

PROCESSO	- A. I. Nº 128857.0002/10-0
RECORRENTE	- PETRÓLEO DO VALE LTDA. (PETROVALLE)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0299-01/10
ORIGEM	- IFMT – DAT/METRO
INTERNET	- 08/07/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0174-11/11

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. ICMS DESTACADO. ÁLCOOL HIDRATADO. OPERAÇÃO PRÓPRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Restou comprovado que o contribuinte destacou ICMS nos documentos fiscais e não realizou o recolhimento do imposto 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. Afastadas as alegações de nulidade e de ilegalidade. Correta a retificação, de ofício, da multa indicada no Auto de Infração, para a prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 1ª JJF – através do Acórdão nº 0299-01/10 - que julgou Procedente o Auto de Infração acima epígrafado, lavrado pela Fiscalização de Trânsito de Mercadorias para imputar ao sujeito passivo a “falta de recolhimento do imposto devido pela operação própria”.

Em Primeira Instância, o Relator da JJF proferiu o seguinte voto pela Procedência da autuação, *in verbis*:

“Trata o Auto de Infração em epígrafe da falta de recolhimento do ICMS normal relativo à operação, nas saídas internas de 30.000 litros de AEHC, que estavam sendo transportados acobertados pelos DANFEs nºs 23242, 23243, 23244, 23032 e 23178, acostados às fls. 6 a 10 dos autos. Inicialmente, o autuado alegou a existência de contradição na descrição dos fatos. Contudo, essa alegação não procede, conforme passo a demonstrar. O ICMS devido em relação às operações e prestações realizadas pelos contribuintes em um determinado mês é recolhido, salvo as exceções expressas na legislação, no mês subsequente. Isso foi o que o autuante denominou de “prazo normal de recolhimento”. Todavia, nas operações de saída de AEHC o ICMS relativo à operação própria, por força do disposto no art. 515-B do RICMS-BA, deve ser recolhido no momento da saída da mercadoria, constituindo, portanto, em uma das exceções à regra. Para que os contribuintes possam usufruir dessa exceção prevista na legislação, é necessária a autorização da autoridade administrativa competente, nos termos do § 1º do art. 515-B do RICMS-BA. Assim, não vislumbro qualquer contradição na descrição dos fatos. O autuado também alega que a exigência do ICMS no momento da saída do AEHC viola o princípio da não cumulatividade e, dessa forma, incide em uma ilegalidade. Com o devido respeito, discordo dessa tese defensiva. A exigência do pagamento do ICMS normal no momento da operação de saída não viola o princípio da não cumulatividade, pois os créditos fiscais porventura existentes serão lançados nos livros fiscais próprios do autuado, conforme o regime de apuração do imposto que a ele seja aplicável. Caso o autuado apenas realize operações de saídas de AEHC, ele deverá verificar se está enquadrado em alguma das hipóteses regulamentares de acumulação de créditos fiscais. Dessa forma, não havendo a violação do princípio da não cumulatividade, também não há a ilegalidade arguida pelo autuado. Conforme está sobejamente comprovado nos autos, em especial no

Termo de Apreensão e Ocorrências e nos DANFEs acostados ao processo, o autuado efetuou operações de saídas de AEHC, destinado a diversos contribuintes, emitiu os documentos fiscais com destaque do imposto, porém não apresentou a comprovação do pagamento do ICMS devido em relação a suas operações próprias (ICMS Normal), infringindo, desse modo, o disposto no artigo 515-B do RICMS-BA, que assim dispõe:

Art. 515-B. 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, observando-se o seguinte:

[...]

II - o Documento de Arrecadação Estadual, devidamente quitado, deverá acompanhar a mercadoria na respectiva circulação;

III - o número de autenticação bancária do documento de arrecadação 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;

§ 1º Os contribuintes industriais poderão, mediante autorização do Diretor de Administração Tributária da região do domicílio fiscal do contribuinte, após Parecer técnico da COPEC, recolher o imposto relativo às operações internas até o 9º dia do mês subsequente ao da saída.

O dispositivo acima transcrito é de tal clareza que, sem grandes esforços interpretativos, somos levados a concluir que o ICMS Normal, operação própria, deve ser recolhido no momento da saída da mercadoria, salvo se o contribuinte possuir autorização do Diretor de Administração Tributária, após Parecer técnico da COPEC, para recolher o imposto relativo às operações internas até o 9º dia do mês subsequente ao da saída. Como no caso em comento não ficou demonstrado nem o pagamento do ICMS em questão e nem a existência de autorização para recolhimento do imposto em momento posterior, fica patente o acerto da ação fiscal. No que tange ao suposto pedido feito pelo autuado para recolhimento do ICMS em questão no prazo normal, saliento que o atendimento desse pedido depende de Parecer técnico da COPEC e, além disso, não há um prazo determinado para que o pleito seja atendido ou denegado. De ofício, ressalto que a multa correta para a infração que foi apurada é a prevista no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96, no percentual de 60%, pelo que fica retificada. Quanto ao pedido de dispensa da multa e dos acréscimos moratórios, o pleito defensivo não pode ser acatado por falta de previsão legal, uma vez que a dispensa de multa por descumprimento de obrigação principal – como é o caso em apreciação – é da competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, nos termos do art. 159 do RPAF/99. Caso seja do interesse do autuado, ele poderá requerer à Câmara Superior a dispensa de multa ao apelo da equidade, nos termos do art. 159 do RPAF/99, obedecidas às formalidades e condições ali previstas. Quanto ao alegado Mandado de Segurança, não foi trazida ao processo qualquer comprovação da existência de tal medida judicial. Ademais, há que se ressaltar que, conforme foi dito na defesa, a suposta Liminar teria sido concedida em 10/02/10, portanto, após a conclusão da ação fiscal que culminou com a lavratura do Auto de Infração em epígrafe. Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração."

Inconformado com o julgamento de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 76 a 82 – onde reitera seus argumentos defensivos no sentido de que a autuação não merece prosperar, pois inexistiu a infração apontada, além de restar patente a contradição entre a descrição dos fatos e a imputação feita pelo autuante. Também reiterou sua alegação de que a exigência fiscal constitui-se em ofensa ao princípio da não-cumulatividade, já que o recolhimento do imposto, no momento da saída da mercadoria, lhe impede de compensar os créditos decorrentes de operações anteriores.

Novamente informa que, em 01/12/09, solicitou a autorização para recolher o ICMS no mês seguinte à ocorrência do fato gerador, conforme previsto no art. 515-B do RICMS-BA, tendo a Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis – COPEC - não se pronunciado sobre o seu pedido, o que lhe levou a, na data de 05/02/10, impetrar Mandado de Segurança com pedido de Medida Liminar visando obter a autorização da COPEC para recolher o ICMS no início do mês seguinte ao da ocorrência do fato gerador, tendo obtido em 10/02/10 Liminar autorizando-o recolher o ICMS no mês seguinte à ocorrência do fato gerador, o que torna, a seu ver, ilegal a exigência de prévio recolhimento do ICMS e prejudicado o julgamento do presente Auto de Infração.

Aduz que, embora a liminar somente tenha sido concedida após a lavratura do Auto de Infração, esta somente reforça a ilegalidade da exigência da autorização do COPEC, que fere o princípio da não-cumulatividade, ao tempo que anexa aos autos cópia da segurança concedida, bem como o

requerimento feito ao COPEC com o intuito de obter a autorização para realizar o recolhimento do imposto no mês seguinte.

Aduz, ainda, que em relação à majoração da multa aplicada, de 50% para 60%, é flagrante a sua ilegalidade, uma vez que a majoração da multa implica em novo lançamento tributário, o que somente pode ser feito, de maneira privativa, pela autoridade administrativa competente - auditor fiscal singular - o que não é o caso da Junta de Julgamento Fiscal, citando e transcrevendo a regra do art. 142 do CTN.

Assim, conclui que para que fosse majorada a multa aplicável, deveria ter sido feito um novo lançamento, de maneira a ser resguardado o direito do contribuinte de se defender da penalidade aplicada a ele desde o início do procedimento fiscal, e não já em grau de Recurso Voluntário, sob pena de violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório, ao tempo que cita o art. 2º do RPAF estadual, como dispositivo que ampara sua tese.

Reitera, ainda, seu pleito de dispensa de multa, citando a regra do art. 159, §1º, inciso II e III do RPAF, requerendo, em caso de manutenção da infração, a exclusão da multa e dos juros imputados, alegando sua evidente boa-fé, ao tempo que afirma que sempre procurou registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante o Estado da Bahia.

Em seu Parecer opinativo – às fls. 99 a 102 – a representante da PGE/PROFIS opina pelo Não Provisório do Recurso Voluntário, asseverando que o lançamento tributário está devidamente fundamentado, sendo clara e devidamente tipificada a exigência fiscal, não havendo dúvida quanto à conduta infracional descrita no Auto de Infração, já que o sujeito passivo não colacionou aos autos a prova do recolhimento do imposto devido em suas operações próprias.

Aduziu que o princípio da não-cumulatividade resta protegido em face do mecanismo da escrituração e lançamento dos créditos fiscais nos livros próprios, e que os efeitos da liminar concedida não tem o condão de interferir na validade do presente lançamento, haja vista a data da lavratura do Auto de Infração e a data de prolação da Decisão judicial.

Aduz, ainda, que falece competência à CJF de apreciar pedido de dispensa de multa ao apelo da equidade e que o procedimento de retificação do percentual de multa não implica em novo lançamento e, sim, mera atividade de adequação da infração à multa prevista expressamente na Lei do ICMS.

VOTO

Inicialmente, devemos consignar que não há no presente lançamento de ofício qualquer mácula que o inquine de nulidade, como bem pontuou a PGE/PROFIS em seu opinativo nos autos, já que a infração imputada e descrita na peça inicial da autuação está em perfeita consonância com a situação fática que exsurge dos documentos acostados aos autos e os dispositivos regulamentares e legais pertinentes que amparam o enquadramento da infração em tela. Assim, não merece a mínima guarida a alegação do recorrente, devidamente refutada pelo julgamento de Primeira Instância, no sentido de que há contradição entre a descrição dos fatos e a imputação feita pelo autuante.

Quanto à alegação de que o Auto de Infração restaria prejudicado pela concessão de liminar em Mandado de Segurança impetrado para efetuar o recolhimento do ICMS devido pela operação própria – ICMS normal – no prazo regulamentar, comungamos com a Decisão recorrida e com a PGE/PROFIS no sentido de que tal Decisão judicial não tem, de fato, o condão de influir ou tornar prejudicado o presente lançamento tributário, visto que proferida em momento subsequente à sua lavratura.

No mérito, melhor sorte não socorre ao recorrente, já que restou comprovado nos autos, e nem é objeto de contestação pelo autuado, que não houve o recolhimento do ICMS devido pela operação

própria - ICMS normal – de forma antecipada, com o devido acompanhamento do documento de arrecadação, no momento da saída da mercadoria, como determina expressamente o art. 515-B do RICMS-BA, abaixo transcrito, não sendo o contribuinte beneficiário de autorização da autoridade administrativa competente, no caso a Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis – COPEC - nos termos do §1º do referido dispositivo, para efetuar o recolhimento do imposto em tela no prazo regulamentar.

“Art. 515-B. 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, observando-se o seguinte:

[...]

II - o Documento de Arrecadação Estadual, devidamente quitado, deverá acompanhar a mercadoria na respectiva circulação;

III - o número de autenticação bancária do documento de arrecadação 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;

§ 1º Os contribuintes industriais poderão, mediante autorização do Diretor de Administração Tributária da região do domicílio fiscal do contribuinte, após Parecer técnico da COPEC, recolher o imposto relativo às operações internas até o 9º dia do mês subsequente ao da saída.”.

Quanto ao pedido de dispensa de multa ao apelo da equidade, demonstra o recorrente completo desconhecimento da norma que ele mesmo alega amparar seu pleito, já que é expresso o art. 159 do RPAF/BA no sentido de que tal pedido somente pode ser apreciado pela Câmara Superior deste Conselho de Fazenda.

Por fim, quanto à alegação de que o órgão julgador *a quo* incorreu em ilegalidade e ofensa aos princípios constitucionais ao efetuar a alteração da multa de 50% para 60%, devemos consignar de logo que o próprio art. 142 do Código Tributário Nacional, citado e transcrito pelo recorrente como amparo à sua tese, não a sustenta, visto que nele está expresso que a autoridade administrativa, no caso o fiscal autuante, cabe propor a aplicação da penalidade cabível, no caso a multa, e não aplicá-la, atividade exercida pelo órgão julgador ao apreciar a matéria objeto da autuação, adequando corretamente a multa prevista na lei do ICMS à infração comprovadamente praticada pelo sujeito passivo.

Do exposto, votamos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo e homologando a Decisão recorrida para julgar PROCEDENTE o Auto de Infração epigrafado.

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 **128857.0002/10-0**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.259,78**, 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, 20 de junho de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS