

A. I. Nº - 232608.1001/10-3
AUTUADO - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - DOMINGOS SÁVIO BRAIT Figueirêdo FERREIRA
ORIGEM - IFMT/SUL
INTERNET - 15.03.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0025-02/11

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. ICMS DESTACADO. ÁLCOOL HIDRATADO. OPERAÇÃO PRÓPRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Restou comprovado que o contribuinte destacou ICMS em notas fiscais e não realizou o recolhimento 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 ilegalidade e de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 21/10/2010, para fins exclusivos de renovação do procedimento fiscal iniciado com a lavratura do TAO 210671.1007/09-4, no dia 22/10/2009 às 10h44min e que resultou na lavratura do auto de infração 210671.1006/09-8, pelo autuante Laércio Arnaldo Teles de Melo – cad. 210.671, julgado nulo pelo CONSEF conforme acórdão JJF nº 0171-05-10 com recomendação do julgador de refazimento do feito, constante na fl. 80 dos autos e com fundamento no artigo 156 do RPAF/BA.

O Auto de Infração exige o ICMS no valor de R\$11.400,00, acrescido da multa de 60%, sob a acusação de falta de comprovante de pagamento do ICMS por antecipação tributária devido pela operação própria, referente aos DANFE's nº 8661, 8662, 8663, 8664 e 8665 emitidas em 20.10.2009, (fls. 15/20/25/30/35), por contribuinte descredenciado da COPEC/SEFAZ, correspondente a 30.000 lts. de Álcool Hidratado conforme Termo de Apreensão nº 232608.1001/10-3 (fls.04/05).

O autuado na defesa apresentada (fls.62/68), afirma que na descrição dos fatos constantes no Auto de Infração, foi relatado que a Impugnante não realizou o recolhimento do ICMS normal em suas operações próprias com Álcool Hidratado Carburante, a que estaria obrigado quando do trânsito da mercadoria, considerando não possuir autorização da COPEC para recolhimento em data posterior.

Ressalta que parece descabido que o Fisco exija do contribuinte a obtenção de uma autorização junto a ele, Fisco, para cumprir suas obrigações fiscais de maneira normal, argumentando que ao exigir que a Impugnante recolha o valor relativo ao ICMS próprio no momento da saída da mercadoria, o Fisco a impede de exercer o seu direito de compensar créditos e débitos mediante a efetivação do princípio da não cumulatividade. Explica 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 pela Impugnante. Deste modo, tanto o ICMS próprio da Usina/Refinaria, como parte do ICMS devido pela Impugnante, que são recolhidos no momento da compra da mercadoria perante a Usina/Refinaria, devem ser compensados quando do recolhimento do ICMS por parte da Impugnante.

Salienta que para que seja possível utilizar-se 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 e diz que no momento em que o Fisco exige que o ICMS próprio da Impugnante 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 compensem débitos com créditos, uma vez que o valor constante da nota fiscal não leva em consideração os créditos de ICMS dos quais a empresa dispõe e os quais serão compensados no final 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.

Cita e transcreve o art. 28 e 29 da Lei Estadual do ICMS (Lei Estadual nº. 7.014/96) no que se refere à não cumulatividade do imposto e o artigo 114 do RICMS/BA sobre a matéria.

Assevera 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 pela Impugnante, afirmando 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, a ora Impugnante, 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 Regulamento do Imposto sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte intermunicipal e interestadual e comunicação (RICMS).

Reitera que apesar disso, a COPEC se manteve inerte e não se manifestou acerca do pedido de autorização formulado pela Impugnante em 02/12/2009, o que lhe causou diversos transtornos e atrasos no cumprimento das obrigações avençadas com os seus clientes.

Ressalta 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 referida “autorização”, a Impugnante 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 por ela devido no início do mês seguinte à ocorrência do fato gerador, e não no momento de saída de suas mercadorias.

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

Afirma que a retro mencionada autorização é decorrente 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 (COPEC) para que pudessem recolher o ICMS no mês subsequente ao da saída das mercadorias.

Assevera que uma norma infralegal (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, repita-se, é impossível proceder com o encontro de débitos e créditos de ICMS se o imposto for cobrado cada vez que ocorra uma saída de mercadoria.

Reafirma que 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 interesses da Impugnante, a presente autuação mostra-se absolutamente improcedente. Além disso, diz que de acordo com o art. 159, §1º, inciso II e/ou III do RPAF, que transcreve, poderá ser requerida à Câmara Superior do CONSEF a dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de equidade. Assim, caso se entenda pela manutenção da infração, roga a Impugnante pela exclusão da multa e dos juros imputados, tendo em vista a sua evidente boa-fé, que sempre procurou registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante o Estado da Bahia, requerendo ao final seja o Auto de Infração julgado improcedente e caso se mantenha a autuação sejam abatidos os créditos decorrentes do ICMS normal recolhido nas operações anteriores.

O Autuante na informação fiscal prestada às fls. 186/189, inicialmente faz uma descrição sucinta a respeito dos fatos e dos argumentos da defesa para em seguida afirmar que o presente auto foi lavrado seguindo recomendação de renovação de procedimento fiscal para exigir o crédito do AI 210671.1006/09-8, julgado nulo pela 5ª JFJ conforme Acórdão JFJ nº 0171-05/10, fls. 49/51.

Afirma que o defendente infringiu a legislação pertinente, pelo fato de no momento da ocorrência da infração, estar descredenciado junto a SEFAZ/COPEC. Afirma ser clara a legislação que trata do recolhimento do ICMS em operações próprias com álcool carburante, quando enuncia os ditames a serem seguidos pelos contribuintes no dever de efetuar tempestivamente o recolhimento do ICMS devido pela operação, conforme normatiza o art. 515-B, Inciso II, do RICMS/BA que transcreve.

Argumenta que tanto o contribuinte tinha conhecimento da obrigação de transitar portando o comprovante do recolhimento do ICMS (DAE quitado) nas operações próprias que requereu o regime especial para postergar o prazo do recolhimento (fl.65) do PAF.

Informa que a alegação de inconstitucionalidade por ferir o Princípio da não cumulatividade não tem fundamento, pois existe previsão do procedimento no art. 515/B do RICMS/BA e o artigo 108-A do mesmo diploma legal prevê as formas de utilização do crédito fiscal pelo próprio contribuinte – Inciso I – e para transferir a outros contribuintes (Inciso II).

Ressalta que relativo a referida ação judicial sob o nº 0030982-33.2010.805.0001, com medida liminar concedida em 15/04/2010 (fl. 69) diz que o fato gerador ocorreu em 20/10/2009, portanto anterior à decisão judicial, e ainda assim, a referida liminar foi cassada em 26/08/2010 conforme cópia tela site do Tribunal de Justiça, fl. 190.

Conclui pela manutenção e procedência do auto de infração.

VOTO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 21/10/2010, para fins exclusivo de renovação do procedimento fiscal iniciado com a lavratura do TAO 210671.1007/09-4 no dia 22/10/2009 às 10:44h e que resultou na lavratura do auto de infração 210671.1006/09-8 pelo autuante Laércio Arnaldo Teles de Melo – cad. 210.671, julgado nulo pelo CONSEF conforme acórdão da 5ª JFJ nº 0171-05/10 com recomendação do julgador de refazimento do feito, constante na fl. 80 dos autos e com fundamento no artigo 156 do RPAF/BA.

Trata-se de falta de recolhimento do ICMS referente à operação própria nas saídas internas ou interestaduais de AEHC – álcool etílico hidratado, combustível, pela venda interna de álcool hidratado a granel por contribuinte que se encontrava descredenciado pela COPEC no cadastro da SEFAZ. É o que se constata pelo enquadramento invocado no art. 515-B, Inc. II, § 2º do RICMS/BA.

A autuação teve como base a mercadoria registrada nos documentos fiscais eletrônicos DANFE's nº 8661, 8662, 8663, 8664 e 8665 emitidas em 20.10.2009, (fls. 15/20/25/30/35), por contribuinte descredenciado COPEC/SEFAZ, correspondente a 30.000 lts. de Álcool Hidratado conforme Termo de Apreensão nº 232608.1001/10-3 (fls.04/05).

O Autuante, ao elaborar os cálculos da exigência fiscal, realizou uma operação de adição, somando os valores constantes nos DANFEs acima descritos e exigindo no auto de infração, o

resultado da referida soma, ou seja, o ICMS Normal, mais o adicional de 2%, do Fundo de Pobreza, no valor histórico total de R\$11.259,40, relativos aos valores destacados pelo próprio contribuinte, não havendo nenhum erro na apuração da base de cálculo por parte da fiscalização, uma vez que foi utilizado o valor da base de cálculo indicado pelo sujeito passivo, conforme demonstrativo de débito anexado à folha 06 deste PAF.

Conforme restou comprovado nos autos, em especial no Termo de Apreensão e nos DANFE's, o autuado transportava álcool carburante, destinados a diversos contribuintes, tendo despachado o produto com a devida substituição tributária do ICMS, mas sem o recolhimento tempestivo do imposto em suas operações próprias (ICMS Normal, objeto da autuação), conforme determina o Art. 515-B, norma a seguir reproduzida, "in verbis":

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.

Da interpretação dos dispositivos acima, sem sombra de dúvida, 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, o que não foi comprovado nos autos.

As alegações do contribuinte quanto à existência de ação judicial de caráter mandamental e a decorrente concessão de medida liminar que lhe asseguraria o pagamento do ICMS no dia 9 do mês subsequente, não se aplica ao caso concreto ora examinado considerando que a referida ação judicial sob o nº 0030982-33.2010.805.0001, com medida liminar concedida em 15/04/2010 (fl. 69) se concretizou após ocorrência do fato gerador da obrigação cuja ação fiscal se deu em 20/10/2009, portanto anterior à decisão judicial, e ainda assim, a referida liminar foi cassada em 26/08/2010 conforme cópia tela site do Tribunal de Justiça, fl. 190.

Ademais, ainda que o contribuinte possuísse a ordem judicial que menciona, deveria ter apresentado, na peça de defesa, os recolhimentos do ICMS normal, nos prazos concedidos pela legislação para as empresas credenciadas.

Quanto ao pedido de dispensa da multa e dos acréscimos moratórios, tal pleito não pode ser acatado por este órgão julgador. O pedido defensivo, com suporte no art. 159, do RPAF/99, não pode ser apreciado pela Junta de Julgamento Fiscal, uma vez que a competência originária é da Câmara Superior do CONSEF, devendo o contribuinte requerer a medida diretamente àquele órgão, se entender ser pertinente, e mediante comprovação de pagamento integral do tributo.

Pelo acima exposto, entendo que o autuante agiu corretamente, em conformidade com o previsto no Art. 515-B, do RICMS/BA, relativo à operação própria nas saídas internas de AEHC-álcool etílico hidratado combustível, transportado a granel, visto que o autuado não era possuidor de autorização para recolhimento em data posterior ao momento da saída das mercadorias.

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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232608.1001/10-3**, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.259,40**, 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, 22 de fevereiro de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

ÂNGELO MARIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR