

**PROCESSO** - A. I. Nº 206960.0074/10-0  
**RECORRENTE** - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ªJJF nº 0063-05/11  
**ORIGEM** - SAT/COPEC  
**INTERNET** - 08/05/2012

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0087-12/12

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. OPERAÇÕES INTERNAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. 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. Infração procedente. Rejeitada a arguição de nulidade da autuação. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto para impugnar a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal em relação ao Auto de Infração, lavrado em 14/09/2010, que exige ICMS no valor de R\$ 592.639,04 e multa de 60%, em virtude de ter deixado de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, relativo à venda de álcool hidratado carburante.

O autuado, ora recorrente, interpôs defesa contra o Auto de Infração, em epígrafe. Contudo, o autuante manteve a autuação na sua inteireza.

Os autos foram encaminhados para 5ª JJF que, após a detida análise, proferiu Decisão transcrita a seguir, *in verbis*:

*“Da análise do presente Auto de Infração, observo que a sua lavratura obedeceu às disposições contidas no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, Decreto nº 7.629/99 (RPAF/99), portanto apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.*

*Trata o presente Auto de Infração da falta de recolhimento do ICMS relativo à operação própria na venda de álcool hidratado carburante, conforme declarado nas DMA (Declarações Econômico-Fiscais), e no livro Registro de Apuração de ICMS, documentos de fls. 10 a 16 do PAF.*

*O sujeito passivo equivocou-se em sua peça defensiva ao abordar fatos que não dizem respeito à presente autuação, quando enfoca sua tese baseada no ICMS substituição tributária, mas o que está sendo exigido é o imposto relativo à operação própria da empresa, nas saídas do combustível. Ademais, não trouxe qualquer elemento que comprove o efetivo pagamento do ICMS ora exigido, em data anterior à ação fiscal.*

*Neste caso, aplico a regra do art. 141 do RPAF: “Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação”.*

*Quanto ao pedido de exclusão da multa aplicada, por ser relativa a descumprimento de obrigação principal, somente pode ser analisada pela Câmara Superior do CONSEF, conforme art. 159 do RPAF/99.*

Inconformado com a Decisão de 1ª Instância, o sujeito passivo ingressou com Recurso Voluntário, nos termos a seguir relatados.

O recorrente arguiu contradição entre a Descrição dos Fatos constante no Auto de Infração, no qual se faz referência à falta de autorização do contribuinte “para gozo de recolhimento em prazo normal”. No seu entendimento é descabido que o Fisco exija do contribuinte a obtenção de uma autorização junto a ele, Fisco, para cumprir suas obrigações fiscais de maneira normal.

Entendeu que quando o Fisco estadual exige que se recolha o valor relativo ao ICMS próprio no momento da saída da mercadoria, está, a seu ver, impedindo o recorrente de exercer o seu direito de compensar créditos e débitos mediante a efetivação do princípio da não-cumulatividade, ou seja, em face 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.

Por conseguinte, ao seu ver, *“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”*.

Aduziu ainda que, quando o Fisco exige que o ICMS próprio do recorrente seja recolhido quando da saída da mercadoria, torna-se impossível obedecer ao princípio da não-cumulatividade, de modo a compensar os débitos com os créditos, já 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.

Para corroborar a sua tese da não-cumulatividade ao caso em tela, o sujeito passivo transcreve os arts. 28 e 29 da Lei nº 7.014/96, além do art. 114 do RICMS/BA, combinado com o previsto no art. 155, §2º, inciso I, da CF.

Ainda nesta esteira, o recorrente cita que assinalou que, mesmo entendendo a cobrança, atendeu às exigências do Fisco, e 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. Porém, o recorrente argüiu que, apesar disso, *“a COPEC se manteve inerte e não se manifestou acerca do pedido de autorização formulado pela Impugnante em 1º/12/2009, o que lhe causou diversos transtornos e atrasos no cumprimento das obrigações avençadas com os seus clientes”*.

O recorrente entendeu que foram *“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 requerida autorização”*.

Por conta disto, o recorrente impetrou, em 05/02/2010, 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.

Segundo o recorrente, em atendimento ao pleito, foi concedida, em 10/02/2010, via judicial, Medida Liminar no sentido de autorizá-lo 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.

De acordo com a peça recursal, a liminar judicial concedida demonstra que a restrição imposta pelo Fisco estadual é ilegal e que a autuação em combate é *“absolutamente improcedente”*

Além disso, o recorrente se socorreu do previsto no art. 159, §1º, inciso II e/ou III do RPAF/99, para requerer que, em caso de manutenção da autuação, que seja procedida pela Câmara Superior do CONSEF, a exclusão da multa e dos juros imputados, em face do fato da *“sua evidente boa-fé, que sempre procurou registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante o Estado da Bahia. Diante do exposto, requer que o Auto de Infração impugnado seja julgado IMPROCEDENTE!”*

Os autos foram encaminhados à PGE/PROFIS para seu Parecer opinativo, emitido pela i. procuradora, Dra. Maria José Coelho de A. Sento- Sé.

De acordo com o referido Parecer, a imputação fiscal está clara e bem tipificada com base na legislação estadual. O lançamento atende a todos os requisitos previstos no art. 39 do RPAF/99. A descrição do fato gerador do ICMS está consoante com o declarado nas DMA's e no Livro de Registro de Apuração.

No entendimento da i. procuradora, o sujeito passivo não colacionou aos autos a necessária prova de recolhimento do ICMS das operações próprias, nem tampouco acostou prova de autorização do Diretor da DITRI, após emissão de Parecer técnico da COPEC, para que pudesse recolher o imposto devido em momento posterior. A interpretação do art. 515 do RICMS/BA exige que o recorrente recolha o ICMS Normal, operação própria, no momento da saída da mercadoria, apenas ressalvada a hipótese de autorização do Diretor da DITRI, mediante Parecer exarado pela COPEC.

O Parecer opinativo assinalou que o princípio da não-cumulatividade do ICMS restou albergado pelo mecanismo da escrituração e lançamento dos créditos fiscais nos livros próprios.

Quanto à suposta liminar concedida pelo Poder Judiciário, a ilustre procuradora arguiu que tal medida não tem o condão de interferir na validade do lançamento tributário, *“haja vista que o contribuinte não trouxe aos autos qualquer prova relativa ao conteúdo, a data e os limites da Decisão judicial”*.

No que tange ao pedido que o recorrente arguiu que fez ao COPEC, em 01/12/2009, não restou provado nos autos, de acordo com o Parecer da PGE/PROFIS, inexistente dispositivo legal obrigando ao COPEC, *“a exarar Parecer técnico denegando ou concedendo o pleito do contribuinte, dentro de determinado lapso temporal”*.

Quanto ao pedido de dispensa ou redução da multa por descumprimento de obrigação principal, cabe à Câmara Superior do CONSEF, de acordo determina o art. 159 do RPAF/99, falecendo competência à 2ª Câmara de julgamento fiscal para emitir juízo de valor.

Concluiu seu Parecer, opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Compulsando os autos, verifico que se trata de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte para combater a infração apontada no Auto de Infração em foco, ou seja, a falta de recolhimento de ICMS no valor de R\$592.639,04 e multa de 60%, nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, relativas à venda de álcool hidratado carburante.

O recorrente procedeu arguição preliminar de vício na lavratura da autuação, ou seja, a seu ver, existe uma contradição entre a Descrição dos Fatos constante no Auto de Infração, no qual se faz referência à falta de autorização do contribuinte *“para gozo de recolhimento em prazo normal”*. Todavia, tal arguição não merece guarida, posto que o Auto de Infração está claro, inteligível e devidamente tipificado, atendendo a todos os pressupostos previstos nos arts. 18 e 39 do RPAF/99. Assim sendo, não vislumbro qualquer incidência de falha formal ou material capaz de ensejar uma nulidade ou improcedência. Inclusive, tendo sido dado direito à ampla defesa e ao contraditório ao sujeito passivo.

A arguição de que o ICMS normal cobrado nas operações próprias de álcool hidratado carburante poderia ser pago posteriormente, ou seja, até o 9º dia do mês subsequente ao das saídas das mercadorias, não merece prosperar, haja vista que para tal procedimento tributário se exigiria, após Parecer técnico da COPEC, a devida autorização da Diretoria de Tributação da SEFAZ, fato este que não ocorreu.

Ademais, não encontrei nos autos nada que comprovasse o requerimento à COPEC, nem qualquer autorização da DITRI neste sentido, indo assim de encontro com o que estabelece o teor do art. 515 do RICMS/BA, que exige que se recolha o ICMS Normal, ou seja, de operação própria, no

momento da saída da mercadoria, apenas ressalvada a hipótese de autorização do Diretor da DITRI, mediante Parecer exarado pela COPEC.

Portanto, carece de fundamentação legal a arguição do recorrente, que fica obrigado a pagar o ICMS das operações próprias quando da saída das mercadorias, como exigido no lançamento de ofício em apreço. Deve-se ressaltar que o mecanismo fiscal da escrituração e do lançamento dos créditos tributários nos livros próprios do contribuinte, afasta a arguição de cumulatividade do ICMS pretendida pelo recorrente.

Acrescente-se que não existe nos autos qualquer prova material do pagamento do ICMS em relação aos fatos geradores apontados na autuação, seja quando da saída das mercadorias, seja *a posteriori*.

No que se refere à alegada liminar concedida pelo Poder Judiciário, me alinho com o Parecer exarado pela nobre PGE/PROFIS, no sentido de que tal medida judicial não teria o condão de invalidar o lançamento tributário combatido pelo recorrente. Inclusive, o contribuinte recorrente colacionou aos autos uma medida judicial liminar (fl. 51), junto com a defesa inicial, com data anterior ao da lavratura do Auto de Infração, ou seja, a liminar foi concedida em 15 de abril de 2010 e a data da autuação foi 14 de setembro de 2010, mas sem que o recorrente identifique o teor da liminar e quais são os alcances desta Decisão.

No que se refere ao pedido de dispensa ou redução da multa por descumprimento de obrigação principal, não cabe competência a esta 2ª CJF para apreciar tal pleito, podendo o contribuinte recorrer à Câmara Superior do CONSEF, com base no que preceitua o art. 159 do RPAF/99.

Por tudo quanto analisado e exposto, com fulcro nos documentos acostados aos autos e na legislação aplicável à matéria em tela, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206960.0074/10-0**, lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$592.639,04**, 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, 11 de abril de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS