

A. I. N° - 210413001411-7  
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.  
AUTUANTE - JOSENILTON DOS SANTOS FILHO  
ORIGEM - POSTO FISCAL HONORAO VIANA  
INTERNET - 23.11.2012

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0270-02/12**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. ICMS DESTACADO. ÁLCOOL HIDRATADO. OPERAÇÃO PRÓPRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Restou comprovado que, nas saídas internas de álcool etílico hidratado combustível transportado a granel, foi destacado o ICMS normal, referente à operação própria, porém não foi efetuado o recolhimento do imposto no prazo previsto no art. 515-B, do RICMS-BA. O contribuinte não possuía autorização para recolhimento do imposto em data posterior à saída das mercadorias. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 17/09/2011, exige ICMS no valor histórico de R\$20.691,00 em razão da falta de recolhimento do imposto devido pela operação própria. O ICMS com valor de R\$33.105,60. Multa de 60%.

O sujeito passivo, às fls. 28 a 33 dos autos, apresenta a impugnação, alegando que, ao exigir que a autuada recolha o valor relativo ao ICMS próprio no momento da saída da mercadoria, o fisco a impede de exercer o seu direito de compensar créditos e débitos mediante a efetivação do princípio da não cumulatividade.

Entende 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 pela autuada. Deste modo, tanto o ICMS próprio da Usina/Refinaria, como parte do ICMS devido pela autuada, que são recolhidos no momento da compra da mercadoria perante a Usina/Refinaria, devem ser compensados quando do recolhimento do ICMS por parte da empresa. Acontece que, para que seja possível à autuada 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.

Alega que, no momento em que o Fisco exige que o ICMS próprio da empresa 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.

Destaca o que prescreve a Lei Estadual do ICMS no que se refere a não cumulatividade do imposto:

*Art. 28. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual*

*e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores por este Estado ou por outra unidade da Federação.*

*Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.*

Neste mesmo sentido prevê o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia:

*Art. 114. O ICMS é não-cumulativo, devendo-se compensar o que for devido em cada operação ou prestação realizadas pelo contribuinte com o imposto anteriormente cobrado por este ou por outro Estado ou pelo Distrito Federal, relativamente às mercadorias entradas ou adquiridas ou aos serviços tomados, de modo que o valor a recolher resulte da diferença, a mais, entre o débito do imposto referente às saídas de mercadorias e às prestações de serviços efetuadas pelo estabelecimento e o crédito relativo às mercadorias adquiridas e aos serviços tomados, levando-se em conta o período mensal ou a apuração por espécie de mercadoria ou serviço, conforme o regime adotado.*

Conclui que a própria Legislação Estadual dispõe sobre a não cumulatividade do ICMS sendo, portanto, ilegal a restrição do Fisco no que se refere ao recolhimento prévio do ICMS próprio pela autuada.

Argumenta que, mesmo entendendo ser absurda tal restrição, uma vez que esta agride um direito subjetivo do contribuinte decorrente do princípio da não cumulatividade previsto no art. 155, §2º, inciso I, da CF, a ora autuada, 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).

Complementa que, apesar disso, a COPEC se manteve inerte e não se manifestou acerca do pedido de autorização formulado pela autuada, o que lhe causou diversos transtornos e atrasos no cumprimento das obrigações avençadas com os seus clientes.

Desse modo, continua o sujeito passivo, por entender serem 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 referida “autorização”, a autuada 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.

Alude que, em resposta ao pleito feito pela autuada, foi concedida, em 10/02/2010, a Medida Liminar, no sentido de autorizá-la 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.

Argumenta que, de acordo com o art. 159, §1º, inciso II e/ou III do RPAF:

*Art. 159. Poderá ser requerida à Câmara Superior do CONSEF a dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de eqüidade.*

*§ 1º O pedido de aplicação de eqüidade deverá fundamentar-se em qualquer das seguintes circunstâncias e ser acompanhado, se for o caso, das devidas provas, sob pena de não ser conhecido:*

*(...)*

*II - ter o sujeito passivo agido de boa-fé, diante de razoável e justificada dúvida de interpretação;*

*III - ter o sujeito passivo agido de boa-fé, em razão de ignorância da legislação tributária, tendo em vista o seu nível de instrução e as condições adversas do local da infração;*

(...)

Consigna que, caso se entenda pela manutenção da infração, roga a autuada pela exclusão da multa e dos juros imputados, tendo em vista a sua evidente boa-fé, que sempre procurou registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante o Estado da Bahia.

Requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante, às fls. 43 a 48 dos autos, apresenta a informação fiscal afirmando que a Autuada fazia transportar pelo Posto Fiscal Honorato Viana, localizado no município de Candeias - BA; 55.000 (Cinquenta e cinco mil litros) de álcool carburante, acobertados pelos DANFES, destinados a diversas empresas, todas no Estado da Bahia.

Afirma que, no exercício legal de nossas funções fiscalizadoras, constatou que o ICMS correspondente a Substituição Tributária foi devidamente calculado e recolhido, porém, não efetuou o recolhimento tempestivo do ICMS em suas operações próprias, conforme determina o Art. 515-B do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6284/97, combinado com o Protocolo 17/04.

Consigna que, fundamentado nos dispositivos legais citados, emitimos o Termo de Apreensão e Ocorrências sob nº 210413.0041/11-4 em 17/09/2011 nomeando a própria empresa-autuada como fiel depositária, e consequentemente constituímos o crédito fiscal, com a lavratura do o Auto de Infração sob nº 210413.0014/11-7 datado de 17/09/2011.

Observa que a apresentação dessa Informação Fiscal, cumpre o orientado pela 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento do CONSEF que, preventivamente procurando evitar as longas demandas do Processo Fiscal, em respeito à Constituição Federal (CF) e ao próprio RPAF-BA, reabriu o Direito a Ampla Defesa ao autuado.

Alude que o crédito fiscal ora constituído, tem como base legal os dispositivos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, através do protocolo 17/2004. RICMS Decreto 6284/97, Art. 515-B via alteração nº 57 Decreto 9152 de 28.07.2004, combinado com o Art. 126, que reproduzimos abaixo, como:

*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:*

*I - o imposto será calculado tomando-se por base o valor da operação ou o valor estabelecido em pauta fiscal, prevalecendo o que for maior;*

*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.*

*§ 2º Não se aplica o disposto no caput deste artigo às distribuidoras de combustíveis, como tais definidas pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, desde que autorizadas pela COPEC.*

...

*Art. 126. O imposto a ser recolhido pelo responsável em decorrência de substituição tributária por antecipação será pago:*

*I -....*

*II -.....*

*III -.....*

*IV - nas operações de saída de álcool etílico hidratado combustível (AEHC) e de álcool a granel não destinado ao uso automotivo, no momento da saída das mercadorias.*

*Parágrafo único. Nas hipóteses do inciso IV, os contribuintes poderão, mediante autorização competente, recolher o imposto decorrente de substituição tributária por antecipação até o dia 15 do mês subsequente ao das operações, sendo que:*

*I – quando industriais, mediante autorização do Diretor de Administração Tributária da região do domicílio fiscal do contribuinte, após parecer técnico da COPEC;*

*II - quando distribuidores de combustíveis, mediante autorização da COPEC.*

Entende que, quanto ao fato da operação estar amparada em Decisão Liminar determinando a imediata suspensão da exigibilidade do ICMS, Parecer da PROFAZ de nº 626/01, constante do PAF de nº 206986.0011/00-1 de demanda similar, ressalta que os efeitos da ação de mandado de segurança é de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mas não de seu lançamento, ao afirmar que “Na realidade, o que a SEFAZ está impedida de fazer é a cobrar o imposto relativo à autuação firmada e não de constituir-lo”.

Neste sentido também foi prolatado Parecer da PROFAZ, em 29/01/03, constante do PAF nº 917007301.

Sendo assim, entende 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. Apresenta decisões do Tribunal de Justiça-STF, nesse sentido.

## VOTO

O presente lançamento de ofício exige ICMS em razão da falta de recolhimento do imposto devido pela operação própria, conforme determina o Art. 515-B e art. 126 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6284/972.

Diferente do que alega o autuado, o mesmo não efetuou o recolhimento do ICMS das operações próprias, nas saídas de Álcool Carburante, conforme determina os Artigos 515-B e 126 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6284/97, combinado com o Protocolo 17/04, conforme indicado no Termo de Apreensão e Ocorrências sob nº 210413.0041/11-4 e o presente Auto de Infração.

Quanto à arguição de que a COPEC não forneceu a autorização para o recolhimento no dia 09 do mês subsequente às saídas, está prevista a sua competência para tanto, e uma vez não concedida tal autorização, caberia o pagamento nas saídas dos aludidos produtos, o que efetivamente, no presente caso, não ocorreu em relação ao imposto próprio.

Vale dizer que a alegação defensiva de ofensa ao princípio da não cumulatividade do ICMS, por não ter utilizado o crédito fiscal referente às etapas anteriores de circulação das mercadorias no momento de apuração do ICMS devido, não se sustenta, haja vista que os idôneos créditos escriturados são passíveis de utilização. Não está a se obstar a utilização dos créditos existentes. Ocorre que no presente caso o autuado deveria ter recolhido o imposto relativo aos aludidos produtos nas saídas dos mesmos, não havendo impedimento para que haja aproveitamento dos créditos lançados em seu conta corrente para deduzir das operações que sejam consignadas a débito ou mesmo utilizá-los das formas que o RICMS prevê.

No que alude a Liminar em Mandado de Segurança o sujeito passivo não apresenta nos autos a aludida decisão ou qualquer indicativo de sua existência, não havendo elementos nos autos para acolhimento de tal pretensão.

Quanto à exclusão ou redução das multas e juros e dedução dos créditos relativos a operações anteriores não há competência dessa unidade fracionária do CONSEF, para tais providências.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210413001411-7**, lavrado contra

*ESTADO DA BAHIA  
SECRETARIA DA FAZENDA  
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)*

**PETRÓLEO DO VALLE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$20.691,00**, 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, 08 de novembro de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR