

A. I. N° - 210413.0012/10-6
AUTUADO - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - JOSENILTON DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 02.12.2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0361-01/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERNAS COM AEHC. SAÍDAS DO ESTABELECIMENTO DISTRIBUIDOR. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A legislação do ICMS exige do autuado o pagamento antecipado do imposto referente à operação própria destacado no respectivo documento fiscal, nas operações internas com álcool etílico hidratado combustível. O documento de arrecadação devidamente quitado deve acompanhar as mercadorias na respectiva circulação. O sujeito passivo não faz prova das alegações 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 nº 7.014/96. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 19/03/2010, exige ICMS no valor de R\$ 9.357,50, acrescido de multa de 50%, em decorrência de falta de recolhimento do imposto devido pela operação própria. Consta na “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração que se refere à falta de recolhimento do ICMS referente aos DANFES 2302, 2303, 2304 e 2285, não possuindo o contribuinte autorização da COTEP [COPEC], para prorrogação de prazo.

O autuado apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 18 a 22, afirmando que o Auto de Infração não merece subsistir, conforme diz será demonstrado.

Alega que o Fisco ao exigir que o valor relativo ao ICMS próprio no momento da saída da mercadoria, impede-o de exercer o seu direito de compensar créditos e débitos mediante a efetivação do princípio da não cumulatividade. Diz que, em razão do princípio da não cumulatividade, todo o ICMS incidente nas etapas anteriores deve ser utilizado como crédito no momento de apuração do ICMS devido, deste modo, 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 efetua o recolhimento do ICMS.

Observa que, para que seja possível a utilização do ICMS creditado, é necessário que 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 exige que o ICMS próprio 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 se compense débitos com créditos, uma vez que o valor constante consideração os créditos de ICMS dos quais a empresa dispõe e os qua

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.

Invoca e transcreve os artigos 28 e 29 da Lei nº 7.014/96, assim como, o art. 114 do RICMS/BA, afirmando que a própria Legislação Estadual dispõe sobre a não cumulatividade do ICMS sendo, portanto, ilegal a restrição do Fisco no que se refere ao recolhimento prévio do ICMS próprio.

Prosseguindo, diz que, mesmo entendendo ser absurda tal restrição, uma vez que esta agride um direito subjetivo do contribuinte decorrente do princípio da não cumulatividade previsto, também, no art. 155, § 2º, inciso I, da CF, atendendo às exigências do Fisco, providenciou 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 RICMS/BA. Acrescenta que, apesar disso, a COPEC se manteve inerte e não se manifestou acerca do pedido de autorização formulado em 02/12/2009, o que lhe causou diversos transtornos e atrasos no cumprimento das obrigações avençadas com os seus clientes.

Registra que, por entender serem ilegais e arbitrárias as exigências de recolhimento prévio do ICMS próprio, por ofender o seu direito líquido e certo à compensação de débitos de ICMS com os valores já recolhidos em operações anteriores, e, diante da omissão da COPEC em conceder a referida “autorização”, impetrou Mandado de Segurança com pedido de Medida Liminar, tombado sob o número 0030982-33.2010.805.0001, atualmente em trâmite na 10ª 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 das mercadorias.

Consigna que, em resposta ao pleito, foi concedida a Medida Liminar no sentido de autorizá-la a recolher o ICMS por ela devido no início do mês seguinte, isto é, até o 9º dia à ocorrência do fato gerador, e não no momento de saída de suas mercadorias, como lhe é de direito.

Frisa que não se pode olvidar que a autorização acima referida decorre 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, no caso, a COPEC, para que pudessem recolher o ICMS no mês subsequente ao da saída das mercadorias.

Salienta que uma norma infralegal, no caso, o RICMS, jamais poderia tolher o direito do contribuinte previsto em lei e no próprio RICMS. Contudo, é o que ocorre com os contribuintes distribuidores de álcool hidratado na Bahia, pois a necessidade de obtenção de uma “autorização” do COPEC para que seja possível efetuar o recolhimento do ICMS no mês subsequente inviabiliza completamente a fruição do direito decorrente do princípio da não cumulatividade, pois reitera ser impossível proceder ao encontro de débitos e créditos de ICMS se o imposto for exigido cada vez que ocorra uma saída de mercadoria.

Diz que, desta forma, diante da ilegalidade da restrição imposta pelo Fisco no que se refere ao recolhimento prévio do ICMS, posteriormente confirmada em juízo pela decisão liminar favorável aos seus interesses, a presente autuação mostra-se absolutamente improcedente.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Na informação fiscal prestada pelo autuante (fls.106 a 109), este diz que o autuado transportava 25.000 litros de álcool hidratado, acobertados pelos DANFES nºs 2302, 2303, 2304 e 2285, com a devida substituição do ICMS, contudo, sem o recolhimento tempestivo do imposto relativo às operações próprias, conforme previsto no art. 515-B do RICMS e Protocolo 17/04. Acrescenta que, por esta razão, emitiu o Termo de Apreensão nº 210413.0012/10-6 e, conseqüentemente, o Auto de Infração, por ofensa ao art. 353, II do RICMS/BA e imposição da multa prevista no art. 42 inciso II “e” da Lei 7.014/96.

Prosseguindo, reproduz a legislação pertinente ao fato e frisa que o art. 515-B faz menção expressa ao recolhimento antecipado do ICMS das operações próprias, no momento da saída de AEHC, além de se fazer acompanhar do respectivo DAE. Assevera que, no presente caso, a mercadoria estava acompanhada somente do DAE relativo à substituição tributária. Ressalta que o autuado não possui o benefício do art. 126, IV do RICMS, para recolhimento do imposto no dia 15 do mês subsequente.

Rechaça as alegações defensivas, afirmando que a exigência fiscal recai sobre o ICMS das operações normais e não aquele relativo à substituição tributária. Diz, ainda, que é de conhecimento do autuado a autorização da COPEC para o pagamento do tributo no prazo normal. Com relação à base de cálculo, esclarece que utilizou a mesma existente nos DANFES, sendo que, a multa imposta é a prevista na lei para a infração cometida.

Conclui mantendo integralmente o Auto de Infração.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre a exigência de ICMS, decorrente de apreensão de 25.000 litros de álcool etílico hidratado carburante – AEHC, em trânsito, sem o devido pagamento do ICMS referente à operação própria destacado nos respectivos documentos fiscais.

Inicialmente, com relação à alegação defensiva de existência de liminar concedida em Mandado de Segurança, para que o Fisco se abstinha de exigir o imposto no momento da saída, verifico que inexiste nos autos qualquer elemento de prova que confirme a sua alegação, motivo pelo qual não pode ser apreciada.

Da mesma forma, o argumento defensivo de existência de pedido formulado à COPEC em 02/12/2009, para autorização de recolhimento do imposto no prazo normal, isto é, até o nono dia do mês subsequente à saída da mercadoria, cuja decisão até o momento não teria sido proferida pela inércia daquele órgão, não tem nenhuma comprovação nos autos.

É certo que, ao exercer o seu direito de defesa, cabe ao contribuinte acostar a peça defensiva as provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, consoante determina o art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

No mérito da autuação, observo que no Estado da Bahia, as disposições do Convênio ICMS 110/07, que revogou o Convênio ICMS 03/99 e trata sobre o regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes derivados ou não de petróleo, estão 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 específicas nos artigos 515-A a 515-H, normas incorporadas ao Regulamento de ICMS do Estado a partir do Protocolo ICMS 17/04.

No presente caso, constato que a exigência fiscal diz respeito ao ICMS relativo às operações próprias nas saídas internas com álcool etílico hidratado combustível (AEHC), que deve ser recolhido no momento da saída do estabelecimento. Nessa situação, o imposto será calculado tomando-se por base o valor da operação ou o valor estabelecido em pauta fiscal (o que for maior), incidindo a alíquota de 19% (17% + 2%), nas operações de saídas de AEHC. O recolhimento do imposto correspondente aos dois pontos percentuais adicionais supra referido, 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).

O art. 515-B, II, do RICMS/BA determina que o imposto relativo à operação própria nas saídas internas de AEHC será recolhido no momento da sua saída e o DAE devidamente quitado deverá acompanhar a mercadoria na respectiva circulação, o que não se observa no presente caso.

Consigno que o autuado, na condição de distribuidor de combustível Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Bio-combustível

obrigatoriedade do pagamento antecipado do imposto devido pelas operações próprias, caso obtivesse para isso autorização da Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis - COPEC, conforme previsto no art. 515-A, § 2º do RICMS BA, o que de fato não ocorreu.

No que concerne à base de cálculo, constato que esta foi constituída pelo próprio autuado, cujos valores foram registrados nos próprios documentos fiscais, no caso, DANFES nº.s 2302, 2303, 2304 e 2285, tendo o autuante utilizado tais valores para exigência do imposto, conforme o Auto de Infração. Portanto, a apuração da base de cálculo do imposto exigido está em conformidade com a legislação tributária em vigor no Estado da Bahia.

No que concerne à multa de 50% indicada no Auto de Infração, prevista na alínea “a” do inciso I do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, constato que foi apontada erroneamente, haja vista que a penalidade correta aplicável no caso desta infração é de 60%, conforme previsto no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Assim sendo, retifico de ofício a multa aplicada para o percentual de 60%, conforme previsto no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Diante do exposto, restando comprovado que o autuado não efetuou o pagamento do ICMS referente à operação própria destacado nos respectivos documentos fiscais, considero subsistente a infração.

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 210413.0012/10-6, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.357,50**, 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, 24 de novembro de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR