

A. I. Nº - 232608.1201/10-2
AUTUADO - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - DOMINGOS SÁVIO BRAITTE FIGUEIREDO
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 28. 06. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0176-01/11

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. ICMS DESTACADO. ÁLCOOL HIDRATADO. OPERAÇÃO PRÓPRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Restou comprovado que o contribuinte destacou ICMS nos documentos fiscais e não realizou o recolhimento do imposto 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 nulidade e de ilegalidade. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado, em 27/12/10, para exigir ICMS, no valor de R\$ 11.189,10, acrescido de multa de 60% em decorrência da “falta de recolhimento do imposto devido pela operação própria”. Trata-se de renovação de procedimento fiscal, tendo em vista a decisão exarada no Acórdão JJF Nº 029-05/10 que julgou nulo o Auto de Infração nº 210671.1112/09-2.

Na descrição dos fatos, consta que o lançamento se refere à “apreensão de 30.000 litros de AEHC – Álcool Etílico Hidratado Carburante, conforme NF 9826, 9827, 9828, 9829 e 9830, emitidas em 24-11-2009 pelo contribuinte acima, em condição de DESCREDENCIADO junto ao COPEC, destinados a postos de combustíveis situados neste Estado, sem o recolhimento do ICMS da operação própria nos termos da legislação em vigor, com enquadramento no Art. 515-B, inc. II combinado com o Art. 126, inciso IV do RICMS.”

Às fls. 9 a 49, foram acostados aos autos peças que integraram o processo administrativo fiscal referente ao Auto de Infração nº 210671.1112/09-2, as quais foram utilizadas para embasar o presente lançamento de ofício.

O autuado apresenta defesa (fls. 57 a 62) e, inicialmente, afirma que não houve qualquer infração à legislação tributária. Após descrever a acusação que lhe foi imputada, diz que lhe parece ser descabida a exigência de autorização para cumprimento de obrigação fiscal de maneira normal.

Assevera que, mesmo entendendo ser absurda tal restrição e atendendo às exigências do fisco, providenciou o requerimento para obter a autorização para recolher o ICMS no mês seguinte à ocorrência do fato gerador, conforme previsto no art. 515-B do RICMS-BA. Ressalta que, no entanto, a COPEC (Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis) não se pronunciou sobre o seu pedido, o que diz ter lhe causado transtornos no cumprimento de suas obrigações avençadas com os seus clientes.

Aduz que, por entender que é ilegal e arbitrária a exigência do recolhimento prévio do ICMS próprio e diante da omissão da COPEC, impetrou Mandado de Segurança com pedido de Medida Liminar, tombado sob o nº 0030982-33.2010.805.0001, que tramitou na 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador-BA, com o fito de obter a autorização da COPEC para recolher o ICMS no início do mês

seguinte ao da ocorrência do fato gerador. Menciona que, em resposta ao seu pleito, em 15/04/10, lhe foi concedida Medida Liminar que o autorizava a recolher o ICMS no mês seguinte à ocorrência do fato gerador.

Diz que a mencionada autorização da COPEC é decorrente de uma previsão regulamentar e, portanto, infralegal. Frisa que uma norma infralegal não poderia tolher um direito previsto em lei e no próprio RICMS-BA. Aduz que a necessidade da obtenção de autorização da COPEC inviabiliza a fruição do direito decorrente do princípio da não cumulatividade, uma vez que é impossível efetuar o encontro de débitos e créditos se o imposto for cobrado cada vez que ocorra uma saída de mercadoria. Para embasar sua argumentação, discorre sobre a metodologia de apuração do ICMS, bem como faz alusão aos artigos 28, 29 e 114 do RICMS-BA.

Afirma que, diante da ilegal exigência de prévio recolhimento do ICMS, que diz ter sido confirmada pela Liminar concedida, a autuação não se sustenta.

Após transcrever o disposto no art. 159, § 1º, II e III, do RPAF/99, o autuado solicita que, caso o lançamento seja mantido, a multa e os juros sejam excluídos, tendo em vista a sua boa-fé.

Ao finalizar, o autuado solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Na informação fiscal, fls. 180 a 183, o agente de tributos estaduais Eraldo Velame Filho faz uma síntese do processo e, em seguida, afirma que a mercadoria apreendida estava transitando desacompanhada dos comprovantes (DAEs) de recolhimento do ICMS referente à operação própria, conforme exige o disposto no artigo 515-B, do RICMS-BA, cujo teor reproduziu.

Menciona que o disposto no art. 515-B do RICMS-BA determina que o ICMS relativo à operação própria seja recolhido no momento da saída do álcool etílico hidratado carburante (AEHC). No que tange ao princípio da não cumulatividade, diz que os artigos 515-B e 108-B, do RICMS-BA, prevêm a forma de utilização de crédito fiscal pelo próprio contribuinte, bem como há a possibilidade de transferência de créditos fiscais para outros contribuintes.

Diz que as alegações de inconstitucionalidade não podem ser apreciadas pelo CONSEF, ao teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99. Aduz que a exclusão de multa e de juros é da competência da Câmara Superior do CONSEF.

Assevera que a Medida Liminar concedida na Ação Judicial de nº 0030982-33.2010.805.0001 data de 15/04/10, conforme consta na defesa (fl. 59), ao passo que os fatos geradores em tela ocorreram em 24/11/09. Aduz que a referida Medida Liminar foi cassada pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em 26/08/10, segundo o documento à fl. 184.

Ao finalizar a informação fiscal, o agente de tributos estaduais solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Trata o Auto de Infração em epígrafe da falta de recolhimento do ICMS normal relativo à operação, nas saídas internas de álcool etílico hidratado carburante, transportado a granel, acobertados pelos DANFE's 9826, 9827, 9828, 9829 e 9830, acostados às fls. 14 a 18 dos autos.

Conforme foi detalhado no início do Relatório, o Auto de Infração em comento é referente à renovação de procedimento fiscal, em decorrência de decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que, por meio do Acórdão JJF Nº 0229-05/10, decretou a nulidade do Auto de Infração nº 210671.1112/09-2.

O ICMS devido em relação às operações e prestações realizadas pelos contribuintes em um determinado mês é recolhido, salvo as exceções expressas na legislação, no mês subsequente. Isso foi o que o autuante denominou de "prazo normal de recolhimento". Todavia, nas operações de saída de AEHC o ICMS relativo à operação própria, por força do disposto no art. 515-B do RICMS-BA,

deve ser recolhido no momento da saída da mercadoria, constituindo, portanto, em uma das exceções à regra. Para que os contribuintes possam usufruir dessa exceção prevista na legislação, é necessária a autorização da autoridade administrativa competente, nos termos do § 1º do art. 515-B do RICMS-BA. Assim, não é descabida a infração imputada ao autuado, bem como não há contradição na descrição dos fatos.

O autuado alega que a exigência do ICMS no momento da saída do AEHC viola o princípio da não cumulatividade e, dessa forma, incide em uma ilegalidade.

Com o devido respeito, discordo dessa tese defensiva. A exigência do pagamento do ICMS normal no momento da operação de saída não viola o princípio da não cumulatividade, pois os créditos fiscais porventura existentes serão lançados nos livros fiscais próprios do autuado, conforme o regime de apuração do imposto que a ele seja aplicável. Caso o autuado apenas realize operações de saídas de AEHC, ele deverá verificar se está enquadrado em alguma das hipóteses regulamentares de acumulação de créditos fiscais. Dessa forma, não havendo a violação do princípio da não cumulatividade, também não há a ilegalidade arguida pelo autuado.

Conforme está sobejamente comprovado nos autos, em especial no Termo de Apreensão e Ocorrências e nos DANFEs acostados ao processo, o autuado efetuou operações de saídas de AEHC, destinado a diversos contribuintes, emitiu os documentos fiscais com destaque do imposto, porém não apresentou a comprovação do pagamento do ICMS devido em relação a suas operações próprias (ICMS Normal), infringindo, desse modo, o disposto no artigo 515-B do RICMS-BA, que assim dispõe:

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.

O dispositivo acima transcrito é de tal clareza que, sem grandes esforços interpretativos, somos levados a concluir que 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. Como no caso em comento não ficou demonstrado nem o pagamento do ICMS em questão e nem a existência de autorização para recolhimento do imposto em momento posterior, fica patente o acerto da ação fiscal.

No que tange ao suposto pedido feito pelo autuado para recolhimento do ICMS em questão no prazo normal, saliento que o atendimento desse pedido depende de parecer técnico da COPEC e, além disso, não foi trazido ao processo qualquer comprovação desse referido pedido.

Relativamente à Medida Liminar citada na defesa, saliento que conforme consta à fls. 184 dos autos, a referida Medida Liminar foi cassada pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em 26/08/10, portanto, antes da lavratura do Auto de Infração.

Quanto ao pedido de dispensa da multa, o pleito defensivo não pode ser acatado por falta de previsão legal, uma vez que a dispensa de multa por descumprimento de obrigação principal – como é o caso em apreciação – é da competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, nos termos do art. 159 do RPAF/99. Caso seja do interesse do autuado, ele poderá requerer à Câmara Superior a

dispensa de multa ao apelo da equidade, nos termos do art. 159 do RPAF/99, obedecidas as formalidades e condições ali previstas. No que tange ao pedido de dispensa dos acréscimos moratórios, saliento que não há previsão legal para tal dispensa.

Pelo acima exposto, 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 **232608.1201/10-2**, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.189,10**, 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 junho de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR