

A. I. Nº - 232608.1202/10-9
AUTUADO - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - DOMINGOS SÁVIO BRAITT FIGUEIRÊDO FERREIRA
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 28. 06. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0174-01/11

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 de AEHC – álcool etílico hidratado combustível, transportado a granel, não possuindo autorização para recolhimento em data posterior ao momento da saída das mercadorias. Infração caracterizada. Afastadas as alegações de ilegalidade e não apreciadas as arguições de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 27/12/2010, foi efetuado o lançamento do crédito tributário correspondente ao ICMS no valor de R\$3.729,70, acrescido da multa de 60%, sob a acusação de falta de recolhimento do imposto devido pela operação própria.

Na “Descrição dos Fatos” consta que o presente Auto de Infração foi lavrado para o fim exclusivo de renovação do procedimento fiscal iniciado com a lavratura do Termo de Apreensão e Ocorrências (TAO) nº 232608.1205/09-4, no dia 05/12/2009, que resultou na lavratura do Auto de Infração nº 232608.1205/09-4, pelos autuantes Domingos Sávio B. F. Ferreira e José Ângelo de Souza Neto, julgado nulo pelo CONSEF conforme Acórdão JJF nº 0205-05/10, com recomendação no sentido de refazimento do feito.

Consta, ainda, que se refere ao transporte de 10.000 litros de álcool etílico hidratado carburante (AEHC), no veículo de placas JRG-0534, referente ao DANFE de nº 9.995, emitido em 27/11/2009, por contribuinte descredenciado junto à COPEC/SEFAZ, destinados a postos de combustíveis situados neste Estado, sem o recolhimento do ICMS relativo à operação própria.

O autuado apresentou impugnação às fls. 30 a 35, alegando que o lançamento não merece subsistir, uma vez que não houve qualquer infração à legislação tributária. Observa que na descrição dos fatos, constante no Auto de Infração, foi relatado que não realizou o recolhimento do ICMS normal em suas operações próprias com álcool hidratado carburante, por não possuir autorização da COPEC para recolhimento em data posterior.

Salienta que 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. Frisa que, ainda assim, requereu a autorização para recolher o imposto no mês seguinte à ocorrência do fato gerador, conforme previsto no art. 515-B do RICMS/BA, porém a COPEC se manteve inerte e não se manifestou acerca do pedido formulado em 02/12/2009. Diz que, diante disso, impetrou Mandado de Segurança, sob nº 0030982-33.2010.805.0001, que tramitou na 10ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, tendo sido

concedida a liminar em 15/04/2010, no sentido de autorizá-lo a recolher o ICMS no dia 09 do mês seguinte à ocorrência do fato gerador.

Alega que ao exigir que o autuado recolha o valor relativo ao ICMS próprio no momento da saída da mercadoria, o Fisco o impede de exercer o seu direito de compensar créditos e débitos mediante a efetivação do princípio da não-cumulatividade. Aduz que em razão desse princípio, todo o ICMS incidente nas etapas anteriores deve ser utilizado como crédito no momento de apuração do ICMS devido. Assim, tanto o ICMS próprio da usina/refinaria, como parte do ICMS devido pelo contribuinte, que são recolhidos no momento da compra, devem ser compensados quando do recolhimento do ICMS pelo impugnante.

Acrescenta que para que se torne possível a utilização 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 nos balanços financeiros, porém quando o Fisco exige que o ICMS próprio seja recolhido quando da saída da mercadoria (e que a alíquota seja calculada sobre o preço constante na nota fiscal), é impossível obedecer à 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 que dispõe e que 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 artigos 28 e 29 da Lei nº 7.014/96, que tratam a respeito da não-cumulatividade do imposto e o art. 114 do RICMS/BA, que versa sobre a mesma matéria.

Argumenta que tendo em vista que a própria legislação estadual dispõe sobre a não-cumulatividade do ICMS, é ilegal a restrição do Fisco no que se refere ao recolhimento prévio do ICMS próprio. E foi em razão dessa ilegalidade, que obteve a decisão liminar favorável aos seus interesses, o que torna a presente autuação improcedente.

Transcrevendo o disposto no art. 159, § 1º, incisos II e III do RPAF/BA, requer que, caso se entenda pela manutenção da infração, sejam excluídos a multa e os 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. Pugna, ao final, pela improcedência do Auto de Infração.

Agente de Tributos designado prestou informação fiscal às fls. 153 a 156, ressaltando que a autuação decorreu do fato de o impugnante transportar álcool etílico (AEHC), por meio de DANFE, porém sem o correspondente comprovante de recolhimento do ICMS (DAE), referente à operação própria, conforme estabelece o transcrito art. 515-B e incisos do RICMS/BA.

Destaca que de acordo com esse dispositivo regulamentar, é evidente a obrigação de recolhimento do ICMS referente a cada operação de saída de AEHC efetuada pelo contribuinte. Aduz que tanto o contribuinte tinha conhecimento dessa obrigação que requereu o regime especial para postergar o prazo do recolhimento.

Contesta a alegação de inconstitucionalidade, por ofensa ao princípio da não-cumulatividade, frisando que tal argumento 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 contribuinte (no inciso I) e para transferir a outros contribuintes (no inciso II). Acrescenta que, ademais, de acordo com o art. 167 do RPAF/BA, não se encontra dentre as atribuições dos órgãos julgadores a declaração da inconstitucionalidade das normas jurídicas estaduais.

Quanto ao pedido de exclusão da multa e dos juros, informa que não é oportuno e com erro de pessoa, pois quem tem atribuição para avaliar dispensa ou redução de multa é a Câmara Superior do CONSEF e não a Junta de Julgamento Fiscal.

No que se refere à referida ação judicial sob o nº 0030982-33.2010.805.0001, cuja medida liminar foi concedida em 15/04/2010, salienta que o fato gerador ocorreu em 27/11/2009, conforme nota fiscal

acostada à fl. 14, portanto anterior à decisão judicial, e ainda assim, a referida liminar foi cassada em 26/08/2010, conforme cópia da tela do site do Tribunal de Justiça à fl. 157.

Mantém a ação fiscal e sugere a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Observo, inicialmente, que a presente autuação decorreu da realização de nova ação fiscal sugerida por este Conselho de Fazenda à autoridade fazendária da jurisdição fiscal do contribuinte, através do Acórdão JJF nº 0205-05/10, que julgou nulo o Auto de Infração nº 232608.1205/09-4, devido à existência de “*Desconformidade entre o enquadramento da infração (art. 353, inciso II do RICMS-BA) e a pretensão fiscal que é a exigência do imposto sobre a operação própria na forma do art. 515-B do RICMS-BA.*”. Assim, o presente Auto de Infração foi lavrado seguindo a determinação prevista no art. 21 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

A imputação trata de falta de recolhimento do ICMS referente à operação própria nas saídas internas de AEHC - álcool etílico hidratado combustível a granel -, por contribuinte que se encontrava descredenciado pela COPEC no cadastro da SEFAZ. Este é o fato apurado e adequadamente enquadrado no art. 515-B, inciso II, § 2º do RICMS/BA.

O lançamento se referiu a 10.000 litros da mencionada mercadoria, conforme documento auxiliar de nota fiscal eletrônica (DANFE) de nº 9.995, emitido em 27/11/2009, por contribuinte descredenciado pela COPEC/SEFAZ.

Constato que ao realizar os cálculos do imposto que exigiu por meio do presente lançamento, o autuante apurou o ICMS decorrente da operação normal promovida pelo impugnante, mais o adicional de 2%, do Fundo de Pobreza, que correspondeu exatamente aos valores destacados pelo próprio contribuinte, não havendo nenhum erro na apuração da base de cálculo do modo como realizado pelo Fisco, haja vista que foi utilizado como base de cálculo o mesmo valor indicado pelo sujeito passivo.

Verifico, assim, que se encontra comprovado nos autos, em especial no Termo de Apreensão e no DANFE, que o autuado transportava álcool etílico hidratado, destinado à revenda, tendo emitido o documento fiscal relativo à mercadoria comercializada, com a devida substituição tributária do ICMS, mas sem o recolhimento tempestivo do imposto relativo às operações próprias, que corresponde ao ICMS normal, que é o objeto da autuação, conforme determina o art. 515-B, seus incisos e § 1º do RICMS/BA, que transcrevo em seguida, para melhor esclarecer o assunto:

“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:

I - o imposto será calculado tomando-se por base o valor da operação ou o valor estabelecido em pauta fiscal, prevalecendo o que for maior;

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.”

A análise desses dispositivos indica que, efetivamente, o ICMS normal, concernente à 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/SEFAZ, para recolher o imposto até o 9º dia do mês subsequente ao da saída, o que não foi comprovado nos autos.

A exigência do ICMS em tela no momento da saída da mercadoria com base em dispositivo regulamentar não contém qualquer ilegalidade, pois se trata de matéria atinente a uma obrigação que não modifica a metodologia de apuração do imposto, nem vai de encontro ao princípio da não cumulatividade, pois os créditos fiscais efetivamente arcados pelo autuado serão lançados nos livros fiscais próprios, conforme previsto na legislação tributária pertinente.

No que se refere à argumentação de inconstitucionalidade, ressalto que não se inclui na competência deste CONSEF a análise da inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, nos termos do art. 167, inciso I do RPAF/BA.

Quanto à alegação de existência de ação judicial, que resultou na concessão de medida liminar que asseguraria o direito de pagar o ICMS no dia 09 do mês subsequente à saída das mercadorias, saliento que não se aplica ao caso sob exame, tendo em vista que a medida liminar, que foi concedida em 15/04/2010, foi cassada em 26/08/2010, conforme cópia da tela do site do Tribunal de Justiça acostada à fl. 157, portanto antes da lavratura do presente Auto de Infração.

Ressalto que mesmo que o contribuinte se encontrasse amparado pela mencionada ordem judicial, deveria ter efetuado o recolhimento do imposto normal que foi exigido através desta autuação, no prazo concedido pela legislação para as empresas credenciadas, trazendo ao processo as provas materiais correspondentes, o que não ocorreu.

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.

Diante do exposto, estando comprovado que o impugnante não efetuou o pagamento do ICMS referente à operação própria destacado no documento fiscal, considero a infração subsistente e 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 **232608.1202/10-9**, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.729,70**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de junho de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR