

PROCESSO - A. I. N° 20690.0081/10-7
RECORRENTE - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0082-01/11
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 08/11/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0309-11/11

EMENTA: ICMS. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. VALORES ESCRITURADOS NOS LIVROS FISCAIS. Imputação não elidida. A exigência de que cuida o Auto de Infração em lide, diz respeito à falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios pelo contribuinte. Na apuração do ICMS devido os autuantes nada inovaram, haja vista que apenas verificaram os lançamentos realizados pelo contribuinte, tendo constatado que nos meses de julho, agosto e setembro de 2010, o imposto devidamente escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS não fora recolhido. Razões recursais insuficientes para modificar o Julgado. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal - através do Acórdão JJF nº 0082-01/11 - que julgou Procedente o Auto de Infração epigrafado, lavrado para imputá-lo a falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de julho, agosto e setembro de 2010. Consta se referir ao ICMS normal lançado e não recolhido, conforme o livro Registro de Apuração do ICMS e DMAs.

O Relator da Junta de Julgamento Fiscal em seu voto, assim se manifestou pela Procedência da autuação, *“in verbis”*:

“...Versa o Auto de Infração em lide sobre a exigência de ICMS, em decorrência de ter o autuado deixado de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Verifico que o levantamento levado a efeito pelos autuantes diz respeito ao ICMS normal lançado e não recolhido, tendo sido apurado pelo próprio contribuinte, em conformidade com o livro Registro de Apuração do ICMS e DMAs. Nota que o Demonstrativo do Débito do Auto de Infração, planilha de levantamento do débito tributário, cópias das DMAs, do livro Registro de Apuração do ICMS, dos livros Registro de Entradas e de Saídas, e demais documentos anexados ao PAF, não permitem a existência de dúvidas sobre o acerto da exigência fiscal.

Apesar de o impugnante alegar 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, e 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 (créditos), e, diante da omissão da COPEC em conceder a “autorização”, impetrou Mandado de Segurança com pedido de Medida Liminar, o qual foi deferido, 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 de suas mercadorias, estando acobertado pela referida liminar desde o dia 16/04/2010, razão pela qual todos os supostos fatos geradores ocorridos depois desta data já estavam submetidos à regra do recolhimento do mês posterior, o que deve ser considerado, é certo que tais argumentações não têm qualquer repercussão sobre a presente autuação. Isto porque, em verdade, a exigência de que cuida o Auto de Infração em exame, diz respeito à falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos

livros fiscais pelo próprio contribuinte. Significa dizer que na apuração do ICMS devido os autuantes nada inovaram, haja vista que apenas verificaram os lançamentos realizados pelo contribuinte, tendo constatado que nos meses de julho, agosto e setembro de 2010, o imposto devido estava regularmente escriturado no livro no livro Registro de Apuração do ICMS, contudo, não fora recolhido.

Relevante o registro feito pelos autuantes - o qual verifico ser verdadeiro - no sentido de que no livro Registro de Apuração do ICMS à fls. 14 a 21 dos autos, constam todos os débitos e créditos originados das operações de entradas e saídas do combustível AEHC, assim como nas cópias do livro de Registro de Entradas às fls. 22 a 38, e as cópias do livro de Registro de Saídas às fls. 39 a 61, e cópias das DMA's, também anexadas aos autos, às fls. 08 a 13. Vale dizer que a alegação defensiva de ofensa ao princípio da não cumulatividade do ICMS, por não ter utilizado o crédito fiscal referente às etapas anteriores de circulação das mercadorias no momento de apuração do ICMS devido, não se sustenta, haja vista que os créditos fiscais foram escriturados, portanto, utilizados.

É certo que, mesmo existindo o aventado crédito fiscal, caberia ao contribuinte comprovar sua legitimidade e, se fosse o caso, levá-lo ao conhecimento da Fiscalização, o que não foi feito. Registre-se que na defesa apresentada o autuado não trouxe qualquer elemento de prova para confirmar a existência do crédito fiscal suscitado. Vale ainda observar que período objeto da autuação - julho, agosto e setembro de 2010 – é posterior a liminar obtida pela contribuinte – 16/04/2010 – portanto, quando este já deveria apurar o imposto pelo regime normal da forma como realizou.

Constatou que assiste razão aos autuantes quando dizem que o autuado não realizou nenhum recolhimento do ICMS próprio no momento da saída do produto AEHC, apesar de em todo o período que engloba a auditoria fiscal, ter apurado mensalmente o ICMS próprio a ser recolhido até o dia 09 do mês subsequente, contudo, não recolheu o ICMS próprio de nenhum dos meses acima referidos. Diante do exposto, considero subsistente a infração. Quanto à exclusão da multa requerida pelo autuado, vale observar que, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, a sua dispensa ou redução ao apelo da equidade, é de competência da Câmara Superior deste CONSEF, não tendo esta Junta de Julgamento Fiscal competência para tal apreciação. Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”.

Inconformado com o Julgado de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 206 a 214 – onde requer a alteração da Decisão proferida pela JJF, repetindo literalmente as argumentações defensivas, assim resumidas:

- I. que houve registro equivocado das operações financeiras em seus livros fiscais, em decorrência de ter sido induzido a erro pelo RICMS/BA, o qual leva o contribuinte a recolher o ICMS de maneira cumulativa;
- II. que muito embora o RICMS/BA preveja o princípio da não-cumulatividade, tal previsão acaba por se tornar impossível de ser efetivada na prática, uma vez que, ao lhe ser exigido que recolha o valor do ICMS relativo às operações próprias no momento da saída da mercadoria, o Fisco o impede de exercer o seu direito de compensar créditos e débitos, o que o leva a registrar, erroneamente, um débito muito superior ao efetivamente devido;
- III. 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, sendo que, desta forma, tanto o ICMS próprio da Usina/Refinaria, como parte do ICMS que deve, são recolhidos no momento da compra da mercadoria perante a Usina/Refinaria, devendo ser compensados quando do recolhimento do ICMS;
- IV. que para ser possível a utilização do ICMS creditado, é necessário que proceda ao encontro de contas em créditos e débitos, o que é feito mês a mês em seus livros fiscais e em seus balanços financeiros, e que no momento em que o Fisco exige que o ICMS próprio seja recolhido quando da saída da mercadoria, sendo a alíquota 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, haja vista que o valor constante da nota fiscal não leva em consideração os créditos de ICMS dos quais dispõe e serão compensados no final do mês com o ICMS devido, mas tão-somente o preço “cheio” de seu produto, sem qualquer desconto a título de não cumulatividade;
- V. que mesmo entendendo ser absurda tal restrição, por ofensa ao princípio da não-cumulatividade, atendeu às exigências do Fisco e providenciou o requerimento no sentido

de obter a autorização para recolher o ICMS no mês seguinte à ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 515-B do RICMS/BA, mas que a COPEC se manteve inerte e não se manifestou acerca do pedido de autorização, o que lhe causou diversos transtornos e atrasos no cumprimento das obrigações avençadas com os seus clientes;

- VI. que diante desta omissão impetrou Mandado de Segurança com pedido de Medida Liminar, 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, tendo obtido liminar favorável no sentido de autorizá-lo a recolher o ICMS devido no início do mês seguinte, até o 9º dia à ocorrência do fato gerador, e não no momento de saída de suas mercadorias, o que confirma a procedência de suas alegações.
- VII. que estava acobertado pela referida liminar desde o dia 16/04/2010, razão pela qual todos os supostos fatos geradores ocorridos depois desta data já estavam submetidos à regra do recolhimento do mês posterior, o que deve ser considerado.
- VIII. 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.
- IX. que tal norma, no caso, o RICMS, jamais poderia tolher o direito do contribuinte previsto em lei e no próprio RICMS, mas que tal ocorre com os contribuintes distribuidores de álcool hidratado na Bahia, pois a necessidade de obtenção de uma “autorização” da 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, reiterando ser impossível proceder ao encontro de débitos e créditos de ICMS se o imposto for exigido cada vez que ocorra uma saída de mercadoria;
- X. que a autuação é improcedente, 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;
- XI. que, por fim, caso se entenda pela manutenção da infração, deve ser excluída a multa e os juros apontados na autuação, nos termos do art. 159, §1º, incisos II e III do RPAF\BA, tendo em vista sua evidente boa-fé, já que sempre procurou registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante o Estado da Bahia.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo de fl. 297, da lavra da Procuradora Maria Dulce Baleiro Costa, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, consignando que as planilhas elaboradas pelo autuante revelam os créditos fiscais relativos às etapas anteriores foram utilizados, pois devidamente escrituradas, estando atendido o princípio da não-cumulatividade.

Consignou, ainda, que a liminar judicial foi respeitada, já que a exigência é do ICMS por operação própria, que foi lançado e não recolhido no prazo do 9º dia do mês subsequente.

Ressaltou, ainda, que o valor da base de cálculo é o previsto na legislação para o caso, não cabendo ao CONSEF apreciar alegação de constitucionalidade, e finalizou pontuando que a multa é a prevista em lei para a infração em tela, cabendo à Câmara Superior a apreciação do pedido de dispensa, conforme já orientado pela Decisão recorrida.

VOTO

Da análise dos elementos constantes dos autos e da Decisão recorrida, entendemos não merecer guarida as razões recursais para ver modificado o Julgado de Primeira Instância, que deve ser mantido em todos os seus termos.

Todos os argumentos apresentados na peça recursal foram devidamente rechaçados pelo Relator da JJF, não tendo o condão de elidir a infração que lhe foi imputada, perfeitamente caracterizada nos autos, porquanto constatada da verificação da escrituração do próprio contribuinte, especificamente dos seus livros fiscais de Entradas, Saídas e Registro de Apuração do ICMS e DMAs, documentos anexados em cópias aos autos pelos autuantes às fls. 08 a 61, conforme Demonstrativo de fl. 07, onde consta o imposto apurado pelo contribuinte e lançado no RAICMS e nas suas DMAs, dos meses de julho, agosto e setembro de 2010, no valor total de R\$1.362.298,15, não recolhido no prazo regulamentar.

A alegação de que a autuação não respeitou a liminar judicial concedida não merece guarida, como bem consignou o Relator da JJF e a PGE/PROFIS em seu opinativo nos autos, visto que o que está sendo exigido na presente autuação é o ICMS devido na operação própria, lançado e não recolhido pelo contribuinte no prazo regulamentar, nas operações de comercialização do produto álcool etílico hidratado combustível – AEHC, e a Decisão judicial fora no sentido justamente de determinar que a empresa recolhesse o ICMS devido em tais operações no dia nove do mês subsequente ao fato gerador, prazo regulamentar, portanto.

Registre-se, assim, que o procedimento dos autuantes em nada contraria a Decisão judicial e nem a exigência fiscal refere-se à regra que determina a prévia autorização da COPEC para que o recolhimento do imposto devido nas operações com AEHC não seja feita antecipadamente, e sim no prazo regulamentar.

Por outro lado, também não merece acolhida a alegação de que houve ofensa ao princípio da não cumulatividade, visto que facilmente se constata da análise dos livros de Apuração do ICMS dos meses objeto da autuação, o lançamento pelo próprio contribuinte dos créditos devidos, referentes às operações de entradas e saídas de AEHC, no sistema de débito/crédito, atendendo, portanto, ao princípio citado.

Quanto à alegação de ilegalidade da referida autorização, como dito acima, a questão nada tem a ver com a presente autuação.

Por fim, quanto ao pleito de exclusão da multa ao apelo da equidade, não é atribuição das Câmaras de Julgamento tal apreciação, cuja competência exclusiva é da Câmara Superior, nos termos do art. 159 do RPAF, citado pelo próprio recorrente.

Do exposto, como as razões recursais são insuficientes para alterar o Julgado de Primeira Instância, 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 206960.0081/10-7, lavrado contra PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$1.362.298,15, 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, 13 de outubro de 2011.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

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