria encontra-se pacificada através da Súmula 431 do STJ, devo salientar que é pertinente a sua arguição, eis que se verifica facilmente que o preposto fiscal se lastreou não no valor de Pauta Fiscal, mas sim o preço real - e não o presumido - extraído das notas fiscais de fls. 13 a 20, motivo pelo qual desacolho as razões recursais para declarar a procedência da autuação, mantendo a Decisão recorrida na integralidade.

No que tange à dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, trata-se de matéria de competência da Câmara Superior do CONSEF à vista do art. 159, §1º, inciso II e/ou III do RPAF, a quem cabe ser dirigido o pleito ao apelo de equidade.

Do exposto voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **210413.0014/11-7**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$20.691,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de abril de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA - RELATORA

ROSANA JEZLER GALVÃO - REPR. DA PGE/PROFIS