

A. I. N° - 222552.0004/10-7
AUTUADO - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ WALTER DE SOUZA ANDRADE
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 01/06/2011

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0089-03/11

EMENTA: ICMS. ÁLCOOL ETÍLICO HIDRATADO COMBUSTÍVEL (AEHC) TRANSPORTADO A GRANEL. IMPOSTO RELATIVO À OPERAÇÃO PRÓPRIA. MOMENTO DO PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nos termos do art. 515-B do RICMS, o imposto relativo à operação própria nas saídas internas ou interestaduais de AEHC transportado a granel deve ser recolhido no momento da saída da mercadoria, devendo o comprovante do recolhimento acompanhar a mercadoria em sua circulação, a menos que haja autorização específica do fisco para que o tributo seja pago no prazo regulamentar. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/3/10, diz respeito à “Falta de recolhimento do imposto [ICMS] devido pela operação própria”, relativamente a operações de saídas de álcool etílico hidratado carburante (AEHC), por não ter o autuado regime especial para pagamento do tributo deferido pela COPEC [Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis]. Imposto lançado: R\$ 9.324,25. Multa: 50%.

O autuado apresentou defesa (fls. 19/23) destacando que a infração descrita no Auto se refere à falta de recolhimento do ICMS normal em suas operações próprias com álcool etílico hidratado carburante pelo fato de o contribuinte não possuir autorização para gozo do regime especial de recolhimento. Considera haver na descrição do fato uma contradição, quando o autuante afirma não possuir a empresa “regime especial do COPEC”, pois parece descabido que o fisco exija do contribuinte a obtenção de uma autorização junto ao próprio fisco para cumprir suas obrigações fiscais de maneira “normal”.

Reclama que, ao exigir que a empresa 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 da regra da não-cumulatividade, segundo a qual todo o ICMS incidente nas etapas anteriores deve ser utilizado como crédito no momento de apuração do imposto devido pela empresa, de modo que tanto o ICMS próprio da usina ou refinaria quanto parte do ICMS devido pela empresa, que são recolhidos no momento da compra da mercadoria, devem ser compensados quando do recolhimento do tributo. Argumenta que, para poder 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, porém, se o fisco exige que o ICMS próprio seja recolhido quando da saída da mercadoria, é impossível obedecer à regra da não-cumulatividade para que se compensem débitos com créditos, uma vez que o valor destacado na Nota Fiscal não leva em consideração os créditos de ICMS dos quais a empresa dispõe para serem compensados no final do mês com o ICMS devido por ela, mas tão-somente o valor “cheio”, sem qualquer abatimento em função da não-cumulatividade.

A defesa chama a atenção para as regras dos arts. 28 e 29 da lei estadual do ICMS e do art. 114 do regulamento do imposto.

Aduz que, mesmo entendendo ser absurda tal restrição, uma vez que esta agride um direito subjetivo do contribuinte decorrente do critério da não-cumulatividade previsto no art. 155, § 2º, I, da Constituição, a empresa, para atender 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, porém, apesar disso, a COPEC se manteve inerte e não se manifestou sobre o pedido de autorização formulado pela impugnante em 2.12.2009, o que lhe causou diversos transtornos e atrasos no cumprimento das obrigações avençadas com os seus clientes, e então, por entender serem ilegais e arbitrárias as exigências de recolhimento prévio do ICMS próprio, já que ofendem 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”, foi impetrado, em 6.4.10, Mandado de Segurança com pedido de Medida Liminar 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, e em resposta, em 15.4.10, foi concedida Medida Liminar autorizando a empresa a recolher o ICMS por ela devido no início do mês seguinte (até o dia 9) ao da ocorrência do fato gerador, e não no momento de saída de suas mercadorias. Acrescenta que, posteriormente, foi confirmada em juízo a decisão liminar, e portanto a presente autuação é improcedente.

Prossegue a defesa apelando para a faculdade prevista no art. 159, § 1º, II e III, do RPAF, pedindo que, caso seja mantida a infração, se excluam a multa e os juros imputados, tendo em vista a sua boa-fé, já que sempre procurou registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante o Estado da Bahia.

Pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente. Juntou documentos.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 77/80) comentando como o fato foi verificado. Diz que o art. 515-B é claro quando enuncia os ditames a ser seguidos pelos contribuintes, e no caso em questão a mercadoria estava transitando sem o DAE referente à operação própria, estando acompanhada tão-somente do DAE referente à substituição tributária, não tendo essa empresa o benefício previsto no referido artigo, o qual só autoriza o recolhimento do ICMS próprio no mês subsequente se houver autorização “do COPEC”. Transcreve dispositivos do Regulamento do Imposto. Quanto às questões levantadas pela defesa, o autuante contrapõe que, pelo enunciado do Auto de Infração, o que se busca neste caso é o pagamento do ICMS relativo às “operações normais” do autuado, conforme dispositivos que acaba de transcrever. Considera que, se não houve recolhimento do imposto quando da saída das mercadorias, isto se deu por livre e espontânea vontade do contribuinte, pois ele tinha conhecimento da necessidade de autorização da COPEC para gozo do prazo normal de pagamento do tributo nas operações em apreço. Aduz que a Medida Liminar obtida através de Mandado de Segurança foi deferida depois da lavratura do Auto de Infração. Opina pela procedência do lançamento.

Numa petição à fl. 84, o autuado alude a uma “nova intimação” que teria recebido para defender-se deste Auto. Observa que já havia sido intimado em relação a este Auto e havia apresentado defesa em 23.4.10. Requer que a nova intimação seja desconsiderada, uma vez que foi feita em duplicidade. Juntou comprovante da entrega da impugnação (fl. 85). Juntou também nova defesa, datada de 24.5.10 (fls. 86/91), que é basicamente reprodução da anterior, acrescentando que a exigência de prévia autorização da COPEC é decorrente de uma previsão regulamentar, e portanto infralegal, através da qual, arbitrariamente e sem qualquer respaldo jurídico, determinou que os contribuintes que comercializassem álcool hidratado precisariam de uma autorização de um órgão da Secretaria da Fazenda para que pudessem recolher o imposto no mês subsequente ao da saída das mercadorias. Argumenta que o RICMS, sendo um instrumento infralegal, jamais poderia

tolher o direito do contribuinte previsto em lei e no próprio RICMS, porém é isto o que ocorre com os distribuidores de álcool hidratado na Bahia, pois a necessidade de obtenção de uma autorização da COPEC para que seja possível efetuar o recolhimento do imposto no mês subsequente inviabiliza completamente a fruição do direito decorrente da regra da não-cumulatividade, por impossibilitar o encontro de débitos e créditos do tributo se o imposto for cobrado cada vez que ocorra uma saída de mercadoria. Conclui a nova impugnação reiterando os termos da anterior, apelando para a faculdade prevista no art. 159, § 1º, II e III, do RPAF, e pedindo que, caso seja mantida a infração, se excluam a multa e os juros imputados, tendo em vista a sua boa-fé, já que sempre procurou registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante o Estado da Bahia. Renova o pedido de improcedência do lançamento. Juntou documentos.

Em virtude da alegação do autuado de que em 6.4.10 havia impetrado Mandado de Segurança com pedido de Medida Liminar visando a obter autorização da COPEC para recolher o ICMS no mês seguinte à ocorrência do fato gerador, e em 15.4.10 tinha sido concedida Medida Liminar, tendo posteriormente sido confirmada em juízo a decisão liminar, esta Junta, na fase de instrução, determinou a remessa dos autos à PROFIS com a solicitação para que fosse juntada aos autos cópia da decisão judicial, com informação acerca da extensão e efeitos da Liminar concedida, de modo a se saber se o caso em análise se encontrava ou não “sub judice” (fl. 237).

Foi então informado pela PROFIS que a Liminar foi cassada ao ser prolatada a sentença que extinguia a ação mandamental, tendo a decisão judicial transitado em julgado. O procurador informante acrescenta que a alegação do autuado acerca do incidente processual em referência perdeu inteiramente o seu objeto para os fins do julgamento das questões administrativas postas (fl. 240). Foi anexada cópia da petição, extrato da movimentação do processo e cópia da decisão judicial.

VOTO

O fato é este: a fiscalização do trânsito apreendeu um carregamento de álcool etílico hidratado carburante (AEHC) a granel em circulação sem o comprovante do pagamento do imposto no ato da saída, relativo à operação própria do remetente, e este não tinha autorização da COPEC (Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis) para escapar à previsão do “caput” do art. 515-B do RICMS.

O autuado reclama que, com tal exigência de pagamento do imposto no ato da saída da mercadoria, o fisco impede sua empresa de exercer o direito de compensar créditos e débitos mediante a efetivação da regra da não-cumulatividade, uma vez que o valor destacado na Nota Fiscal não leva em consideração os créditos de ICMS dos quais a empresa dispõe para serem compensados no final do mês com o ICMS devido por ela, mas tão-somente o valor “cheio”, sem qualquer abatimento em função da não-cumulatividade. Diz que requereu autorização para recolher o ICMS no mês seguinte à ocorrência do fato gerador, porém a COPEC se manteve inerte e por isso foi impetrado, em 6.4.10, Mandado de Segurança com pedido de Medida Liminar visando a obter a autorização da COPEC para recolher o ICMS no início do mês seguinte à ocorrência do fato gerador, e não no momento de saída de suas mercadorias, tendo em 15.4.10 sido concedida Medida Liminar autorizando a empresa a recolher o ICMS por ela devido no início do mês seguinte (até o dia 9) ao da ocorrência do fato gerador.

Diante dessa notícia, foi solicitada informação junto à PROFIS acerca da situação da referida ação judicial, de modo a se saber se o caso em análise se encontrava ou não “sub judice”. A PROFIS informou que a Liminar foi cassada ao ser prolatada a sentença que extinguia a ação mandamental, e a decisão judicial transitou em julgado.

Este lançamento foi efetuado no dia 31.3.10. Quanto ao Mandado de Segurança, além de ter sido impetrado depois, a Medida Liminar foi cassada. Por conseguinte, a matéria aqui em discussão não se encontra “sub judice”.

No mérito, praticamente não há o que dizer, pois a regra do art. 515-B do RICMS é clara ao estabelecer que nas saídas internas ou interestaduais de AEHC ou de álcool não destinado ao uso automotivo transportado a granel o imposto relativo à operação própria deve ser recolhido no momento da saída das mercadorias do estabelecimento que a efetuar. O autuado é uma distribuidora de combustíveis. O § 2º do supracitado artigo prevê que não se aplica o disposto no “caput” deste artigo às distribuidoras de combustíveis desde que autorizadas pela COPEC. O autuado não tinha tal autorização. Incide, portanto, a regra do “caput” do artigo.

A defesa alega que tal regra, veiculada no regulamento, norma infralegal, não tem previsão na lei e contraria a Constituição, a lei e o próprio regulamento em outros dispositivos, por impedir o exercício do direito ao crédito, violando o critério da não-cumulatividade.

Não é razoável questionar o direito posto no âmbito administrativo. Esta Junta não tem competência para apreciar a legalidade do art. 515-B do RICMS, ou seja, se a regra nele contemplada tem previsão na lei que ele regulamenta.

Quanto ao pleito da defesa no sentido de que se excluam a multa e os juros imputados, tendo em vista a sua boa-fé, a competência para apreciar tal pedido é da Câmara Superior deste Conselho, nos termos do art. 159 do RPAF.

Os fatos em si não foram negados.

Nos termos do art. 515-B do RICMS, o imposto relativo à operação própria nas saídas internas ou interestaduais de AEHC transportado a granel deve ser recolhido no momento da saída da mercadoria, devendo o comprovante do recolhimento acompanhar a mercadoria em sua circulação, a menos que haja autorização específica do fisco para que o tributo seja pago no prazo regulamentar.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **222552.0004/10-7**, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 9.324,25**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, inciso I, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de abril de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – JULGADORA