

PROCESSO	- A. I. Nº 124157.0863/11-8
RECORRENTE	- PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0131-01/12
ORIGEM	- IFMT – DAT/METRO
INTERNET	- 15/03/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0028-12/13

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. ICMS DESTACADO. ÁLCOOL HIDRATADO. OPERAÇÃO PRÓPRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Restou comprovado que o contribuinte destacou ICMS em notas fiscais e não realizou o recolhimento no prazo previsto no Art. 515-B, do RICMS/BA, relativo à operação própria nas saídas internas ou interestaduais de AEHC - álcool etílico hidratado combustível, transportado a granel, não possuindo autorização para recolhimento em data posterior ao momento da saída das mercadorias. Infração caracterizada. Decretada, de ofício, **Nulo** o Auto de Infração. **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que confirmou integralmente o lançamento fiscal, condenando o autuado no valor de R\$58.900,00, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Auto de Infração lavrado contra o recorrente em 09/09/2011, às 15h02min decorre da falta de recolhimento do ICMS devido pela operação própria. A autuação decorreu de fiscalização no trânsito e refere-se aos DANFE's listados no Termo de Ocorrência Fiscal emitidos por contribuinte “DESCREDENCIADO COPEC/SEFAZ”, correspondente a 155.000 litros de álcool hidratado, ilícito previsto no RICMS/BA.

Está consignado no Termo de Ocorrência Fiscal e no Auto de Infração que a lavratura do Termo de Apreensão foi lavrado em substituição ao de nº 124157.0797/09-3, em obediência ao disposto no §1º, “b” do art. 18 do RPAF/99, a vista da orientação exarada pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, ancorada no Acórdão CJF Nº 0048-11/11.

Da apreciação das razões de defesa e das informações fiscais, a 1ª JJF, à unanimidade, decidiu pela Procedência da autuação com fundamento nas razões expostas no voto do Relator da Decisão recorrida, como segue:

“VOTO

Do exame das peças que compõem o presente processo, verifico que a autuação diz respeito à realização de operação de saída de 155.000 litros de álcool etílico hidratado carburante – AEHC, sem o pagamento antecipado do ICMS referente à operação própria destacado nos DANFE's nºs 21445/21394/21396/21068/21038/21037/21026/20793/21158/21022/21152/21509/21501/21514/21515/21510/2 1486 e 21504, emitidos pelo autuado na situação de “DESCREDENCIADO COPEC/SEFAZ”.

Observo que o Auto de Infração em exame foi lavrado em substituição ao Auto de Infração nº. 124157.0797/09-3, julgado nulo pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, nos termos do Acórdão CJF Nº. 0048-11/11.º

Verifico que na defesa apresentada o impugnante invoca o princípio da não-cumulatividade do ICMS aduzindo que o recolhimento no momento da saída da mercadoria, conforme exigido pelo Fisco impossibilita o seu exercício do direito de compensar créditos e débitos.

Consigna que apesar de ter requerido junto à COPEC autorização para recolher o ICMS no mês seguinte à ocorrência do fato gerador, não foi atendido, razão pela qual impetrhou Mandado de Segurança com pedido de liminar para que obtivesse autorização. Afirma que se encontra em pleno vigor a liminar concedida lhe autorizando o recolhimento o ICMS Normal até o dia 9º do mês subsequente. Assevera que é ilícita a lavratura do Auto de Infração, pois entende que está judicialmente autorizado a assim proceder.

Ao compulsar os autos verifico que a cópia do Mandado de Segurança trazida pelo impugnante (fls. 50/51), permite identificar que a ciência da Decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública de Salvador foi dada pela autoridade apontada como coatora, no caso, o senhor Superintendente da Administração Tributária – SAT, em 11/11/2011, portanto, em momento posterior a lavratura do Auto de Infração em lide, que ocorreu em 09/09/2011, razão pela qual é lícito o lançamento de ofício, diversamente do entendimento sustentado pelo impugnante.

Conforme descrito no Auto de Infração foi constatada a falta de recolhimento do ICMS devido pela operação própria, correspondente a 155.000 litros de álcool carburante, destinados a diversos contribuintes, tendo o autuado despachado a mercadoria, contudo, sem o recolhimento tempestivo do imposto em suas operações próprias (ICMS NORMAL, objeto da autuação), conforme exige o art. 515-B do RICMS/BA.

Estabelece o referido art. 515-B 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, devendo o Documento de Arrecadação Estadual, devidamente quitado, acompanhar a mercadoria na respectiva circulação, inclusive com a indicação na nota fiscal do número da autenticação.

Dessa forma, não resta dúvida que o ICMS referente a 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, o que não foi comprovado nos autos, demonstrando o acerto da ação fiscal.

No que tange à utilização dos créditos fiscais suscitados pelo impugnante, observo que a exigência do pagamento do imposto nas saídas das mercadorias, conforme aduzido linhas acima, não impede que possa se creditar do imposto destacado nos documentos fiscais de aquisição, devendo a apropriação ocorrer no período próprio. Ou seja, poderá o contribuinte quando realizar a apuração mensal do imposto, lançar a crédito os pagamentos efetuados nas saídas, bem como os créditos fiscais destacados nas notas fiscais, e lançar a débito os valores atinentes às saídas realizadas, bem como, os valores porventura existentes referentes à diferença de alíquotas, etc.

Quanto ao pedido de redução dos acréscimos moratórios, efetivamente não pode ser acatado por falta de previsão legal nesse sentido, haja vista que o art. 158, do RPAF/99, trata exclusivamente sobre redução e cancelamento de multas.

No respeitante ao pedido de redução da multa, saliento que por se tratar, no presente caso, de descumprimento de obrigação principal, a sua dispensa ou redução ao apelo da equidade, é de competência da Câmara Superior deste CONSEF.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Em razão da citação da orientação contida na Decisão exarada pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, Acórdão CJF Nº 0048-11/11, transcrevo o voto e a resolução da dita Decisão de primo grau.

“Assim, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício apresentado para manter inalterada a Decisão recorrida e, nos termos do art. 156 do RPAF, represento à autoridade fiscal competente, objetivando a instauração de novo procedimento fiscal no estabelecimento do contribuinte, a fim de verificar o recolhimento do tributo relativo à operação objeto do presente lançamento de ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 124157.0797/09-3, lavrado contra PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE). Recomenda-se à autoridade competente a instauração de ação fiscal, no estabelecimento, para verificar o recolhimento do tributo objeto da autuação.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2011”

Protocolizado Recurso Voluntário tempestivo, colacionado às fls. 81 a 89, o contribuinte vem aos autos para arguir, de plano, a constitucionalidade do Auto de Infração.

Negando o cometimento da infração de que é acusado, diz que “*a majoração do ICMS - Substituição influencia diretamente no cálculo do ICMS - Próprio, pois a base de cálculo de um é oriundo da diferença entre o valor da pauta fiscal (!?) e a base de cálculo do outro*”. Nessa senda, garante que a Fazenda Pública Estadual se valeu do valor presumido da mercadoria para a imposição de base de cálculo do imposto que exige se valendo do instrumento da pauta fiscal, aduzindo que deveria ser utilizado o valor da Nota Fiscal.

Com respeito à Pauta Fiscal, assevera que tal instrumento não encontra respaldo constitucional nem legal, haja vista que o regime de pauta fiscal para definição da base de cálculo do ICMS jamais poderia ter sido estabelecido por ato normativo infralegal – refere-se ao art. 146, III, da CF/88 para dizer que apenas Lei Complementar poderá versar sobre base de cálculo do ICMS. Ainda derredor da matéria, cita e transcreve a Súmula 431 do Superior Tribunal de Justiça, cujo texto diz que “*É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal*”.

Quanto aos valores da pauta fiscal, utilizada para a lavratura do presente Auto de Infração, afirma que é “*absurdamente incoerente com a realidade*”, pois o valor arbitrado é de R\$2,00, enquanto que o valor de aquisição da mercadoria é de R\$0,91. Nessa esteira, aduz que não incorreu em erro na determinação da base de cálculo do imposto, eis que declarou os valores conforme a legislação pátria, não utilizando a pauta fiscal, fazendo uso dos descontos incondicionais para serem abatidos dos valores a serem recolhidos conforme autorização legal – lembra que tais descontos não se incluem na base de cálculo do tributo, mesmo porque o Sistema de emissão de notas fiscais eletrônicas não admite.

Referindo-se à indicação, no Auto de Infração, de que não recolheu o ICMS normal em suas operações próprias com álcool carburante por motivo de o contribuinte não possuir autorização da COPEC, diz que parece descabida a exigência do fisco para que o contribuinte obtenha autorização para cumprir obrigação de maneira normal.

Lembra que quando o fisco exige que se recolha o ICMS próprio no momento da saída das mercadorias, resta impedida o recorrente de exercer o seu direito de compensar créditos e débitos, o que afronta o princípio da não-cumulatividade – destaca que “*todo o ICMS incidente nas etapas anteriores deve ser utilizado como crédito no momento de apuração do ICMS devido pelo recorrente.*”, registrando que o aproveitamento do referido crédito decorre do encontro de contas feito mês a mês em seus livros fiscais e em seus balanços financeiros.

Citando e transcrevendo os artigos 28 e 29 de Lei nº 7.014/96 e o artigo 114, do RICMS, diz que não se pode manter obediência ao princípio da não-cumulatividade vez que na situação em que o fisco exige que o ICMS próprio do recorrente seja recolhido quando da saída da mercadoria, impossível a consideração, no valor da nota fiscal, dos créditos de ICMS que dispõe e que apenas seriam compensados no final do mês com o imposto devido, ou seja, apenas seria considerado o preço cheio de seu produto, concluindo que é “*illegal a restrição do Fisco no que concerne ao recolhimento prévio do ICMS próprio pelo recorrente.*”

Mencionando o art. 155, § 2º, inciso I, da CF, diz que “*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*”, sem que a COPEC tenha se manifestado positivamente, deferindo o pleito.

Alega que em razão de entender ilegal e arbitrária a exigência do prévio recolhimento do ICMS próprio, que também ofende a direito líquido e certo à compensação de débitos de ICMS com valores já recolhidos em operações anteriores, impetrou Mandado de Segurança com pedido de medida liminar, em trâmite na 3ª VFP, Processo nº 0108869-59.2011.805.0001, tudo com o objetivo 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*”.

Obtida a Decisão liminar que autoriza o recorrente “*a recolher o ICMS por ela devido no início do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador, e não no momento de saída de suas mercadorias, como lhe é de direito*”. Cópia jungida aos autos, fls. 90/91.

Comenta derredor da determinação que atribuiu competência para que a COPEC expeditisse autorização para que os contribuintes pudessem comercializar álcool hidratado, dizendo-a arbitraria, pois no seu entender o RICMS jamais poderia ceifar direito previsto em lei, sobretudo porque a necessidade da obtenção de autorização do COPEC para que fosse possível o recolhimento do ICMS no mês subsequente “*obstaculariza completamente a fruição do direito decorrente do princípio da não cumulatividade, pois, repita-se, é impossível proceder com o encontro de débitos e créditos de ICMS se o imposto for cobrado cada vez que ocorra uma saída de mercadoria*”. Entende que a autuação é improcedente.

Avançando para a multa, cita e transcreve o art. 159, §1º, II e/ou III, do RPAF, dizendo que caso a tese da improcedência não seja acolhida, que seja excluída a multa e os juros, invocando o princípio da boa-fé.

Por derradeiro, requer a reforma da Decisão vergastada para que o Auto de Infração seja julgado improcedente. Subsidiariamente, na hipótese de manutenção do Auto, requer que sejam abatidos os créditos decorrentes do ICMS Normal já recolhido nas operações anteriores, bem como as multas e os consectários da mora.

O recorrente faz juntar ao seu Recurso Voluntário uma cópia da Decisão exarada pelo Juízo da 3ª VFP, cuja parte dispositiva diz: “*Assim, para que suspenda, até Decisão final, a aplicação do Regime Especial de Fiscalização relativo ao Processo Administrativo Fiscal nº 0391520098, concedo a liminar*”.

Foi jungido aos fólios deste PAF, às fls. 100/103, cópia da Sentença exarada pela MM Juíza da 4ª Vara da Fazenda Pública do Estado da Bahia, nos autos do Mandado de Segurança nº 0015805-92.2011.8.05.0001, no qual figuram com impetrante a Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda. e Outro, e como impetrada a SAT Superintendente de Administração Tributária do Estado da Bahia. Lê-se na parte dispositiva da referida sentença:

“*Portanto, como se depreende do texto legal e do Parecer ministerial, tendo em vista que a inclusão do contribuinte em sistema especial de controle e fiscalização, desde que prevista em lei, não implica na violação do direito líquido e certo, estando comprovadas irregularidades fiscais referentes à sonegação de tributos.*

Em assim sendo, acato o Parecer ministerial e DENEGO a segurança aqui buscada, revogando a liminar concedida, diante da falta de direito líquido e certo a ser amparado ou ilegalidade a ser reparada.

Consequentemente, EXTINGO o processo sem resolução de mérito, nos Termos art 6º, § 5º da Lei 12.016/09.”

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interpuesto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 1ª JJF deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

O presente Auto de Infração lavrado contra PETRÓLEO DO VALLE LTDA. em 09/09/2011 reclama ICMS no valor de R\$ 58.900,00, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do imposto devido pela operação própria. Registre-se que a autuação decorre da falta de apresentação dos comprovantes de ICMS por antecipação tributaria referente aos DANFE’s listados no Termo de Ocorrência Fiscal emitidos por contribuinte “DESCREDENCIADO COPEC/SEFAZ”, correspondente a 155.000 litros de álcool hidratado.

O autuante fez constar na descrição dos fatos que o Termo de Apreensão e o Auto de Infração foram lavrados em substituição aos mesmos documentos de nºs 124157.0797/09-3, em obediência

ao disposto no §1º, “b” do art. 18 do RPAF/99, a vista da orientação exarada pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, ancorada no Acórdão CJF Nº 0048-11/11 de 15/03/2011.

Da análise dos autos, verifico que estão eivados de vícios que maculam o feito. Por primeiro, há que se destacar que o julgamento feito pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal deste Conseg (Acórdão nº 0048-11/11), que teve o objeto idêntico ao aqui tratado, determina, expressamente, “*a instauração de novo procedimento fiscal no estabelecimento do contribuinte, a fim de verificar o recolhimento do tributo relativo à operação do presente lançamento de ofício*”, o que foi flagrantemente desconsiderado pelo autuante, que lavrou Termo de Ocorrência fiscal para justificar a lavratura do Auto de Infração em apreço, sem proceder à fiscalização no estabelecimento do contribuinte, conforme determinado. Há que se destacar que a determinação da Câmara de Julgamento Fiscal decorreu do fato de que o primeiro Auto de Infração foi lavrado no trânsito e, nessa circunstância, não poderia o autuante repetir a ação fiscal no trânsito, como feito, pois, tal operação seria imprestável porque é impossível de ser repetida.

Noto também que nenhum dos documentos que fundamentam a acusação fiscal (Auto de Infração, Termo de Ocorrência Fiscal, etc.) estão assinados pelo autuado, o que determina o seu completo desconhecimento da ação fiscal e da própria autuação.

Avançando, analisando as datas de ocorrência dos fatos e a data de lavratura do Auto de Infração, verifico que há um lapso de tempo de dois anos, ou seja, a data consignada no Auto de Infração em apreço não se coaduna com a data de ocorrência dos fatos ensejadores da autuação.

Ante à sequência de erros perpetrados pelo fiscal autuante que maculam o Auto de Infração na sua inteireza, deixo de analisar as razões recursais.

Pelo exposto, de ofício, voto no sentido de declarar NULO o Auto de Infração em comento, razão pela qual fica PREJUDICADA a análise do Recurso Voluntário interposto.

Com fundamento no art. 21 do RPAF, e considerando o quanto determinado pelos julgadores da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, represento à autoridade fiscal competente que, analisadas as possibilidades, proceda a nova ação fiscal, NO ESTABELECIMENTO DO CONTRIBUINTE, com o fim de verificar se o imposto correspondente à operação objeto do Auto de Infração aqui apreciado foi regularmente recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar PREJUDICADA a análise do Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, decretar NULO o Auto de Infração nº 124157.0863/11-8, lavrado contra PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE). Recomenda-se a autoridade fazendária competente que determine a renovação do procedimento fiscal, no estabelecimento do autuado, para fim de atestar o adimplemento da obrigação tributária principal em relação à operação de que trata o presente Auto de Infração.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de fevereiro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS