

A. I. Nº - 232278.0013/11-6
AUTUADO - PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTES - OSMÁRIO DA SILVA MENDONÇA
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET 21.09.2012

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0258-05/12

EMENTA: ICMS. ÁLCOOL CARBURANTE. TRANSPORTE COM DANFE'S DESACOMPANHADA DO COMPROVANTE DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES PRÓPRIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. NULIDADE. 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. Ficou comprovado que o contribuinte não tinha, à época do fato gerador, autorização da COPEC para recolher o ICMS de operações próprias no 9º dia do mês subsequente. Contudo, observa-se falha insanável no Termo de Apreensão que deveria fundamentar o Auto de Infração. Exigência declarada de ofício nula. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 04/10/2011, para exigir ICMS no valor de R\$53.190,00, acrescido de 60% de multa, por falta de recolhimento do imposto devido pela operação própria na forma do art. 515-B, III, combinado com § 2º do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, referente aos DANFEs de nºs 2266, 2264, 2257, 2268, 2267, 2265, 2263, 2262, 2260, 2270, 2271, 2272, 2274, 2275, 2276, 2277, 2281, sem autorização da COPEC.

O contribuinte ingressou com defesa, às fls. 32/34 dos autos, onde aduz que foi autuada por ter cometido a infração relacionada ao recolhimento do ICMS que a seguir discorre: *"Infração – Falta de recolhimento do ICMS em operação com mercadorias enquadradas no regime de diferimento em situação onde não é possível a adoção do referido regime, desacompanhadas de DAE ou Certificado de Crédito."* E diz que o auto de infração não merece subsistir, pois ao contrário do que sustenta o Fisco, o recolhimento do ICMS no mês subsequente ao do fato gerador não é hipótese de diferimento, mas sim a regra, uma vez que a apuração do tributo se dá de maneira mensal, de forma a ser consagrado o princípio da não comulatividade.

Complementa afirmando que, em razão do princípio da não comulatividade, todo o ICMS incidente nas etapas anteriores deve ser utilizado como crédito no momento de apuração do ICMS devido pela impugnante. Deste modo, diz o defendant, 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. Assim, destaca que, para que seja possível à impugnante utilizar-se 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 em seus balanços financeiros.

Para fundamentar seus argumentos, descreve os artigos 28 e 29 da Lei Estadual do ICMS (Lei nº 7.014/96) e o artigo 114 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Conclui, então, dizendo que não merece subsistir a autuação fiscal, pois o recolhimento do ICMS no mês seguinte ao fato gerador é a lógica inerente ao ICMS, não tendo que se falar em *"enquadramento no regime de diferimento em situação onde não é possível a adoção do referido regime"* uma vez que a

impugnante jamais assim procedeu. Diante do exposto, requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante, ao prestar a informação fiscal, às fl. 115/120 dos autos, alega que a autuada fazia transportar pelo Posto Fiscal Honorato Viana, localizado no Município de Candeias, 100.000 (cem mil) litros de álcool carburante acobertados pelos DANFEs de nºs 2266, 2264, 2257, 2268, 2267, 2265, 2263, 2262, 2260, 2270, 2271, 2272, 2274, 2275, 2276, 2277, 2281, destinados a diversas empresas localizadas e estabelecidas no Estado da Bahia. Portanto, no exercício legal de suas funções fiscalizadoras, constatou que o ICMS correspondente a Substituição Tributária foi devidamente calculado e recolhido, porém, não efetuou, o autuado, o recolhimento tempestivo do ICMS em suas operações próprias, conforme determina o art. 515-B do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, combinado com o Protocolo 17/04, que fundamentado nos dispositivos legais citados, emitiu Termo de Apreensão e Ocorrências sob nº 23278.0012/11-0, em 21/09/11, nomeando a própria empresa autuada como fiel depositaria, consequentemente constituído o crédito fiscal com a lavratura do Auto de Infração em tela. Diz, o autuante, que a constituição do citado crédito foi fundamentada com base nos preceitos do Protocolo 17/04 e no art. 515-B do RICMS/BA, combinado com o art. 126 do mesmo diploma legal, que reproduz. Quanto à alegação da autuada de que foi concedida Medida Liminar concedendo o prazo para pagamento do ICMS, o autuante cita o Parecer da PROFAZ de nº 626/01, constante do PAF de nº 206986.0011/00-1 de demanda similar, ressaltando que os efeitos da ação de mandado de segurança é de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mas não de seu lançamento. Assim, à luz do seu entendimento, alega que nada impede que seja efetuado o lançamento de ofício do crédito, através do auto de infração pela autoridade fiscal no sentido de assegurar sua exigibilidade no futuro, caso a decisão judicial seja de fato desfavorável ao sujeito passivo da obrigação tributária. Diz, ainda, que esse entendimento está firmado na jurisprudência do STF, a exemplo de alguns julgados que destaca suas ementas. Conclui requerendo que o auto de infração seja julgado procedente.

VOTO

Destaco inicialmente a tempestividade da Defesa apresentada pelo defendant na forma acostada às fls. 32/34 dos autos, dado as informações trazidas à fl. 123, extraídas do Sistema SIGAT, relativo ao percurso do PAF desde a sua lavratura.

Versa a autuação de lançamento fiscal de crédito tributário para exigir ICMS, no montante de R\$53.190,00, por conta de o autuado estar transportando pelo Posto Fiscal Honorato Viana, localizado no município de Candeias, 100.000 (cem mil) litros de álcool carburante acobertados pelos DANFEs de nºs 2266, 2264, 2257, 2268, 2267, 2265, 2263, 2262, 2260, 2270, 2271, 2272, 2274, 2275, 2276, 2277, 2281, destinados a diversas empresas localizadas e estabelecidas no Estado da Bahia, sem estar acompanhado do Documento de Arrecadação Estadual (DAE's), correspondente ao imposto relativo à operação própria nas saídas internas de AEHC, conforme depreende o artigo 515-B, inciso II do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Reza o artigo 515-B, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 que 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, conforme estabelecido no inciso II, que o Documento de Arrecadação Estadual (DAE), devidamente quitado, deverá acompanhar a mercadoria na respectiva circulação. Excetua dessa obrigatoriedade, conforme estabelece o § 2º do mesmo diploma legal, as distribuidoras de combustíveis, como tais definidas pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), desde que autorizadas pela COPEC.

Da análise da peças dos autos, observo que à fl. 23 consta cópia do Auto de Infração nº 232278.0005/10-5 gerado a partir do Termo de Apreensão e Ocorrências (TAO) de nº 232278.0005/10-5, emitido em 17/03/2010, onde apresenta na descrição dos fatos a constatação de falta de

recolhimento do ICMS, em suas operações próprias, referentes aos DANFE's de nºs 2266, 2264, 2257, 2268, 2267, 2265, 2263, 2263, 2262, 2260, 2270, 2271, 2272, 2274, 2275, 2276, 2277, 2281, sem autorização da COPEC, que são os mesmos DANFE's relacionados na descrição dos fatos do Auto de Infração nº 232278.0013/11-6 em tela, objeto de análise, gerado 04/10/2011 a partir do Termo de Ocorrência Fiscal (TOF) de nº 232278.0012/11-0, emitido em 21/09/2011.

Tal relacionamento demonstra que o fato gerador dos citados Autos de Infrações são os mesmos, onde se pode concluir que o fato gerador do Auto de Infração nº 232278.0013/11-6, objeto de análise no presente Processo Administrativo Fiscal ocorreu no dia 17/03/2010, com a emissão do TAO de nº 232278.0005/10-5.

Assim, o Termo de Apreensão de nº 232278.0005/10-5 (fl. 26), datado de 17/03/2010, o qual foi subscrito pelo autuado, por ter o prazo de validade de 30 (trinta) dias para lavratura do Auto de Infração correspondente, conforme dispõe o § 2º do art. 28 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, não serve para fundamentar o Auto de Infração nº 232278.0013/11-6, ora em análise, lavrado em 04/10/2011, ou seja, no décimo nono mês da ocorrência do fato gerador.

Por outro lado, o Termo de Ocorrência Fiscal de nº 232278.0012/11-0, emitido em 21/09/2011, acostado aos autos à fl. 4, que relaciona os mesmos DANFE's e descrição dos fatos relatados no Termo de Apreensão e Ocorrências de nº 232278.0005/10-5, expedido com fulcro em sua substituição, conforme expresso no seu corpo, também não serve para fundamentar o Auto de Infração de nº 232278.0013/11-6, *sub judice*, por não estar subscrito pelo autuado e se reportar a fato pretérito, conforme comprovado.

Assim, em que pese o Contribuinte Autuado, a empresa PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA, não ter à época da ocorrência do fato gerador, datada de 17/03/2010, conforme Termo de Apreensão à fl. 26 dos autos, autorização da COPEC para recolher no dia 09 do mês subsequente, o imposto relativo à operação própria nas saídas internas ou interestaduais de álcool etílico hidratado combustível (AEHC), consoante se pode observar no Parecer COPEC nº 6728/2010, através do Sistema de Controle de Pareceres Tributários (SCPT) da SEFAZ, instruído pelo Processo nº 19248120092, exarado no dia 23/04/2010 pelo Diretor do DAT, o presente Auto de Infração 232278.0013/11-6 é, de ofício, declarado nulo, nos termos previstos no art. 20 do RPAF, já que não se faz acompanhar do Termo de Apreensão e Ocorrência válido, o qual obrigatoriamente o fundamentaria, nos termos previstos nos artigos 29, I, e 41, I, do RPAF.

Portanto, não obstante a existência de elementos fáticos para a exação fiscal, o Auto de Infração nº 232278.0013/11-6 em tela não preenche as formalidades legais previstas ao devido processo legal para o lançamento de ofício, ensejando a sua NULIDADE, do que, nos termos do art. 156 do RPAF, represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, exigindo o imposto acaso ainda devido, via Auto de Infração modelo "3".

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 232278.0013/11-6 lavrado contra **PETROMOTOR DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA**. Representa-se à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, a salvo da falha apontada.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de setembro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR