

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

2^a 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 PROVADO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto para impugnar a Decisão da 5^a 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 5^a 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 1^a 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, inexiste 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 2^a 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 2^a 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