

A. I. N° - 232197.0009/11-1
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.
AUTUANTE - JACKSON DOS SANTOS VASCONCELOS
ORIGEM - IFMT/METRO
INTERNET - 19. 09. 2012

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0204-01/12

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. ICMS DESTACADO. ÁLCOOL HIDRATADO. OPERAÇÃO PRÓPRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Restou comprovado que o contribuinte destacou em notas fiscais o ICMS da operação própria e não realizou o recolhimento no prazo previsto no Art. 515-B, do RICMS/BA, relativo às 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. Afastadas as alegações de nulidade e de ilegalidade. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 10/09/2011, para exigir ICMS no valor de R\$47.500,00, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, sob a acusação de “Falta de recolhimento do imposto devido pela operação própria.”

Consta na “Descrição dos Fatos”: “... CONSTATAMOS A SEGUINTE IRREGULARIDADE: FALTA DE CONPROVANTE DE ICMS POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA REFERENTE AOS DANFES nºs 222207 / 22209 / 22296 / 22210 / 22212 / 21900 / 21883 / 21902 / 21899 / 22226 / 22227 / 22228 / 22231 / 22236 / 22237 / 21905 / 22286 / 22300 / 22291 e 22298 (CÓPIAS ANEXAS), EMITIDOS POR CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO COPEC/SEFAZ, CORRESPONDENTE À VENDA DE 125.000L LTS. DE ÁLCOOL HIDRATADO, ILÍCITO PREVISTO NO RICMS/BA DE ACORDO DECRETO Nº 6.284/97.

OBS: Renovação do procedimento fiscal conforme orientação do CONSEF Auto de Infração lavrado em substituição ao de nº 232197.0007/09-7 de 08/01/2010.”

O sujeito passivo ao apresentar defesa às fls. 38 a 43, depois de transcrever a acusação fiscal, articula os argumentos a seguir sintetizados.

Ressalta que o ponto fulcral, que envolveu o presente Auto de Infração, bem como o procedimento fiscal de nº 232197.0007/09-7, ora refeito, conforme orientação do CONSEF, reside na exigência do recolhimento do ICMS normal da operação no momento da saída da mercadoria. Diz que tal prática imposta pelo Fisco lhe impede de exercer o seu direito de compensar créditos e débitos, operação que garante a efetivação do princípio da não cumulatividade.

Esclarece que em razão do princípio da não-cumulatividade, todo o ICMS incidente nas etapas anteriores deve ser utilizado como crédito no momento de apuração do ICMS devido, mediante o encontro de débitos e créditos do ICMS, procedimento denominado de “conta corrente”. Acrescenta assinalando que, por isso é concedido ao contribuinte o direito de apenas pagar o ICMS caso haja um saldo positivo remanescente. Prossegue observando que para ser possível a utilização do ICMS

creditado, é necessário que se proceda ao encontro de contas entre créditos e débitos, mês a mês, em seus livros fiscais e em seus balanços financeiros.

Redargui que no momento em que o Fisco lhe 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, por consequência), é impossível obedecer ao princípio da 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 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.

Transcreve o art. 155 da CF/88, os artigos 28 e 29 da Lei estadual nº 7.014/96 e o art. 114 do RICMS-BA/97 para assegurar a ilegalidade da restrição do Fisco no que se refere ao recolhimento prévio do ICMS e ressaltar que não cabe a exigência de recolhimento do ICMS da operação própria no momento da saída da mercadoria, pois este recolhimento antecipado será um óbice à compensação de créditos com os débitos do imposto.

Menciona que mesmo entendendo ser absurda tal restrição, uma vez que esta agride um direito subjetivo do contribuinte decorrente do princípio da não cumulatividade, atendendo 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 Regulamento do Imposto sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte intermunicipal e interestadual e comunicação RICMS-BA/97.

Relata que a COPEC se manteve inerte e não se manifestou acerca de seu pedido de autorização, o que lhe causou diversos transtornos e atrasos no cumprimento das obrigações avençadas com os seus clientes. Acrescenta que em decorrência disso muitos postos de combustíveis recusaram-se a adquirir produtos de seu estabelecimento, uma vez que se encontrando sob regime especial, os adquirentes teriam responsabilidade solidária, inviabilizando a atividade econômica que desempenha.

Assinala que em razão da inércia da COPEC, impetrou Mandado de Segurança com pedido de medida liminar para que fosse excluída do referido regime especial, tendo sido a medida liminar concedida pelo juízo competente.

Ressalta que se encontra em pleno vigor os efeitos da medida liminar concedida no bojo do *Mandamus* de nº 0108869-59.2011.805.0001, fls. 44 e 45, que a excluiu do Regime Especial de Fiscalização e Pagamento referente ao ICMS ao qual foi submetida pela SEFAZ/BA, lhe autorizando a recolher o ICMS Normal até o dia 9º do mês subsequente, por isso afirma que jamais poderia a autoridade fiscal lavrar o auto ora objurgado, uma vez que está autorizada judicialmente a assim proceder.

Assevera que diante da ilegalidade da autuação efetuada pelo Fisco, visto que se encontra, por decisão liminar vigente, excluída do Regime Especial de Fiscalização e Pagamento, o presente Auto de Infração mostra-se absolutamente improcedente.

Por fim, depois de reproduzir o art. 159, §1º, inciso II e III do RPAF-BA, roga pela exclusão da multa e dos juros imputados, caso se entenda pela manutenção da infração, em face da sua evidente boa-fé, que sempre procurou registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante o Estado da Bahia.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal às fls. 40 a 43, o autuante alinhou as seguintes ponderações.

Esclarece inicialmente que ao exercer suas funções de fiscalização, constatou que o produto foi despachado com a devida substituição do ICMS, mas sem o recolhimento tempestivo do imposto

em suas operações próprias, conforme manda o art. 515-B do RICMS-BA/97 combinado com o Protocolo ICMS 17/04, e que por esta razão, emitiu o Termo de Ocorrência nº 232197.0009/11-1 e em consequência, lavrou o presente Auto de Infração.

Assinala que a legislação atinente ao recolhimento do ICMS em suas operações próprias com álcool carburante é clara quando enuncia os ditames a serem seguidos pelos contribuintes, o art. 515-B do RICMS faz menção expressa a necessidade do recolhimento antecipado do ICMS relativo à operação própria, no momento da saída do Álcool Etilico Hidratado Combustível - AEHC, bem como no item II do referido determina que, por ocasião do trânsito a mercadoria seja acompanhada do Documento de Arrecadação Estadual - DAE referente a esta operação.

Destaca que no caso em questão a mercadoria estava transitando sem o DAE referente à operação própria acompanhada, tão-somente, do DAE referente à substituição tributária que não foi objeto da autuação.

Ressalta que o autuado não pode usufruir o benefício previsto no artigo 126, IV item II do RICMS-BA/97 de recolhimento até o dia 15 do mês subsequente ao das operações, tendo em vista que não possui a competente autorização da Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis - COPEC, como disposto no aludido dispositivo regulamentar que reproduz.

Prossegue reproduzindo as alegações da defesa e, em seguida, articula as seguintes ponderações.

Destaca que pelo enunciado no Auto de Infração o que se busca é o pagamento do ICMS em suas operações normais, previsto na legislação acima citada e não o ICMS da substituição tributária feita pelo contribuinte.

Assevera que se não houve recolhimento do imposto, em suas operações normais, isto se deu por livre e espontânea vontade do autuado, mesmo porque é do seu conhecimento a necessidade de autorização da COPEC para gozo de prazo normal de pagamento do tributo nestas operações, logo, toda a sua argumentação não procede.

Observa que em relação à determinação da base de cálculo foi usada a constante dos DANFE enumerados na Descrição dos Fatos do Auto de Infração, portanto, assevera que não se inventou valor algum para se cobrar o imposto do contribuinte, o que está se cobrando é exatamente o valor do ICMS destacado nos documentos fiscais, quanto a multa é a prevista para a infração cometida.

Conclui requerendo a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado no trânsito da mercadoria, no Posto Fiscal Honorato Viana, cuja infração foi descrita no Auto de Infração como “Falta de recolhimento do imposto devido pela operação própria”, pela falta de anexação do DAE devidamente quitado, relativamente às suas operações próprias com Álcool Hidratado Carburante através dos DANFE nºs 222207 / 22209 / 22296 / 22210 / 22212 / 21900 / 21883 / 21902 / 21899 / 22226 / 22227 / 22228 / 22231 / 22236 / 22237 / 21905 / 22286 / 22300 / 22291 e 22298, fls. 12 a 29, emitidos por contribuinte descredenciado pela COPEC/SEFAZ, que acobertavam o trânsito da mercadoria.

Ao defender-se o impugnante alegou que a exigência do ICMS no momento da saída do AEHC viola o princípio da não cumulatividade do ICMS e, dessa forma, incide em uma ilegalidade.

As razões da defesa não devem prosperar, tendo em vista que 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, resultando assim, na devida compensação.

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, resta inequivocamente evidenciado a inexistência de qualquer violação ao princípio da não cumulatividade, também não há a ilegalidade arguida pelo autuado.

Conforme se constata nos autos, em especial no Termo de Ocorrências, fl. 04 e 05, e nos DANFE 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.

Do dispositivo acima reproduzido claramente se depreende 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. Assim, restando comprovado nos autos a falta do 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.

Nestas circunstâncias, não resta dúvida que o autuante na condição de preposto fiscal na fiscalização de mercadorias em trânsito agiu de forma correta, visto que efetivamente os documentos fiscais mencionados acima, deveriam estar acompanhados dos comprovantes de recolhimento do ICMS correspondente à operação própria do estabelecimento, conforme determina o art. 515-B, do RICMS/97, uma vez que o autuado não possui autorização para recolhimento em data posterior ao momento da saída das mercadorias.

Logo, resta devidamente caracterizada a infração única do Auto de Infração.

Quanto ao alegado Mandado de Segurança, colacionado pelo autuado, fls. 44 e 45, verifico que a decisão fora exarada em 09/11/2011 pelo Juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública e dada ciência a autoridade coatora em 22/11/2011, portanto, em data posterior à ocorrência objeto do presente feito, não causando repercussão alguma que afetasse, à época da lavratura, a validade do lançamento.

Em relação 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, e a ela poderá ser requerida a dispensa de multa ao apelo da equidade, obedecidas as formalidades e condições exigidas. Indefiro também o pedido de dispensa dos acréscimos moratórios e juros saliente, ante a inexistência de previsão legal para tal dispensa.

Ante o 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 **232197.0009/11-1**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do

imposto no valor de **R\$47.500,00**, 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, 28 de agosto de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR