

PROCESSO - A. I. Nº 222552.0002/10-4
RECORRENTE - PETRÓLEO DO VALE LTDA. (PETROVALLE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0340-03/10
ORIGEM - IFMT – DAT\METRO
INTERNET - 08/07/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0176-11/11

EMENTA: ICMS. OPERAÇÃO COM ÁLCOOL HIDRATADO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NO ATO DA SAÍDA. Não ficou comprovado que o imposto foi recolhido no momento da saída das mercadorias, inexistindo autorização da autoridade administrativa competente para o contribuinte recolher o imposto relativo às operações internas até o 9º dia do mês subsequente ao da saída. Retificada a multa aplicada. 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 3ª JF – através do Acórdão nº 0340-03/10 - que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado pela Fiscalização de Trânsito de Mercadorias para imputar ao sujeito passivo a falta de recolhimento do imposto devido em operação própria. Consta, na descrição dos fatos, que se trata de falta de recolhimento do ICMS normal em operações próprias com Álcool Hidratado Carburante, referente aos DANFES 23475, 23549/554, 23581, 23584/585, 23586/594, 23626, 23617, 23620, 23624 e 23627/629, por motivo de o contribuinte não possuir autorização do COPEC para gozo do recolhimento no prazo normal.

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

“Da análise acerca das peças e comprovações que compõem o processo, constato que a autuação fiscal é decorrente da falta de recolhimento do ICMS devido pelo autuado, em relação à operação própria. Portanto, de acordo com a descrição dos fatos, se trata de falta de recolhimento do ICMS normal em operações próprias com Álcool Hidratado Carburante, referente aos DANFES 23475, 23549/554, 23581, 23584/585, 23586/594, 23626, 23617, 23620, 23624 e 23627/629, por motivo de o contribuinte não possuir autorização do COPEC para gozo do recolhimento no prazo normal. O autuado não contestou os dados numéricos da autuação fiscal e reconheceu a sua responsabilidade pelo recolhimento do imposto relativo à mercadoria objeto da autuação, em relação às operações próprias com Álcool Hidratado Carburante. Nas razões defensivas, o autuado alegou ser descabido que o Fisco exija do contribuinte a obtenção de uma autorização junto ao próprio Fisco, para cumprir obrigações fiscais de maneira normal. Entende que no momento em que o Fisco exige que o ICMS próprio do dependente seja recolhido quando da saída da mercadoria, é impossível obedecer ao princípio da não cumulatividade para que se compensem débitos com créditos. Quanto ao imposto a ser recolhido pelo contribuinte em relação às operações de saída de álcool etílico hidratado combustível (AEHC) o RICMS/9 estabelece:

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:

I - o imposto será calculado tomando-se por base o valor da operação ou o valor estabelecido em pauta fiscal, prevalecendo o que for maior;

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.

De acordo com os dispositivos do RICMS/97, acima reproduzidos, 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. Somente nos casos em que haja autorização do Diretor de Administração Tributária da região do domicílio fiscal do contribuinte, após Parecer técnico da COPEC, é que o contribuinte poderia recolher o imposto relativo às operações internas até o 9º dia do mês subsequente ao da saída, inexistindo qualquer previsão quanto à utilização de créditos fiscais, alegados pelo defendente. Observo que o álcool etílico hidratado combustível é submetido ao regime de diferimento quando da entrada no estabelecimento da distribuidora e não se aplica ao caso em exame em exame o crédito presumido previsto no art. 96 do RICMS/97. O defendente assegura que a COPEC se manteve inerte e não se manifestou acerca do pedido de autorização formulado pelo defendente em 01/12/2009. Também alegou que em 05/02/2010 impetrou Mandado de Segurança com pedido de Medida Liminar com o fito de obter autorização da COPEC para recolher o ICMS por ele devido no início do mês seguinte à ocorrência do fato gerador, e não no momento da saída de suas mercadorias. Informa que a Medida Liminar foi concedida em 10/02/2010, no sentido de autorizar o recolhimento do ICMS devido até o dia 9 do mês seguinte à ocorrência do fato gerador, e não no momento de saída das mercadorias. De acordo com o PARECER PGE/PROFIS às fls. 99/100 do PAF a medida liminar concedida pela 4ª Vara de Fazenda Pública, em 10/02/2010, não é capaz de atingir o presente Auto de Infração, lavrado em 12/02/2010, já que a sua publicação se deu em 19/02/2010 e a intimação/citação do Estado da Bahia se deu em data posterior. Portanto, o Estado da Bahia não tinha conhecimento em 12/02/2010 da medida judicial liminar que garantia ao autuado o recolhimento do ICMS no dia 9 do mês subsequente. A medida liminar não opera efeitos retroativos, já que é regra geral do Direito que os efeitos da Decisão operam-se “para frente”, com exceção das decisões declaratórias, que não é o caso, e não consta na referida medida liminar qualquer efeito retroativo. O autuado também requereu exclusão da multa aplicada. Entretanto, esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, haja vista que esta competência é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o § 1º, do art. 169, do RPAF/99. Em relação à mencionada multa aplicada na presente autuação, constato que houve equívoco no percentual indicado (50%), haja vista que se trata de infração à legislação tributária em que a multa prevista é no percentual de 60%, conforme art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei 7.014/96. Assim, não acato as alegações do autuado, haja vista que não ficou comprovado o pagamento do imposto antes da ação fiscal. Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”.

Inconformado com o julgamento de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 151 a 162 – 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 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 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. 174 a 176 – a representante da PGE/PROFIS opina pelo Não Provedimento 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 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, que proferiu dois opinativos nos autos no mesmo sentido, entendendo 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, não havendo possibilidade desta medida operar efeitos retroativos.

No mérito, melhor sorte não socorre ao recorrente, já que restou comprovado nos autos, e nem é objeto de contestação por este, 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 **222552.0002/10-4**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALE LTDA. (PETROVALLE)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$61.928,73**, 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