

PROCESSO - A. I. N° 232267.0013/09-0
RECORRENTE - PETRÓLEO DO VALE LTDA. (PETROVALLE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0330-01/10
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 08/07/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0188-11/11

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 1ª JJF – através do Acórdão nº 0330-01/10 - que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigráfico, lavrado pela Fiscalização de Trânsito de Mercadorias para imputar ao sujeito passivo a falta de recolhimento do imposto devido em operação própria. Na “Descrição dos Fatos” consta que se trata 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.”.

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

“..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

cendo 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 da saída das mercadorias, entretanto, além de não ter trazido aos autos nenhuma prova material a respeito do quanto alegado, 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..”.

Inconformado com o julgamento de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 101 a 107 – onde reitera seus argumentos defensivos no sentido de que 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. 124 e 125 – a representante da PGE/PROFIS opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, asseverando que a JJF ao adequar a multa não modificou o fundamento da autuação, já que os fatos descritos correspondem à infração cometida, tendo sido feito mero ajuste, que não implica em nulidade. No mérito, observou que uma vez que a autuação foi realizada no trânsito, e não demonstrado o pagamento do imposto em operação anterior, nem na operação objeto da autuação, não há que se falar em crédito fiscal. Ressaltou que caso tenha havido pagamento anterior, o crédito fiscal será lançado normalmente na escrita do contribuinte, e será utilizado para abatimento futuro.

Aduziu que o recorrente não comprova estar autorizado ao recolhimento do ICMS em momento posterior, nos termos do art.515-B do RICMS/BA, estando, assim, correta a exigência fiscal no trânsito da mercadoria.

VOTO

Incialmente, devemos consignar que não há no presente lançamento de ofício qualquer mácula que o inquise 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 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, 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 transscrito, 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 “Da-

dos 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 transscrito 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 232267.0013/09-0, lavrado contra PETRÓLEO DO VALE LTDA. (PETROVALLE), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor R\$46.915,75, 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, 21 de junho de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS