

A. I. Nº - 206960.0081/10-7
AUTUADO - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTES - JUAREZ ANDRADE CARVALHO e GILSON LIMA SANTANA
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 18. 04. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0082-01/11

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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/11/2010, exige ICMS no valor de R\$ 1.362.298,15, acrescido de multa de 60%, em decorrência de cometimento de infração à legislação do ICMS imputada ao autuado, por ter deixado de recolher o 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 autuado apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 66 a 71, afirmando que o Auto de Infração não merece subsistir pelas razões que diz irá demonstrar.

Consigna que se houve registro equivocado das operações financeiras em seus livros fiscais, isso decorreu do fato de ter sido induzido a erro pelo RICMS/BA, o qual leva o contribuinte a recolher o ICMS de maneira cumulativa.

Alega 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. Diz que dessa forma, acaba por registrar, erroneamente, um débito muito superior ao efetivamente devido, conforme passa a explicar.

Argumenta 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. Diz 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.

Alega 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. Acrescenta 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. Cita e transcreve os arts. 28 e 29 da Lei nº 7.014/96, assim como o art. 114 do RICMS/BA, nesse sentido.

Prosseguindo, diz 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, 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 RICMS/BA. Acrescenta que, apesar disso, 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.

Registra 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, e, diante da omissão da COPEC em conceder a referida “autorização”, 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.

Consigna que, em resposta ao pleito, foi concedida a Medida Liminar (doc. 02) no sentido de autorizá-la a recolher o ICMS devido no início do mês seguinte, isto é, até o 9º dia à ocorrência do fato gerador, e não no momento de saída de suas mercadorias, como lhe é de direito, o que confirma a procedência de suas alegações.

Sustenta que estava acobertado pela referida liminar desde o dia 16/04/2010(doc. 03), 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.

Frisa que não se pode olvidar 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.

Salienta que uma norma infralegal, no caso, o 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” 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, pois reitera ser impossível proceder ao encontro de débitos e créditos de ICMS se o imposto for exigido cada vez que ocorra uma saída de mercadoria.

Diz que, desta forma, 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, a presente autuação mostra-se absolutamente improcedente.

Prosseguindo, observa que caso se entenda pela manutenção da infração, requer a exclusão da multa e dos juros apontados na autuação, tendo em vista a evidente boa-fé, que sempre procurou registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante ao Estado da Bahia, reproduzindo o art. 159, §1º, incisos II e III do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Os autuantes prestaram informação fiscal (fls. 187 a 189), afirmando que o autuado apresenta em sua defesa argumentações, pelas quais nunca alcançará a sua pretensão, pois não há sustentação fática em suas alegações.

Consignam que a autuação se refere exclusivamente à falta de recolhimento do ICMS próprio, lançado pelo autuado em seus livros e documentos fiscais.

Salientam que no período que engloba a auditoria fiscal, meses de julho, agosto e setembro de 2010, o autuado realizou a sua escrita fiscal utilizando todos os créditos e débitos a que tem direito, apurando o ICMS próprio a ser recolhido no dia 09 do mês seguinte ao da apuração.

Ressaltam que isto pode ser claramente constatado, verificando-se o livro Registro de Apuração do ICMS às fls. 14 a 21 dos autos, onde constam todos os débitos e créditos originados das operações de entradas e saídas do combustível AEHC. Acrescentam que as cópias do livro de Registro de Entradas encontram-se às fls. 22 a 38 dos autos, e as cópias do livro de Registro de Saídas encontram-se às fls. 39 a 61. Já as cópias das DMA's também estão anexadas ao PAF, às fls. 08 a 13.

Asseveram 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, ou seja, meses de julho, agosto e setembro de 2010, ter apurado mensalmente o ICMS próprio a ser recolhido no dia 09 do mês subsequente, contudo, não recolheu o ICMS próprio de nenhum dos meses referidos acima.

Dizem que resta devidamente comprovado que o autuado deixou de recolher o ICMS próprio apurado, sendo totalmente improcedentes suas alegações.

No que concerne à exclusão das multas e juros requerida pelo impugnante, sustentam que o autuado não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas nos incisos II e III, do § 1º, do art. 159 do RPAF, cujo teor transcrevem.

Observam que o autuado utiliza serviços de empresa de contabilidade contratada, além de serviços próprios de contabilidade, não se justificando a alegação de “dúvida de interpretação” da legislação tributária, nem “de ignorância da legislação tributária, tendo em vista o nível de instrução e as condições adversas do local da infração”.

Reiteram que, efetivamente, ocorreu o descumprimento da obrigação tributária principal, por parte do autuado, pois não recolheu o ICMS próprio, apurado e lançado.

Finalizam mantendo o Auto de Infração.

VOTO

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.

Noto 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.

Constato 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206960.0081/10-7**, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado 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, 04 de abril de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR