

A. I. N° - 232267.0013/09-0
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.
AUTUANTE - NILSON DE ABREU SANTA RITTA
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 17. 11. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0330-01/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA E ADICIONAL DO ICMS PARA O FUNDO DE POBREZA. ÁLCOOL ETÍLICO HIDRATADO CARBURANTE (AEHC). FALTA DE PAGAMENTO RELATIVO ÀS SAÍDAS INTERNAS. A legislação tributária determina o pagamento do ICMS referente à antecipação tributária da operação própria destacado no documento fiscal, nas operações internas com álcool etílico hidratado combustível. O documento de arrecadação devidamente quitado deve acompanhar as mercadorias durante a circulação destas. O sujeito passivo não faz prova do pagamento antecipado do ICMS relativo às operações próprias. Retificado, de ofício, o enquadramento da multa indicada no Auto de Infração para a prevista no art. 42, II, “f” da Lei n° 7.014/96. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 23/01/2010, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$46.915,75, acrescido da multa de 50%, em razão de o sujeito passivo ter deixado de recolher o imposto devido pela operação própria. Na “Descrição dos Fatos” consta que trata-se da falta de recolhimento, no prazo regulamentar, do ICMS sobre a operação própria, referente à venda de álcool hidratado carburante, transportado a granel, no total de 125.000 litros, conforme DANFES de nºs 22.836, 22.837, 22.847, 22.848, 22.849, 22.851, 22.852, 22.862, 22.863, 22.865, 22.894, 22.906, 22.908, 22.909, 22.918, 22.919 e 22.922.”

Consta, de igual modo, no Termo de Apreensão e Ocorrências n° 210943.0003/10-3 às fls. 04/05, que a irregularidade verificada se referiu à falta de recolhimento, no prazo regulamentar, do ICMS relativo à operação própria nas vendas de álcool hidratado carburante.

O sujeito passivo apresentou impugnação às fls. 29 a 33, ressaltando que a acusação de que houve falta de recolhimento do imposto devido pela operação própria, em razão de não possuir autorização da COPEC “para gozo do recolhimento em prazo especial”, é uma contradição, haja vista que não existe uma determinação para recolhimento do tributo no início do mês subsequente à ocorrência do fato gerador, por se tratar do prazo normalmente aplicado aos contribuintes do ICMS.

Salienta que ao exigir que o impugnante recolha o imposto relativo à operação própria no momento da saída, o fisco o impede de exercer o direito de compensar créditos e débitos, mediante a efetivação do princípio da não-cumulatividade, segundo o qual todo o ICMS incidente nas etapas anteriores deve ser utilizado como crédito no momento da apuração do imposto devido. Deste modo, tanto o ICMS próprio da usina/refinaria, como parte do tributo devido pelo impugnante, que são recolhidos no momento da compra da mercadoria, devem ser compensados quando do recolhimento do ICMS pelo impugnante.

Afirma que, para tanto, precisa realizar o encontro de contas entre crês e débs em seus livros fiscais. Porém, como o fisco exige que o i de saída da mercadoria, e com base no preço constante na nota fiscal

princípio da não-cumulatividade, uma vez que não são considerados os créditos que dispõe, mas apenas o preço “cheio” do produto. Para tanto, faz uso dos artigos 28 e 29 da Lei nº 7.014/96, e do art. 114 do RICMS/BA, que dispõem sobre a não-cumulatividade do ICMS.

Aduz que mesmo considerando que a restrição agride o seu direito, previsto no art. 155, § 2º, inciso I da Constituição Federal, atendendo as exigências da fiscalização, em 01/12/2009 requereu a autorização para recolher o tributo no mês seguinte à ocorrência dos fatos geradores, conforme previsão do art. 515-B do RICMS/BA, entretanto a COPEC não se manifestou acerca do pedido, causando-lhe transtornos no cumprimento das obrigações formalizadas com seus clientes.

Assim, por entender serem ilegais e arbitrárias as exigências de recolhimento prévio do ICMS próprio, por ofender o seu direito, e diante da omissão da COPEC em conceder a referida “autorização”, impetrou, em 05/02/2010, mandado de segurança com pedido de medida liminar, objetivando obter a autorização da COPEC. Frisa que em 10/02/2010 foi concedida a medida liminar, autorizando-o a recolher o ICMS devido no início do mês seguinte (até o dia 09) à ocorrência do fato gerador e não no momento da saída das mercadorias.

Ressalta que tendo em vista a ilegalidade da restrição imposta pelo fisco, o que foi confirmado em juízo, a autuação torna-se absolutamente improcedente.

Transcreve o art. 159, § 1º incisos II e III do RPAF/BA, argumentando que caso se entenda pela manutenção da infração, que a multa e os juros sejam excluídos, tendo em vista a sua evidente boa-fé, sempre registrando e declarando adequadamente seus débitos perante o Estado da Bahia.

Requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante prestou Informação Fiscal às fls. 86 a 88, ressaltando que a exigência fiscal decorreu da constatação de que a mercadoria (álcool carburante) foi despachada com a devida retenção do ICMS por substituição tributária, porém sem o recolhimento tempestivo do imposto relativo às operações próprias, conforme determina o art. 515-B do RICMS/BA.

Salienta que a legislação que trata do recolhimento do ICMS referente às operações com álcool etílico hidratado carburante (AEHC) é clara quando enuncia as regras a serem seguidas pelos contribuintes, sendo que o art. 515-B do RICMS/BA determina que o recolhimento do ICMS relativo às operações próprias deve ser feito no momento da saída do produto, enquanto que no inciso II consta que, no trânsito, a mercadoria deve ser acompanhada do DAE referente a esta operação. No presente caso, a mercadoria estava transitando sem o DAE referente à operação própria, estando apenas com o DAE referente à substituição tributária, que não foi objeto da autuação.

Ressalta que o impugnante não possui o benefício previsto no § 1º do art. 515-B do RICMS/BA, para o recolhimento até o dia 15 do mês subsequente ao das operações, haja vista que não dispõe de autorização do Diretor da DAT/SEFAZ, após parecer da COPEC (Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis), o que caracteriza a infração ao dispositivo mencionado.

Salienta que embora as mercadorias sujeitas à antecipação tributária tenham tratamento diferenciado em relação às demais, o contribuinte não deixa de utilizar os seus créditos, não havendo o que se falar em cumulatividade na exigência tributária. Acrescenta inexistir a sugerida ilegalidade na cobrança antecipada do ICMS relativo às operações próprias, haja vista que está legalmente prevista, conforme acima demonstrado.

Realça que o fato de a COPEC não ter se pronunciado a respeito do pleito pela concessão do prazo especial de recolhimento, não autoriza o contribuinte a realizar operações de forma contrária àquela prevista nos dispositivos legais. E quanto à liminar, que o autuado alega ter sido expedida em 10/02/2010, observa que teria ocorrido após a lavratura do Auto de Infração.

Quanto ao pedido de dispensa ou de redução da multa, ressalta que de acordo com o art. 159 do RPAF/99, o contribuinte deixou de cumprir as normas previstas no RICMS/BA por conta e risco próprios.

Tendo em vista que o impugnante não apresentou razões que invalidem a ação fiscal e considerando que o Auto de Infração está respaldado nos ditames legais, sugere que a autuação seja julgada totalmente procedente.

VOTO

Observo que a autuação diz respeito à exigência de ICMS decorrente de apreensão de 125.000 litros de AEHC (álcool etílico hidratado carburante), que se encontrava em trânsito, sem o devido pagamento do imposto referente à operação própria, apesar de destacado nos documentos fiscais. De acordo com os DANFES (documentos auxiliares da nota fiscal eletrônica) objeto da autuação, o contribuinte efetuou o destaque do ICMS referente à operação própria, porém não efetuou o pagamento antecipado a que estava obrigado, e nem apresentou os comprovantes de recolhimento no momento da ação fiscal, e nem junto à sua peça de defesa.

Ressalto que as disposições do Convênio ICMS 110/07, que revogou o Convênio ICMS 03/99, que dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes derivados ou não de petróleo, se encontram disciplinadas nos artigos 512-A e 512-B do RICMS/BA. Já as operações próprias nas saídas internas ou interestaduais com álcool etílico hidratado combustível são tratadas de forma específica nos artigos 515-A a 515-H, normas incorporadas ao Regulamento de ICMS do Estado da Bahia a partir do Protocolo ICMS 17/04.

Deste modo o ICMS relativo às operações próprias aqui sob análise, e que deve ser recolhido no momento da saída, é o que está sendo exigido no Auto de Infração em lide, caso em que no cálculo do imposto deve-se tomar por base o valor da operação ou o valor estabelecido em pauta fiscal (o que for maior), aplicando-se a alíquota de 19% (17% + 2%), nas operações de saídas de AEHC. O imposto correspondente aos dois pontos percentuais adicionais deverá ser efetuado em conta corrente específica vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, na forma prevista em ato do Secretário da Fazenda (art. 51, I e 51-A, § 1º, RICMS BA).

Ressalto descaber a alegação defensiva de que a exigência de recolhimento do imposto relativo à operação própria no momento da saída iria de encontro ao princípio da não-cumulatividade, haja vista que trata-se de procedimento legalmente previsto na legislação tributária deste Estado, conforme delineado acima, fato este que não impede o contribuinte de realizar a compensação do tributo a que tem direito, ao efetuar o lançamento dos créditos e dos débitos por meio do regime normal de apuração do ICMS devido ao final de cada período. Mesmo porque a apropriação do crédito fiscal é realizada mediante registro nos livros fiscais próprios, obedecendo à legislação pertinente, não havendo o que se falar em violação ao princípio da não cumulatividade.

Ademais, como o autuado se refere a distribuidor de combustíveis, como tal definido pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Bio-combustíveis – ANP, poderia afastar a obrigatoriedade do pagamento antecipado do imposto devido pelas operações próprias, isto é, efetivando o pagamento em um momento posterior, até o 9º dia do mês subsequente ao da saída dos produtos, se atendesse às condições necessárias à liberação de autorização por parte do Diretor de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda, após parecer exarado pela Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis (COPEC), conforme previsto no art. 515-A, § 2º do RICMS BA, o que de fato não ocorreu.

Por essa razão, o pagamento deveria ter sido realizado antes da saída das mercadorias do seu estabelecimento, com os documentos que acobertavam a carga transportada devendo se fazer acompanhar dos respectivos DAES, devidamente quitados, com os números das autenticações bancárias sendo indicados nas notas fiscais, providências não adotadas pelo contribuinte.

Noto que o autuado argumentou que impetrara mandado de segurança e que 10/02/2010 fora concedida a medida liminar, autorizando-o a recolher o ICMS relativo às operações próprias até o dia 09 do mês seguinte à ocorrência do fato gerador e não no momento; entretanto, além de não ter trazido aos autos nenhuma prova material

mesmo que fosse comprovada, a decisão judicial não poderia ter qualquer efeito prático no presente caso, desde quando o Auto de Infração foi lavrado em 23/01/2010, portanto em data anterior.

Quanto ao pedido de exclusão das multas e juros, consigno que não pode ser apreciado em primeira instância, haja vista que a competência para tanto, no que se refere à multa, é da Câmara Superior do CONSEF, a quem o pedido pode ser encaminhado, acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos nos termos do art. 159, § 1º do RPAF/BA. No que concerne aos juros, não existe previsão para a sua exclusão.

Observo, por outro lado, que a multa sugerida de 50%, baseada na alínea “a” do inciso I do art. 42 da Lei nº 7.014/96 não é a indicada para o presente caso, uma vez que a tipificação correta é aquela verificada na alínea “f” do inciso II do mesmo artigo e Lei, tendo em vista que se trata de “*hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo*”, razão pela qual retifico, de ofício, a multa aplicada.

Diante do exposto, restando comprovado que o autuado não efetuou o pagamento do ICMS referente à operação própria destacado nos respectivos documentos fiscais, considero a infração subsistente e voto pela procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº.232267.0013/09-0**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$46.915,75**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de outubro de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR